



REVISTA
BRASILEIRA DA
ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 3 • out.-dez. / 2016

REVISTA
BRASILEIRA DA
ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 3 • out.-dez. / 2016

Coordenação
FLÁVIO LUIZ YARSELL

CONSELHO

Ada Pellegrini Grinover (SP), Ana Carolina Brochado Teixeira (BH), Antonio Magalhães Gomes Filho (SP), Calixto Salomão Filho (SP), Cândido Rangel Dinamarco (SP), Carlos Ayres Britto (DF), Daniel Francisco Mitidiero (RS), Fredie Didier Jr. (BA), Gustavo Tepedino (RJ), Humberto Ávila (RS), Humberto Theodoro Júnior (MG), Ivan Nunes Ferreira (RJ), José Rogério Cruz e Tucci (SP), Luiz Guilherme Marinoni (PR), Marcelo Abelha Rodrigues (ES), Melina Girardi Fachin (PR), Paula Andrea Forgioni (SP), Paulo Cesar Pinheiro Carneiro (RJ), Roberto Rosas (DF), Rogéria Dotti (PR), Viviane Girardi (SP)

ISSN 2447-9144

REVISTA BRASILEIRA DA ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 3 • out.-dez. / 2016

DIRETORIA

Presidente – LEONARDO SICA
Vice-Presidente – FERNANDO BRANDÃO WHITAKER
1º Secretário – MARCELO VIEIRA VON ADAMEK
2ª Secretária – FÁTIMA CRISTINA BONASSA BUCKER
1º Tesoureiro – RENATO JOSÉ CURY
2º Tesoureiro – MÁRIO LUIZ OLIVEIRA DA COSTA
Diretora Cultural – VIVIANE GIRARDI
Diretor Adjunto – LUIZ PÉRISSÉ DUARTE JUNIOR

CONSELHO DIRETOR DA AASP

André Almeida Garcia, Eduardo Foz Mange, Fátima Cristina Bonassa Bucker, Fernando Brandão Whitaker, Flávia Hellmeister Clito Fornaciari Dórea, Juliana Vieira dos Santos, Leonardo Sica, Luiz Périssé Duarte Junior, Marcelo Vieira von Adamek, Mário Luiz Oliveira da Costa, Nilton Serson, Paulo Roma, Pedro Ernesto Arruda Proto, Renato José Cury, Ricardo de Carvalho Aprigliano, Ricardo Pereira de Freitas Guimarães, Roberto Timoner, Rodrigo Cesar Nabuco de Araujo, Rogério de Menezes Corigliano, Sílvia Rodrigues Pereira Pachikoski, Viviane Girardi.

COORDENAÇÃO

FLÁVIO LUIZ YARSELL

SUPERINTENDENTE

ROGER A. FRAGATA TOJEIRO MORCELLI

Publicação oficial da
Associação dos Advogados de São Paulo – AASP

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 2447-9144

REVISTA BRASILEIRA DA ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 3 • out.-dez. / 2016

Coordenação
FLÁVIO LUIZ YARSELL

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.



© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial
MARISA HARMS

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [12-2016]
Profissional
Fechamento desta edição: [11.11.2016]



REVISTA BRASILEIRA DA ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 3 • out.-dez. / 2016

Coordenação

FLÁVIO LUIZ YARSELL

Diretora Responsável

MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo

JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Iviê A. M. Loureiro Gomes, Luciana Felix e Marcella Pâmela da Costa Silva

Assistentes Administrativo Editorial: Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial

Coordenação

DANIEL CESAR LEAL DIAS DE CARVALHO

Analistas de Operações Editoriais: André Furtado de Oliveira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Moraes, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Fernanda Teles de Oliveira, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Juliana Cornacini Ferreira, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Qualidade Editorial e Revisão

Coordenação

LUCIANA VAZ CAMEIRA

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

Analistas Editoriais: Daniele de Andrade Vintecinco, Maria Cecilia Andreo e Mayara Crispim Freitas

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

SUMÁRIO

Palavra do Coordenador

FLÁVIO LUIZ YARSELL	13
---------------------------	----

DOCTRINA

EM DEBATE

Sociedade individual de advocacia: constituição, aspectos tributários e vantagens econômicas

Individual law society: constitution, tax aspects and economic benefits

JARBAS JORGE FERNANDES LUCAS JR.....	19
--------------------------------------	----

Dilemas sobre a questão prejudicial no NCPC e o controle de constitucionalidade nas ações coletivas

Dilemmas about constitutional threshold issues in class actions in the new Brazilian code of civil procedure

MARCOS VINÍCIUS PINTO	43
-----------------------------	----

Cumprimento de pena depois do julgamento de apelação

Enforcement of a sentence after the judgment of the appeal

ROBERTO SOARES GARCIA	75
-----------------------------	----

DIREITO CIVIL

Questões sobre a escolha na obrigação de dar coisa incerta

Questions about the choice at the obligation to give uncertain thing

MAURÍCIO REQUIÃO	89
------------------------	----

DIREITO CONSTITUCIONAL

O "interesse comum" da região metropolitana em face da repartição constitucional de competências federativas

The "common interest" of the "metropolitan area" in view of the constitutional distribution of powers in a federal state

FERNANDO MENEZES DE ALMEIDA e MARIANA AUGUSTA DOS SANTOS ZAGO.....	107
--	-----

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Seletividade estrutural, técnica processual e direito concorrencial: uma relacionalidade constitutiva

Structural selectiveness, procedural techniques and competition law: a constitutive relationship

ADRIANO CAMARGO GOMES e MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES..... 141

A tutela dos direitos e a sua unidade: hierarquia, coerência e universalidade dos precedentes

The protection of rights and its unity: hierarchy, coherence and universalizability of the precedents

DANIEL MITIDIERO 161

Aspectos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil

Aspects of the disregard of legal entity incident in the Brazilian Code of Civil Procedure

FRANCISCO DE MESQUITA LAUX..... 171

Breves notas sobre o litisconsórcio no novo Código de Processo Civil

Short considerations about the joinder in the new Code of Civil Procedure

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE..... 189

Direito intertemporal no cumprimento de sentença e na execução fundada em título extrajudicial

Intertemporal Law in executive proceedings of judicial and extrajudicial execution instruments

LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA..... 207

A aplicabilidade da cláusula geral de negociação processual aos processos administrativos

The applicability of the general clause of procedural negotiation to administrative procedures

LORENA MIRANDA SANTOS BARREIROS..... 225

DIREITO PENAL

As dez medidas anticorrupção e a estigmatização do advogado e do direito de defesa

The "ten anti-corruption measures" and stigmatized criminal attorneys and right of defense

ALBERTO ZACHARIAS TORON..... 255

DIREITO PROCESSUAL PENAL

A investigação criminal no caso de autoridade com foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal: algumas questões controvertidas

The criminal investigation in case of authority with original jurisdiction before the Supreme Court: some controversial issues

GUSTAVO BADARÓ..... 271

ENTREVISTA

Entrevista com o advogado Arnaldo Malheiros

FLÁVIO LUIZ YARSHELL 299

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA****RECURSOS REPETITIVOS**

- LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – Restituição da comissão de corretagem na venda de unidades autônomas da incorporadora em regime de incorporação imobiliária..... 309
- PRESCRIÇÃO – Ocorrência – Incorporação imobiliária – Restituição dos valores pagos a título de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária sobre a venda de unidade autônomas em estande de vendas..... 322
- INDENIZAÇÃO – Corretagem – Incorporação imobiliária – Danos material e moral 348
- COMPRA E VENDA – Promessa de compra de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária
 Comentário por MARCELO TERRA e JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI:
O STJ e a Recente Decisão, em Recurso Especial Repetitivo, sobre a Validade da Cláusula Endereçando ao Adquirente de Imóvel a Responsabilidade pelo Pagamento da Corretagem (Comentários a respeito dos acórdãos proferidos nos "recursos": REsp 1.551.951/SP, REsp 1.551.956/SP, REsp 1.551.968/SP e REsp 1.599.511/SP)..... 366

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTURAL INÉDITA.. 393

PALAVRA DO COORDENADOR

Mais um volume da Revista Brasileira da Advocacia é colocado à disposição do público.

Como nos precedentes, esta edição mantém-se fiel à representatividade nacional: autores de diferentes Estados do país trazem sua relevante contribuição. A todos eles fica mais uma vez registrado nosso especial agradecimento.

Nesta edição, também se busca manter a diversidade de assuntos: dentre outros, o Direito Eleitoral aparece na forma de entrevista com um dos ícones da Advocacia brasileira nessa área. O Direito Penal aparece, em sintonia com as mais relevantes e recentes discussões, em trabalhos que tratam da presunção de inocência (diante da recentíssima decisão do Supremo Tribunal Federal), da proposta de eventuais medidas de combate à corrupção e da prerrogativa de foro. O Direito Civil aparece em comentários de jurisprudência a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recursos repetitivos que definiu teses muito significativos para o direito e o mercado imobiliário. O Processo Civil ocupa também espaço relevante, ainda sob os influxos da vigência do novo Código. E outros artigos, dedicados a outras áreas, também abrilhantam o volume.

Diversidade e atualidade, enfim, são qualidades que a Revista procura manter, como forma de dar ao Advogado uma diferenciada ferramenta para lidar com os desafios profissionais de um mundo em rápidas transformações.

Como sempre, fica o agradecimento ao time de colaboradores da AASP e da Editora.

FLÁVIO LUIZ YARSHELL

Professor Titular na Faculdade de Direito da USP. Advogado.

fly@ycadvogados.com.br

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles in shades of light gray. A fine grid of thin, light gray lines is overlaid on the right side of the page, creating a subtle texture. The overall aesthetic is clean and modern.

Doutrina



The background features a series of overlapping, semi-transparent circles in shades of light gray. A fine grid of thin, light gray lines is overlaid on the right side of the image, creating a subtle pattern. The overall aesthetic is clean and modern.

Em Debate



SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA: CONSTITUIÇÃO, ASPECTOS TRIBUTÁRIOS E VANTAGENS ECONÔMICAS

INDIVIDUAL LAW SOCIETY: CONSTITUTION, TAX ASPECTS AND ECONOMIC BENEFITS

JARBAS JORGE FERNANDES LUCAS JR.

MBA em Direito da Empresa com ênfase em Direito Tributário
pela Faculdade IDC. Bacharel em Direito pela UCPel. Advogado.
jarbaslucasjr@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Tributário; Comercial/Empresarial

RESUMO: Este artigo visa a uma análise circunstancial sobre os efeitos da criação da Sociedade Individual ou Unipessoal de Advocacia. A nova alternativa se deve à reivindicação dos advogados, que, anteriormente, não gozavam do regime de tributação previsto no sistema simplificado, que já abarca as demais atividades, inclusive a sociedade plural de advogados. A partir da nova Lei, abriu-se espaço para uma nova discussão, uma vez que a Fazenda Pública demonstrou-se contrária ao enquadramento da nova sociedade no regime tributário pretendido pela norma legal. Portanto, faz-se necessária a análise do novo regime, ligando aspectos da advocacia e das sociedades empresariais, a fim de uma conclusão acerca da regulamentação da taxação pretendida e adequada.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia – Advogado – Sociedade individual – Tributação – Simples Nacional.

ABSTRACT: This article aims at a circumstantial analysis of the effects of the creation of the Individual Law Society. Such amendment came in response to the claim of lawyers, who, were not entitled to taking advantage of the tax arrangements provided by the simplified system, already applied to other activities, such as the plural society of lawyers. The arising of this new law opened up space for a new debate, since Brazilian Internal Revenue Service itself was against the inclusion of the new company in the desired tax regime. Considering, thus, the strongly similar aspects of advocacy activity and the business society, the studying of the new system becomes necessary in order to reaching to a conclusion favorable to the regulation of the desired and adequate taxation.

KEYWORDS: Advocacy – Lawyer – Individual company – Taxation – Brazilian “Simples” Taxation Mode.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sociedades de advocacia e seus atos constitutivos. 2.1. Atividade da advocacia e sociedades empresariais – Diferenças e equivalências relevantes.

2.2. A Lei 13.247/2016 e a sociedade individual de advocacia. 3. Regimes de tributação da advocacia. 3.1. Imposto de renda da sociedade e sobre rendimentos pagos aos sócios. 3.2. Contribuição social sobre o lucro líquido. 3.3. Incidência fixa do imposto sobre o serviço. 3.4. Cofins e PIS/Pasep. 3.5. Simples Nacional e a possibilidade do enquadramento da sociedade individual. 4. Vantagens econômicas da constituição da sociedade individual de advocacia e adesão ao sistema simplificado de tributação. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Direito brasileiro, durante longínquo período, foi contrário à admissão da pessoa jurídica individual. Este entendimento predominou motivado pela dificuldade de desvinculação da responsabilidade da pessoa jurídica e da pessoa física.

A partir da criação da figura do empresário individual, algumas questões ainda ficaram sem resolução, visto que a mesma é equiparada à pessoa jurídica para fins tributários, porém, não constitui a espécie mencionada, de acordo com o art. 966 e ss. do CC, em que está disposto que o empresário individual, ao admitir um ou mais sócios, deverá requerer a transformação de seu registro para sociedade empresária.

Com a Lei 12.441/2011, que criou a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada¹ (Eireli), abriu-se a possibilidade do exercício da atividade empresarial de maneira individual, com as prerrogativas das sociedades limitadas, ou seja, a empresa responde até o limite do seu capital empresarial, salvo em exceções previstas no ordenamento.

A advocacia passou por caminho semelhante, pois, em razão da natureza empresarial, a Eireli não resolveu a demanda dos advogados, que esbarraram no mesmo obstáculo pelo qual passou a empresa individual.

Embora a atividade jurídica não possa ser equiparada à atividade empresarial, entendimento adotado pelo Estatuto da OAB, Lei 8.906/1994, o processo está sendo muito próximo, somado a percalços enfrentados pela Ordem dos Advogados do Brasil, que encabeçou a luta através do projeto de Lei 166/2015, que posteriormente veio a ser aprovado, criando a

1. COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito da Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161.

Lei 13.247/2016, que altera o Estatuto da OAB, na qual prevê a Sociedade Individual de Advocacia.²

Com a aprovação da Lei referida, inicia-se uma nova etapa da advocacia, que visa possibilitar a inserção da norma legal na prática da atividade do advogado que até o momento atua de forma autônoma, utilizando a própria personalidade.

Para isso, devem ser analisados inúmeros quesitos e procedimentos, que vão da esfera tributária ao direito societário, relacionando a possibilidade de adesão ao sistema simples de tributação com as vantagens econômicas a serem desfrutadas pelo enquadramento neste novo regime.

2. SOCIEDADES DE ADVOCACIA E SEUS ATOS CONSTITUTIVOS

O Estatuto da OAB, Lei 8.904/1994, permite a atuação de sociedade de advogados com natureza exclusiva de finalidades profissionais em sociedade de pessoas e, portanto, por ser uma sociedade *sui generis*, não deve ser confundida com as sociedades renunciadas no Código Civil.

Com a vigência da Lei 13.247/2016, que criou ao sistema a sociedade individual de advocacia, também alterou a expressão “sociedade civil” para “sociedade simples”, servindo o novo conceito para ambas as modalidades de sociedades de advocacia, com a ressalva de que manteve a distância do regime de empresa previsto nos arts. 997 ao 1.038 do CC.³

As Sociedades de Advocacia, assim como as Sociedades Empresárias, adquirem personalidade jurídica com a inscrição dos seus atos constitutivos, na forma da lei e no registro próprio.⁴

A Lei 13.247/2016, ao modificar o § 1.º do art. 15 do Estatuto da OAB, com a inclusão da sociedade unipessoal de advocacia, manteve no seu texto que a personalidade jurídica das sociedades de advocacia é adquirida com a *aprovação* do registro dos atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB da base territorial da sede.

2. LOBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 144.

3. LOBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 133.

4. CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à luz do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 71.

Portanto, há de se convir que o Conselho Seccional da OAB está para as sociedades de advocacia assim como as Juntas Comerciais estão para as sociedades empresárias.

Esta é uma característica ímpar e peculiar das sociedades de advocacia, pois são as únicas que têm seu registro de constituição realizado no órgão de classe, mais exatamente no Conselho Seccional da OAB.⁵

O detalhe que difere, até mesmo por não terem a mesma natureza e finalidades principais, é o termo inicial da existência de personalidade jurídica, entre empresa e advocacia, é que, a primeira passa a existir no momento do registro, e a segunda, a partir do momento da aprovação de seus atos constitutivos.

Inclusive, é expressamente proibido pela lei que rege o EOAB o registro de sociedade que inclua a atividade de advocacia nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais.

Mesmo com a clareza da letra do Estatuto, não é incomum registro errôneo de sociedades de advocacia em cartórios e juntas comerciais, motivo pelo qual não se abrir mão do alerta.

O registro realizado em repartição diversa do Conselho Seccional é inválido, podendo ser cancelado a pedido da OAB, de qualquer interessado, e até mesmo de ofício pelo órgão registrador.⁶

A inscrição em órgão indevido gera nulidade pelo não cumprimento de requisito essencial à validade da criação da personalidade jurídica, o que implica também em responsabilidade dos sócios por infração disciplinar.

A sociedade detentora de personalidade é considerada capaz de exercer direitos e obrigações, sendo a mesma distinta da pessoa de seus membros e tendo nome, nacionalidade, patrimônio e domicílio próprios.

Aprovada pela Seccional e dotada de personalidade jurídica, a sociedade de advogados, por qualquer das modalidades previstas no EOAB, estará apta para envio de pedido de inscrição no CNPJ ao órgão federal, observando o prazo de 180 dias, assim como as nomenclaturas para razão social prevista no dispositivo legal (art. 16 e parágrafos do EOAB).

Com a inscrição no órgão federal, a sociedade, para fins tributários, deverá, ainda, solicitar a inscrição Municipal e, com esta, retornar ao órgão federal

5. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Sociedade de advogados*. São Paulo: Lex Produ-
tos Jurídicos, 2015. p. 87

6. Art. 49 da Lei 8.906/1994 – Estatuto da OAB.

para inclusão no Simples Nacional, caso opte pelo sistema simplificado, que será abordado com maior detalhamento a seguir.

Em razão da natureza da atividade, não incidem Impostos de competência Estadual.

Não é demais trazer ao estudo as demais restrições para a constituição das sociedades de advocacia, que estão principalmente nos §§ 4.º e 5.º do art. 15, art. 16, *caput*, e § 3.º do EOAB.

Os dispositivos legais que compõem o EOAB são objetivos ao prever que nenhum Advogado poderá integrar mais de uma sociedade de advocacia com sede ou filial na mesma área territorial do respectivo Conselho Seccional.

Também não serão admitidas sociedades de advogados que apresentem forma ou características de sociedade empresária, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam como sócio ou titular de sociedade unipessoal de advocacia pessoa não inscrita como advogado ou proibida de exercer a advocacia.

Outra novidade na constituição de sociedades de advocacia fica por conta da possibilidade de conversão de sociedades de advogados para sociedade individual, assim como o contrário.

Com a criação da nova modalidade de sociedade, a unipessoal, extingue-se o prazo para regulamentação da sociedade coletiva quando todas as quotas passem a se concentrar em um único sócio, o que ocorre com mais frequência com a morte de um dos sócios, mas pode acontecer por inúmeros outros motivos.

Abre-se também a possibilidade da inclusão de um ou mais sócios à já existente sociedade individual, devendo ser modificada a razão social que compete à espécie plural, assim como a divisão em quotas do novo capital social.

A conversão implicará na constituição de nova pessoa jurídica, em caráter sucessório, não sendo necessário o fechamento de uma para a abertura da outra.

2.1. Atividade da advocacia e sociedades empresariais – Diferenças e equivalências relevantes

Embora esteja expresso no texto da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB) que as sociedades de advocacia, individual e pluralista, não podem apresentar formato ou características de sociedade empresária, pretendo, aqui, fazer uma breve ligação entre a atividade empresarial e o real funcionamento da sociedade de advocacia.

O legislador tratou de eximir a possibilidade, seja ao Advogado tradicional autônomo, seja às sociedades de advocacia, de exercer a atividade de forma que possa caracterizar prestação empresarial, motivado por inúmeros fatores, dos quais dois se destacam.

A impossibilidade da limitação da responsabilidade civil do advogado em caráter empresarial, em razão do conceito de “finalidade-meio” da sociedade, que apenas serve para possibilitar ao advogado o exercício da profissão de forma organizada.

O outro fator, este considerado de cunho Ético, foi que a equiparação à atividade mercantil faria com que fosse absorvida a característica “lucrativa” do meio, o que não seria compatível com a prestação do serviço jurídico. Dois exemplos resultantes desta linha de interpretação são a vedação da utilização de nome fantasia e a limitação da publicidade de oferta do serviço.

Feita esta introdução, que explicita a proibição da adoção de caráter empresarial pela atividade do advogado, que abrange às sociedades, apenas a fim de reforçar alguns pontos deste estudo científico, devem ser destacados alguns pontos que dizem exatamente o contrário.

É inegável que inúmeras características da advocacia são idênticas às da atividade empresarial, com ressalvas a questões exclusivas, que sempre vão existir no comparativo entre atividades diversas.

O principal aspecto diferenciador regimental ocorre por conta da responsabilidade da sociedade de advocacia e do advogado sócio,⁷ para ambas as espécies, que se manterá subsidiária e ilimitadamente, no que diz respeito a danos causados aos clientes por ação ou omissão *no exercício da advocacia*, somado à eventual necessidade de responder também na esfera do processo disciplinar da classe.

Portanto, na relação com as sociedades empresariais de responsabilidade limitada, a advocacia não desvincula a responsabilidade do sócio no que tange ao exercício profissional da prestação do serviço jurídico.

Muito embora esteja expressa no art. 17 do EOAB, a responsabilidade ilimitada do Advogado Sócio deve se limitar às atividades profissionais, ou seja, aos eventuais danos causados no exercício da advocacia.⁸

7. DE SOUZA, Wendell Lopes Barbosa. *A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 70.

8. JULIÃO, Rodrigo de Farias. *Ética e estatuto da advocacia*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 44.

Assim, o ordenamento brasileiro conseguiu trazer para a legalidade a possibilidade de criação de pessoa jurídica individual de advocacia, sem desvincular a responsabilidade da pessoa do advogado, da forma como já acontecia com as sociedades plurais de advogados e com os advogados autônomos.

Entende-se, então, que o legislador, ao frisar que o advogado responderá ilimitadamente com seu patrimônio, em conjunto com a pessoa da sociedade de advocacia, deixou em aberto a interpretação da norma tácita, de que as atividades em que a sociedade participa, não necessariamente como prestadora, estarão limitadas ao patrimônio da sociedade, seguindo a regra empresarial.

Como exemplo, podemos imaginar que a sociedade de advocacia realizou compra de material de escritório em grande escala para atender à carteira de processos de empresa de grande porte, porém, o contrato foi descumprido pelo cliente, o que impossibilitou o pagamento do fornecedor do material.

Nesta situação não há dolo por parte do sócio individual ou administrador, caracterizando clara situação de risco de mercado, o que não é suficiente para, em eventual demanda, atingir o patrimônio particular dos sócios, limitando-se a responsabilidade ao capital social da sociedade de advocacia.

Nesse ponto, encontramos a equivalência da sociedade de advocacia, que responde com seu patrimônio como se atividade empresarial fosse, em razão da limitação da responsabilidade dos sócios, que respondem com seu patrimônio particular apenas em relação a danos causados pela atividade-fim, e não pela atividade-meio.

Assim, os sócios, ou o sócio individual, responderão apenas pelo valor da sua quota-parte perante a sociedade, e perante terceiros, subsidiariamente, a responsabilidade será solidária, mas limitada ao total do capital social.⁹

Conclui-se que, no atual regime das sociedades de advocacia, os sócios, ou o sócio individual, serão submetidos a dois tipos de responsabilidade, que dependerá da natureza da atividade em análise. Para a atividade-meio, responsabilidade limitada, e, para atividade-fim, leia-se o exercício da advocacia, a responsabilidade continuará sendo ilimitada.

2.2. *A Lei 13.247/2016 e a sociedade individual de advocacia*

A Lei 13.247/2016 veio para suprir antigo anseio da classe autônoma da advocacia, que por longo período se viu desfavorecida em questões estatutárias, que levariam, por consequência, a expressivas desvantagens tributárias.

9. DINIZ, Maria Helena. *Lições de Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 86.

Pode-se dizer que o processo de aprovação pelo qual passou a sociedade individual de advocacia, embora mais dificultoso, assemelha-se ao havido anteriormente com a sociedade empresária unipessoal, na medida em que sociedade sempre significou agrupamento de pessoas para, em conjunto de esforços, praticar o exercício da atividade objetivada.¹⁰

Tanto como ocorreu para a aprovação da previsão de sociedade empresária unipessoal, a sociedade individual de advocacia surge através da evolução econômica da sociedade, em que, anteriormente, estes profissionais não podiam lançar mão de mecanismos de proteção do patrimônio típicos de determinadas sociedades, das quais, de fato, sempre se equivaleram em inúmeros aspectos.

Conforme explicado anteriormente, a Sociedade Individual ou Unipessoal de Advocacia segue, em regra, todos os procedimentos constitutivos da já existente Sociedade plural de Advogados.

A novidade que traz a Lei 13.247/2016 é que, agora, o advogado poderá constituir uma sociedade individual, de uma só pessoa, para a prestação do serviço de advocacia.¹¹

Esta nova previsão traz enormes vantagens, principalmente no campo tributário, no qual o advogado poderá optar por incluir a sociedade no sistema simplificado de tributação, que incidirá alíquota única e bastante vantajosa em relação à carga tributária prevista para pessoa física.

Além dos benefícios da esfera tributária, o Advogado poderá se valer de outros inúmeros fatores em que a pessoa jurídica leva vantagem sobre a pessoa física, como o acesso a crédito, financiamentos, dentre tantos outros subsídios governamentais para a aquisição de bens inerentes ao exercício da atividade.

Dito isso, entende-se que o Advogado que atuava como autônomo passará, a partir da constituição da sociedade individual, a gozar dos benefícios da pessoa física e da pessoa jurídica, sendo visto que a criação da nova personalidade não se confunde com a pessoa do sócio.

Outro proveito da nova espécie de sociedade, este em comparação com o *status* anterior do Advogado, é a possibilidade de desvinculação das demais atividades da sociedade da pessoa do sócio, com exceção do exercício da advocacia, que, da mesma forma, segue pela pessoa do Advogado, inclusive no que tange às questões de responsabilidade profissional.

10. BERTOLDI, Marcelo Marco. *Curso Avançado de Direito Comercial*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 181-182.

11. Disponível em: [www.dizerodireito.com.br/2016/01/lei-132472016-cria-sociedade-individual.html].

O § 7.º do art. 15 do texto estatutário corrobora que a Sociedade Individual de Advocacia pode ser formada pela escolha de qualquer Advogado que esteja regularmente inscrito nos quadros da Ordem, e que não participe de outra Sociedade no território seccional, assim como pode resultar da concentração de todas as quotas da sociedade originalmente plural, por um único Advogado.

3. REGIMES DE TRIBUTAÇÃO DA ADVOCACIA

Conforme mencionado anteriormente, a razão que provavelmente mais tem fomentado a formação de sociedades de advocacia para o exercício da profissão está amparada na possibilidade de enquadramento em regime tributário de menor onerosidade daquele incidente na atividade realizada de forma autônoma.¹²

Sem dúvidas, o tributo direto que mais afeta o contribuinte, seja ele pessoa física ou jurídica, é o Imposto sobre a Renda, em razão das elevadas alíquotas, salvo para aqueles que se encaixam no limite de isenção.

Apesar do conceito que deve vigorar acerca do IR, prevendo o abatimento dos excedentes às despesas e custos necessários para auferir/produzir os rendimentos e à manutenção da fonte produtora, deve se frisar que o Advogado, na atividade autônoma, esbarra em enorme dificuldade prática de fazer esta distinção.¹³

Além das elevadas alíquotas de contribuição que o exercício da Advocacia de forma direta, pela pessoa física, é submetido, principalmente no que tange ao IR, ainda deve se ter atenção para que despesas com a atividade não fujam ao controle da contabilidade, o que pode causar prejuízos na proporção das alíquotas do imposto.

No regime de sociedade, este cuidado não se faz de tamanha importância, visto que a alíquota adequada diminui em grande escala eventuais prejuízos pela impossibilidade de comprovação de que determinados valores foram utilizados para prover a atividade meio.

3.1. Imposto de renda da sociedade e sobre rendimentos pagos aos sócios

Até o exercício fiscal anterior ao de 1996, as sociedades de profissão regulamentadas eram submetidas a um regime peculiar de tributação, com a tribu-

12. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Sociedade de advogados*. São Paulo: Lex Produ-
tos Jurídicos, 2015. p. 209.

13. QUEIROZ, Mary Elbe. *O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza*. Rio de
Janeiro: Forense, 2007. p. 243.

tação dos lucros auferidos pela sociedade nas pessoas físicas dos sócios, como se houvessem sido imediatamente distribuídos.

Com a entrada em vigor da Lei 9.430/1996, tais sociedades, inclusas as de advogados, passaram a submeter-se às mesmas normas de tributação das demais pessoas jurídicas.

Desde então, a critério da sociedade, o Imposto de Renda pode incidir sobre o lucro presumido ou sobre o lucro real, ressalvados casos excepcionais em que há obrigatoriedade de tributação pelo regime de lucro real.¹⁴

Entre as exceções, que exigem a utilização do lucro real, estão, por exemplo, as sociedades cuja receita anual total tenha sido superior ao valor de 78 milhões de reais, ou de 6,5 milhões multiplicados pelo número de meses, na proporcionalidade, para atividade iniciada durante o calendário, assim como as sociedades que auferirem lucros oriundos do exterior.

No caso de exportação de serviços, há uma exceção dentro da exceção, que permite a possibilidade de utilização do lucro presumido quando os rendimentos forem oriundos única e exclusivamente da prestação de serviço, ou seja, não obtenha lucro do exterior que não seja da própria atividade.¹⁵

Ressalvadas as exceções em que o regime de tributação pelo lucro real é obrigatório, e não optando ou não suprindo os requisitos para adesão ao Simples Nacional, a sociedade poderá optar pela incidência do tributo pelo lucro real ou presumido, que deve ser feita durante o ano sem possibilidade de alteração a cada trimestre, sendo irrevogável para todo o calendário.

Na escolha pela utilização do lucro real, deve-se somar o total de receitas e deduzir as despesas autorizadas em lei, apurando-se o resultado, sobre o qual incidirá a alíquota de 15%, prevista no art. 3.º da Lei 9.249/1995.

Em caso de apuração de lucro real superior a 60 milhões no trimestre, incidirá alíquota adicional de 10% sobre o excesso. Vale a ressalva de que, tendo em vista não haver qualquer benefício, a apuração de lucro real trimestral é pouco utilizada.

Optando a sociedade pela apuração pelo lucro presumido, deverá ser aplicado o percentual de 32% sobre a receita bruta que for aferida e, sobre o valor encontrado, incidirá a alíquota de 15%, prevista no art. 15, § 1.º, III, da

14. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Sociedade de advogados*. São Paulo: Lex Produtos Jurídicos, 2015. p. 209-210.

15. UTUMI, Ana Cláudia Akie. A tributação das sociedades de advogados. *Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo*. vol. 23. n. 74. São Paulo, 2013. p. 97.

Lei 9.249/1995 e, assim como na hipótese de apuração por lucro real, ultrapassando o limite de 60 milhões no trimestre, passará a incidir alíquota adicional de 10% sobre os valores remanescentes.

Ainda que aparentemente não se vislumbre grande diferença entre as duas opções, é importante destacar que, na hipótese de lucro presumido, é possibilitado à sociedade contribuinte que submeta a tributação de seus rendimentos mediante pagamento a prazo ou mesmo parcelado na medida em que efetivamente receber os valores, vide art. 129 da Instrução Normativa RFB 1.515, de 24 de novembro de 2014, o que não ocorre na opção pelo lucro real.

Há ainda de se analisar a possibilidade de compensação de tributos a ser pagos em cada trimestre daqueles que sofrem retenção na fonte, ou seja, valores pagos por pessoas jurídicas às sociedades de advocacia, que tem prevista a alíquota de 1,5%, conforme art. 6.º da Lei 9.064/1995.

No que pertine aos honorários de sucumbência, os mesmos também poderão ter a retenção do Imposto de Renda diretamente na fonte, no mesmo percentual de 1,5%, em caso de levantamento em nome da sociedade de advocacia, como previsto no § 15 do art. 85 do Novo CPC.

O lucro sobre os rendimentos brutos, obtido pela sociedade, deve ser definido em balanço anual, sendo que caberá aos sócios definir sua destinação em reunião de aprovação das contas da administração, como previsto no art. 1.020 do CC/2002.

Definidos os destinos dos lucros, aqueles que forem distribuídos aos sócios, em forma de dividendos, estarão isentos de tributação, por força do texto do art. 10 da Lei 9.249/1995.

Deve se destacar, inclusive, que, para que um pagamento seja considerado como dividendo, precisará cumprir dois requisitos, a efetividade de lucro apurado com a contabilidade e que tenha sido registrada em ata reunião entre os sócios, constando tal deliberação.

Para haver pagamento de dividendos antes do fim do exercício anual, deverá estar previsto no contrato social a possibilidade de distribuição dos resultados em períodos parciais ao do ano em exercício, mediante realização de balancetes intermediários, além de cumprir os demais requisitos expostos acima.

Estas regras não se aplicam à remuneração dos administradores da sociedade, mesmo que pagas eventualmente pela prestação de serviços de administração, que, considerados “atividade-meio”, não se confundem com os serviços jurídicos prestados como “atividade-fim”.

3.2. Contribuição social sobre o lucro líquido

A Contribuição Social sobre o Lucro Líquido se sujeita ao mesmo regramento previsto para o Imposto de Renda, art. 28 da Lei 9.430/1996.

Assim como o IR, possui as hipóteses de incidência sobre o lucro real ou sobre lucro presumido, utilizando as mesmas normativas conceituais e períodos, desigualando-se na alíquota e eventualmente na base de cálculo.

Quando a sociedade optar pela incidência sobre o lucro presumido, será obtido o valor-base com a aplicação de 32% sobre a receita bruta, do qual se aplicará a alíquota da contribuição no percentual de 9%.

Escolhendo pela apuração do tributo por incidência sobre o lucro real, a base de cálculo será a mesma do Imposto de Renda, da qual se aplicará a alíquota de 9%, prevista no art. 3, II, da Lei 7.689/1988, na redação da Lei 11.727/2008.

3.3. Incidência fixa do imposto sobre o serviço

A hipótese de incidência do ISSQN é conceituada pela prestação de serviço, que, não compreendida na competência dos estados, sendo dotada de conteúdo econômico, regime provado e caráter habitual, mas sem subordinação e propensa a produção de utilidade, faz o município competente para a sua tributação. Dentro deste conceito, enquadra-se perfeitamente a atividade da advocacia.¹⁶

A prestação de serviço deve ser considerada a essência da incidência do Imposto sobre o Serviço, pois não recai apenas sobre o serviço isoladamente.

Ao outorgar a competência para os municípios, a Constituição estabelece os limites, referindo-se expressamente a serviços, deixando, assim, a criação do tributo a cargo do legislador do município.

No que diz respeito ao serviço prestado por sociedades profissionais, incluindo a de advocacia, houve considerável polêmica sobre o critério se sua cobrança.

Após diversas controvérsias terem sido eliminadas a respeito da forma de cobrança do imposto das sociedades profissionais, foi criada a LC 116/2003, que substituiu grande parte do Dec.-Lei 406/1968, trazendo as discussões sobre cobrança fixa novamente para a pauta.¹⁷

16. BARRETO, Aires Fernandino. *Curso de Direito Tributário Municipal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 319.

17. LOUBET, Leonardo Furtado. A incidência do ISS na advocacia. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. n. 52. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 160.

Com o retorno da controvérsia, o assunto foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgado do REsp 1.184.606/MT,¹⁸ que demonstrou o entendimento de que a LC 116/2003 não revogou a sistemática do ISS para as sociedades profissionais.

Também restou pacificado o entendimento de que, para ser beneficiadas pela cobrança de valor do ISS, as sociedades profissionais não poderiam manter características de atividade empresarial. Inclusive, nesse sentido, vem negando o direito ao benefício às sociedades profissionais que adotam o formato de sociedade limitada, da qual as sociedades de advocacia estão exclusas, pela impossibilidade fática de inclusão nesta modalidade.

Entretanto, no que diz respeito ao problema acima citado, as sociedades de advocacia não correm o risco, uma vez que a vasta jurisprudência dos tribunais superiores afastam a possibilidade de revestimento de caráter empresarial pela atividade da advocacia, mesmo que esteja em seu contrato social, em razão da regulação específica que obrigatoriamente deve se sujeitar, a qual impossibilita o registro de sociedades com características empresárias.

3.4. Cofins e PIS/Pasep

Criada pela LC 70/1991 e modificada pela Lei 10.833/2003, a Cofins é caracterizada pela adoção do sistema de cobrança não cumulativo, que eleva a alíquota de 3% para 7,6%.

É válido dar destaque para o fato de que as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda sobre o lucro presumido sujeitam-se à alíquota de 3%, prevista na regra anterior, e, desta forma, é possível que seja aproveitado pelas sociedades de advocacia que assim optarem.

As sociedades de advocacia estão sujeitas à incidência de PIS/Pasep, que segue a mesma sistemática de tributação, com idênticos critérios, da Cofins não cumulativa, mesmo quando relativo à aplicação do regime anterior em caso de escolher o regime de imposto de renda sobre o lucro presumido.

Dessa forma, a alíquota a ser recolhida pela sociedade de advocacia é de 1,65% sobre a receita bruta, observadas as deduções previstas em lei.

Na modalidade de lucro presumido, a alíquota será inferior, 0,65%.

Por fim, importante frisar que a atividade da advocacia também pode ser tributada por incidência de contribuição referente ao seguro por acidentes de

18. REsp 1.184.606/MT, rel. Min. Eliana Calmon, 2.^a T., j. 22.06.2010.

trabalho, contribuições previdenciárias e contribuições assistencial, confederativa e sindical.

3.5. *Simples Nacional e a possibilidade do enquadramento da sociedade individual*

Até pouco tempo atrás, continuavam excluídas do sistema simplificado de pagamento de tributos, instituído pela LC 123/2006, as sociedades de advocacia que, anteriormente, já não gozavam deste direito.

Esta proibição já havia sido questionada na vigência da legislação anterior, sob a alegação de que estaria ocorrendo discriminação da atividade da advocacia em comparação com as demais sociedades de profissionais, desrespeitando o princípio da isonomia¹⁹ e, assim, à Constituição. Ainda assim, o STF negou a arguição na ADIn 1.643.

A reviravolta ocorreu por meio de pressão para a criação de legislação complementar, que resultou na LC 147/2014, que alterou a LC 123/2006, passando a admitir, expressamente, a inclusão das sociedades de advocacia no sistema simples de tributos.

Não houve alteração relativa à responsabilidade tributária a que se sujeitam os sócios, visto que a LC 123/2006 trata apenas sobre o tratamento diferenciado previsto na Constituição, e que a LC 147/2014 apenas ampliou a sua abrangência.²⁰

Para efeito do enquadramento, a sociedade deverá ter receita bruta anual de até 3,6 milhões de reais, que engloba o produto da prestação do serviço de conta própria, com eventuais descontos expressamente autorizados em lei. Em caso de atividade com termo inicial durante o ano calendário, computar-se-á os rendimentos auferidos de forma proporcional.²¹

A partir deste momento, sociedades de advocacia com faturamento que se equivalha ao de micro ou pequena empresa, ou seja, com o teto de R\$ 3,6 mi-

19. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 201.

20. CEZAROTI, Guilherme. A responsabilidade tributária prevista no parágrafo 2.º do art. 7.º-A da Lei 11.598/2007: necessidade de observância dos requisitos previstos no CTN a respeito da responsabilidade solidária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 233. São Paulo, 2015. p. 79.

21. MARINS, James. *Simples Nacional: Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 41-42.

lhões anuais, passam a ter a opção de enquadramento no sistema simplificado e se sujeitam à alíquota única que engloba o recolhimento de IRPJ, da CSLL, das contribuições PIS/Cofins e do ISS, e que varia de 4,5% a 16,85%, de acordo com a tabela IV de alíquotas.

Deve se atentar que a adesão ao sistema simplificado não afetará as demais obrigações da sociedade em relação às contribuições previdenciárias e demais encargos.

A variação de alíquotas ocorrerá com base na sua receita bruta, observadas as deduções previstas em lei, de acordo com a tabela predeterminada, com a divisão do resultado da arrecadação entre os entes federados.

A divisão de uma sociedade com receita bruta superior ao limite previsto para o Simples Nacional, em duas ou mais, com vista exclusiva da adoção do sistema simplificado é vedado pela LC 123/2006, e, caso ocorra, deverá ser desconsiderada, permanecendo com a tributação pelo regime normal, além das sanções²² previstas em lei.

Sem dúvidas, a possibilidade da inclusão da Advocacia no sistema do simples nacional, através do texto da LC 147, representa, historicamente, enorme conquista da categoria.

Falar no sistema simplificado não necessariamente é falar de novo tributo, visto que não é instituído qualquer imposto ou contribuição que não esteja regularmente em vigor. Também não se trata de nova espécie tributária, pois não resulta na criação de modalidade de tributo que não seja conhecida.²³

James Marins conceitua o sistema simplificado como: “Regime especial de tributação por estimação objetiva, constituído em microssistema tributário, material, formal e processual, que unifica a fiscalização, o lançamento e a arrecadação de determinados impostos e contribuições de competência da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, aplicável opcionalmente às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, com o escopo de atribuir a estes contribuintes tratamento fiscal diferenciado e favorecido, em caráter parcialmente substitutivo ao regime geral e compulsório.”

Assim como a sociedade plural de advogados, a nova modalidade trazida pela Lei 13.247/2016 também deve ser abrangida pelo regime denominado “simples nacional”.

22. COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 305.

23. MARINS, James. *Simples Nacional: Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte Comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 65.

O chamado Simples Nacional, LC 123/2006, é um regime de arrecadação, fiscalização e cobrança de tributos compartilhado, exclusivamente aplicável a microempresas, empresas de pequeno porte e outros que se equivalham a estas, no qual se enquadram as Sociedades de Advocacia.

É composto de todos os entes da federação, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e sua administração é realizada por um comitê composto de oito integrantes, quatro da Receita Federal, dois dos Estados e Distrito Federal e dois dos Municípios.

Concentra em alíquota única os seguintes tributos: IRPJ, CSLL, PIS/Pasep, Cofins, IPI, ICMS, ISS e a Contribuição para a Seguridade Social destinada à Previdência Social a cargo da pessoa jurídica (CPP).

Para receitas decorrentes de prestação de serviço, na qual se enquadra a atividade da advocacia, o Simples Nacional reúne em alíquota única IRPJ, CSLL, PIS/Pasep, Cofins e ISS, dada a devida ressalva a não incidência de Impostos Estaduais para a atividade.

A questão está fundamentada no art. 3.º da LC 123/2006, que afirma que se consideram microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli) e o empresário a que se refere o art. 966 do CC/2002.

A LC 147 veio para, ao alterar a LC 123, solucionar a antiga discussão acerca da inclusão da atividade da advocacia.

Há, portanto, clara equivalência das sociedades de advocacia aos conceitos de microempresa e empresa de pequeno porte no que tange aos fins fiscais.

Com a diminuição dos encargos no regime simplificado, é notória a imediata formalização dos escritórios de advocacia, que vem a gerar empregabilidade e distribuição de renda, aumentando a quantidade de contribuição e estimulando o crescimento econômico.²⁴

Talvez a dúvida de maior repercussão envolvendo os tributos reunidos pelo Simples Nacional, seja sobre a cobrança fixa do ISSQN, que no sistema simplificado passa a ter alíquota discriminada e variável, sendo calculado sobre a receita bruta.

O entendimento majoritário, e que vem vigorando na prática, é de que a adesão ao sistema do Simples Nacional automaticamente desenquadra a sociedade de advocacia do regime de tributação fixa.

24. COELHO, Marcus Vinicius Furtado. *Simples do advogado: histórico da conquista e comentários à Lei Complementar 147/2014*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2014. p. 55.

Para este entendimento, é levado em conta o § 22-A do art. 18 da mesma lei, que estabelece o recolhimento fixo do ISS aos escritórios de contabilidade, não fazendo o mesmo para as sociedades de advocacia.

Esta vertigem foi adotada pela Fazenda Pública, que converteu o entendimento em Resolução, 117/2014, do Comitê Gestor do Simples Nacional, que acrescentou o art. 25-A à Resolução 94/2011 para estabelecer que “a base de cálculo para determinação do valor devido mensalmente pela ME ou EPP a título de ISS, na condição de optante pelo simples nacional, será a receita bruta total mensal, não se aplicando as disposições relativas ao recolhimento do referido imposto em valor fixo diretamente ao município pela empresa enquanto não optante pelo simples nacional, ressalvado o disposto no art. 34 e observado no art. 33”.

Portanto, devemos convir que o entendimento adotado pela Fazenda Pública não se faz prejudicial em um contexto em que o sistema simplificado traz inúmeras outras vantagens para a categoria.

Entretanto, a Receita Federal, em primeiro momento, entendeu que o enquadramento não seria possível e que seria necessária alteração da LC 123 para possibilitar a inclusão da nova sociedade no regime do Simples.

O argumento utilizado pelo órgão fiscal foi que no art. 3.º da LC 123 foram mencionadas as microempresas e empresas de pequeno porte, não estando expressamente tipificada a “sociedade individual de advocacia”, termo utilizado no texto da Lei 13.247/2016.

Acontece que a posição da receita federal se deu em razão de equívoco primário de interpretação, visto que a sociedade plural de advocacia, a qual segue os mesmos critérios da sociedade individual, foi aceita, restando apenas o argumento da ausência da especificidade legal idêntica ao termo usado na lei que rege o Estatuto da Ordem, que deveria, em verdade, ser considerada mera formalidade.

Em razão disso, foi ajuizada a Ação 0014844-13.2016.4.01.3400, a qual teve recente decisão deferindo a antecipação da tutela pleiteada, para determinar à receita federal a retirada da informação contrária à adesão da sociedade individual ao Simples Nacional de seu site, assim como para a reabertura do prazo de 30 dias para realização do procedimento de ingresso das novas sociedades.

Da decisão referida ainda pendem recursos, motivo pelo qual deve se manter cautela, dada a controvérsia em aberto.

Ainda assim, mantenho a posição de que o enquadramento deve ser mantido, razoado pelos evidentes benefícios que a inclusão deve trazer, tanto para as sociedades aderentes quanto para a arrecadação da receita estatal, que tende a crescer significativamente neste meio.

A inclusão da sociedade de advocacia, seja ela na modalidade individual ou pluralista, no sistema de tributos simplificado, deve tirar grande parte dos advogados da prática da sonegação, sendo, então, de grande interesse da própria fazenda pública a migração.

Isso ocorre porque é normal que o advogado autônomo atuando quase que na “informalidade” não declare a totalidade dos rendimentos da sua atividade, por inúmeros fatores.

Um deles é a alta carga tributária para pessoa física, que, como demonstrado no tópico a seguir, cai consideravelmente com a inclusão no sistema de sociedade, optando pelo Simples Nacional.

Adam Smith, ao traçar a sua teoria sobre o tributo, foi enfático: “Todo o imposto deve ser concebido de modo que possa tirar das mãos do povo o menos de dinheiro possível além das necessidades do Estado”²⁵.

Neste caso, não há motivos para o advogado autônomo permanecer pagando uma elevada carga tributária, quando há conjunto de normas legais que podem lhe beneficiar com alíquota consideravelmente inferior, não estando a prejudicar o Estado, que na prática terá amplo controle fiscal da atividade, que, até então, teve fatores facilitadores da informalidade.

E mais, há equivalência de situação com os demais contribuintes do sistema simplificado, o que reforça que a vedação da inclusão da atividade de advocacia estaria indo em direção contrária aos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, previstos no art. 150, II, da CF.

Outra questão que colabora para eventual informalidade, para não dizer sonegação, é a opção que o advogado autônomo tradicional tem de negociar com sua clientela, em maioria pessoa física, com a simples emissão de recibo, o que dificulta a ação da receita federal.

Com a possibilidade da nova sociedade, não só por facilidade tributária, mas também pelo conhecimento público da norma, o advogado que atua em sociedade individual passará a contribuir de acordo com a regras do sistema simplificado, inclusive, recebendo em troca maior confiança do seu cliente.

Digo isso porque é fácil imaginar que, na informalidade da atividade, sem qualquer vinculação direta à receita federal, é natural que, numa universalida-

25. MARTINS, Ives Granda da Silva. *O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 181.

de que abrange centenas de milhares de profissionais, deixe de ser arrecadado um número significativo em impostos todos os anos.

Isso influencia diretamente no planejamento da administração da atividade, pois o ato de administrar, e aqui entra com grande importância a questão tributária, possibilita explorar as condições mais favoráveis para alcançar os objetivos planejados.²⁶

A exclusão do sistema simplificado de tributação poderá ocorrer de ofício ou por comunicação do contribuinte, sem necessariamente significar a exclusão do regime societário.²⁷

4. VANTAGENS ECONÔMICAS DA CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA E ADESÃO AO SISTEMA SIMPLIFICADO DE TRIBUTAÇÃO

Em tempos em que a Advocacia vem passando por uma grave crise, por que não dizer, de identidade, com inúmeros problemas causados principalmente pela desenfreada produção de bacharéis²⁸ em universidades de duvidosa qualidade, o que desencadeia séria problemática em série, há de se convir que a autorização para a constituição de sociedade individual de advocacia chega em momento extremamente oportuno.

Causado pelo fato acima citado, o grande número de profissionais “jogados” no mercado, muitas vezes sem o preparo adequado, faz com que, em diversos nichos, a advocacia torne-se um produto de baixo preço.

O Jovem Advogado, ao sair da universidade, até o momento atual, deparou com a desvalorização do serviço para o qual se preparou para prestar, tanto pelas empresas quanto pelos colegas de classe, o que tornou a Advocacia subproduto da própria Advocacia.²⁹

Somada a dificuldade encontrada para o exercício da Advocacia como “Empregado” com o alto custo operacional da atividade autônoma, de maneira

26. OURIQUE, Alexandre Macedônia. *Planejamento e gestão para escritórios de advocacia*. São Paulo: Lex Produtos Jurídicos, 2011 p. 12.

27. BORBA, Claudio. *Direito Tributário*. São Paulo: Método, 2015. p. 254.

28. WEINMANN, Amadeu de Almeida. *A história e a vida das prerrogativas da advocacia*. Porto Alegre: Pradense, 2012. p. 77.

29. MAGADAN, Gabriel de Freitas Melro. *Direito no plural: advocacia subproduto da advocacia*. Porto Alegre: Campos Escritórios Associados, 2012. p. 131-132.

formal, o profissional com pouca experiência ou mesmo com recursos escassos acabou por ser excluído indiretamente pelas circunstâncias que perduraram demasiado período.

A partir da possibilidade de constituição da sociedade individual, com a consequente adesão ao sistema simplificado de tributação, os jovens advogados, assim como escritórios de pequena estrutura e que possuem pouca arrecadação, serão os maiores beneficiados.

Estima-se que, com a previsão da nova legislação, a formalização dos advogados ocorra no mesmo passo que se deu com a classe dos contabilistas, que até o ano de 2008 viveu o mesmo drama, e que, em poucos anos, já conta com mais de 30% de profissionais formalizados.³⁰

Conforme destacado diversas vezes, a formalização da atividade vem para, em primeiro momento, aparecer como o primeiro benefício para a Advocacia.

Com a formalização e criação da sociedade, o Advogado estará profissionalizando e separando a sua atividade profissional da sua vida particular, equivalendo-se a qualquer outro profissional.

Somente com a formalização da sociedade o próprio mercado irá apresentar diversas opções a que o Advogado como pessoa física não tem acesso, como crédito especial, taxas de juros diferenciadas, subsídios governamentais para aquisições, dentre outras vantagens, já oferecidas para micro e pequenas empresas.

Em segundo momento, mas condicionada à formalização, entra a questão tributária, que deve ser destacada como a mais almejada pela classe.

Criada a sociedade, poderá optar-se pela adesão ao sistema simplificado de tributação que, conforme já demonstrado, irá facilitar, tanto pela unificação de diversos tributos como pela alíquota diferenciada.

Para demonstrar com maior clareza a vantagem da adesão ao sistema simplificado, consideraremos nos comparativos abaixo o faturamento anual de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

Para tanto, deve ser considerada a tabela do Anexo IV da LC 123/2006, em que ficam especificadas e partilhadas as Alíquotas do Simples Nacional, no qual se enquadra a atividade da Advocacia:

30. COELHO, Marcus Vinicius Furtado. *Simples do advogado: histórico da conquista e comentários à Lei Complementar 147/2014*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2014. p. 59.

Receita Bruta em 12 meses (em R\$)	Alíquota	IRPJ	CSLL	Cofins	PIS/Pasep	ISS
Até 180.000,00	4,50%	0,00%	1,22%	1,28%	0,00%	2,00%
De 180.000,01 a 360.000,00	6,54%	0,00%	1,84%	1,91%	0,00%	2,79%
De 360.000,01 a 540.000,00	7,70%	0,16%	1,85%	1,95%	0,24%	3,50%
De 540.000,01 a 720.000,00	8,49%	0,52%	1,87%	1,99%	0,27%	3,84%
De 720.000,01 a 900.000,00	8,97%	0,89%	1,89%	2,03%	0,29%	3,87%
De 900.000,01 a 1.080.000,00	9,78%	1,25%	1,91%	2,07%	0,32%	4,23%
De 1.080.000,01 a 1.260.000,00	10,26%	1,62%	1,93%	2,11%	0,34%	4,26%
De 1.260.000,01 a 1.440.000,00	10,76%	2,00%	1,95%	2,15%	0,35%	4,31%
De 1.440.000,01 a 1.620.000,00	11,51%	2,37%	1,97%	2,19%	0,37%	4,61%
De 1.620.000,01 a 1.800.000,00	12,00%	2,74%	2,00%	2,23%	0,38%	4,65%
De 1.800.000,01 a 1.980.000,00	12,80%	3,12%	2,01%	2,27%	0,40%	5,00%
De 1.980.000,01 a 2.160.000,00	13,25%	3,49%	2,03%	2,31%	0,42%	5,00%
De 2.160.000,01 a 2.340.000,00	13,70%	3,86%	2,05%	2,35%	0,44%	5,00%
De 2.340.000,01 a 2.520.000,00	14,15%	4,23%	2,07%	2,39%	0,46%	5,00%
De 2.520.000,01 a 2.700.000,00	14,60%	4,60%	2,10%	2,43%	0,47%	5,00%
De 2.700.000,01 a 2.880.000,00	15,05%	4,90%	2,19%	2,47%	0,49%	5,00%
De 2.880.000,01 a 3.060.000,00	15,50%	5,21%	2,27%	2,51%	0,51%	5,00%
De 3.060.000,01 a 3.240.000,00	15,95%	5,51%	2,36%	2,55%	0,53%	5,00%
De 3.240.000,01 a 3.420.000,00	16,40%	5,81%	2,45%	2,59%	0,55%	5,00%
De 3.420.000,01 a 3.600.000,00	16,85%	6,12%	2,53%	2,63%	0,57%	5,00%

Optando pelo Simples Nacional, a sociedade de advocacia será tributada por alíquota única de 4,5% sobre a receita auferida, tendo que pagar o valor de R\$ 8.100,00 (oito mil e cem reais).

Ainda, em caso de a sociedade prestar exclusivamente serviços para o exterior, deve se desconsiderar a incidência de PIS/Pasep, Cofins E ISSQN, restando, assim, a alíquota de 1,22%, que resulta na tributação de R\$ 2.196,00 (dois mil cento e noventa e seis reais).

Em simulação apenas do Imposto de Renda sobre rendimentos de Pessoa Física, considerando a tabela progressiva, utilizando os mesmo R\$ 180.000,00, o contribuinte, Advogado Autônomo, ficaria à mercê do valor de R\$ 39.197,30 de tributação, 483% do valor total devido pela sociedade individual optante do sistema simplificado.

Para fim desta análise comparativa, suponhamos que a sociedade individual de advocacia tenha sido constituída, porém, não tenha optado pelo Simples Nacional.

Neste caso, considerando o lucro presumido de R\$ 180.000,00, a sociedade contribuinte pagaria os seguintes valores: IR: R\$ 8.640,00, CSLL: R\$ 5.184,00, Cofins: R\$ 5.400,00, PIS: 1.170,00 e ISSQN: 1.920,00, totalizando R\$ 22.314,00, 275% do valor pago pela sociedade optante pela tributação simplificada.

Não menos importante, destaco a alíquota de 1,5% a título de IR retido na fonte, que, em caso de pagamentos efetuados por pessoa jurídica à sociedade de advocacia, pode alcançar até 27,5% em pagamento à pessoa física do advogado que atua em regime autônomo, vide art. 1.º, III e IV, da Lei 11.482/2007, com a redação dada pelo art. 23 da Lei 11.945/2009.

Vale lembrar que a análise, embora direcionada para a sociedade individual de advocacia, serve igualmente para a sociedade plural de advogados, que, em tese, está sujeita aos mesmos regramentos.

Explicitadas as vantagens para a advocacia, faço a ressalva de meu entendimento pessoal, que se direciona para a Fazenda Pública.

Após estudo detalhado das questões aqui pertinentes, parece notório que não há só vantagens para o lado do contribuinte, mas também previsível e considerável ganho para a arrecadação do Estado, visto que, segundo estimativa realizada pela OAB, com a nova previsão, as sociedades de advocacia devem passar de 20 mil para 126 mil no período de cinco anos, o equivalente a 530% de crescimento.

A ausência desta percepção pelos agentes públicos que ainda colocam pequenos empecilhos para o funcionamento do sistema para a classe dos Advogados não faz com que o entendimento seja contrário, apenas faz com que a burocracia atrase os resultados que, repito, são notórios.

Por fim, digo que, passado este período de adaptação da nova legislação, os cofres do Estado agradecerão em silêncio pelo resultado alcançado pela classe dos Advogados, que “lutou sozinha” pela própria regulamentação.

5. CONCLUSÃO

Diante da análise circunstancial realizada, tendo em vista desfecho prático que ainda se procede, através da aprovação da legislação que alterou o Estatuto da OAB, criando a Sociedade Individual de Advocacia, assim como a recente Lei Complementar que incluiu a atividade no sistema simplificado de tributação, podemos concluir que, embora ainda existam questões não exauridas a respeito do tema, que surgiram com os empecilhos criados pela Receita Federal, o cenário para os Advogados nunca esteve tão favorável.

A partir da matéria abordada neste estudo, pode se considerar que a Advocacia teve, no que representa os aspectos econômicos da atividade, uma enorme vitória, que, em suma, trata-se da pura e simples equivalência com outras atividades profissionais, sejam elas de caráter intelectual ou empresarial.

Desta forma, o Advogado iniciante e as pequenas sociedades de Advocacia, sejam elas individual ou plural, terão um alívio nas suas despesas tributárias para o exercício da atividade, em consideráveis proporções.

Ademais, as mudanças trazem a formalização da atividade para próximo do Advogado, o que beneficiará, principalmente, o próprio Estado, como arrecadador de tributos que, outrora, com a informalidade fiscal da atividade, sequer tinha como cobrar.

Portanto, tenho que as novidades na legislação, mesmo que longamente discutidas e polemizadas em determinados pontos, ao ser aprovadas, trazem benefícios importantíssimos para os dois lados envolvidos, Fazenda Pública e classe dos Advogados.

6. REFERÊNCIAS

- BARRETO, Aires Fernandino. *Curso de Direito Tributário Municipal*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BERTOLDI, Marcelo Marco. *Curso avançado de Direito Comercial*. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- BORBA, Claudio. *Direito Tributário*. São Paulo: Método, 2015.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à luz do Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- CEZAROTI, Guilherme. A responsabilidade tributária prevista no parágrafo 2.º do art. 7.º-A da Lei 11.598/2007: necessidade de observância dos requisitos previstos no CTN a respeito da responsabilidade solidária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 233. São Paulo. p. 70-80. 2015.
- COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. *Simples do advogado: Histórico da conquista e comentários à Lei Complementar 147/2014*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2014.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito da Empresa*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DE SOUZA, Wendell Lopes Barbosa. *A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Lições de Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- JULIÃO, Rodrigo de Farias. *Ética e Estatuto da Advocacia*. São Paulo: Atlas, 2015.
- LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LOUBET, Leonardo Furtado. A incidência do ISS na advocacia. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. n. 52. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- MAGADAN, Gabriel de Freitas Melro. *Direito no plural: advocacia subproduto da advocacia*. Porto Alegre: Campos Escritórios Associados. p. 131-135. 2012.
- MARINS, James. *Simples Nacional: Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Sociedade de advogados*. São Paulo: Lex Produtos Jurídicos, 2015.
- OURIQUE, Alexandre Macedônia. *Planejamento e gestão para escritórios de advocacia*. São Paulo: Lex Produtos Jurídicos, 2011.
- UTUMI, Ana Cláudia Akie. A tributação das sociedades de advogados. *Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo*. vol. 23. n. 74. São Paulo. p. 95-97. 2013.
- WEINMANN, Amadeu de Almeida. *A história e a vida das prerrogativas da advocacia*. Porto Alegre: Pradense, 2012.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Implicações fiscais da prestação de serviços personalíssimos por pessoa jurídica, de Thiago Mondo Zappellini – *RTrib* 130/193-213 (DTR\2016\24126); e
- O direito tributário brasileiro no contexto de uma nova ordem econômica e financeira, de Dilson José da Franca Júnior – *RTrib* 130/149-175 (DTR\2016\24121).

DILEMAS SOBRE A QUESTÃO PREJUDICIAL NO NCPC E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS

DILEMMAS ABOUT CONSTITUTIONAL THRESHOLD ISSUES IN CLASS ACTIONS IN THE NEW BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE

MARCOS VINÍCIUS PINTO

Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Membro do Ceapro. Advogado no Estado do Espírito Santo. marcospinto@bdpos.com.br
mviniciuspinto@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Constitucional

RESUMO: Era temido o desrespeito à competência do Supremo Tribunal Federal para o enfrentamento de questões prejudiciais de inconstitucionalidade veiculadas em ações coletivas em razão da abrangência da coisa julgada (*erga omnes*). Esse argumento não se sustentava, afinal, a questão prejudicial não era alcançada pela imutabilidade – consequência oposta da que ocorre com a *issue preclusion* norte-americana. No entanto, o Novo Código de Processo Civil se aproximou da regra americana e, atendidos certos requisitos, essa hipótese se torna mais factível. Como consequência, o que se cogita no presente estudo é se o antigo e infundado receio passa a se sustentar diante da virtual possibilidade de haver coisa julgada acerca da questão prejudicial de inconstitucionalidade em ações coletivas.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa julgada – Questão prejudicial – Ações coletivas – Novo Código de Processo Civil – Controle de constitucionalidade

ABSTRACT: There was a fear – because of the extension of *res judicata* (*erga omnes*) in class actions – that the Supreme Court's jurisdiction to rule on constitutional matters would not be respected when such subjects emerged as threshold issues in lower courts. This fear was unfounded, since *res judicata* did not apply to threshold issues – as opposed to American's issue preclusion. However, the Brazilian new code of civil procedure has come closer to the American rule and, given some requirements are met, that concern is now justified. Therefore, this study tries to check if the old and unwarranted fear is now reasonable, as it is virtually possible that the constitutional threshold issues that emerge in class actions in lower courts will become *res judicata*.

KEYWORDS: *Res judicata* – Threshold issues (issue preclusion) – Class actions – Brazilian New Code of Civil Procedure – Judicial review.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Questões e questões prejudiciais. 2.1 O art. 503, §§ 1.º e 2.º do NCPC e as questões prejudiciais. 2.1.1 Decisão incidental e expressa. 2.1.2 Questão preju-

dicial cuja resolução depende o julgamento do mérito. 2.1.3 Contraditório prévio, efetivo e não aplicação aos casos de revelia. 2.1.4 Não aplicação aos processos que contenham restrições probatórias e de cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão principal. 2.1.5 Necessidade de o juiz ter competência absoluta para apreciação da questão prejudicial. 3. Brevíssimas notas sobre controle de constitucionalidade e a questão prejudicial. 3.1 A ação coletiva e a tese da usurpação de competência do STF. 4. O NCPC, a prejudicial de inconstitucionalidade, as ações coletivas e a coisa julgada *erga omnes*: a não formação de *res judicata* quanto à questão prejudicial. 4.1 Exceção à regra: um recurso extraordinário concebido em laboratório. 4.2 Exceção à regra: mandado de segurança coletivo. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende defender, como regra, a inaplicabilidade do art. 503, §§ 1.º e 2.º do NCPC ao controle difuso de constitucionalidade em ações coletivas. Em outras palavras, serão analisadas as razões pelas quais não há que se cogitar eventual usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento em abstrato da constitucionalidade das normas, como questão prejudicial, não obstante a extensão *erga omnes* e *ultra partes* dos efeitos da coisa julgada dessas ações.

O tema se justifica porque a questão prejudicial fará coisa julgada, independentemente de propositura de demanda específica com essa finalidade, desde que atendidos os requisitos do art. 503, §§ 1.º e 2.º do NCPC. Desse modo, se a constitucionalidade de determinada norma constituir questão prejudicial para análise do pedido principal de demanda coletiva, poder-se-ia cogitar que a sua declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade vincularia *erga omnes* ou *ultra partes* em razão da abrangência extensiva da *res judicata*. Por esse equivocado raciocínio, a competência do Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 102, I, *a* da CF/1988, estaria em sérios apuros.

Tal temor, contudo, não se sustenta e as linhas adiante pretendem espantar qualquer dúvida a esse respeito.

Antes de encerrarmos, refletiremos acerca de possíveis exceções à não incidência do art. 503, §§ 1.º e 2.º do NCPC em demandas coletivas, quais sejam: (i) o reconhecimento da questão prejudicial de inconstitucionalidade em recurso extraordinário precedido de atos e fatos bem específicos; (ii) eventual mandado de segurança coletivo, de competência originária do STF, cuja questão prejudicial é a inconstitucionalidade de determinada norma. Vale consignar que nesta segunda hipótese as circunstâncias para a sua ocorrência são ainda mais detalhadas.

Para fins de limitação do tema, registramos, ainda, que todo o raciocínio aqui erigido não levou em consideração a competência originária dos Tribu-

nais de Justiça para a análise da constitucionalidade das normas e atos normativos. Por isso, deixaremos propositadamente de mencionar o questionamento de leis ou atos normativos em face da Constituição Estadual por não ser esse o objeto do nosso estudo.

2. QUESTÕES E QUESTÕES PREJUDICIAIS

A teoria mais aceita para a identificação da demanda – mantida no art. 337, § 2.º do NCPC – adota o critério da tríplice identidade (*tria eadem*)¹ entre partes (*eadem personae*), causa de pedir (*eadem causa petendi*) e pedido (*eadem res*).² Também é de sabença acadêmica que, para formular determinado pedido, a parte pode valer-se de tantas causas de pedir quantas forem suficientes para fundamentar a demanda. Enquanto as partes compõem o elemento subjetivo da demanda, os elementos objetivos são formados pela causa de pedir e o pedido. Assim sendo, uma vez mantidas as partes e deduzido pedido idêntico, mas alterada a causa de pedir, estar-se-á diante de nova demanda.

Pois bem.

As alegações de fato ou de direito (causas de pedir), ancoradas em determinada relação jurídica, chegam ao processo como *pontos* que, caso controvertidos pelas *partes*, tornam-se *questões* no processo.³ Desse modo, tem-se como questão o “ponto de fato ou de direito controvertido entre as partes”.⁴

1. Sobre as críticas à teoria do *tria eadem*, principalmente em relação à sua insuficiência para a identificação das demandas vide: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 83-93, 155-156; TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 78-91. LEONEL, Ricardo de Barros de. *Causa de pedir e pedido*. São Paulo: Método, 2006, p. 31-83.
2. Pondera Barbosa Moreira que, nesse caso, *res* é sinônimo de *lide*. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Coisa julgada – limites objetivos. Direito aplicado*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. vol. II, p. 446.
3. Ensina Ergas Moniz de Aragão que “as questões podem ser de fato ou de direito; de direito material ou de direito processual; preliminares e de mérito. As questões abrangidas pela disposição comentada são as de mérito, julgadas como objeto principal do processo, pois as chamadas “questões prejudiciais”, solucionadas *incidenter tantum*, mesmo que sejam questões de mérito, não são por ela abrangidas, em decorrência do art. 469, III.” ARAGÃO, Ergas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 243.
4. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. III, p. 539.

Por vezes, põe-se no caminho da resolução da questão principal outra questão que lhe prejudica a análise.⁵ Trata-se de antecedente lógico, ou seja, um verdadeiro obstáculo que, não transposto, inviabiliza a apreciação do pedido principal – daí que emerge, então, a questão prejudicial.⁶

Os exemplos de questões prejudiciais são inúmeros: o reconhecimento da paternidade é antecedente lógico para a condenação em ação de alimentos contra o suposto pai; a verificação da união estável é antecedente lógico para a concessão da tutela condenatória em processo em que se pleiteia a concessão de benefício previdenciário; a validade do contrato é pressuposto para a condenação à obrigação nele constante.

Também a constitucionalidade das normas pode ser questão prejudicial para o enfrentamento do pedido principal. Bastaria pensar em determinada demanda que tem como pedido a cessação da cobrança de determinado tributo e, como causa de pedir, a inconstitucionalidade da norma instituidora da obrigação tributária.

Contudo, considerando os exemplos anteriores à luz do CPC/73, a coisa julgada na ação de alimentos não recairia sobre a declaração de paternidade feita na motivação da sentença. Tampouco adquiriria imutabilidade a declaração de união estável na ação que pugna pelo benefício previdenciário, sendo o mesmo entendimento estendido ao reconhecimento da validade do contrato na demanda condenatória à prestação nele constante. É evidente que, por esse raciocínio, também a inconstitucionalidade da norma tributária não formaria coisa julgada.

5. Para um estudo sobre prejudicialidade: OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 122-127.

6. É importante ressaltar que existem pontos, questões e causas prejudiciais. Sobre isso, asseverou Barbosa Moreira: “observou-se, com efeito, que a manifestação processual da prejudicialidade pode revestir formas diversas. Às vezes, o juiz integra na cadeia lógica de seu raciocínio um elo sobre o qual não lhe compete reexaminar o assunto, mas tão somente aceitar o fato consumado: tem-se aí um ponto prejudicial. Se, ao contrário, o antecedente lógico é objeto de controvérsia sujeita à apreciação do juiz, no curso lógico do processo, surge a questão prejudicial. Finalmente, se o elo lógico a ser inserido na cadeia silogística vem de fora, resulta de pronunciamento emitido *principaliter* em processo distinto, mas ao mesmo em parte contemporâneo, aparece a causa prejudicial, que pode ter nascido independentemente, mas também pode ter-se originado do próprio processo em que se discute a questão subordinada (...).” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: 1967, p. 48-49.

Isso significa dizer que todas as questões prejudiciais, a exemplo das acima explicitadas, poderiam ser novamente discutidas no Poder Judiciário.

Assim entendemos porque, no âmbito do CPC/73 (arts. 128, 468 e 469), os limites objetivos da coisa julgada compreendiam apenas a conclusão da sentença – a denominada parte dispositiva –, na qual o juiz expunha o acolhimento ou a rejeição do pedido. Como assentou Barbosa Moreira, “os fundamentos da decisão, sejam quais forem, não ficam cobertos pela imutabilidade característica da *res iudicata* e podem ser livremente rediscutidos noutra processo, em que se deduza lide diversa”.⁷ Em outras palavras, as questões prejudiciais eram decididas *incidenter tantum*, sem possibilidade de adquirir imutabilidade, tendo em vista não consistirem no pedido principal (o objeto do processo) espelhado na conclusão.⁸

O sistema admitia, portanto, que se concluísse (na parte dispositiva da sentença) pela concessão do benefício previdenciário a determinada pessoa, por esta ser companheira do falecido – o que constaria da motivação –, sendo que, em demanda posterior ao trânsito em julgado, essa mesma relação de união estável poderia ser rediscutida, desta vez em caráter principal, tendo em vista a inexistência de imutabilidade a esse respeito. Era possível, inclusive, que, na segunda demanda, o pedido de reconhecimento da condição de companheiro fosse julgado improcedente.

Sob a égide do CPC/1973, então, a coisa julgada não colaborava com a observância da economia processual – afinal, essas questões poderiam ser reiteradamente debatidas, não obstante já submetidas ao contraditório e à cognição exauriente –, tampouco zelava pela plena atenção à segurança jurídica, haja vista a possibilidade de conflito lógico de julgados.⁹

7. BARBOSA MOREIRA, Coisa julgada – limites objetivos, 2000, p. 439.

8. Há divergências sobre se o objeto do processo é composto exclusivamente pelo pedido ou pelo pedido e pela causa de pedir. Sobre o tema, vide: (Pedido e causa de pedir) TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009, p.134-135. MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A causa petendi nas ações reivindicatórias. Teses, estudos e pareceres de processo civil*, vol. 1. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 140; JUNOY, Joan Picó I. *La modificación de la demanda en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 25-36. MENCHINI, Sergio. *Il giudicato civile*. Torino: UTET, 1988, p. 50-51. (Pedido) DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2009, p. 320. LEONEL, *Causa de pedir e pedido*, 2006, p. 103-105.

9. Chiovenda já manifestava preocupação com o *conflito prático* de decisões, que consiste na existência de dois comandos jurisdicionais incompatíveis sobre uma mesma demanda – o que o sistema não tolera. Por outro lado, havendo comandos jurisdicionais concilia-

Para que a questão prejudicial fosse decidida em caráter *principaliter*, com força de coisa julgada, as partes teriam que propor ação declaratória incidental (arts. 5.º e 325 do CPC/1973), por meio da qual poder-se-ia adquirir a imutabilidade. Caso optassem por não manejá-la, todavia, a questão prejudicial seria decidida apenas em caráter *incidenter tantum*.¹⁰

Há de ser feita, contudo, uma ressalva no tocante às questões prejudiciais constitucionais, pois desconhecemos qualquer estudo que admita a ação declaratória incidental nesses casos, ou seja, não temos conhecimento de nenhuma tese acadêmica que justifique a utilização do instituto com o escopo de examinar a compatibilidade das normas com a Constituição Federal, em caráter principal e com força de coisa julgada. À ausência ou, talvez, à pouca frequência de invocação desta tese, então, atribuímos a seguinte causa: a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas, como questão *principaliter*, é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a da CF/1988).

De outro modo não poderia ser, pois, como ensina Luís Roberto Barroso em considerações sobre o controle difuso de constitucionalidade, “o reconhecimento da inconstitucionalidade não é o objeto da causa, não é a providência postulada. O que a parte pede no processo é o reconhecimento do seu direito, que, todavia, é afetado pela norma cuja validade se questiona. Para decidir acerca do direito em discussão, o órgão judicial precisará formar um juízo acerca da constitucionalidade ou não da norma. Por isso se diz que a questão constitucional é questão prejudicial: porque ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal”.¹¹

Tendo isso em mente, concluímos que, no CPC/1973, as questões prejudiciais eram decididas *incidenter tantum*, sem possibilidade de adquirirem qualidade de imutabilidade, o que permitia a sua rediscussão em outros processos livremente. De outro lado, a clássica forma para que fosse decidida como questão principal e formasse coisa julgada material seria mediante a propositura de

veis, mas fundamentações incompatíveis entre si, existirá *conflito lógico* de decisões, com o que o sistema lida, afinal, o que transita em julgado é a parte dispositiva. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965, p. 920-921.

10. Neste ponto, é relevante e oportuna a lição de Dinamarco: “decidir *principaliter* é estabelecer, na parte decisória da sentença, o concreto preceito jurídico-material que há de prevalecer entre as partes. Decidir *incidenter tantum* é solucionar meras questões no curso da motivação da sentença, sem qualquer conteúdo preceptivo.” DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2009, p. 539.

11. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 85.

ação declaratória incidental. Contudo, apenas no tocante às questões prejudiciais constitucionais, havia o entrave da competência constitucional para o manejo do instituto, pois somente o Supremo Tribunal Federal poderia apreciar a (in)constitucionalidade das normas em caráter *principaliter*.

2.1. O art. 503, §§ 1.º e 2.º do NCPC e as questões prejudiciais

A hipótese de proliferação de julgados acerca das questões já decididas no processo era motivo de desconforto na doutrina que visava, em nome da economia processual e da segurança jurídica, o maior aproveitamento da coisa julgada para atingir também as questões que não foram objeto do pedido principal das partes, mas devidamente submetidas ao contraditório e à cognição exauriente.¹² A esse problema *teórico*, contudo, o sistema atribuiu parcial solução com o novel regramento processual.

Com o advento do NCPC, a questão prejudicial não mais carece da ação própria para adquirir imutabilidade. Obedecidos os requisitos dos §§ 1.º e 2.º, do art. 503 do NCPC, a *res judicata* extrapolará os limites do dispositivo para alcançar também a parte dos *motivos* da sentença, o que constitui uma *exceção* ao art. 504, I do NCPC, ainda que parte da doutrina não reconheça esta excepcionalidade ao afirmar que a resolução da questão prejudicial integra a parte *dispositiva* do pronunciamento jurisdicional – debate, a nosso ver, inócuo e que mais parece um jogo de palavras.¹³ De todo modo, certo é que fica alterada a disciplina sobre os limites objetivos da coisa julgada.¹⁴

12. Por todos, vide: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65-84.

13. O art. 504 do Novo Código de Processo Civil prescreve que não fazem coisa julgada “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (inc. I, do art. 504), tampouco “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença” (inc. II, do art. 504). O texto normativo apenas repete o art. 469 do CPC/73, que também retirava “os motivos” e “a verdade dos fatos” do alcance da *res judicata*, para consagrar a parte dispositiva da sentença como aquela única parte da decisão passível de se tornar imutável. Dizemos que essa discussão é inócua porque tanto faz se a questão prejudicial será considerada como parte integrante do dispositivo ou se será aceita a tese de que, nesse caso, uma exceção abarcará os motivos do pronunciamento jurisdicional, pois o que importa verdadeiramente é que a imutabilidade a alcançará independente da taxonomia empregada. Defendendo que o pronunciamento acerca da questão prejudicial integra o dispositivo vide: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. vol. 2. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 632.

14. Em trabalho sobre a defesa no processo civil, Cleanto Guimarães Siqueira destacou que uma das importâncias do pedido era a “fixação dos limites objetivos da coisa

A Lei 13.105/2015 se arvorou em tema polêmico e que, na *prática*, não ocasionava problemas (ao contrário do plano teórico). Isso porque, a questão prejudicial era apreciada na motivação da sentença e, na sequência, o juiz avançava para decidir a questão principal no dispositivo do pronunciamento. Assim, a questão principal transitava em julgado, mas a prejudicial, por não adquirir imutabilidade, comportaria debates em novas demandas. Essa possibilidade de nova discussão não ocasionava traumas concretos ao sistema processual nacional, bastando consignar que a observância empírica do manejo da ação declaratória incidental sob a égide do CPC/73 era ínfima.

A previsão do art. 503, § 1.º do NCPC tem um ancestral que, a seu tempo, não fora bem quisto pela doutrina. O Código de Processo Civil de 1939 – que estendia a *res judicata* aos motivos (art. 287)¹⁵ – causou severas críticas por não ofertar segurança sobre o que ficava imutabilizado.¹⁶ Somente quando sobreveio o CPC/1973 que a dúvida fora extirpada: os limites objetivos da coisa julgada estavam restritos ao dispositivo da sentença.

julgada e do mérito do processo”. Com a possibilidade da formação de coisa julgada extensiva aos motivos (questão prejudicial) e refletindo sobre a afirmativa do autor, temos que o advento do NCPC não a torna ultrapassada, pois o pedido serve como principal agente delimitador dos limites objetivos da coisa julgada e do mérito. Contudo, acreditamos não haver mais como negar a causa de pedir como elemento da demanda que integra o objeto do processo, ou seja, para além do pedido também a causa de pedir passará a integrar os limites objetivos da *res judicata* quando obedecidos os requisitos dos parágrafos do art. 503 do NCPC. SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 132.

15. Art. 287 do CPC/1939. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão.
16. Ovidio Baptista faz uma precisa exposição dos debates doutrinários acerca do art. 287 do CPC/1939, o que torna desnecessária, neste texto, a indicação exaustiva do pensamento de cada um dos autores por ele citados. Referido autor sintetiza a dúvida existente sobre a interpretação do dispositivo no seguinte trecho: “realmente, como sabemos, as maiores incompreensões verificadas ao tempo do Código de 39 diziam respeito, não tanto ao dispositivo do art. 287, quanto à norma inscrita em seu parágrafo único. Dir-se-ia que dispendo a lei que se considerariam decididas todas as questões que constituíssem premissas necessárias da conclusão, a doutrina não via outra alternativa, em matéria de limites objetivos da coisa julgada, senão atribuir a força vinculante do julgamento não só ao dispositivo da sentença (*decisum*), mas também às denominadas ‘premissas necessárias’ do julgamento, ou, conforme a doutrina as considera, sobre as questões prejudiciais.” SILVA, Ovidio A. Baptista. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 108-109.

O NCPC veio, então, trazer remédio a uma moléstia hipotética.

Registra-se que a disposição do art. 503, §§ 1.º e 2.º do NCPC comunga com o que preveem outros ordenamentos jurídicos, de modo que a extensão da coisa julgada aos motivos do pronunciamento jurisdicional não é exclusividade brasileira. O instituto norte-americano do *issue preclusion* (também conhecido como *collateral estoppel*) e o art. 400 da *Ley de Enjuiciamiento Espanhola*¹⁷ são apenas dois exemplos de ferramentas estrangeiras que autorizam essa extensão dos limites objetivos da *res judicata*, tendo como fundamento principal o maior aproveitamento do processo para a efetiva solução da controvérsia.

Frise-se: a questão prejudicial ainda será decidida *incidenter tantum*, sem formação de *res judicata*, caso não obedecidos os requisitos dos parágrafos do art. 503 do NCPC. Por outro lado, observadas tais condições, a coisa julgada¹⁸ será formada *independentemente de pedido* – inclusive com possibilidade de *provocação de ofício do juiz*¹⁹ –, ficando ultrapassada a necessidade de propositura de ação declaratória incidental, muito embora a serventia desta ainda sobre-

17. “Artículo 400 Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos.

1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación. 2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.”

18. Fredie Didier, Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga mencionam, inclusive, a existência de dois regimes de coisa julgada: o da questão principal e o da questão prejudicial, justamente pela necessária observância dos parágrafos do art. 503 do NCPC, no que diz respeito à segunda. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. vol. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 535.

19. A menção a Marinoni, Arenhart e Mitidiero é aqui obrigatória. Os autores deixam bem claro o rompimento do objeto do processo em relação aos pedidos das partes, haja vista a sentença não necessariamente ser mais um reflexo exclusivo destes últimos. Atribuem a isso um sistema construído a partir de alicerces argumentativos, dinâmicos e cooperativos. MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *Curso de processo civil*, 2015, p. 632-634.

viva no tocante às questões prejudiciais não impactadas pelo art. 503, §§ 1.º e 2.º do NCPC.²⁰

Passemos, então, a uma análise brevíssima de cada um desses requisitos, com especial atenção para aquele previsto no art. 503, § 1.º, III do NCPC, qual seja, a necessidade de que o juízo tenha competência em razão da matéria e da pessoa para resolver a questão prejudicial.

2.1.1. *Decisão incidental e expressa*

O § 1.º do art. 503 estabelece que, para a formação da *res judicata* prejudicial, esta questão deverá ser resolvida “expressa e incidentalmente no processo”. Decidir expressamente, a nosso ver, não significa necessariamente decidir na parte dispositiva da decisão. Isto é, temos que o requisito não diz respeito ao local aonde essa questão é resolvida – se na parte dispositiva ou na motivação –, mas sim que o seu deslinde envolva os argumentos das partes, desenvolvidos em contraditório efetivo, e integre a *ratio decidendi* do julgado, não consistindo mero *obiter dictum*, pondo fim à dúvida acerca da questão que se colocava com antecedente lógico para a elucidação da questão principal. Quer-se dizer que, para a formação da coisa julgada da questão prejudicial, o magistrado deverá percorrer o idêntico silogismo que precede à resolução das questões principais, ou seja, deverá *identificar* a crise de direito que está a receber a tutela jurisdicional (o que normalmente é realizado no relatório); deverá *fundamentar* as razões pelas quais concedeu ou não a tutela (o que compõe o segmento da motivação da decisão); e, por fim, deverá concluir se é ou não o caso de concessão (o que geralmente é realizado na parte dispositiva).

Desse modo, entendemos que para considerar a solução de determinada questão prejudicial como expressamente decidida será necessário que o juiz a identifique, previamente, no despacho saneador. É neste último ato que o juiz delimita “as questões de direito relevantes para a decisão do mérito” (art. 357, IV do NCPC) e restringe “as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória” (art. 357, II do NCPC). Só mediante o reconhecimento da questão prejudicial no saneador é que as partes saberão, com segurança, que o juiz expressamente decidirá sobre ela e que – como consequência lógica não (necessariamente) externada no despacho – haverá possibilidade de formação de coisa julgada sobre o que não foi contemplado nos seus pedidos, circunstância

20. “Persiste o interesse no ajuizamento de ação declaratória quanto à questão prejudicial incidental.” Enunciado 44 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

que deverá, por essa razão, estimular o exercício do contraditório efetivo quanto a essa questão.

Não nos parece que a expressa decisão acerca da questão prejudicial tenha que conter a linguagem costumeiramente empregada na parte dispositiva do pronunciamento, bastando que fiquem claras a conclusão e as razões motivacionais que culminaram em dado desfecho. Assim, retornando ao caso da invalidade do contrato que prejudica a análise do pedido condenatório, o magistrado não terá que afirmar textualmente que “declara nulo o contrato”, tendo em vista que existem diversas estruturas frasais que permitem ao jurisdicionado chegar à conclusão indubitável de que tal contrato foi considerado nulo. É relevante, contudo, que o magistrado expressamente enfrente os argumentos trazidos pelas partes para culminar na solução dessa questão. No ponto, subscrevemos os argumentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, pois, para os autores, “a expressão decidida expressa e incidentalmente significa que a questão tem de ter sido agitada e debatida, mas não necessariamente objeto explícito, como se fora pretensão”.²¹ E prosseguem afirmando que, “tendo havido debate na causa sobre a questão prejudicial de mérito – contraditório efetivo – esse debate tem como objetivo fazer com que a questão de mérito, que será apreciada *incidenter tantum*, necessariamente, pelo juiz, possa ser abrangida pela coisa julgada, entretanto, operam-se como se a decisão fora *principaliter*”.²²

2.1.2. Questão prejudicial cuja resolução depende o julgamento do mérito

Segundo o art. 503, § 1.º, I do NCPC, somente a questão prejudicial que constitua fundamento necessário para o deslinde da questão principal é que tem o condão de formar coisa julgada, o que já era defendido, de *lege ferenda*, pela doutrina nacional.²³ É imprescindível, portanto, a existência de uma relação entre a questão prejudicial e a questão principal a ela subordinada.²⁴ Pode-se concluir, também, que “a questão prejudicial resolvida como *obiter dictum* ou a que tenha conteúdo processual não se tornam indiscutíveis pela

21. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 1221.

22. NERY JUNIOR; NERY, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2015, p. 1222.

23. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81.

24. MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, *Curso de processo civil*, 2015, p. 633.

extensão da coisa julgada”, pois não se enquadram na definição anteriormente externada.²⁵

Por derradeiro, compreendemos que a menção à questão prejudicial (no singular), e não às questões prejudiciais (no plural), tem razão de ser. Atribuímos isso à circunstância de que se existirem fundamentos alternativos que, em abstrato, sustentem de modo autônomo determinado pronunciamento jurisdicional, será “impossível definir qual dos fundamentos intercambiáveis foi fundamental para a decisão principal e, portanto, não haverá segurança quanto à profundidade da cognição”.²⁶ Desse modo, caso exista mais de uma questão prejudicial que, alternativa e autonomamente, levem à resolução da questão principal em determinado sentido, a *res judicata* não se formará, haja vista inexistir *dependência* do julgamento do mérito a *uma determinada* questão.

2.1.3 *Contraditório prévio, efetivo e não aplicação aos casos de revelia*

É difícil a definição do que seja contraditório efetivo ou não efetivo. Na doutrina americana, em discussão acerca do instituto do *issue preclusion* (*supra*, 2.1), há questionamentos sobre se a parte deve ter a oportunidade de litigar; plena oportunidade de litigar; ou plena e justa oportunidade de litigar.²⁷ A oportunidade plena de litigar constituiria mais que a mera chance de o fazer, mas também a vontade/interesse da parte em fazê-lo de modo satisfatório.²⁸ O debate se justifica, por exemplo, nas demandas de menor vulto em que são discutidos baixos valores em dinheiro, pois nelas nem sempre a parte envia esforços vigorosos para afastar determinada questão. A produção da prova acerca da questão prejudicial pode, por exemplo, ser mais dispendiosa que o próprio valor envolvido no caso, o que faria com as partes fossem estimuladas a litigar em casos simples para não permitir que a *res judicata* opere. Também é mencionada a situação na qual a seguradora é acionada para responder pelos danos do segurado, hipótese na qual este último, por estar em situação de maior conforto, não se empenha tanto em deduzir todas as alegações possíveis e/ou produzir todas as provas necessárias.²⁹ Nesses casos, em razão do baixo

25. DIDIER JR., OLIVEIRA, BRAGA, *Curso de Direito Processual Civil*, 2015, p. 536.

26. LOPES, *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, 2012, p. 70-71.

27. VESTAL, Restatement (second) of judgments: a modest dissent. *Cornell Law Review*. Março de 1981. vol. 66, p. 467.

28. *Idem*, p. 468.

29. Restatement (Second) of Judgments § 27 (1982), Comentário “e. Issues not actually litigated”.

interesse anímico em litigar, há doutrina que afirme categoricamente que a imutabilidade não alcança tais questões.³⁰

No parágrafo anterior seria perfeitamente possível trocar a palavra “litigar” por “exercer o contraditório” e, com isso, transportar o debate para a discussão acerca do art. 503, § 1.º, II do NCPC.

Nos parece que está fora do alcance da coisa julgada da questão prejudicial a hipótese em que a parte tem a oportunidade de exercer o contraditório e, por alguma razão, não o faz.³¹ Isso, a nosso ver, infringiria a *efetividade* do contraditório exigida no dispositivo e que justifica, por exemplo, sua não incidência aos casos de revelia. Estender a coisa julgada nessa situação implicaria negar à parte o seu dia na Corte (“day in Court”),³² ou melhor, o seu pleno acesso à justiça quanto a um pronunciamento de mérito que lhe diz respeito. Assim, não bastaria a mera oportunidade, mas, sim, o efetivo exercício do contraditório.

Sob outro ângulo, confessadamente não temos posição formada acerca de como deve ser interpretada a efetividade prevista no art. 503, § 1.º, II do NCPC nos casos em que a parte não tem *interesse anímico* de exercer o contraditório em sua plenitude (p. ex. pelo seu menor vulto) e acaba por discutir a questão prejudicial de modo incompleto, insatisfatório e, por vezes, desleixado. A esse respeito, contudo, algumas reflexões são necessárias.

Se o custo na produção probatória for desproporcionalmente mais elevado que o próprio impacto financeiro da causa, o estímulo do NCPC à via consensual de resolução de conflitos (art. 3.º, § 3.º do NCPC) cairia por terra, visto que as partes, mesmo em casos simples, seriam instigadas ao conflito por não desejarem que determinada questão seja atingida pela imutabilidade. Por outro lado, certo é que, não exercendo o contraditório com vigor, a parte estará arriscando, de modo consciente, a formação da coisa julgada em seu desfavor.³³ Não obstante esse risco, de fato existiriam casos em que

30. VESTAL, Alan D. Restatement (second) of judgments: a modest dissent, 1981, p. 469-473.

31. HAZARD Jr., Geoffrey C. Revisiting the second restatement of judgments: issue preclusion and related problems. *Cornell Law Review*. Março de 1981. vol. 66, p. 575. Divergindo de Hazard, Vestal entende que existem hipóteses em que a parte teve a oportunidade de exercer o contraditório, não o faz e ainda assim a coisa julgada a ela se entende, vide VESTAL, Alan D. Restatement (second) of judgments: a modest dissent, 1981, p. 465-509.

32. HAZARD Jr., Geoffrey C. Revisiting the second restatement of judgments, 1981. p. 575-576.

33. VESTAL, Alan D. Restatement (second) of judgments: a modest dissent, 1981, p. 468.

os esforços para exercer o contraditório efetivo seriam mais custosos que o próprio valor envolvido no processo, assim como também existem hipóteses nas quais a parte, por estar em situação processual de conforto ou por qualquer outra razão, não exerce o contraditório em seu ponto ótimo. Essas circunstâncias tornam o elemento anímico (interesse) uma variável que não pode ser desprezada.³⁴

Quanto ao fato de o contraditório necessitar ser prévio, conforme consignamos no tópico 2.1.1, parece-nos imperioso que o juiz aponte a questão prejudicial no despacho saneador. Fizemos essa afirmação não apenas por ser de rigor a obediência estrita aos incs. II e IV do art. 357 do NCPC, mas também por entender que a posição guarda harmonia com os arts. 10 e 489, § 1.º, inc. IV do mesmo Diploma, visto que estes últimos dispositivos vedam o emprego do “argumento surpresa” não submetido ao contraditório.³⁵ Será o despacho saneador o ato estatal a prenunciar às partes a possibilidade de que tal questão se imutabilize. Poder-se-ia compará-lo, de certo modo, com a citação. Isso porque, enquanto esta científica o réu dos termos da petição inicial do autor, aquele seria a forma por meio da qual o juiz científica as partes daquilo que poderá se tornar imutável, mesmo que inicialmente não fossem essas as suas intenções ao propor a demanda ou desta se defender.³⁶

2.1.4. *Não aplicação aos processos que contenham restrições probatórias e de cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão principal*

O § 2.º do art. 503 do NCPC prevê que a formação da coisa julgada da questão prejudicial não ocorrerá em processos nos quais existam restrições probatórias. É o caso do mandado de segurança, dos procedimentos dos juizados especiais, dos processos de inventário e partilha, dentre outros.³⁷ A restrição se impõe porque as balizas impedem o contraditório efetivo.

34. Restatement (second) of judgments § 27 (1982), Comentário “e. Issues not actually litigated”.

35. DIDIER JR., OLIVEIRA, BRAGA, *Curso de Direito Processual Civil*, 2015, p. 537.

36. Sobre a ampliação dos elementos objetivos da demanda pela defesa do réu, inclusive lançando a possibilidade desta última deduzir demanda em face do autor: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 249-262.

37. DIDIER JR., OLIVEIRA, BRAGA, *Curso de Direito Processual Civil*, 2015, p. 538.

Contudo, em nossa ótica, é possível a formação de *res judicata* nos casos em que a questão prejudicial for *exclusivamente de direito*, desde que, mesmo havendo restrições probatórias ou limitações à cognição, nenhuma dessas circunstâncias impeçam o aprofundamento da análise.³⁸ O mandado de segurança, por exemplo, não obstante conter restrições probatórias, comportaria formação da coisa julgada da questão prejudicial porque, nos termos do Enunciado 625 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, “controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.” O que queremos dizer é que as limitações procedimentais do *writ* em nada repercutiriam na profunda análise da questão prejudicial exclusivamente de direito e, por isso, não obstam à formação de *res judicata* a esse respeito.

2.1.5. *Necessidade de o juiz ter competência absoluta para apreciação da questão prejudicial*

O art. 503, § 1.º, III, do NCPC previu que a resolução da questão prejudicial, com potencial de formar coisa julgada, só será viável se o “juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”. Embora o mencionado dispositivo pudesse ter guardado sincronismo com a redação do art. 62 do NCPC, parece-nos razoável afirmar que a norma, em verdade, prescreve que a questão prejudicial não alcançará a imutabilidade se enfrentada por juízo absolutamente incompetente.

Em outras palavras, se o juízo não tiver competência absoluta para apreciar a questão prejudicial (como se principal fosse), a sua decisão não adquirirá imutabilidade no que a ela disser respeito e o deslinde ocorrerá em caráter *incidenter tantum*. Ausente o requisito, resta mantida a lógica do CPC/1973. Resgatando um exemplo anteriormente fornecido (*supra*, n. 2), isso significa que a declaração da união estável não faria coisa julgada, como questão prejudicial, para a concessão da tutela condenatória em processo em cujo pedido é a obtenção de benefício previdenciário, pois o reconhecimento da condição de companheiro, em caráter *principaliter*, é matéria de competência da Vara de Família.

Nesse ponto, há uma clara distinção entre a formação da coisa julgada da questão prejudicial e da questão principal. Enquanto nesta a formação da coisa

38. MACHADO, Marcelo Pacheco. *Novo CPC: Que coisa julgada é essa?* Disponível em: [http://jota.info/novo-cpc-que-coisa-julgada-e-essa]. Acesso em 15.05.2015.

julgada não é obstada pela incompetência do juízo (sendo caso de rescisão, nos termos do art. 966, II do NCPC),³⁹ naquela, a competência do juízo é pressuposto de existência da *res judicata* – logo, se por alguma teratologia for defendida a ocorrência da coisa julgada por questão prejudicial pacificada por magistrado absolutamente incompetente, será a hipótese de propositura de *querela nulitatis insabilis*.

No tópico adiante, veremos que a questão prejudicial de inconstitucionalidade esbarra justamente no art. 503, § 1.º, III do NCPC. Como a (in)constitucionalidade de normas só poderá ser decidida, em caráter *principaliter*, pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *a* da CF/1988), é evidente que não fará coisa julgada eventual pronunciamento jurisdicional acerca de questão prejudicial que tenha como temática a compatibilidade das normas e atos normativos com a CF/1988. É importante, por outro lado, refletir sobre esse tema levando em consideração que o Supremo Tribunal Federal também participa do controle difuso de constitucionalidade.

3. BREVÍSSIMAS NOTAS SOBRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A QUESTÃO PREJUDICIAL

O controle concentrado de constitucionalidade é exercido pelo Supremo Tribunal Federal mediante verificação, em abstrato, da compatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição Federal. Esse sistema de controle de constitucionalidade é exercido pelos legitimados previstos na Carta Magna, mediante propositura de ações diretas, sendo que as decisões delas oriundas terão efeito *erga omnes*. Nesse sentido, a constitucionalidade das normas e atos normativos será a questão principal enfrentada, visto que é justamente esse o teor do pedido formulado.⁴⁰

De outro modo, “o controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito Brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário.”⁴¹ Esse controle é exerci-

39. DIDIER JR., OLIVEIRA, BRAGA, *Curso de Direito Processual Civil*, 2015, p. 537-538.

40. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49-68.

41. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1224.

do por todos os órgãos jurisdicionais, inclusive pelo juiz de primeiro grau, podendo passar pelas Cortes ordinárias e de sobreposição, até pelo próprio Supremo Tribunal Federal.⁴² Na via incidental (concreta), a questão prejudicial constitucional constitui o obstáculo a ser solucionado para o deslinde do caso concreto. Pouco “importa se o tribunal estadual não possa declarar a inconstitucionalidade de lei federal em via principal e abstrata ou se o Supremo Tribunal Federal não possa, em ação direta, invalidar lei municipal. Se um ou outro estiver desempenhando o controle incidental e concreto, não há limitações dessa natureza”.⁴³

Ao contrário do que acontece na via concentrada, a declaração de inconstitucionalidade na via difusa será decidida *incidenter tantum*, como questão prejudicial, e, portanto, não formará coisa julgada, não vinculando nem mesmo as partes.⁴⁴ Não poderia ser de outra forma, pois, na via concreta de controle, a declaração de inconstitucionalidade não anula, tampouco revoga, não retira do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo, que seguem a vigorar com eficácia e aplicabilidade enquanto o Senado Federal não suspender-lhes a executoriedade (art. 52, X da CF/1988).⁴⁵

No entanto, o art. 503, § 1.º do NCPC parece ter alterado um aspecto pontual acerca da questão prejudicial de constitucionalidade: agora, haverá, sim, condições muito específicas para a formação de coisa julgada material caso tal questão seja trazida no bojo de recurso extraordinário, pois o texto insculpido no art. 503, § 1.º, inc. III do NCPC não seria oponível, haja vista que o Supremo Tribunal Federal é juízo competente para apreciar a matéria constitucional em caráter *principaliter*. Há de ser observado que, caso não ocorra a defesa da constitucionalidade da lei ou ato normativo efetivamente pelo órgão de representação judicial (estatal) – com a intensidade na qual o faz, por exemplo, o Advogado Geral da União em controle concentrado (art. 103, § 3.º da CF/1988) –, não será possível cogitar a formação da coisa julgada por ausência de contraditório efetivo (art. 503, § 1.º, II do NCPC), o que acabará por restringir sobremaneira a ocorrência do fenômeno nessas circunstâncias aos casos, por exemplo, nos quais a União figurar como parte.

42. BARROSO, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2008, p. 86.

43. *Idem*, p. 84.

44. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada *erga omnes* das ações coletivas. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 231.

45. SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2007, p. 53.

Vencido o requisito anterior, os limites subjetivos da decisão, a seu turno, operarão *inter partes* porque, como já explicitado, em controle incidental, é do Senado a prerrogativa de “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (art. 52, X da CF/1988). Desse modo, eventual decisão proferida pela via difusa, em processo individual, não retirará dada norma ou ato normativo do ordenamento.⁴⁶

Não sendo a questão prejudicial constitucional apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (e exclusivamente por esta Corte) é inimaginável a formação de *res judicata* – nem mesmo *inter partes* – por imperativo do art. 503, § 1.º, III do NCPC. O enfreitamento dessa questão prejudicial pelos demais órgãos jurisdicionais seguirá sendo realizado *incidenter tantum*. Ademais, é evidente que os outros requisitos previstos nos parágrafos do art. 503 do NCPC têm que ser observados, de modo que, ainda que ultrapassado o obstáculo do critério da competência, a matéria constitucional deverá: ter sido alvo de decisão incidental e expressa; constituir questão prejudicial cuja resolução depende o julgamento do mérito; ser objeto de contraditório prévio, efetivo e não ser oriundo de caso em que ocorreu aplicação da revelia. Porém, em nosso modo de pensar, as restrições probatórias e de cognição de determinado procedimento não impedem que a questão prejudicial constitucional faça coisa julgada, afinal, como a matéria é exclusivamente de direito, não existiriam óbices ao aprofundamento dessa questão (*supra*, n. 2.1.4).

Outro aspecto interessante emerge no momento em que se cogita a seguinte hipótese: e se a questão prejudicial constitucional estiver sendo discutida em recurso extraordinário originado em ação coletiva, a coisa julgada será *erga*

46. No mesmo sentido, vide o seguinte trecho: “Continua a valer o mesmo raciocínio para o sistema do CPC, salvo quando o STF dá provimento ao RE reconhecendo a inconstitucionalidade no controle difuso. Sendo a declaração de inconstitucionalidade pelo STF no RE a) questão prejudicial de mérito, b) que pode ser objeto de ação autônoma (ADIn), c) havendo sido essa prejudicial de inconstitucionalidade suscitada, discutida e debatida pelas partes (CF 5.º LV e CPC 10), considerando-se, ainda, o fato de que I, d) o STF possui competência material para julgar essa prejudicial de inconstitucionalidade como ação autônoma (CF 1021-ADIn), essa parte da fundamentação do acórdão do STF é alcançada pelos limites objetivos da coisa julgada, nos termos do CPC § 1.º. Os efeitos da coisa julgada sobre a prejudicial de inconstitucionalidade, decidida como fundamento do RE, ficam restritos ao processo em que o STF pronunciou a inconstitucionalidade, quer dizer, os efeitos são subjetivos; atingem somente as partes do processo”. NERY JUNIOR; NERY, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2015, p. 1232.

omnes/ultra partes? É essa a questão que passaremos a enfrentar, mas não sem antes inseri-la em um contexto.

3.1. A ação coletiva e a tese da usurpação de competência do STF

A tutela coletiva deve ser pensada e estudada de forma distinta da tutela individual. As idiosincrasias da primeira deram origem a um ramo autônomo do Direito Processual – o Direito Processual Coletivo –, respaldado por princípios e regras peculiares e que formam, inclusive, um microsistema de tutela coletiva.⁴⁷ A coisa julgada, por sua vez, é dos temas que mais distinguem a tutela coletiva da individual, pois os regimes legais empregados ao instituto em cada uma delas são bem díspares.

Uma das peculiaridades da *res judicata* das ações coletivas reside na extensão *ultra partes* (art. 103, II do CDC) e *erga omnes* (art. 103, I e III do CDC e art. 16 da Lei 7.347/1985) dos efeitos da decisão. Isso quer dizer que a coisa julgada terá potencial de vincular toda a coletividade, desde que obedecidas certas condições que ora não convêm a este trabalho.

É justamente nesse ponto que o tema da questão prejudicial de constitucionalidade se encontra com o tema da coisa julgada coletiva por ser, em tese, problemática a relação entre a declaração *incidenter tantum* de constitucionalidade e o potencial amplíssimo de extensão dos efeitos da coisa julgada coletiva. Seguindo essa lógica, os demais órgãos jurisdicionais usurpariam a competência do Supremo Tribunal Federal ao considerarem inconstitucional norma ou ato normativo no bojo da ação coletiva. Por esse (incorreto) raciocínio, as demandas coletivas fariam as vezes de ações diretas, típicas do controle concentrado de constitucionalidade, o que redundaria em proferimento de decisão *erga omnes* e em afronta ao art. 102 da CF/1988.

A esse respeito, duas posições, não excludentes entre si, foram concebidas no Supremo Tribunal Federal para o enfrentamento do tema:

47. Sobre o microsistema de tutela coletiva, é sempre bem-vinda a voz de Ada Pellegrini Grinover: “finalmente, com o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, o Brasil pôde contar com um verdadeiro microsistema de processos coletivos, composto pelo Código – que também criou a categoria dos interesses ou direitos individuais homogêneos – e pela Lei 7.347/85, interagindo mediante ação recíproca das disposições dos dois diplomas”. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo* (arts. 81 a 104 e 109 a 119. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. II, p. 25-26).

a) O primeiro desses entendimentos consiste na seguinte tese: caso a ação civil pública seja empregada como subterfúgio para camuflar pretensão declaratória de inconstitucionalidade, sem que esta seja a causa de pedir, mas sim o pedido propriamente dito, será caso de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.⁴⁸ Nos julgados em que tal posicionamento é empregado,⁴⁹ normalmente é mencionado como paradigma o acórdão oriundo da Reclamação 434 (SP), da lavra do Ministro Francisco Rezek. Neste caso, vinte e oito empresas do ramo de cinematografia, além do sindicato da categoria, propuseram demanda⁵⁰ na qual deduziram pedido de declaração de inconstitucionalidade das leis e atos normativos cujos teores estabeleciam o pagamento de “meia entrada” para estudantes nas salas de cinema. Como o pedido deduzido não visava “ao julgamento de uma relação jurídica concreta, mas ao da validade de lei em tese, de competência exclusiva do supremo tribunal”,⁵¹ a usurpação da matéria reservada ao STF foi reconhecida com a consequente cassação das decisões proferidas.

b) O segundo entendimento adotado pela Corte Constitucional, por sua vez, consiste no seguinte: nas hipóteses em que o caso concreto, trazido em ação civil pública, carecer do exame de questão prejudicial de inconstitucionalidade para que o pedido principal seja julgado, inexistente usurpação da competência do STF, pois tal questão será apreciada *incidenter tantum*.⁵² Aqui, um

48. “Ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio objeto do pedido, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade de leis federais, da privativa competência originária do Supremo Tribunal” Rcl 2.224/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 10.02.2006.

49. STF, Rcl 2353, Rel. Min. Dias Toffoli, 1.^a Turma, julgado em 30.09.2014. STF, Rcl 2.224/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 10.02.2006. STF, Rcl 1503/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ o Acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 17.11.2011.

50. Nota explicativa: pelo relatório desse julgado, não se conclui que a demanda proposta era de natureza coletiva. Porém, ressaltamos: a reclamação 434 é citada em praticamente todos os arestos nos quais a ação civil pública é considerada subterfúgio para a impugnação, em abstrato, de leis ou atos normativos.

51. STF, Rcl 434, Rel. Min Francisco Rezek, DJU 09.12.1994.

52. “O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda,

caso normalmente mencionado nos julgados que aplicam tal entendimento é da lavra do Ministro Ilmar Galvão, nos autos da Reclamação 602/SP, julgada pelo Tribunal Pleno em 03.09.1997. Na espécie, a ação civil pública pretendia o pagamento de indenização aos poupadores das cadernetas de poupança de determinada instituição bancária, em virtude da aplicação errônea de índices de correção monetária alusivas a janeiro de 1989. Para o enfrentamento do pedido principal, foi necessária a declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de alguns pontos da Lei 7.730/1989. Irresignada, a instituição financeira ajuizou a aludida reclamação afirmando existir apropriação, pela Corte de origem, da competência exclusiva do STF para decidir, com eficácia *erga omnes*, acerca da constitucionalidade das normas. Não foi, entretanto, exitosa, haja vista que a tutela pleiteada dizia respeito a direitos individuais homogêneos (pedido principal), não à declaração de inconstitucionalidade (questão prejudicial).

Não obstante serem claros e técnicos os entendimentos aplicados pelo STF, ainda assim há qualificada doutrina que insiste em desconfiar da questão prejudicial de inconstitucionalidade decidida *incidenter tantum* em ação coletiva enquanto afronta à competência daquela Corte. A tônica do argumento centra-se na seguinte afirmativa: “não se pode negar que a abrangência que se empresta – e que se há de emprestar – à decisão de caráter prejudicial se retire qualquer efeito útil da lei, o que acaba por constituir, indiretamente, numa absorção de funções que a Constituição quis deferir ao STF”.⁵³ A essa doutrina se opõe outra, de igual quilate, que sustenta seus argumentos em termos próximos àqueles preconizados pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que sequer entre as partes a decisão sobre a questão prejudicial faz coisa julgada, logo, esta não poderia projetar seus efeitos *erga omnes* quanto à constitucionalidade de norma ou ato normativo.⁵⁴

qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina.” STF, *Rcl 1898 ED/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 2.º T., 10.06.2014. No mesmo sentido: STF, RE 511961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.06.2009. STF, Rcl 597/SP, Relator p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 03.09.1997. STF, Rcl 600/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, 03.09.1997.*

53. MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 725. No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1254.

54. Por todos: GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada *erga omnes* das ações coletivas, 2009. p. 231-237.

Traçado esse panorama, é o momento de regressar à pergunta: haveria possibilidade de a questão prejudicial constitucional, discutida em recurso extraordinário originado em ação coletiva, formar coisa julgada (art. 503, §§ 1.º e 2.º do NCPC) com efeitos *erga omnes/ultra partes*?

4. O NCPC, A PREJUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE, AS AÇÕES COLETIVAS E A COISA JULGADA *ERGA OMNES*: A NÃO FORMAÇÃO DE *RES JUDICATA* QUANTO À QUESTÃO PREJUDICIAL

Regra geral, a questão prejudicial de inconstitucionalidade havida em demanda coletiva não fará coisa julgada.

Isso porque, na maioria dos casos, o enfrentamento da questão se dará em órgãos jurisdicionais diversos do STF, órgãos estes que não têm competência para declarar inconstitucionalidade de norma como questão principal – requisito obrigatório para que a questão prejudicial adquira imutabilidade (art. 503, § 1.º, III do NCPC).⁵⁵ Desse modo, se não houver interposição de recurso extraordinário em ação coletiva, não resta dúvida de que a inconstitucionalidade será decidida *incidenter tantum*, sem que a *res judicata* vincule sequer as partes. Não poderia ser outro o entendimento, visto que é do STF a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade das normas em sede de controle concentrado (art. 102, CF/1988) – *supra*, n. 2.1.5.

Rompida a barreira da competência, mesmo que a questão prejudicial de inconstitucionalidade, originada em demanda coletiva, chegue até o Supremo Tribunal Federal pela via difusa de controle (por intermédio do recurso extraordinário), é bem provável que ela não se apresente àquela Corte precedida do contraditório efetivo (art. 503, § 1.º, II do NCPC). Enquanto o Advogado Geral da União tem o dever de defender a lei ou ato normativo em sede de controle concentrado (art. 103, § 3.º da CF/1988), o privado e alguns entes públicos que são réus da ação coletiva não carregam esse imperativo sobre seus ombros, podendo construir seus argumentos exclusivamente sobre a questão principal e não tecer nenhuma palavra em abono à constitucionalidade da norma. Ainda que o fizessem, não seria absurdo concluir que, independente do vigor, tal defesa seria insuficiente para a configuração do contraditório efetivo.⁵⁶

55. NERY JUNIOR; NERY, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2015. p. 1231.

56. A não menção ao contraditório efetivo é um dos motivos pelos quais concordamos apenas parcialmente com o entendimento de Nelson e Rosa Nery de que a questão prejudicial constitucional, havida em processo individual, poderá ser atingida pela

Em sede de controle concentrado, a Constituição Federal externa a preocupação Constitucional que determinado órgão de representação judicial (estatal), dotado de expertise técnica para tanto, erga-se em respaldo à lei ou ato normativo (art. 103, § 3.º da CF/1988). Para que não seja desrespeitado o requisito do “contraditório efetivo” e possa existir coisa julgada sobre a questão prejudicial constitucional oriunda de ação coletiva, semelhante exigência deverá ser observada na via difusa, afinal, merece defesa apropriada a lei ou ato normativo em processo cujo efeito será o mesmo daquele verificado em controle concentrado: a norma será retirada do ordenamento com projeção *erga omnes/ultra partes* dos seus efeitos.

Conforme já é possível concluir, é excepcionalíssima a hipótese em que existirá coisa julgada *erga omnes* sobre questão prejudicial constitucional em ação coletiva. Será pouco provável que todos os requisitos do art. 503, §§ 1.º e 2.º do NCPD estejam reunidos para que o fenômeno ocorra. Segue, dessa maneira, perfeitamente válido o entendimento de que a constitucionalidade de lei ou ato normativo, debatida como questão prejudicial nas ações coletivas, não fará coisa julgada em razão de a decisão ocorrer *incidenter tantum* e, por isso, não vincular nem mesmo às partes.⁵⁷

4.1. Exceção à regra: um recurso extraordinário concebido em laboratório

Muito embora pouco provável, é possível defender, de *lege lata*, que a coisa julgada da questão prejudicial em ação coletiva possa originar a retirada de determinada norma do ordenamento jurídico. Como o Supremo Tribunal Federal participa do controle difuso de constitucionalidade,⁵⁸ a hipótese dependerá de interposição de recurso extraordinário. O efeito da coisa julgada da questão prejudicial seria *erga omnes/ultra partes* porque é essa a projeção que o microsistema de tutela coletiva atribui às decisões. Como consequência, seria despendienciada a suspensão dos efeitos da norma por resolução do Senado (art. 52, X da CF/1988) pelo fato de o STF já ter se manifestado quanto à sobrevivência dela no ordenamento.

As circunstâncias para a ocorrência do fenômeno, de tão específicas, são praticamente laboratoriais. Para tanto, imperiosa será uma ideal concatenação

coisa julgada. NERY JUNIOR; NERY, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2015, p. 1232.

57. GRINOVER, O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada *erga omnes* das ações coletivas, 2009, p. 231-237.

58. BARROSO, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2008, p. 93.

de atos e fatos, quais sejam: i) deverá ser proposta ação coletiva; ii) deverá existir questão prejudicial de constitucionalidade que, caso não analisada, impeça a análise do pedido principal acerca de direitos difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos; iii) o contraditório deverá ser exercido, efetivamente, pelo órgão de representação judicial (estatal) incumbido de defender a lei ou ato normativo (ex. Advocacia da União em relação às leis federais) e também pelo réu; iv) deverá ser interposto recurso extraordinário cuja pretensão recursal seja o reconhecimento, pela Corte Suprema, acerca da (in) constitucionalidade de determinada norma ou ato normativo.

Respeitado esse alinhamento incomum de fatores, todos os requisitos do art. 503, §§ 1.º e 2.º do NCPC estariam presentes e a questão prejudicial constitucional finalmente alcançaria imutabilidade, sem, contudo, usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal. Ora, não haveria que se pensar em tal burla por uma simples razão: nessa hipótese, a própria Corte Suprema pronunciará o julgamento com extensão *erga omnes*, porém, com origem em controle difuso.

4.2. Exceção à regra: mandado de segurança coletivo

A segunda hipótese em que a questão prejudicial constitucional teria possibilidade de formar coisa julgada em demanda coletiva é ainda mais específica que a primeira. Nos referimos ao caso de mandado de segurança coletivo, de competência originária do STF, no qual há uma questão prejudicial de constitucionalidade que impede a análise do pedido principal. Em razão da aplicação do regime da *res judicata* do Código de Defesa do Consumidor ao mandado de segurança coletivo, haveria a projeção *erga omnes* dos efeitos da coisa julgada do *writ*, fazendo com que dada norma seja extirpada do ordenamento se a Corte Suprema a considerar incompatível com a Carta Magna.

Para que a decisão sobre essa questão prejudicial se imutabilize, i) deverá ser impetrado mandado de segurança coletivo de competência originária do STF; ii) deverá existir questão prejudicial de constitucionalidade que, caso não analisada, impeça a análise do pedido principal acerca de direitos difusos,⁵⁹ coletivos e/ou individuais homogêneos; iii) o contraditório deverá ser exercido, efetivamente, pelo órgão de representação judicial (estatal) incumbido

59. A Lei 12.016/2009 não previu expressamente a tutela dos direitos difusos para o *mandamus* coletivo. Contudo entendemos que a hipótese é possível. Sobre o tema: ZANETI JR., Hermes. *O 'novo' mandado de segurança*. Salvador: JusPodivm, 2013.

de defender a lei ou ato normativo (ex. Advocacia da União em relação às leis federais) e também pela autoridade coatora. Com a obediência a essas condições, entendemos que o art. 503, §§ 1.º e 2.º do NCPD estaria perfeitamente respeitado.

Contudo, poderiam se insurgir contra a tese falsas objeções que, a nosso ver, não merecem prosperar.

Em primeiro lugar, em razão de o entendimento sobre invocação das regras do Código de Defesa do Consumidor à coisa julgada havida em mandado de segurança coletivo não ser pacífico, a tese cairia por terra.⁶⁰ No entanto, o art. 22 da Lei 12.016/2009 é, por nós, considerado assistemático e, até, inconstitucional, porque limita a coisa julgada ao grupo de substituídos vinculados ao impetrante, o que em muito difere o dispositivo das disposições acerca da coisa julgada *erga omnes e ultra partes* observadas no microsistema de tutela coletiva. Além disso, há uma clara mitigação do acesso à justiça aos membros do grupo, categoria ou classe que, muito embora titulares do mesmo direito, não têm qualquer ligação associativa com o impetrante. Contudo, como observamos, a tese não ecoa em uníssono, embora aglutine adeptos de escol.⁶¹

60. Pela aplicação do regime da coisa julgada previsto na Lei 12.016/2009: CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/2009*. São Paulo: Método, 2009, p. 153. GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes; FERREIRA, Olavo A. Vianna Alves. *Comentários à Nova Lei de Mandado de Segurança*. São Paulo: Método, 2009, p. 112-113. CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Art. 22. CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. (coord). *Mandado de Segurança individual e Coletivo: a Lei 12.016/2009 Comentada*. Niterói: Impetus, 2010, p. 147-148. GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59. AMARAL, Paulo Osternack; SILVA, Ricardo Alexandre. Mandado de Segurança Coletivo. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 105, dez. 2011, p. 98.

61. Pela aplicação do regime da *res judicata* do CDC ao writ coletivo: ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Coisa Julgada no Mandado de Segurança Coletivo e a Lei n. 12.016/2009. In MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 302. BENJAMIN, Antônio Herman; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Art. 22. In MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 315-317. ARAÚJO, Fábio Caldas de; MEDINA, José Miguel Garcia. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016/2009, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 206. FAVRETO, Rogerio; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Art. 22. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (et al.). *Comentário à Lei do*

Em segundo lugar, como a limitação cognitiva do procedimento é um dos impeditivos à formação da *res judicata* da questão prejudicial (art. 503, § 2.º do NCPC), isso poderia afastar o mandado de segurança coletivo de tal hipótese, tendo em vista as restrições existentes em seu procedimento. Contudo, como externamos acima (*supra*, 2.1.4), essa regra não tem razão para incidir sobre questão exclusivamente de direito – justamente o caso da matéria constitucional que se coloca como obstáculo ao enfrentamento da questão principal –, pois, ainda que o procedimento tenha balizas no plano da cognição, isso não impede ou dificulta a análise profunda da discussão. Aliás, como cediço, “controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”,⁶² o que nos permite concluir o óbvio: os órgãos jurisdicionais podem divergir (discutir e se aprofundar) livremente sobre as formas de aplicação do direito em sede de *mandamus*, sem que tal divergência impeça a concessão da segurança. Por essas breves razões, o argumento da restrição cognitiva do procedimento é falho.

Em terceiro lugar, poder-se-ia opor que o Verbete 266 da Súmula do Supremo Tribunal Federal inviabiliza a impetração do *mandamus* contra “lei em tese”. A seu turno, o art. 503, § 1.º, I do NCPC prescreve que, para a formação da *res judicata*, o julgamento do *mérito* deve depender do enfrentamento da questão prejudicial. Ora, o enunciado da Corte Suprema até teria incidência caso o pedido do *writ* (e não a causa de pedir) fosse a declaração de inconstitucionalidade de “lei em tese”. Contudo, para que o art. 503, §§ 1.º e 2.º tenha aplicação ao *mandamus* coletivo, o pedido principal deverá se restringir à tutela de direitos coletivos em sentido amplo, sendo a inconstitucionalidade a questão prejudicial que se coloca como entrave à solução do mérito. Assim, como o teor sumulado não diz respeito à questão prejudicial, mas sim ao pedido, infundada a sua invocação.

Nota-se, a exemplo do que afirmamos no tópico anterior, que será rara a conjugação de todos esses fatores para que a questão prejudicial havida no *mandamus* faça coisa julgada. Desse modo, reiteramos o pensamento de que a tese da usurpação da competência do STF pelas ações coletivas configura um

Mandado de Segurança. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 243. ZANETI JR., Hermes. *O ‘novo’ mandado de segurança*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 262-265. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 454-455. ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 446-447.

62. Enunciado 625 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

mito visto que, invariavelmente, será a própria Corte Suprema que declarará a inconstitucionalidade.

5. CONCLUSÃO

Questão prejudicial é o ponto controvertido de fato ou de direito que configura antecedente lógico para a apreciação do pedido e que, portanto, lhe prejudica a análise. Sob a égide do CPC/1973, excetuada a propositura de ação declaratória incidental, a resolução da questão prejudicial não formava coisa julgada (era decidida *incidenter tantum*), o que não gerava problemas práticos significativos, embora no plano teórico não se pudesse afirmar o mesmo. Desse modo, o NCPC veio trazer um remédio a essa doença hipotética, eis que, em virtude de seu art. 503, §§ 1.º e 2.º, as questões prejudiciais passarão a fazer coisa julgada, desde que obedecidos certos requisitos. Neste artigo, cada um destes foi brevemente analisado, a fim de testarmos a possibilidade de a questão prejudicial de constitucionalidade formar coisa julgada nas ações coletivas e com projeção *erga omnes* dos efeitos.

Quanto ao requisito da decisão incidental e expressa, regra geral, será a parte da motivação que transitará em julgado, sendo necessário que o juiz tenha mencionado a questão prejudicial no despacho saneador, a fim de que as partes exerçam o contraditório a esse respeito. Para ser considerada expressamente decidida para fins de *res judicata*, a linguagem empregada não precisa ser conclusiva, a exemplo daquela verificada na parte dispositiva da sentença, visto que há diversas estruturas linguísticas que podem viabilizar a conclusão de que determinada questão foi resolvida.

Constatamos que somente transita em julgado a questão prejudicial que constitui fundamento essencial para a apreciação da questão principal. Caso exista mais de uma questão prejudicial que, alternativa e autonomamente, leve à sua resolução em determinado sentido, a *res judicata* não se formará, haja vista inexistir dependência do julgamento do mérito a uma dada questão.

Adiante, verificamos que não se sabe ao certo o que vem a ser contraditório efetivo. O exercício, contudo, é um pressuposto para que o contraditório seja assim considerado, o que significa dizer que, mesmo não sendo revel, se a parte ao menos não se manifestar acerca da questão prejudicial, não poderá existir coisa julgada a esse respeito. Por sua vez, nos casos em que a parte não vê estímulo no exercício “vigoroso” do contraditório – ex. aqueles processos de menor vulto financeiro, nos quais os custos para a defesa “plena” de determinada alegação podem ser maiores que o próprio valor envolvido na demanda –, não é possível desprezar o elemento anímico (interesse) como parâmetro

a ser considerado para o estudo acerca da formação da *res judicata* da questão prejudicial. No que diz respeito à necessidade de o contraditório ser prévio, uma vez mais salientamos a necessidade de o magistrado identificar a questão prejudicial no despacho saneador.

Ato contínuo, afirmamos que a restrição cognitiva de determinado procedimento não necessariamente implica diminuição na intensidade do contraditório. É exemplo disso o mandado de segurança em relação às matérias exclusivamente de direito, visto que estas podem ser nele debatidas sem qualquer espécie de prejuízo ao contraditório.

Por conseguinte, concluímos que o requisito previsto no art. 503, § 1.º, III do NCPC se aplica a todos os casos de incompetência absoluta. Se desrespeitada a regra, havendo quem, por absurdo, suscite a ocorrência de coisa julgada, não será cabível a rescisória, mas sim *querela nulitatis insabilis*, pois, neste caso, a competência absoluta é requisito de existência. É justamente por essa razão que a questão prejudicial de constitucionalidade, regra geral, não poderá ser envolvida pela imutabilidade, visto que é do Supremo Tribunal Federal a competência absoluta para julgar, em caráter *principaliter*, os pedidos declaratórios de inconstitucionalidade.

Percebemos que, no controle difuso de constitucionalidade, a questão prejudicial de natureza constitucional não formava coisa julgada sequer entre as partes, sendo decidida *incidenter tantum*. Regra geral, o art. 503, §§ 1.º e 2.º do NCPC não alterará essa realidade, pois preponderantemente serão os órgãos jurisdicionais diversos do STF que analisarão tal questão. Ademais, ainda que o processo alcance o STF em sede difusa de controle, a coisa julgada possivelmente não ocorrerá por esbarrar no requisito do contraditório efetivo, haja vista que a defesa da constitucionalidade da lei ou ato normativo deverá ser realizada de forma contundente por órgão de representação judicial (estatal), o que restringiria as hipóteses aos casos em que, por exemplo, a União figurasse como parte.

Ao transportar o debate acima para o plano das ações coletivas – partindo da premissa de que a projeção dos efeitos da *res judicata* nelas havida é *erga omnes/ultra partes* –, podemos perceber que a tese da usurpação da competência do STF sempre foi um temor que rondou aquela Corte. Antes da inovação trazida pelo NCPC, duas posições (não excludentes entre si) a esse respeito se destacavam, quais sejam: (i) se a ação coletiva contiver pedido, ainda que disfarçado, de declaração direta de inconstitucionalidade, restará configurada a incompetência absoluta dos juízos diversos do STF para a apreciação de tais casos; (ii) se a inconstitucionalidade for causa de pedir da ação coletiva, e não pedido, não haverá usurpação da competência do STF porque tal questão prejudicial seria decidida *incidenter tantum*.

Com o advento do art. 503, §§ 1.º e 2.º do NCPC pouco ou nada mudaria a esse respeito. A exemplo do que fora consignado em relação ao processo individual, na maioria dos casos serão os órgãos jurisdicionais diversos do STF que julgarão a questão prejudicial de constitucionalidade originada em demanda coletiva e, além disso, ausente a defesa da lei ou ato normativo por órgão de representação judicial (estatal), faltarão a obediência ao requisito do contraditório efetivo. Logo, eventual ressurgimento da tese de usurpação da competência do STF constituirá mais um mito do que propriamente uma realidade, visto que dificilmente ocorrerá uma concatenação de atos e fatos que insinuem a formação da coisa julgada da questão prejudicial de constitucionalidade em ações coletivas.

Cogitamos, contudo, duas hipóteses nas quais o fenômeno se tornaria mais palpável, quais sejam: (a) a interposição de recurso extraordinário, tendo como origem ação coletiva; (b) a impetração de mandado de segurança coletivo de competência originária do STF.

Em ambos os casos a barreira da competência restaria vencida, pois seria o próprio STF que deliberaria acerca da constitucionalidade da norma. Assim, i) deverá ser impetrado mandado de segurança coletivo no próprio STF ou proposta ação coletiva que gere recurso extraordinário; ii) deverá existir questão prejudicial de constitucionalidade que, caso não analisada, impeça a apreciação do pedido principal acerca de direitos difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos; iii) o contraditório deverá ser exercido, efetivamente, pelo órgão de representação judicial (estatal) incumbido de defender a lei ou ato normativo (ex. Advocacia da União em relação às leis federais), pelo réu e pela autoridade coatora (no caso do *writ* coletivo).

Independentemente dessa sucessão de circunstâncias ideais, ainda assim existiriam óbices específicos a cada uma das duas hipóteses, aptos a impedir a formação da *res judicata* da questão prejudicial de constitucionalidade. Porém, ultrapassados esses obstáculos, a projeção dos efeitos da coisa julgada ocorreria *erga omnes/ultra partes* e a norma seria extirpada do ordenamento, pelo STF, ainda que em controle difuso de constitucionalidade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Coisa julgada no mandado de segurança coletivo e a Lei n. 12.016/2009. In MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- AMARAL, Paulo Osternack; SILVA, Ricardo Alexandre. Mandado de segurança coletivo. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 105, dez. 2011.
- ARAGÃO, Ergas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- ARAÚJO, Fábio Caldas de; MEDINA, José Miguel Garcia. *Mandado de segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016/2009, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada – limites objetivos. *Direito aplicado*, Rio de Janeiro: Forense, 2000. vol. II.
- _____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: 1967.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BENJAMIN, Antônio Herman; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Art. 22. In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (org.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. Art 22. In: CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de (coord). *Mandado de Segurança individual e Coletivo: a Lei n. 12.016/2009 Comentada*. Niterói: Impetus, 2010.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965.
- CRAMER, Ronaldo. *Mandado de segurança: comentários à Lei 12.016/2009*. São Paulo: Método, 2009.
- DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. vol. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. III.
- FAVRETO, Rogerio; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Art. 22. In: GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (et al.). *Comentário à Lei do Mandado de Segurança*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes; FERREIRA, Olavo A. Vianna Alves. *Comentários à Nova Lei de Mandado de Segurança*. São Paulo: Método, 2009.
- GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada *erga omnes* das ações coletivas. In: *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009.
- _____; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: processo coletivo* (arts.81 a 104 e 109 a 119). 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- HAZARD JR., Geoffrey C. Revisiting the second restatement of judgments: issue preclusion and related problems. *Cornell Law Review*. Vol. 66. Março de 1981.
- JUNOY, Joan Picó I. *La modificación de la demanda en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006.
- LEONEL, Ricardo de Barros de. *Causa de pedir e pedido*. São Paulo: Método, 2006.
- _____. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. *Novo CPC: que coisa julgada é essa?* Disponível em: [<http://jota.info/novo-cpc-que-coisa-julgada-e-essa>]. Acesso em 15.05.2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Ed. RT, 2015. vol. 2.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENCHINI, Sergio. *Il giudicato civile*. Torino: UTET, 1988.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A causa petendi nas ações reivindicatórias*. In: *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005. vol. 1.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Ovídio A. Baptista. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *A defesa no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

VESTAL, Alan D. Restatement (Second) of Judgments: A Modest Dissent. *Cornell Law Review*. Março de 1981. vol. 66.

ZANETI JR., Hermes. *O 'novo' mandado de segurança*. Salvador: JusPodivm, 2013.

ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Coisa julgada na tutela coletiva, de Glauber Moreno Talavera – *RIASP* 21/127-169 (DTR\2008\108);
- Coisa julgada nas ações coletivas, de José Manoel de Arruda Alvim Netto – *Soluções Práticas – Arruda Alvim* 1/203-252 (DTR\2012\160); e
- Questões prejudiciais e limites objetivos da coisa julgada no Novo CPC, de Bruno Garcia Redondo – *RePro* 248/43-67 (DTR\2015\15861).

CUMPRIMENTO DE PENA DEPOIS DO JULGAMENTO DE APELAÇÃO

ENFORCEMENT OF A SENTENCE AFTER THE JUDGMENT OF THE APPEAL

ROBERTO SOARES GARCIA

Coordenador do Grupo de Litigância Estratégica do Instituto
de Defesa do Direito de Defesa – Marcio Thomaz Bastos (IDDD).

Advogado criminal.

roberto@carnelosegarcia.com.br

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Processual; Penal

RESUMO: Embora a Constituição brasileira (1988) consagre explicitamente a regra da presunção de inocência, estipulando o trânsito em julgado de sentença condenatória como marco inicial para o cumprimento de pena, o Supremo Tribunal Federal autorizou a execução antecipada, depois de encerrada a instância recursal ordinária. O presente artigo discute a tensão entre a Constituição Federal e a decisão proferida pela Corte Suprema.

PALAVRAS-CHAVE: Presunção de inocência – Início de cumprimento de pena – Trânsito em julgado.

ABSTRACT: Although the Brazilian Constitution explicitly states the presumption of innocence as a rule, stipulating the final judgment of convicting sentence as a starting point for its enforcement, the Supreme Court authorized its early execution, after the Court of Appeal's decision. This article discusses the contradiction between the provisions of Article 5, paragraph LVII of the Federal Constitution and the decision of the Supreme Court.

KEYWORDS: Presumption of innocence – Starting the enforcement of a sentence – Res judicata

*Nessum dorma!*¹

Era 05 de outubro de 2016; comemoravam-se 28 anos de promulgação da Constituição Federal (1988), chamada “Cidadã” por Ulisses Guimarães, quem, aliás, fosse vivo faria 100 anos em 06 de outubro. Como se vê, a democracia brasileira tinha muito a comemorar. Mas, em Brasília, a disposição de

-
1. Ainda em prefácio, que a lembrança da mais bela ária de *Turandot*, de Giacomo Puccini, preencha com alguma graça a leitura das próximas linhas que trazem apenas constatações ásperas e desagradáveis, quadro sóbrio e desalentador pintado pela mais alta instância do Poder Judiciário brasileiro. “Ninguém durma!”

nossa E. Suprema Corte era mutilar o texto constitucional, suprimindo de todo cidadão brasileiro direito fundamental inscrito no inc. LVII, do art. 5.º da então Aniversariante.

Com efeito, o E. Supremo Tribunal Federal decidiu, ao julgar pedidos de liminares nas ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44 (relator o Ministro Marco Aurélio),² que, embora o texto constitucional afirme que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, valerá contra os cidadãos brasileiros o assentado em fevereiro de 2016 por aquela Corte no julgamento do *habeas corpus* 126.292 (relator o Ministro Teori Zavascki): “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5.º, inciso LVII da Constituição Federal”.

Na prática, nossa Suprema Corte chancelou a possibilidade de início de infligção de pena a quem o ordenamento ainda autoriza esperança de obter, por recurso, a declaração de que castigo não lhe é devido. Admitiu-se o risco de que o sistema, por pressa em punir, maltrate logo um inocente. Numa inversão da parêmia conhecida, depois de 05 de outubro de 2016, temos a valer em solo tupiniquim que antes um inocente preso do que alguns culpados soltos. *Nessum dorma!*

Curioso notar que a opção pelo risco mencionado tem natureza claramente política – trata-se de privilegiar burocracia do Estado, no caso a Judicial, em detrimento do indivíduo –, sendo certo que o traço jurídico da questão pertinente foi dado pelo Constituinte, que proibiu que cidadão fosse tratado como culpado até que sentença penal condenatória se faça imune a recursos. Institucionalmente, di-lo a Constituição, amparada em Montesquieu, a resolução de questões políticas dá-se no Congresso Nacional.

Quem autorizou o Poder Judiciário a substituir o Poder Legislativo, fazendo opções políticas que não estão entre as atribuições da toga? Não foram o art. 2º e o art. 22, I, da Constituição. Essa invasão no nicho de

2. No momento em que se encerra o presente texto não há ainda acórdão disponível. Para registo, anote-se que a decisão foi tomada por maioria apertada de seis votos (Ministros Edson Facchin, Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Teori Zavascki e Gilmar Mendes) a cinco (Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, além do Ministro Dias Toffoli, que manifestou o entendimento intermediário segundo o qual o início do cumprimento da pena deveria acontecer a partir do encerramento do trâmite recursal perante o Superior Tribunal de Justiça).

competências d'outro Poder, operada pelo Poder Judiciário contra o Legislativo, faz lembrar o *founding father* Thomas Jefferson, segundo quem “a concentração destes poderes nos mesmos meios é, precisamente, a definição de governo despótico”.³ Sem espaço aqui para eufemismos, lamenta-se constatar que a decisão proferida por nossa Corte Suprema tenha sido despótica, transformando-se em algoz da Constituição pela qual deveria zelar. *Nessum dorma!*

Na verdade, a opção do ordenamento jurídico é evidente e diametralmente oposta ao decidido em 05 de outubro passado: o Código de Processo Penal (1941) estabelecia que o recurso extraordinário não teria efeito suspensivo e, uma vez arrazoado pelo recorrido, o traslado seguiria ao Tribunal Superior, enquanto os autos originais baixariam para execução imediata da sentença (art. 637); a Lei de Execuções Penais (1984) estabeleceu, em sentido diverso e incompatível, que apenas se executa a pena privativa de liberdade a partir da expedição de carta de guia, o que, por sua vez, somente se dá com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (arts. 105 e 107); a partir da Lei de Execuções Penais, o Código de Processo Penal, no que se referia à possibilidade de baixa de autos para cumprimento antecipado de sentença condenatória confirmada em recurso ordinário, foi derogado.

Seria absolutamente desnecessário, mas o legislador, na reforma processual penal de 2011, deixou sua opção ainda mais clara ao modificar a redação do art. 283 do CPP para assentar que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” (os destaques são meus). Prisões, nos termos da nova redação legal, são as cautelares (em flagrante, temporária ou preventiva), e a prisão-cumprimento-de-pena, sendo certo que para que a execução de pena tenha vida é condição necessária que se opere o trânsito em julgado de decisão penal condenatória.

Não se ignora que a Lei de Recursos para os Tribunais Superiores afirmava e o Código de Processo Civil atual afirma serem os recursos especial e extraordinário dotados de efeitos (meramente) devolutivos. Ocorre que, como se viu, há disciplina processual penal específica para a questão, que é diametralmente oposta ao previsto nas Leis 8.038/1990 e 13.105/2015, que, no ponto e para

3. Apud PINTO FERREIRA, Luiz. *Comentários à Constituição Brasileira*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 38.

fins criminais, com fundamento no princípio da especialidade, devem ser excluídas.

Feita essa digressão toda sobre a legislação pertinente, é hora de retomar a orientação firmada no julgamento do dia 05 de outubro de 2016 para perguntar: e a Lei? Ora, a Lei ficou afastada, pois com os efeitos de suas disposições não concorda a fuzaz maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que fez valer o seu entendimento em detrimento do que o Poder Legislativo dispusera, olvidando que, como há muito disse o Padre Antonio Vieira, “percam-se os frutos da árvore da vida, que são a mais preciosa coisa que Deus criou: percam-se as mesmas vidas, e não se recupere a imortalidade: morra e sepulte-se o mundo todo; mas a Lei não se quebre, nem se dispense.”⁴

A quem imagina que toda a argumentação formulada cede sem dificuldade, pois o Supremo Tribunal Federal não fica adstrito às leis, devendo ter atenção voltada à Constituição, alto lá! Toda a ordem acima exposta reflete, em sede ordinária, exatamente, nem mais, nem menos, o comando constitucinal tirado do inc. LVII do art. 5.º: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Os limites literais do dispositivo não admitem conclusão diversa. Nada, absolutamente embasa a decisão de 05 de outubro de 2016.

Interrompa-se a marcha por um instante para trazer a lume a lição do hoje Ministro Roberto Barroso, lavrada quando Sua Excelência ainda vestia beca: “quanto ao *conteúdo*: regras são relatos objetivos descritivos de condutas a serem seguidas; princípios expressam valores ou fins a serem alcançados; quanto à *estrutura normativa*: regras se estruturam, normalmente, no modelo tradicional das normas de conduta: previsão de um fato – atribuição de um efeito jurídico; princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas; quanto ao *modo de aplicação*: regras operam por via do enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí resultante, isto é, aplicam-se mediante *subsunção*; princípios podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante ponderação.”⁵

4. Cf. Sermão da Terceira Quarta-Feira da Quaresma, cap. V. Apud PÉCORA, Alcir. *Antonio Vieira – Sermões*. São Paulo: Hedra, 2000, t. I, p. 261.

5. Apud BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 317.

Note-se que, de acordo com a lição do Professor Roberto Barroso, o art. 5.º, LVII, da Constituição traz uma regra: um fato, o trânsito em julgado de decisão penal condenatória, abre as portas para o tratamento de um cidadão como culpado, o que, por óbvio, inclui a imposição de cumprimento de pena.

Portanto, a presunção de inocência consagrada na Constituição brasileira não se apresenta somente como princípio,⁶ mas também como regra, que se concretiza pelo processo de subsunção: verificado o esgotamento do *iter re-cursal*, autorizado está o tratamento do condenado como culpado, que poderá chegar ao aprisionamento para inflicção de pena corporal, em consequência direta, imediata e cogente da realização do preceito primário da referida norma.

E, se princípios podem ser ponderados, com o objetivo de harmonizar eventuais conflitos, regras constitucionais devem ser, pura e simplesmente, cumpridas, descabendo interpretações que levem à diminuição de seu âmbito de atuação. Por isso, a regra inscrita no art. 5.º, LVII, da Constituição não poderia ter sofrido ponderação com outros princípios constitucionais, como se deu no julgamento de 05 de outubro passado, em que se levantaram contra a regra uma pretensa dignidade do Direito Penal, a segurança e ordem públicas etc.

Interessante destacar que, em Constituições anteriores, poder-se-ia falar somente em princípio da presunção de inocência: A do Império, de 1824, as-sentava que “ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Vilas, ou outras Povoações próximas aos lugares da residência do Juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, atenta a extensão do território, o Juiz por uma Nota, por ele assignada, fará constar ao Réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador, e os das testemunhas, havendo-as” (inc. VIII do art. 179); a de 1891, inaugurante de nossa República, por sua vez trazia que “ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei, nem levado a prisão, ou nela detido, se prestar fiança idônea, nos casos em que a lei a admitir” (§ 14 do art. 72); as Cartas seguintes, anteriores à *Cidadã*, são omissas.⁷

6. É também princípio, na medida em que estabele diretrizes para a avaliação de provas, por exemplo.

7. Esse quadro, aliás, pode explicar a razão pela qual o E. Supremo Tribunal Federal, antes e logo depois da Carta de 1988, manteve a ponderação entre presunção de inocência e outros valores constitucionais, para permitir o cumprimento antecipado de pena. Afinal, desde 1824 até 1988, o que se tinha era princípio da presunção

Convenha-se: Não há, nem havia um exato conceito de “culpa formada”, podendo-se, sim, considerá-la, como a maioria formada em nossa Suprema Corte em 05 de outubro de 2016 assentou, fixada com o julgamento em grau de apelação, quando, dizem os mais doutos, encerram-se as tertúlias sobre a existência ou não do fato, sobre a certeza ou não de autoria.⁸ Esse quadro normativo, do tempo de Pedro I, permitiria apreciação fluida da inocência presumida para limitá-la às fases que se desenrolam perante primeira e segunda instâncias e a conseqüente ponderação com outros princípios a partir do início da fase de recursos extremos, exatamente como se deu em Brasília recentemente.

Mas estamos longe das Cartas Constitucionais de 1824 e de 1891; a atual Constituição, como se demonstrou, contém regra⁹ a respeito do início de possibilidade de tratamento de acusado como culpado, estabelecendo como fato preponderante o trânsito em julgado da decisão condenatória penal.

Apesar do teor de seus escritos doutrinários, ao votar em outubro de 2016, o Ministro Barroso adotou a regra do art. 5.º, LVII, da Constituição como se princípio fosse, de modo a permitir que o dispositivo acabasse com eficácia menor, ponderado com um utilitarismo penal alarmante, em que uma propalada eficiência do Direito Penal se sobrepõe ao direito individual: “1. A interpretação que interdita a prisão quando já há condenação em segundo grau confere proteção deficiente a bens jurídicos tutelados pelo direito penal muito caros à ordem constitucional de 1988, como a vida, a segurança e a integridade física e moral das pessoas (CF/1988, arts. 5.º, *caput* e LXXVIII, e 144). O enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena

de inocência. A mudança do direito posto, em 1988, redigido assim “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, demorou a produzir reflexões relacionadas à classificação do disposto (se princípio ou norma), bem como com relação aos efeitos desta qualificação, o que somente se deu em 2009, quando nossa Corte Suprema, no *habeas corpus* 84.078, pelas mãos do relator, Ministro Eros Grau, que, sendo positivista, rejeita a validade de princípios no mundo jurídico, posicionando todos os que são assim descritos como regras.

8. 6. Considero absolutamente equivocada a ideia, pois, em grau de recursos nobres, será possível a exclusão de uma prova ilícita ou a afirmação de atipicidade do fato (questões de direito), que podem levar à modificação do quadro fático pintado pelo julgamento do apelo a ponto de rejeitar o que antes fora afirmado como certo. Eis, portanto, que o julgamento da apelação não indica estabilização da “culpa formada”, que continua vinculada ao destino dos recursos perante as cortes superiores.
9. Anote-se que a práxis até agora desatenta, porque sem razão para se aprofundar no tema, qualifica a presunção de inocência como princípio, embora a dicção constitucional obrigue que se a tome como regra.

(que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Desse modo, muito embora uma das leituras possíveis do art. 283 do CPP (com redação dada pela Lei 12.403/2011) limite a prisão às hipóteses de trânsito em julgado, prisão temporária ou prisão preventiva, deve-se conferir ao preceito interpretação que o torne compatível com a exigência constitucional de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal. 2. O reconhecimento da legitimidade da prisão após a decisão condenatória de segundo grau não viola o princípio da reserva legal, uma vez que não se trata de criação, pelo STF, de nova modalidade de prisão sem previsão em lei, mas de modalidade extraída do art. 637 do CPP: a prisão como efeito da condenação enquanto pendentes os recursos especial e extraordinário. Não tendo o recurso especial (REsp) e o recurso extraordinário (RE) efeito suspensivo, tem-se como decorrência lógica a possibilidade de se dar início à execução penal. (...) 4. O baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária em favor do réu, tanto no STF (inferior a 1,5%) quanto no STJ (de 10,3%), conforme dados dos próprios Tribunais, apenas torna mais patente a afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública decorrente da necessidade de se aguardar o julgamento de RE e REsp. Eventual taxa mais elevada de sucesso nesses recursos verificada em algumas unidades da federação, que se mantêm recalcitrantes em cumprir a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores (por exemplo, em ilícitos relacionados a drogas), não deve se resolver, em princípio, com prejuízo à funcionalidade do sistema penal, mas com ajustes pontuais que permitam maior grau de observância à jurisprudência dos tribunais superiores. (...).” O que dizer sobre o voto do Ministro Barroso, com o livro do Professor Barroso à mão? *Nessum dorma!*

O que dizer sobre os argumentos do Ministro Barroso? Diga-o, por submissão à excelência do Decano de nossa Suprema Corte, o Ministro Celso de Mello:

“Quantos princípios proclamados pela autoridade superior da Constituição da República precisarão ser sacrificados para justificar a decisão desta Suprema Corte proferida no julgamento do HC 126.292/SP?

“Quantas liberdades garantidas pela Carta Política precisarão ser comprometidas para legitimar o julgamento plenário do Supremo Tribunal Federal que, ao instituir artificial antecipação do trânsito em julgado, frustrou, por completo, a presunção constitucional de inocência?

“Quantos valores essenciais consagrados pelo estatuto constitucional que nos rege precisarão ser negados para que prevaleçam razões fundadas no clamor público e em inescandível pragmatismo de ordem penal?

“Até quando dados meramente estatísticos poderão autorizar essa inaceitável hermenêutica de submissão, de cuja utilização resulte, como efeito perverso, gravíssima e frontal transgressão ao direito fundamental de ser presumido inocente?”

“Enfim, Senhora Presidente, é possível a uma sociedade livre, apoiada em bases genuinamente democráticas, subsistir sem que se assegurem direitos fundamentais tão arduamente conquistados pelos cidadãos em sua histórica e permanente luta contra a opressão do poder, como aquele que assegura a qualquer pessoa a insuprimível prerrogativa de sempre ser considerada inocente até que sobrevenha, contra ela, sentença penal condenatória transitada em julgado?”

“Entendo, bem por isso, Senhora Presidente, e já o disse neste Tribunal, que a majestade da Constituição não pode ser transgredida nem degradada pela potestade do Estado, pois, em um regime de perfil democrático, ninguém, a começar dos agentes e autoridades do aparelho estatal, pode pretender-se acima e além do alcance da normatividade subordinante dos grandes princípios que informam e dão essência à Lei Fundamental da República.

“Já afirmei nesta Corte, Senhora Presidente, que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir os litígios penais, quaisquer que sejam, respeitará, sempre, como é da essência do regime democrático, os direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República assegura a qualquer acusado, notadamente o direito de ser presumido inocente até o trânsito em julgado de eventual condenação criminal, observando, em todos os julgamentos, além do postulado da impessoalidade e do distanciamento crítico em relação a todas às partes envolvidas no processo, os parâmetros legais e constitucionais que regem, em nosso sistema jurídico, qualquer os procedimentos de índole penal.

“É preciso repelir, desse modo, Senhora Presidente, a tentação autoritária de presumir-se provada qualquer acusação criminal e de tratar como se culpado fosse aquele em favor de quem milita a presunção constitucional de inocência.”

Depois do Decano falar, nada sobrou de dignidade para a tese que, ainda assim e em espancamento à lógica e ao bom-senso, acabou prevalecendo.

A caminho de encerrar, importa trazer à colação importante precedente de nossa Suprema Corte, saído do julgamento do *habeas corpus* 84.078, havido em fevereiro de 2009, relator o Ministro Eros Grau, em que a questão encontra-se posta com brilho: “1. O art. 637 do CPP estabelece que ‘[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da

sentença'. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5.º, inciso LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos 'crimes hediondos' exprimem muito bem o sentimento que Evandro Lins sintetizou na seguinte assertiva: 'Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente'. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ] e STF serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2.º da Lei 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5.º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator – 'a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição'. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual

pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1.º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.”

Inês é morta... Hoje, por obra da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal, basta a confirmação de Tribunal Estadual ou Regional para executar logo a sentença penal condenatória. Pessoas irão para a cadeia e uma parte delas continuará a sair depois, por determinação das Cortes superiores, em reconhecimento de que o Tribunal local errou.

Como ficará o tempo roubado desses infelizes cidadãos pela execução antecipada e açodada de pena? Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, proferidas durante o julgamento do *habeas corpus* 84.078, “presente a liberdade de ir e vir, perdida a liberdade de ir e vir, vindo o título condenatório a ser alterado mediante recurso, há como se devolver ao condenado a liberdade perdida? Não. Ter-se-á, a meu ver, campo para acionar-se garantia constitucional a revelar caber indenização no caso de prisão à margem da ordem jurídica”. Mas a indenização não devolve mesmo o tempo perdido. E, se o pobre diabo encarcerado indevidamente for colhido por uma rebelião e acabar retalhado? Na melhor das hipóteses, nosso pobre país pagará caro pela decisão de outubro. Na pior, arcaremos com os ônus financeiro e moral, por ter ceifado indevidamente uma vida por termos pressa em punir. *Nessum dorma!*

Não se pode fechar o presente comentário sem fazer referência à circunstância constrangedora, ocorrida durante os debates de outubro último. Pois bem, talvez porque, em alguma camada de consciência, soubessem os Senhores Ministros o mal que se construía, passaram a afirmar que em favor do condenado em grau recursal sempre haveria o instrumento do *habeas corpus*, que permitiria, pela amplitude da tutela, na undécima hora a correção de rumo injustamente adotado.

Ora, sabemos os operadores do Direito que, desde a edição da Súmula/STF 691 e do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do *habeas corpus* 109.956,

não é inteiramente correto afirmar que o *writ* ande com tanto prestígio assim em nossos Tribunais: diz-se que não se o pode utilizar contra indeferimento de liminar, sendo também vedada a via heroica se cabível outro recurso previsto na Constituição.

As restrições mencionadas no parágrafo anterior impostas ao *writ* basearam-se exatamente na aventada tutela à dignidade do sistema recursal constitucional, que, note-se, acabou descartado em 05 de outubro pelo Supremo Tribunal Federal, para o fim de cumprimento antecipado de pena.

Para justificar o estreitamento da via do *habeas corpus*, diz o Supremo que é preciso privilegiar o sistema recursal constitucional (no qual se inclui recurso especial e extraordinário); para se suprimir efeito à interposição de recurso especial e extraordinário, afirma-se que o acusado dispõe do *habeas corpus*. *Per fas, per ne fas*, o jurisdicionado fica no frio, ao desalento, não encontra socorro no atual Supremo Tribunal Federal, embora o ordenamento jurídico lhe outorgue vasta proteção por meio do remédio de *habeas corpus* e lhe garanta não poder se aplicada prisão-cumprimento-de-pena antes de operado trânsito em julgado. *Nessum dorma!*

Para encerrar, ainda com Puccini ao fundo, releva dizer que em 05 de outubro de 2016 fez-se noite para as garantias fundamentais. A Constituição foi seviçada por aqueles que a deveriam proteger. Mas, noite escura sempre termina em alvorada – “*Dilegua, o notte!/ Tramontate, stelle! Tramontate, stelle!/ All’alba vincerò!/ Vincerò! Vincerò!*”¹⁰ –; que não demore o canto do galo para despertar o Supremo Tribunal Federal do sono profundo dormido desde aquele 05 de outubro de 2016!

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Dinâmica histórica da aplicação da pena privativa de liberdade no Brasil: análise crítica, de Rodrigo Duque Estrada Roig – *RBCCrim* 117 (DTR\2016\118).

10. Em tradução livre: “Parta, oh noite!/ Esvaneçam, estrelas! Esvaneçam, estrelas!/ Ao amanhecer eu vencerei!/ Vencerei! Vencerei!”

The background features a large, light gray circle on the right side, partially overlapping a grid of thin, light gray lines that extends from the bottom right towards the center. The overall aesthetic is clean and modern.

Direito Civil



QUESTÕES SOBRE A ESCOLHA NA OBRIGAÇÃO DE DAR COISA INCERTA

QUESTIONS ABOUT THE CHOICE AT THE OBLIGATION TO GIVE UNCERTAIN THING

MAURÍCIO REQUIÃO

Doutor em Direito. Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito da UFBA e na Faculdade Baiana de Direito.
Advogado.
maurequiao@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: Este artigo pretende discutir a escolha na obrigação de dar coisa incerta. Apesar de o Código Civil trazer regulamentação sobre como deve esta ocorrer, existem alguns aspectos que são controversos ou não abordados pela legislação; estes são o objeto do presente artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil – Obrigações – Obrigação de dar coisa incerta – Escolha – Boa-fé.

ABSTRACT: This paper aims discuss the choice in the obligation wich object is to give uncertain thing. Even though the Civil Code brings regulation about how should it be done, there are some aspects wich are controversial or not approached by the legislation; these are this paper's object.

KEYWORDS: Civil Law – Obligations – Obligation to give uncertain thing – Choice – Good faith

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A obrigação de dar coisa incerta e a escolha. 3. O credor também é obrigado a escolher pelo meio-termo?. 4. A modificação do padrão do meio-termo no universo especificado. 5. A obrigação de dar coisa incerta de gênero limitado. 6. O sentido da cientificação do credor. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 disciplina dentre as modalidades de obrigações a de dar coisa incerta. Nesta, sem sombra de dúvida, o ponto central é a escolha. Acontece que, apesar de a legislação trazer diversos regramentos sobre este ato, muitas dúvidas surgem não só quanto à interpretação do que está disposto,

como também quanto a questões que não foram previstas pelo legislador. O objetivo deste artigo é, justamente, trazer à baila tais problemas.

O recorte, portanto, é preciso: tratar de problemas envolvendo a escolha na obrigação de dar coisa incerta. Temas outros relativos a esta modalidade de obrigação, ou a comparações desta com outras modalidades serão tratados apenas de modo transversal, quando se julgar necessário para o desenvolvimento do texto.

Saliente-se também que se faz presente no texto a citação a alguns manuais e cursos de Direito Civil, que não é o mais comum em artigos científicos, mas que aqui foi necessário por dois motivos. Primeiro porque há interesse em ver como o tema é tratado nestes livros que acabam sendo a principal fonte de formação dos estudantes e de consultas dos profissionais. Em segundo lugar, porque os temas envolvendo as modalidades das obrigações não costumam, infelizmente, ser alvo de artigos, de modo que os cursos e manuais acabam se colocando aqui como importantes para o diálogo.

2. A OBRIGAÇÃO DE DAR COISA INCERTA E A ESCOLHA

O Código Civil de 2002 adotou, de forma expressa, a divisão das obrigações de dar em obrigação de dar coisa certa e obrigação de dar coisa incerta.¹ Enquanto nas primeiras já se tem perfeitamente, concretamente, individualizada a coisa a ser entregue, nas segundas o que se tem é tão somente, para utilizar a letra do Código, a especificação do seu “gênero e quantidade”.²

Dito de outra forma, nas obrigações de dar coisa incerta se sabe qual é a prestação a ser cumprida, o que ainda se tem é tão somente a necessidade de individualizar a coisa que será entregue, a partir do universo de várias coisas correspondentes àquele gênero ao qual pertence. A escolha na obrigação de dar coisa incerta não guarda qualquer relação com aquela da obrigação alternativa. Nesta se vai escolher dentre prestações qual será cumprida, enquanto que naquela o que se escolhe é a coisa, na já especificada prestação. Nesse sentido é que Pontes de Miranda afirma que na obrigação de dar coisa incerta a escolha é *interna*, enquanto que na obrigação alternativa é *externa*.³

1. Embora tenha artigos que se relacionem diretamente também às obrigações pecuniárias, não foi dedicada uma seção a esta.
2. Críticas existem quanto ao uso do termo “gênero”, com a proposta de sua substituição por “espécie”, mas o assunto não será abordado por fugir ao recorte proposto.
3. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: t. 22. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 176.

O que acontece é que a coisa não foi ainda, por assim dizer, trazida a concreto. O que se tem é a sua determinação em abstrato, a partir da indicação do seu gênero e quantidade. Por isso mesmo é que, em regra, não se pode falar de perda ou deterioração da coisa na obrigação de dar coisa incerta, nos termos do conhecido brocardo romano *genus non perit*, plasmado na regra do art. 246 do CC. Isso porque, como não está concretamente determinada a coisa a ser entregue, se aquela com que se intencionava cumprir – destaque-se, *intencionava*, mas não ainda havia se procedido ao correto rito para sua individualização – em regra há a possibilidade de sua substituição por outra, em perfeito estado, para atender ao interesse do credor.

Para que se chegue até a coisa em concreto é necessário que seja realizada a escolha. A escolha nada mais é do que o ato de individualização da coisa; a sua concretização,^{4,5} a sua separação de outras do mesmo gênero que igualmente poderiam ser utilizadas para cumprir com a obrigação.

Determina o Código Civil que a escolha em regra será realizada pelo devedor. Em tal ato, entretanto, nos termos do art. 244, “não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor”. É partindo desta reação que a doutrina costuma afirmar que a escolha se guiará pela regra do meio-termo,⁶ ou seja, estaria a escolha do devedor vinculada à qualidade média que se espera da coisa em questão, ou seja, “não necessita ser de ótima qualidade, mas também não pode ser de baixa ou péssima: *mediae aestimationis*”.⁷

4. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: t. 22. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 181-182. Pontes de Miranda se coloca contrário ao uso do termo concentração nas obrigações de dar coisa incerta, afirmando que este deve ser reservado à escolha na obrigação alternativa. Prefere o uso do termo concretização, com o que se concorda.

5. Antunes Varela, tratando do tema da concentração nas obrigações genéricas no Direito Civil português, que seriam o equivalente da obrigação de dar coisa incerta no Direito Civil brasileiro, a partir da análise do art. 541º, do Código Civil português, aponta que “são quatro as causas da concentração previstas na lei: o acordo das partes; a extinção parcial do gênero; a mora do credor; e a entrega ao transportador, expedidor ou receptor da coisa”. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 822.

6. Ao longo da história, entretanto, nem sempre foi assim. Se tem notícia tanto da obrigatoriedade de solver com coisa da melhor qualidade, “segundo o ‘Espelho da Suábia’ (*Schwabenspiegel*), conforme COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p.139; como também da possibilidade de solver com coisa de qualidade inferior à média, conforme MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 85.

7. LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 43.

Defende-se aqui que essa ideia de qualidade média exclui não apenas a pior das coisas, mas também aquelas que se lhe avizinham em termos de baixa qualidade. Se as coisas pudessem ter sua qualidade expressa numa escala de zero a dez, para se atender ao meio-termo não basta não pagar com aquela de qualidade zero; aquelas que lhe são próximas também estariam excluídas. Por outro lado, isso não implica a necessidade de pagar exatamente com a coisa de qualidade cinco na escala apresentada, mas ao menos de qualidade muito próxima a isso.

É que a lógica aqui se encontra não apenas legalmente expressa, mas deve ser pensada também em consonância com os ditames da boa-fé objetiva. O que importa é delimitar o que é a expectativa legítima e o seu atendimento dentro do padrão ideal de conduta.

Se a coisa foi pensada em termos genéricos, abstratos, o que pode o credor esperar é que a que seja entregue corresponda, ao menos, a este padrão; mas, até pela própria redação do art. 244, que fala apenas de não entregar a pior das coisas, não parece que o adimplemento se dê apenas pagando a coisa que é o exato meio-termo. Em contrapartida, qualquer expectativa do credor para além disso excederia os limites do razoável.

Importante destacar que os limites da escolha encontram diferentes critérios. Isso porque por um lado há proibição de que o devedor dê a pior das coisas. Assim, se entrega coisa abaixo da média, nos termos que se acabou de discutir, estará descumprindo a sua obrigação.

Não há, ao revés, proibição para que ele preste coisa de melhor qualidade. Desta feita, se o devedor, por exemplo, pretendendo cativar o credor para futuras negociações, busca adimplir com a coisa na melhor qualidade que possui, igualmente adimple a obrigação.⁸

3. O CREDOR TAMBÉM É OBRIGADO A ESCOLHER PELO MEIO-TERMO?

Para abrir discussão desta questão, até porque invoca pontos de interpretação textual, parece essencial se iniciar com a integral reprodução do art. 244, do CC: “Art.244. Nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação; mas não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor”.

8. Embora, eventualmente, isso possa trazer impactos quanto ao padrão do que seria a razoável expectativa quanto ao meio-termo nas futuras negociações entre estes sujeitos.

Pode o artigo ser cingido em duas partes. A primeira delas determina que, em regra, o direito de escolha caberá ao devedor. Quanto à interpretação disso, nenhuma dúvida resta.

A discussão que poderia surgir diz respeito precisamente à segunda parte: quando o artigo determina os critérios da escolha, o está fazendo apenas para o devedor, ou para todo e qualquer sujeito a quem seja, fugindo à regra geral colocada na primeira parte, deferido tal direito? Simplificando: está também o credor adstrito a escolher de acordo com o meio-termo?

Há certa opinião de parte da doutrina de que, por conta da boa-fé objetiva, mesmo “se for pactuado que a escolha compete ao credor, não poderá ele exigir que o devedor entregue a melhor das coisas, mas tão somente as que reflitam a qualidade média do gênero”.⁹ Não é este, contudo, o entendimento que se apresenta no presente texto, pelas razões que se passa a expor.

A resposta a tal questão parece negativa, com o que também concorda parte da doutrina,¹⁰ e os argumentos nesse sentido são diversos. Primeiro, por uma questão de ordem lógica, já que o artigo em sua primeira parte tem em seu foco a apresentação da regra geral, ou seja, da escolha pelo devedor. Assim, parece lógico que a segunda parte do artigo disso não fuja e continue a versar sobre o mesmo tema, pautando, portanto, critérios da escolha a serem observados pelo devedor, que possui a preferência legal em fazê-la.

Ainda nesse sentido, isso pode ser inferido também a partir de análise semântica baseada nos próprios núcleos verbais utilizados: “não poderá dar” e “nem será obrigado a prestar”. Quem dá, quem presta, é o devedor. Acredita-se, portanto, que o Código traz regra somente quanto à escolha do devedor, mas não do credor.

Por fim, uma questão de ordem prática que também justifica a interpretação que aqui é apresentada. No mundo negocial, quando se defere ao credor o direito de escolha, fugindo à regra geral determinada pelo Código Civil, o comum é que se espere que ele escolha a melhor das coisas. É que, como afirma Sílvio Rodrigues, “se as partes decidiram ilidir a incidência de lei supletiva, para alterar a competência de escolha, essa atitude adveio, naturalmente,

9. TEPEDINO, Gustavo; SCHEREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. v. 4. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

10. VIANNA, Ragner Limongeli. Modalidades das obrigações: obrigações de dar. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 109. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: v. 2. São Paulo: Atlas, 2015, p. 161.

do propósito de favorecer o credor, permitindo que receba o que de melhor encontrar, pois, se outro fosse o desejo dos contratantes, não utilizariam tal cláusula”.¹¹

Aqui, um desafio: vasculhe o leitor a sua memória e consciência e encontre uma única vez em que, numa situação puramente negocial, sendo credor e tendo sido deferido o direito de escolha, tenha escolhido coisa que não fosse a melhor dentre as apresentadas.

Embora em fórmula um tanto confusa para os moldes do Direito Civil brasileiro, em que a transferência da propriedade não se dá com o simples negócio jurídico, é também esse o pensamento exposto por Pothier: “Quando a livre escolha é concedida ao credor por uma cláusula particular da convenção, como quando alguém se obriga para comigo a me dar um dos cães de seu canil, à minha escolha (...), em virtude da cláusula que me concede a escolha, cada um dos cães do canil do devedor me é devido sob uma espécie de condição, no caso de eu o escolher, porque, em virtude dessa cláusula, não há um cão sequer que eu não tenha direito de exigir”.¹²

Trata-se, portanto, de questão relacionada também aos usos e costumes, a defesa da interpretação de que as limitações quanto ao direito de escolha do art. 244 são aplicáveis ao devedor e somente a ele. E este ponto é importante, pois como já apontado, a escolha na obrigação de dar coisa incerta tem muito a ver com a expectativa legítima criada, fundamentada nos ditames da boa-fé objetiva. Se os usos e costumes guiam a expectativa para que se já espere que o credor escolherá a melhor das coisas, então nada há de ilícito ou de oposto à boa-fé objetiva quando se comporta de tal forma. O fundamento da boa-fé objetiva, acredita-se, inclina-se nesse sentido e não naquele apontado por parte da doutrina acima mencionada.

Saliente-se que isso não implica a impossibilidade de que, tendo sido deferida a escolha ao credor, possa ele ser obrigado, também por força de cláusula contratual ou dos usos e costumes, a escolher pelo meio-termo. Como destaca Silvio Rodrigues, “o exercício desse direito pode revelar-se abusivo, se

11. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 2. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30.

12. POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001, p. 246-247. Destaca-se a questão, pois Pothier só consegue formular a ideia de que “todos os cães lhe pertenceriam” por partir da lógica do sistema francês, em que a propriedade se transmite já pela realização da obrigação, nos termos do art. 711, do seu Código Civil: “*La propriété des biens s’acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l’effet des obligations*”.

for manifestamente contrário ao espírito que norteou as partes ao firmarem o contrato”.¹³ O que se afirma, tão somente, é que esta não é a regra.

Conclui-se, assim, quanto a esta questão, que, em regra, quando for a escolha deferida ao credor ele não estará adstrito a escolher de acordo com a regra do meio-termo.

4. A MODIFICAÇÃO DO PADRÃO DO MEIO-TERMO NO UNIVERSO ESPECIFICADO

Como já relatado, embora a escolha caiba em regra ao devedor isso não significa que tal direito se dê desvinculado de qualquer parâmetro, já que há que escolher levando em conta o critério do meio-termo. A fixação deste padrão, conforme sustentado, se deve muito em parte à ideia da boa-fé objetiva. Afinal, quando se cria obrigação como sendo de dar coisa incerta, é de extrema importância o fator de representação da realidade sobre o que é a qualidade média da coisa.

É com base nesta ideia que se passa a tecer algumas considerações sobre situações em que pode haver modificação sobre o que seria o parâmetro mediano esperado. É que, quando a escolha deva se dar com base no que aqui se chamará de *universo geral*, o seu parâmetro é aquele adotado também, por conseguinte, de modo geral. O *universo geral* engloba, por assim dizer, a totalidade das coisas daquela espécie, sem qualquer recorte de concretização.

Acontece que nem sempre é assim. Por vezes o credor, antes de fechar o negócio, é apresentado a certo *universo específico* do qual a coisa incerta será retirada. Nestes casos, o parâmetro para definição do que seria o meio-termo deixa de ser aquele que leva em consideração a coisa como apresentada no *universo geral* e passa a ser a ideia que dela se pode fazer a partir deste *universo específico*, que é já um recorte, que traz certo grau de concretização e limitação em relação à generalidade ainda mais abstrata do anterior.

Exemplifique-se, por exemplo, com um contrato de compra e venda de um boi. Imagine-se situação em que um pecuarista vende a outro um boi, da raça nelore, com 5 anos de idade. Caso o contrato tenha sido fixado nestes termos gerais, tanto comprador como vendedor estarão fazendo projeção, baseada na ideia de um padrão geral (que se norteia pela boa-fé objetiva), como não poderia deixar de ser, sobre qual seria, em média, o peso do animal objeto da avença. Decerto que pode o comprador nutrir esperanças de que seja um pouco mais gordo e o vendedor pretender entregar um que seja um pouco mais

13. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 2. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30.

magro do que este boi geral idealizado, mas ambos saberão que deve ele pesar cerca de certo número de arrobas.

Imagine-se agora contrato sobre o mesmo objeto, porém partindo de um quadro ligeiramente diferente. Nesta segunda situação aqui exposta, o comprador, antes da realização do negócio, visita a fazenda do vendedor e tem a oportunidade de ver os bois dentre os quais se retirará aquele a lhe ser entregue, caso resolva fechar contrato.

Decerto que a partir de então a expectativa do comprador quanto à entrega do animal não será mais a mesma, extremamente geral, mas sim um tanto mais concreta, com base nos dados a que teve acesso. Se os bois eram todos acima do peso e extremamente saudáveis, certamente que a sua ideia sobre meio-termo, com base na mesma boa-fé objetiva, se formará agora a partir desse *universo específico*. O meio-termo aqui, portanto, corresponderá a um boi que está acima daquele meio-termo dos bois quando pensados no *universo geral*. O mesmo pode ser dito se, ao revés, forem todos os bois extremamente magros e com aparência doentia; a expectativa do meio-termo será gerenciada a partir deste universo, de modo que a entrega de um boi que poderia ser considerado magro demais para atender ao padrão do meio-termo no *universo geral*, não necessariamente o será neste *universo específico*.

Defende-se aqui que, se quando da formação da relação obrigacional esta se deu tendo por base *universo específico*, também a escolha a tal universo estará vinculada. Assim, voltando ao exemplo, o dono da fazenda visitada que apenas possui bois gordos e vistosos, só adimplirá sua obrigação entregando um boi que corresponda ao meio-termo, ao padrão médio, destes animais apresentados. Padrão este que, seguramente, estará acima do que é considerado como sendo a média regular. O mesmo ocorre com a escolha a partir do universo apresentado dos bois magros e doentios: poderá o devedor se desobrigar entregando boi de qualidade inferior à média regular, desde que tal se enquadre na média do produto apresentado.

No caso específico da compra e venda se pode invocar ainda o argumento da venda por amostragem, protótipo ou modelo que, acredita-se, serve, por analogia, como um reforço à tese ora apresentada, expansível a obrigação de dar coisa incerta oriunda de qualquer situação negocial.

É, portanto, diferente o padrão do que é a qualidade média da coisa a ser escolhida conforme deva tal escolha se dar a partir de *universo geral* ou de *universo específico*, pois, mantendo-se a lógica de que o padrão da escolha é derivado da boa-fé objetiva, a expectativa das partes quanto à coisa que será utilizada para cumprir com a obrigação certamente se modifica levando em

conta o conhecimento do grau médio das coisas a partir das quais se realizará a concentração.

5. A OBRIGAÇÃO DE DAR COISA INCERTA DE GÊNERO LIMITADO

Conforme inicialmente abordado, nos termos do art. 246 não há que se falar em perda ou deterioração na obrigação de dar coisa incerta antes de realizada a escolha. Isto porque estaria ela determinada pelo gênero e quantidade e, sendo impossível o perecimento do gênero, sempre seria possível substituir a coisa perecida ou deteriorada por outra para assim satisfazer ao credor. Como já pontuava Pothier: “o prejuízo ocasionado pela perda das coisas desse gênero, ocorrida depois da obrigação assumida, não recai sobre o credor; porque as coisas que perecem não são as que lhe são devidas, bastando, portanto, subsistir uma delas, seja em que parte for, para que a obrigação subsista”.¹⁴ O risco, portanto, estaria sempre a cargo do devedor.

Acontece que existem algumas situações em que se pode ter coisa que, ainda que incerta, pertença a gênero extremamente limitado, o que pode levar a algumas reflexões quanto ao caráter absoluto da norma consubstanciada no art. 246. A necessidade desta teorização se dá, de modo mais específico, nas situações em que a perda do gênero e, por conseguinte, da coisa, não se relaciona com ato culposo do devedor. Caso se fosse seguir a regra plasmada no Código Civil, essa perda ou deterioração de fato, que ocorreu sem culpa, de modo algum resolveria a obrigação para o devedor, que seria obrigado a pagar a indenização devida em caso de inadimplemento, já que não teria como alegar tal em seu favor por se tratar de uma obrigação de dar coisa incerta.

Acontece que há que se atentar aqui para um detalhe de suma importância. O que impede a alegação da perda ou deterioração sem culpa como modo de resolução sem responsabilidade para o devedor é a ideia de que *genus non perit* ou *genus nunquam perit*. Só que, na situação que aqui se apresenta, houve o perecimento (ou quase) do gênero em questão. Ora, resta destruída a própria base que fundamenta a impossibilidade da extinção da obrigação sem responsabilização do devedor, de modo que não parece razoável que a solução seja a mesma.

O tema já foi aventado pela doutrina que normalmente admite, com diferentes graus, a possibilidade que se acabou de apresentar.¹⁵ O que se fará aqui

14. POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001, p. 243.

15. TEPEDINO, Gustavo; SCHEREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. v. 4. São Paulo: Atlas, 2008, p. 62. VIANNA, Ragner Limongeli. *Modalidades das obrigações*:

é desenvolver o tema e a discussão sobre que tipo de limitação no gênero seria suficiente para permitir a resolução da obrigação.

Para melhor ilustrar, apresenta-se o seguinte exemplo. Imagine-se que dois sujeitos, apreciadores de um bom vinho, celebraram contrato de compra e venda de uma garrafa de safra extremamente rara. Um deles possui as cinco últimas (e iguais) garrafas desta safra e realizou o contrato sem preocupação em individualizar previamente qual delas estaria vendendo. Situação, portanto, classificável como obrigação de dar coisa incerta, vez que qualquer das garrafas pode ser utilizada para o adimplemento da obrigação.

Ocorre que, por revés do destino, antes que se realizasse a escolha e a devida cientificação do credor, ocorreu uma enchente que acabou por destruir a adega do vendedor e, por conseguinte, todas as cinco garrafas a partir das quais poderia fazer a individualização e cumprir com a sua obrigação. Não há culpa de qualquer espécie por parte do devedor no caso apresentado. Por outro lado, também não há como ele substituir a coisa por outra do mesmo gênero, vez que, nesta situação, outra coisa simplesmente não há.

Desta feita, a única solução que parece justa em tais casos é que se dê a extinção da obrigação sem a responsabilização do devedor. É uma questão de coerência do sistema jurídico e, diria mais, de lógica matemática. Não há como se sustentar a aplicação de uma consequência quando desaparece seu fundamento. Não há como se dizer que a responsabilidade será sempre mantida já que o gênero não perece, quando o próprio gênero pereceu.

Ademais, levando em conta a importância da boa-fé objetiva no gerenciamento das expectativas e deveres nas relações obrigacionais, parece razoável afirmar que não é sequer necessário que ocorra o perecimento do gênero como um todo para que se possa aplicar a solução aqui proposta.¹⁶ Basta que se trate de perecimento substancial, que quebre com a própria lógica da base objetiva em que se formou a obrigação, em solução muito parecida àquela proposta

obrigações de dar. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 112. LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 46. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 57. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. v. 2. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83. CATALAN, Marcos Jorge. Aspectos polêmicos acerca das obrigações de dar coisa certa e incerta. *Revista CEJ*, v. 9, n. 29. Brasília: CEJ, 2005, p. 82. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 826.

16. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163.

por Larenz em sua teoria da base objetiva do negócio jurídico.¹⁷ Como afirma Clóvis do Couto e Silva, “quando alguém se obriga a entregar determinada mercadoria, não se lhe impõe o dever de pesquisar, em todo o globo, a existência de uma unidade para satisfazer o prometido. Da própria interpretação do contrato, tirar-se-á o âmbito espacial dentro do qual tenha aplicação o princípio *genus perire non censetur*”.¹⁸

Retornando ao exemplo aventado, ainda que existissem, por exemplo, duas outras garrafas do citado vinho, pertencentes a dois outros colecionadores, não se vê como se poderia esperar como razoável solução a exigência de que fosse o devedor obrigado a conseguir uma destas garrafas para só assim solver a sua obrigação sem que lhe fossem imputadas perdas e danos. Tal possibilidade dificilmente foi aventada pelos contratantes no momento em que se firmou a obrigação, não integrando assim a expectativa das condutas que poderiam ser consideradas como exigíveis para o adimplemento.

A mesma linha de pensamento quanto à liberação do devedor é encontrada quando a obrigação de dar coisa incerta é firmada já considerando um *universo específico*, para se utilizar o termo acima cunhado. Assim, por exemplo, se o devedor se compromete a solver a obrigação *apenas* com uma coisa dentre diversas do mesmo gênero que se encontravam em certo depósito – e não com outra daquela espécie, retirável de outro lugar – e o depósito, por uma fatalidade, queima destruindo todas elas, estaria desobrigado o devedor.¹⁹ Assim é que se a coisa deveria ser retirada necessariamente daquele especificado universo e todo ele pereceu por fato não imputável ao devedor, igualmente estaria ele liberado.

6. O SENTIDO DA CIENTIFICAÇÃO DO CREDOR

A escolha individualiza o bem, mas não é ela que faz com que deixem de ser aplicadas as regras da obrigação de dar coisa incerta e passem a ser aplicadas as de dar coisa certa. Para que isso aconteça, além da realização da escolha é necessário, nos exatos termos do art. 245, que seja “cientificado da escolha o credor”.

17. LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, *passim*.

18. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 152.

19. *Idem*, p. 151.

A doutrina, ao analisar este artigo, tem se preocupado unicamente em destacar que a modificação do regramento da obrigação não se dá a partir da escolha, mas sim da sua cientificação.²⁰ Por outro lado, não parece ter despertado interesse até então a discussão sobre o que seria necessário para se considerar que esteja cientificado o credor.

Acredita-se que haveria a possibilidade de apresentar duas possíveis interpretações para o dispositivo apontado, e isto gira em torno do que se deve entender por “cientificado”. Um primeiro sentido seria indicar que ter o credor por cientificado significaria realizar a ele a comunicação quanto à escolha. Haveria, portanto, um ato jurídico comunicativo²¹ que teria por efeito fazer com que, automaticamente após essa comunicação, a coisa em questão passasse a ser considerada individualizada e, por conseguinte, estivesse, por exemplo sujeita à alegação de perda ou deterioração.

Numa segunda interpretação, que aqui se entende como mais adequada, cientificar o credor não significa tão somente lhe notificar quanto à realização da escolha, mas sim neste ato lhe fornecer elementos suficientes (ciência, conhecimento) para que consiga também ele distinguir a coisa escolhida de outras da mesma espécie. O preenchimento deste ato jurídico comunicativo não se daria unicamente pelo aviso ao credor, mas sim ao lhe fornecer elementos que o permitam ter ciência quanto a qual é a coisa escolhida.

E, mais uma vez, entre as duas opções há enorme diferença de ordem prática. O que está em jogo aqui é a partir de quando a obrigação passará a se guiar pelas regras da obrigação de dar coisa certa. O regime da obrigação de dar coisa certa é, em regra, mais protetivo do devedor do que o de dar coisa incerta²² Isso porque apenas naquela é que poderá eventualmente ver sua obrigação resolvida e sua responsabilidade afastada, nos casos em que o dano sofrido pela coisa se dê sem sua culpa. Na de dar coisa incerta, jamais.

20. Não se abordará aqui as discussões sobre teoria da separação e da entrega, posto que não parecem muito relevantes diante da redação apresentada no Código Civil de 2002. Em caso de interesse sobre o tema ver: PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: t. 22. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 182.

21. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 164. Em sentido contrário, considerando a escolha como ato-fato: COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 153-154.

22. CATALAN, Marcos Jorge. Aspectos polêmicos acerca das obrigações de dar coisa certa e incerta. *Revista CEJ*, v. 9, n. 29. Brasília: CEJ, 2005, p. 82.

Sendo este ato comunicativo realizado pelo devedor, e lhe trazendo a vantagem acima apontada, parece que deve ele se dar de modo que, para o credor, reste inequívoca a realização da escolha. Defende-se tal posição para evitar situação em que possa, posteriormente à cientificação, um devedor de má-fé modificar a coisa escolhida a fim de se liberar da obrigação em virtude de evento que não lhe seja imputável.

A fim de ilustrar a diferença, apresenta-se exemplo. Uma cadela, propriedade de determinado sujeito, deu cria a cinco filhotes. Negociando com um comprador, vendeu, na modalidade de obrigação de dar coisa incerta, um dos filhotes pelo valor X. Negociando com segundo comprador que demonstrou mais interesse, vendeu, também na modalidade de obrigação de dar coisa incerta, um segundo filhote pelo valor de 2X.

Após fechar ambos os contratos, ligou para cada um dos sujeitos e os avisou que já havia realizado a escolha do filhote que seria entregue para cada um deles. Destaque-se que de acordo com a primeira interpretação, mas não com a segunda, a partir deste momento a obrigação já passaria a se guiar pelas regras da obrigação de dar coisa certa.

Prossegue-se. Depois da citada comunicação acontece evento não imputável ao devedor, uma doença súbita e inesperada, por exemplo, que mata quatro dos cinco filhotes. Não é necessário muito esforço para se concluir que, em querendo agir de má-fé, o devedor afirmaria a todo custo que o filhote sobrevivente seria justamente aquele vendido pelo preço de 2X. E, ainda que o sobrevivente houvesse sido o vendido pelo valor X, ou qualquer dos três outros, nenhum dos credores teria jamais como provar ou contestar a alegação do devedor, já que aquela comunicação realizada é nada além disso, ou, dito de outra maneira, não é propriamente uma cientificação.

Por conta de tal pensamento é que se considera que a cientificação do credor não é mero aviso, mas sim o fornecimento a este de elementos que o permitam, tanto quanto o devedor, identificar qual a coisa escolhida. Somente após o preenchimento de tal conteúdo é que passaria a obrigação a se guiar pelas regras da de dar coisa certa.

7. CONCLUSÃO

Como se pôde notar ao longo do desenvolvimento do presente texto, há todo um universo inexplorado – ou no mínimo controverso – no que toca à escolha na obrigação de dar coisa incerta.

Um fator essencial que se deve ter em mente para resolver tais questões é o de que a escolha na obrigação de dar coisa incerta se relaciona muito com a

formação da expectativa em torno de coisa que possui qualidade mediana. É o gerenciamento dessa expectativa que deve ser observado e que, em última instância, está relacionado com a boa-fé objetiva.

É que se a obrigação é criada sobre coisa considerada incerta, isso significa que tanto credor como devedor partem de uma abstração sobre a coisa, que a considera de maneira geral, dentro do que é o padrão mediano, ou seja, atendendo aos moldes da boa-fé objetiva.

Por fim, destaque-se que ao se trazer a boa-fé objetiva como importante elemento na presente discussão, isso não quer dizer desprezo às regras expressas no Código Civil e isto, acredita-se, ficou claro ao longo do texto. O princípio aqui funciona antes como baliza que ajuda a interpretar os pontos controversos e preencher eventuais lacunas do texto legal.

8. REFERÊNCIAS

- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*: v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2013
- CATALAN, Marcos Jorge. Aspectos polêmicos acerca das obrigações de dar coisa certa e incerta. *Revista CEJ*, v. 9, n. 29. Brasília: CEJ, 2005.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: v. 2. São Paulo: Atlas, 2015, p.161.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*: v. 2. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano da existência. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*: Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*: v. II. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 57.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*: t. 22. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 2. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHEREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*: v. 4. São Paulo: Atlas, 2008.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*: v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIANNA, Ragner Limongeli. Modalidades das obrigações: obrigações de dar. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coords.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Aspectos polêmicos acerca das obrigações de dar coisa certa e incerta, de Marcos Jorge Catalan – *RDPriv* 20/266-279, *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* 1/847-862 (DTR\2004\626).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2003\2727.

The background features a large, light gray circle on the right side, partially overlapping a grid of thin, light gray lines that extends from the bottom right towards the center. The overall aesthetic is clean and modern.

Direito Constitucional



O "INTERESSE COMUM" DA REGIÃO METROPOLITANA EM FACE DA REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS

THE "COMMON INTEREST" OF THE "METROPOLITAN AREA" IN VIEW OF THE CONSTITUTIONAL DISTRIBUTION OF POWERS IN A FEDERAL STATE

FERNANDO MENEZES DE ALMEIDA

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP.
fmenezes@usp.br

MARIANA AUGUSTA DOS SANTOS ZAGO

Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Administrativo

RESUMO: Este artigo tem por objetivo discutir o sentido do "interesse comum" que justifica as funções da região metropolitana, tal como previstas no sistema constitucional brasileiro, à luz da repartição de competências federativas.

PALAVRAS-CHAVE: Federação – Regiões metropolitanas – Repartição de competências – Interesse local – Interesse comum

ABSTRACT: This paper aims to discuss the meaning of "common interest" which justifies the functions of the "metropolitan area", according to the Brazilian constitutional system, in view of the distribution of powers in a federal state.

KEYWORDS: Federation – Metropolitan areas – Distribution of powers – Local interest – Common interest

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Peculiaridades da repartição de competências na Constituição Federal de 1988. 3. A ação concertada dos entes federativos para o exercício de suas competências. 4. Regiões metropolitanas: aspectos jurídicos. 5. Delimitação do interesse comum e do interesse local na região metropolitana. 6. Conclusão. 7. Bibliografia. 8. Referências eletrônicas.

1. INTRODUÇÃO

A federação é a forma de Estado adotada por todas as constituições brasileiras desde a proclamação da República. Neste período, ela passou por muitas

transformações, assumindo feições mais ou menos descentralizadas, mostrando-se sensível à alternância de regimes democráticos e autocráticos.¹

A Constituição Federal de 1988 manteve a tradição ao prever no seu art. 1.º que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”, fórmula esta que é complementada pelo art. 18 ao enunciar que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. Destes dispositivos constitucionais extrai-se que a federação brasileira – como toda federação, aliás – é caracterizada por uma repartição do poder político entre entes de diferentes níveis, todos dotados de autonomia federativa.

Esta última, por sua vez, desdobra-se em dois aspectos importantes, sendo que ambos são viabilizados e encontram sua exata medida na Constituição. De um lado, a autonomia funciona como espaço de liberdade, no qual estes entes exercem competências que lhes foram constitucionalmente atribuídas. De outro lado, a autonomia atua como garantia de que estas competências não lhes serão retiradas ou limitadas arbitrariamente, exatamente porque elas são

-
1. “Forma de Estado” é um uma ferramenta que distingue e agrupa Estados “em função da descentralização”, como aponta Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (*Curso de Direito Constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 81), remetendo ao mesmo tempo ao “modo de exercício do poder político em função do território”, como sugere José Afonso da SILVA (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 98). Partindo desta premissa, os Estados poderiam ser agrupados em uma linha contínua que tem em um dos seus extremos os Estados Unitários, caracterizados pela existência de um único centro de poder político (ainda que neles se observe alguma descentralização administrativa), e no outro extremo os Estados Federais, caracterizados pela presença de mais de um centro de poder político e, conseqüentemente, por uma razoável descentralização (no caso, não só no âmbito da Administração, mas também e, sobretudo, no plano político). Sem dúvida alguma são os Estados Federais que oferecem maiores dificuldades do ponto de vista conceitual. Neste artigo, opta-se por não se adentrar nesta polêmica, trabalhando-se com uma definição mais aberta de federação. Já a adoção da forma federativa de Estado pelo Brasil também não será tratada com maiores detalhes nesta exposição por não se relacionar de modo direto com a questão central do artigo, que consiste na correta delimitação do interesse comum da região metropolitana em face do interesse local do Município. De todo modo, trata-se de uma temática trabalhada em diversas obras que se ocupam do federalismo brasileiro em uma perspectiva histórica. Cita-se, a título de exemplo, a análise empreendida em ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998.

previstas pela Constituição. Neste ponto não há grandes novidades, tanto em relação às constituições anteriores quanto em uma perspectiva comparada.

A Constituição Federal de 1988 promoveu uma grande alteração na estrutura federativa brasileira então existente ao arrolar quais são os níveis efetivamente dotados de autonomia federativa, os chamados entes federativos. Com efeito, o sistema constitucional vigente apresenta (conforme o art. 18, acima transcrito): (i) o Estado Nacional dito “República Federativa do Brasil” – que é o Estado soberano; (ii) um ente subnacional de primeiro nível, a “União” – que é uma pessoa jurídica com atributo de autonomia; (iii) entes subnacionais de segundo nível, os “Estados” – que também são pessoas jurídicas autônomas; e, (iv) aqui a inovação, entes subnacionais de terceiro nível, os “Municípios” – que igualmente possuem autonomia.²

Note-se que a novidade não consistiu exatamente em assegurar aos Municípios uma razoável margem de liberdade. Com efeito, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a doutrina já se debruçava sobre o alcance e os limites da chamada autonomia municipal.³ Além do mais, deve-se reconhecer que conferir alguma autonomia aos entes locais em uma federação também não é exatamente uma criação brasileira, sendo assegurada em outras federações, como a alemã.⁴ Ocorre que esta autonomia sempre foi assegurada

-
2. O Distrito Federal é outro tipo de ente subnacional, que acumula os atributos de Estado e de Município. Por questão de simplificação do texto, não será feita referência a ele a cada vez que se mencionarem Estados e Municípios neste artigo, devendo-se entendê-la implícita.
 3. Nesse sentido, vide LEAL, Victor Nunes. Alguns problemas municipais em face da Constituição. In: LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 312-337. Neste artigo, LEAL desenvolve análise pioneira sobre o relacionamento das competências municipais com as demais competências previstas pela Constituição Federal e atribuídas à União e aos Estados-membros. Esta construção, por sua vez, influenciou o pensamento de Hely Lopes MEIRELLES já sob a égide da Constituição Federal de 1988, sendo citada em MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 17. ed. atualizada por Adilson Abreu Dallari (Coord). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 134-136.
 4. Para uma breve análise evolutiva da autonomia municipal no Brasil, sob uma perspectiva comparada com a Alemanha, vide KRELL, Andreas J. Diferenças do conceito, desenvolvimento e conteúdo da autonomia municipal na Alemanha e no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 32, n. 128, out./dez. 1995, p. 107-125. Note-se que a autonomia municipal na Alemanha vem assegurada pela primeira parte do parágrafo segundo do art. 28 da Lei Fundamental, com o seguinte teor: “aos municípios deve ser garantido o direito de regulamentar todos os assuntos do interesse da comunidade local nos limites da lei e sob sua própria responsabilidade”.

em termos mais restritos que aquela de índole federativa: o que se conferia ao nível local – e, em outros países, o que se confere – era a possibilidade de atuação autônoma dentro de um campo previamente delimitado.

O que efetivamente distingue o Estado Federal brasileiro dos demais é o *status* constitucional conferido ao Município: a partir de 1988, ele ganhou o *status* de ente federativo; passou, portanto, a integrar a federação brasileira em pé de igualdade com a União e os Estados-membros de um ponto de vista formal.⁵

Por óbvio, não se está aqui a dizer as municipalidades brasileiras tenham as mesmas atribuições dos demais níveis federativos. Porém, se antes os entes locais eram dotados somente de uma razoável liberdade de atuação, a partir de 1988 eles passam a contar com uma autonomia em moldes federativos: ou seja, os Municípios não exercem competências além daqueles que lhes foram conferidas, e também não deixam de exercer estas mesmas competências pela simples vontade de outros níveis federativos, porque elas lhes são garantidas como parte de um pacto federativo alicerçado pela própria Constituição.

Obviamente, tal inovação contribuiu para agregar ainda mais complexidade às relações federativas brasileiras, pois ampliou razoavelmente o número de atores políticos envolvidos na consecução das políticas públicas mais importantes. Todos estes atores, por sua vez, encontram-se balizados por um igualmente complexo sistema constitucional de repartição de competências.

-
5. Há, contudo, autores que afirmam que, a despeito do teor dos arts. 1.º e 18 da CF/1988, os Municípios não seriam entes federativos. Nesse sentido, pondera José Afonso da SILVA que “não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação. Não se vá, depois, querer criar uma câmara de representantes dos Municípios. Em que muda a federação brasileira com o incluir os Municípios como um de seus componentes? Não muda nada. Passaram os Municípios a ser entidades federativas? Certamente que não, pois não temos uma federação de Municípios” (SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 475). Nesse mesmo sentido parecem caminhar as ponderações de Paulo Gonet BRANCO que, após expor a corrente predominante no sentido de que os Municípios passaram a gozar do status de entes de federação com a promulgação da Constituição Federal de 1988, afirma que “há ponderosas razões em contrário”, citando, por exemplo, o fato de os Municípios não contarem com uma câmara de representação no âmbito federal e de estes não contarem com um Poder Judiciário próprio (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 948).

O presente artigo pretende abordar apenas um aspecto desta grande problemática, consubstanciado na preservação da autonomia (federativa) dos Municípios brasileiros, quando agregados em regiões metropolitanas. Para tanto, propõe-se exposição dividida em quatro tópicos. No primeiro deles far-se-á um breve panorama da repartição de competências operada pela Constituição Federal de 1988, com especial foco nas competências legislativas e de execução e também nas competências municipais delimitadas pela cláusula do “interesse local”. Já na segunda parte chamar-se-á a atenção para a necessidade de atuação concertada dos entes federativos para o exercício de algumas competências, por meio da celebração de acordos e também por meio da criação de pessoas jurídicas, e de entidades como as regiões metropolitanas. Finalmente, os dois últimos tópicos tratarão especificamente da região metropolitana, abordando não só aspectos jurídicos como também e especialmente a controvertida questão da correta delimitação do interesse comum em face do interesse local.

2. PECULIARIDADES DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Uma consequência fundamental da autonomia é o estabelecimento – sempre pela Constituição nacional – de uma repartição de competências entre os entes federados: tanto competências para a elaboração de leis como competências para o desempenho de atividades administrativas, dentre as quais os serviços públicos. E como já se deixou antever, também a distribuição de competências operada pela Constituição Federal de 1988 é dotada de uma razoável complexidade. Tal se deve a basicamente três razões.⁶

Em primeiro lugar, as normas que atribuem competências aos entes federativos no Brasil formam um sistema extremamente detalhado e dotado de uma elevada carga de casuísmo. Diz-se isso não só em função dos extensos catálogos de matérias contidos nos arts. 21 a 24 da CF/1988, mas também e principalmente em virtude dos detalhamentos que podem ser encontrados no art. 144 e a partir do art. 170 da CF/1988. Estes últimos dispositivos, por sua vez, não se limitam a enunciar princípios norteadores de políticas públicas importantes, mas detalham a repartição de competências em cada uma destas áreas setoriais. Ou seja, nestas políticas as competências da União, dos Estados

6. Frise-se que tal análise não abrange a repartição de rendas, que é normalmente estudada de modo apartado pelo Direito Financeiro e não será objeto de maiores considerações neste artigo.

e dos Municípios vêm enunciadas em termos genéricos nos arts. 21 a 24 da CF/1988, subsidiariamente no art. 25, § 1.º, e depois são detalhadas em outro momento pela própria Constituição.

A título de exemplo, cita-se a política de segurança pública. Competências importantes nesta matéria podem ser encontradas no art. 22, XXI e XXII e art. 24, XVI. Como segurança pública não constitui um título competencial específico nos arts. 22 a 24 da CF/1988, conclui-se que os Estados-membros também podem legislar sobre o tema com base no art. 25, § 1.º, da CF/1988. Porém, somente é possível compreender quais são as atribuições de cada nível federativo nesta matéria quando se analisa o art. 144, *caput* e parágrafos. Extrai-se deste dispositivo, que a execução de ações de segurança pública compete primordialmente aos Estados, por meio de suas polícias civis e militares. A União, por sua vez, também detém competências de execução importantes nesta área – por meio das polícias federal, rodoviária federal e ferroviária federal – mas o seu papel mais relevante é o de normatização e coordenação: com efeito, a ela compete editar normas gerais sobre as polícias civis e militares dos Estados (com base nos arts. 22, XXI e 24, XVI), além de disciplinar “a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades” (art. 144, § 7.º); não se pode esquecer ainda da competência inscrita no art. 144, § 8.º, com base na qual foi editado o Estatuto Geral das Guardas Municipais (Lei 13.022/2014).⁷

Em segundo lugar e complementando o que foi dito no parágrafo anterior, a Constituição Federal de 1988 trabalha com diferentes modalidades ou espécies de competências. Com base nesta constatação surgiram uma multiplicidade de classificações doutrinárias.⁸ Para os fins desta exposição, cumpre ressaltar

7. Note-se que a competência da União para legislar sobre guardas municipais é controversa, tendo em vista que parcela considerável da doutrina entende que a “lei” a que se refere o art. 144, § 8.º, CF/1988 só pode ser lei municipal. Tal polêmica vem relatada na petição inicial da ADI 5156, que questiona a constitucionalidade do Estatuto Geral das Guardas Municipais sob a ótica da repartição constitucional de competências. Para uma análise mais aprofundada do tema, vide ZAGO, Mariana Augusta dos Santos; CARVALHO, Guilherme Siqueira de. O Estatuto Geral das Guardas Municipais (Lei 13.022/2014): considerações sobre sua constitucionalidade à luz da repartição federativa de competências. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo (ReDAC)*, Ano 3, vol. 21, nov./dez. 2015, p. 169-198.

8. Cita-se, a título de exemplo, a classificação proposta por José Afonso da SILVA em SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 479-482. Porém, percebe-se uma tendência na doutrina pátria em abordar a repartição de competências a partir da nomenclatura adotada pela própria Constituição Federal de 1988. Nesse sentido,

a distinção que a própria Constituição traça entre competências legislativas e de execução, de um lado, e competências privativas e concorrentes, de outro.⁹ Competência legislativa, como o próprio nome sugere, é a competência para editar uma lei em sentido formal; já a competência de execução consiste na atribuição para promover a execução administrativa de uma lei, e em alguns casos excepcionais da própria Constituição. Competência privativa, por sua vez, é a faculdade atribuída normalmente a um nível federativo de atuar sobre uma determinada matéria, com a exclusão dos demais; na competência concorrente, por outro lado, esta faculdade é conferida a mais de um nível federativo, sendo que o caráter de delimitação da norma de competência se evidencia pela indicação de matérias específicas sobre as quais elas recaem.¹⁰

fala-se em: competência geral da União (art. 21); competência legislativa privativa da União (art. 22); competência (administrativa) comum da União, Estados e Municípios (art. 23); competência legislativa concorrente da União e dos Estados (art. 24); competência reservada dos Estados (art. 25, § 1.º), e; competência dos Municípios (art. 30). Nesse sentido, vide HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed (Revista e Atualizada por Juliana Campos Horta). Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 314 e ss e MENDES, COELHO, BRANCO. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 951 e ss.

9. Frise-se que estas são classificações extraídas da própria Constituição. De todo modo, elas podem ser encontradas em algumas obras de referência sobre o tema, como em ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 78 e ss, lembrando que esta autora estrutura toda a sua exposição com base na dicotomia competências privativas e competências concorrentes. A dicotomia competências legislativas e de execução também é trabalhada nesta obra, ainda que não com o mesmo destaque. Além do mais, estas mesmas dicotomias estruturam a análise comparativa entre Brasil e Alemanha desenvolvida em ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. *Federalismo no Brasil e na Alemanha: estudo comparativo da repartição de competências legislativas e de execução*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016, de onde se extrai, aliás, que estas dicotomias consubstanciam uma chave de análise útil para analisar a repartição de competências levada a cabo por outras constituições federais.
10. Ainda que se trate de competências concorrentes ou comuns – aquelas compartilhadas por mais de um tipo de ente federado –, a solução constitucional para o seu desempenho de modo harmônico nunca envolve a possibilidade de que a decisão autônoma de um ente federado se sobreponha à dos demais, como se houvesse prevalência hierárquica de uns sobre outros. Porém, o próprio texto constitucional pode estabelecer regras de colisão, as quais determinarão qual o direito prevalente em uma hipótese de conflito de normas. É o que faz, por exemplo, o art. 24, § 4.º, CF/1988, segundo o qual “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário”.

Por óbvio, estas espécies ou modalidades de competências podem ser combinadas. É, aliás, o que a Constituição Federal de 1988 geralmente faz. Deste modo, é perfeitamente possível que, em uma determinada política pública, União, Estados e Municípios partilhem tanto a competência legislativa quanto a competência de execução, ou que a União ou os Estados detenham a competência legislativa e Estados e Municípios sejam responsáveis pela execução de leis federais e estaduais.

Todavia, ao se analisar a repartição constitucional de competências de um modo sistemático, percebem-se duas tendências. A primeira delas: a União detém em regra a competência para legislar sobre um tema, a título privativo ou concorrente.¹¹ Isso não significa necessariamente que Estados e Municípios

-
11. Sabe-se que, nos termos do § 1.º do art. 24, a União estaria adstrita, em sede de competências concorrentes, à edição de normas gerais. Contudo, uma interpretação demasiadamente extensiva destas normas gerais pelo STF, além da falta de um conceito doutrinário consistente, fez com que esta limitação se revelasse insuficiente para conter a atuação da União, que legislava quase exaustivamente sobre as matérias arroladas nos incisos do art. 24. Tal tendência pode ser percebida no julgamento proferido na ADI 2.396/MS, de relatoria da Ministra Ellen Gracie. Neste caso, que versava sobre a constitucionalidade de legislação estadual que vedava a utilização do amianto crisotila, entendeu a referida Ministra que “como se vê, a Lei 9.055/95 dispôs extensamente sobre todos os aspectos que dizem respeito à produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização do amianto crisotila. A legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta” (ADI 2.396/MS, Rel. Ministra Ellen Gracie, julgada em 08.05.2003, fls. 7225). De acordo com este entendimento, a partir do momento em que a União legislava, não era necessário fazer qualquer juízo sobre o enquadramento desta legislação ao conceito de normas gerais previsto no § 1.º do art. 24 CF/1988, mas apenas sobre a compatibilidade da legislação estadual à legislação federal. Contudo, tal posicionamento começou a ser revertido nos últimos anos, não só em relação à legislação estadual sobre amianto crisotila (questão ainda pendente de julgamento), mas no plano da educação. No julgamento da ADI 4.060/SC, em que se questionava a constitucionalidade de lei estadual que estabelecia o número máximo de alunos por sala de aula, o Ministro Luiz Fux, relator do processo, entendeu que “em consonância com as premissas teóricas firmadas linhas atrás, cumpre não inflacionar a compreensão das ‘normas gerais’, o que afastaria a autoridade normativa dos entes regionais e locais para tratar do tema. Assim é que, não havendo necessidade autoevidente de uniformidade nacional na disciplina da temática, proponho prestigiar a iniciativa local em matéria de competências legislativas concorrentes. O benefício da dúvida deve ser pró-autonomia dos Estados e Municípios. Na hipótese dos autos, foi a própria União que colocou em xeque qualquer tentativa de caracterizar as regras impugnadas como normas gerais” (ADI 4.060, Relator Ministro Luiz Fux, julgada em 25.02.2015, p. 15).

não detenham competência legislativa alguma, mas não é comum que eles promovam a normatização de uma matéria em termos privativos; ao contrário, a atividade legiferante estadual ou municipal normalmente ocorre dentro dos parâmetros fixados em lei federal. A segunda delas: embora a União possua importantes competências de execução, a Constituição Federal de 1988 atribui aos Estados e aos Municípios a competência para promover a execução de políticas públicas normatizadas no plano federal. É o caso, por exemplo, das ações de educação básica (as quais competem prioritariamente aos níveis estadual e municipal por força do disposto nos §§ 2.º e 3.º do art. 211 da CF/1988), e também da segurança pública, conforme mencionado *supra*. Ou seja, de um ponto de vista constitucional, o federalismo brasileiro atual é caracterizado por uma forte centralização legislativa, que é de certo modo contrabalaneada por uma tendência de descentralização no plano administrativo. Na doutrina, este fenômeno já é vislumbrado por alguns autores. Nesse sentido, Andreas J. KRELL observa uma mitigação do princípio da execução imediata no que diz respeito às competências comuns do art. 23.¹² De um modo ou de outro, não se pode deixar de reconhecer que tal desenho torna difícil a identificação

-
12. Como bem pondera este autor, “o sistema administrativo brasileiro tem a sua base no princípio da *execução imediata*. Os quadros de funcionários mantidos pela União, pelos Estados e pelos municípios, respectivamente, executam – com poucas exceções – exclusivamente os dispositivos legais da própria esfera. No passado, os órgãos de uma prefeitura municipal, por exemplo, podiam fundamentar os seus atos somente nas leis produzidas pela câmara local ou dos decretos do prefeito” (KRELL, Andreas J. As competências administrativas do art. 23 da CF, sua regulamentação por lei complementar e o “poder-dever de polícia”. *Interesse Público*, n. 20, 2003, p. 55). Porém, a Constituição de 1988, no que diz respeito ao art. 23 e o seu relacionamento com o art. 24, teria estabelecido uma outra sistemática, bem explicitada no seguinte trecho: “É evidente que o art. 23 regulamenta a competência *material*, a qual abrange a realização de medidas administrativas. Com isso, a Constituição brasileira, pela primeira vez, atribui separadamente competências administrativas que eram antes automaticamente incluídas nas competências legislativas correspondentes (...) Podemos observar que a Constituição de 1988 teve a intenção de abandonar – pelo menos parcialmente – a estrita separação administrativa entre os diferentes entes federativos quando passou a discriminar, separadamente, as competências *administrativas* das três esferas estatais, que não são mais coincidentes (congruentes) com as competências *legislativas*, o que acontecia antes de 1988. Sem dúvida, os convênios administrativos continuaram lícitos também sob o novo regime constitucional” (KRELL. *As competências administrativas do artigo 23 da CF*, cit., p. 59-60). Em ZAGO. *Federalismo no Brasil e na Alemanha*, cit., p. 363-375 e 386-399 discute-se como esta discrepância no que diz respeito à titularidade das competências legislativas e de execução extrapola o relacionamento entre os arts. 23 e 24 CF/1988 e pode ser utilizada para

e afirmação da competência de um ente federativo no Brasil: afirmar, afinal, a competência legislativa da União não significa necessariamente afirmar que ela será a responsável por colocar à disposição do cidadão uma prestação específica; por outro lado, o Município pode ser competente para prestar um serviço público, mesmo dispondo de pouca ou nenhuma liberdade para discipliná-lo, ao menos no plano legislativo.

Finalmente, o terceiro vetor de complexidade da repartição de competências no Brasil consiste na correta compreensão de o que é o “interesse local”. Isso porque, de um lado, o “interesse local” é efetivamente critério de definição de duas importantes competências do Município: a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, CF/1988) e a competência para prestar serviços de interesse local (art. 30, V, CF/1988).

Nesta exposição, considera-se fundamental ater-se a dois aspectos desta temática: (i) a compreensão de interesse local por contraste com os outros critérios de repartição de competências que a Constituição nacional aplica a Estados e à União; e (ii) a dificuldade conceitual da própria noção de interesse local.

Quanto ao primeiro ponto, em breve resumo, deve-se notar que a Constituição, ao repartir competências – seja entre legislativas ou de execução, seja entre privativas ou concorrentes – adotou critérios variáveis: na maioria dos casos tomou por critério alguma matéria. Tem-se, assim, que a União é competente para legislar sobre “trânsito” e “educação”,¹³ dentre outros. Mas em outros não emprega um critério temático e, sim, de abrangência geográfica do interesse: vale dizer, o “interesse local”.

Note-se que, segundo entendimento doutrinário majoritário, a competência delimitada pelo interesse local é modalidade de competência privativa.¹⁴

analisar e valorar a repartição de competências legislativas e de execução operada pela Constituição Federal de 1988 como um todo.

13. Isso não significa, por sua vez, que a simples afirmação da competência de um ente sobre uma matéria em termos abstratos encerra todas as problemáticas em torno da interpretação de um título competencial. Pelo contrário, o raciocínio de subsunção de uma atividade estatal, em especial de uma lei, à norma competencial revela-se extremamente complicado. Na doutrina e na jurisprudência alemãs, esta subsunção é conhecida como qualificação competencial da lei, e pode ser bem compreendida a partir da leitura de obras como HERBST, Tobias. *Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat: Eine Rekonstruktion der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 109 e ss.

14. Nesse sentido, ALMEIDA. *Competências na Constituição de 1988*, cit., p. 116 e também MEIRELLES. *Direito Municipal brasileiro*, cit., p. 135.

Porém, exatamente porque o critério escolhido para atribuir competência ao Município leva em conta a abrangência geográfica e não uma matéria específica, é possível que outro ente federado tenha uma competência privativa com base em um critério temático e o Município seja competente também em termos privativos para legislar sobre aspecto desta matéria com base no interesse local. Exemplificativamente, os Municípios podem legislar sobre trânsito no âmbito de seu interesse local, em que pese legislar sobre trânsito seja dito de competência privativa da União (art. 22, XI).¹⁵ Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer que a compreensão do alcance do interesse local deve levar em conta, por contraste, a indicação constitucional de que certas matérias sejam de competência privativa ou concorrente de outros níveis federativos. Perceba-se, portanto, como esta verdadeira “cláusula de interesse local” em favor dos Municípios brasileiros acaba por criar um movimento de tensão em

-
15. No que diz respeito à competência privativa da União para legislar sobre trânsito, é de se ressaltar que a jurisprudência do STF é firme em rechaçar iniciativas estaduais em matéria de trânsito. Nesse sentido, esta corte já julgou inconstitucional lei estadual que disciplinava a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança (ADI 2.960/RS, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 11.04.2013), que culminava penalidades a quem fosse flagrado em estado de embriaguez na condução de veículo automotor (ADI 3.269, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 01.08.2011) ou que criava o sistema de moto-service – transporte remunerado de passageiros com uso de motocicletas (ADI 3.679, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 18.06.2007 – todos os julgados referem-se ao art. 22, XI e foram retirados da obra *A constituição e o Supremo*, disponível em [www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp]. Acesso: 29.09.2016). Por outro lado, o rodízio de carros no Município de São Paulo (Lei Municipal 12.490/1997) teve a sua vigência mantida ao longo dos anos, embora verse sobre trânsito. Isto se deve, em grande medida, ao entendimento do STF segundo a qual não é cabível recurso extraordinário por ofensa a direito local. Nesse sentido, vide a discussão relatada no acórdão proferido no ARE 670.489 AgR/SP, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 08.05.2012. De todo modo, cumpre ressaltar que a possibilidade de o Município legislar sobre aspectos locais de competências legislativas atribuídas à União e aos Estados é defendida por doutrinadores como Hely Lopes MEIRELLES. Segundo este autor, “dentre os assuntos vedados ao Município, por não se enquadrarem no conceito de *interesse local*, é de se assinalar, a título exemplificativo, a atividade jurídica, a segurança nacional, o serviço postal, a energia em geral, a Informática, o sistema monetário, a telecomunicação e outros mais, que, por sua própria natureza e fins, transcendem o âmbito local. Muitas, entretanto, são as atividades que, embora tuteladas ou combatidas pela União e pelos Estados-membros, deixam remanescer aspectos da competência local, e sobre os quais o Município não só *pode* como *dever intervir*, atento a que a ação do Poder Público é sempre um *poder-dever*” (MEIRELLES. *Direito Municipal brasileiro*, cit., p. 137).

relação à repartição de competências operada nos arts. 21 a 25 da CF/1988 com base no critério temático.

Já no que diz respeito ao segundo ponto, admita-se que a definição de “interesse local” não é evidente a partir tão somente da literalidade da expressão. Tanto é assim que este é um tema que mobiliza a doutrina nacional há décadas, conectando-se à mesma dificuldade histórica da definição de “peculiar interesse” – que era a expressão empregada pelas Constituições anteriores, ao se referirem aos Municípios.

Há quem entenda inclusive que “interesse local” nada mais é do que uma nova fórmula linguística para exprimir o “peculiar interesse” do Município. Nesse sentido, a conhecida ponderação de Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA, no sentido de que “muito embora a renúncia a essa tradicional expressão autorize supor que se tenha desejado alterar o critério definidor do ‘interesse’ que delimita as competências municipais, parece-nos válido sustentar, na espécie, que a mudança da letra não equivale a uma mudança no espírito da Constituição”.¹⁶

Parece, de fato, ser possível se valer das conclusões doutrinárias sobre o sentido e o alcance do “peculiar interesse”. Contudo, não se pode deixar de constatar que a Constituição Federal de 1988 promoveu uma alteração fundamental na função exercida pelo interesse do Município: nas constituições anteriores, ele qualificava a própria autonomia do Município; a partir da constituição vigente, o interesse municipal, de índole eminentemente local, serve para delimitar duas importantes competências do Município.¹⁷ Com isso, a

16. ALMEIDA. *Competências na Constituição de 1988*, cit., p. 115. Neste trecho a autora retoma brevemente a discussão doutrinária em torno do “peculiar interesse” sob a égide da ordem constitucional anterior, bem como a aplicabilidade do critério da predominância do interesse para determinar o conteúdo das competências municipais inscritas no art. 30, I e V, CF/1988.

17. Com efeito, todas as constituições brasileiras a partir da Constituição Federal de 1934 asseguravam a autonomia municipal em todas as questões que dissessem respeito ao seu peculiar interesse, desdobrando o conteúdo desta autonomia, assim qualificada, em temas como a eletividade do Prefeito e Vereadores, a cobrança de tributos e a execução de serviços de sua competência. A título exemplificativo, cita-se o art. 15 CF/1967-69, que dispunha que “a autonomia municipal será assegurada: I – pela eleição direta de prefeito, vice-prefeito e vereadores, realizada simultaneamente em todo o País; II – pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente quanto: a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei, e; b) à organização

determinação do campo de atuação do Município se torna uma questão de interpretação constitucional e, conseqüentemente, dos atores legitimados a empreender tal interpretação.

Com efeito, numa hipotética leitura radical, poder-se-ia supor o interesse local como sendo o interesse definido pelo próprio Município. Ora essa não é uma leitura sistematicamente coerente com o sistema constitucional de repartição de competências, pois criaria uma preeminência federativa do Município. Por outro lado, admitir que outros níveis federativos atuem na definição do interesse local abre um perigoso flanco ao enfraquecimento da autonomia assegurada aos entes locais pela Constituição Federal de 1988, a qual poderia facilmente transmutar-se em uma relação de hierarquia entre União e Estados, de um lado, e Municípios, de outro.

Ainda que não haja uma solução definitiva para a definição de interesse local, existe uma razoável convergência de entendimentos – tanto no plano doutrinário como no plano da aplicação do direito – no sentido de que interesse local deve ser compreendido como um interesse preponderantemente local, a ser aferido concretamente, a partir de elementos da realidade. Retornaremos à questão oportunamente, por ocasião da delimitação do interesse municipal, de índole local, em face do interesse comum, afeto à região metropolitana.

3. A AÇÃO CONCERTADA DOS ENTES FEDERATIVOS PARA O EXERCÍCIO DE SUAS COMPETÊNCIAS

No âmbito da Teoria do Direito, Hans Kelsen lecionava que a competência seria uma das formas de regulamentar positivamente a conduta humana, quando “a um indivíduo é conferido, pelo ordenamento normativo, o poder ou a competência para produzir, através de uma determinada atuação, determinadas conseqüências pelo mesmo ordenamento normadas, especialmente – se o ordenamento regula a sua própria criação – para produzir normas ou para

dos serviços públicos locais”. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, se refere ao interesse local do Município nos incs. I e V do seu art. 30, ao prever que “competem aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; (...) V – organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”. Note-se, portanto, que o interesse local passa a delimitar estas importantes competências municipais, emprestando-lhes conteúdo e fornecendo-lhes o objeto, do mesmo modo como fazem as matérias quando a competência é determinada com base no critério temático.

intervir na produção de normas.”¹⁸ No plano da doutrina constitucional brasileira, por sua vez, José Afonso da SILVA conceitua competência como a “faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões”,¹⁹ alinhando-se, de certo modo, à definição proposta por KELSEN. Contudo, a fim de se chegar a uma noção precisa de competência federativa, é preciso complementar estas noções de três modos.

Em primeiro lugar, trata-se de norma que possui destinatários específicos: os entes federativos. Quando se fala, portanto, em repartição federativa de competências, é de se admitir que estas competências atribuem faculdades necessariamente à União, aos Estados ou aos Municípios.

Em segundo lugar, a faculdade que é imputada ao destinatário da competência federativa deve ser a expressão, ainda que parcial, de um poder político. Com efeito, é da índole da federação a repartição do poder político: embora não seja correto afirmar que é a própria soberania estatal que se divide em dois ou mais níveis federativos, pode-se certamente asseverar que no Estado Federal estes níveis contam com direitos inerentes a esta soberania, como a possibilidade de regulamentar as relações jurídicas em seu território por meio de lei ou então de recolher impostos para custear serviços públicos de interesse da população situada no território do ente federativo.²⁰

Em terceiro lugar, a competência federativa exerce uma função de delimitação, tanto em relação aos possíveis destinatários quanto aos possíveis objetos. Portanto, a sua incidência tem o condão de legitimar um nível federativo, em detrimento dos demais níveis, a atuar em uma determinada matéria, dentre

18. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 17.

19. SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 479.

20. No âmbito da doutrina brasileira, tal fenômeno é compreendido a partir da ótica da soberania do Estado brasileiro em face da autonomia da União, Estados e Municípios. Em outros países, contudo, este mesmo fenômeno é compreendido de outro modo. Na Alemanha, por exemplo, a doutrina costuma fazer referência à estatalidade da União (*Bund*) e dos Estados (*Länder*). Christoph DEGENHART, por exemplo, afirma que “tanto o *Bund* quanto os *Länder* possuem a qualidade de Estado, o poder estatal é repartido entre eles. A repartição é efetuada pela Lei Fundamental, portanto, na constituição do Estado central (...) Dentro desta moldura exercem os *Länder* poder estatal próprio, não derivado do *Bund*. Eles dispõem também de um território, também se prefere falar em um povo (...) Quando se fala em qualidade de Estado dos *Länder*, não se trata da estatalidade de um Estado soberano: a medida e a qualidade dos poderes estatais dos *Länder* são reguladas na Lei Fundamental, portanto, na constituição do Estado central” (DEGENHART, Christoph. *Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht*. 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012, p. 183).

outras possíveis.²¹ Não se cogita – ou, ao menos, é extremamente indesejável – que, após a incidência de uma norma de competência, não se saiba exatamente ao certo qual ente federativo deve atuar e quais os limites materiais desta atuação.

Ocorre que, colocar em prática determinadas políticas públicas exige a conjugação de esforços por parte de mais de um ente federativo. A própria Constituição Federal de 1988 parte deste pressuposto e, ao sentir a necessidade de induzir uma ação concertada dos entes federados para o exercício de suas competências, antecipa alguns parâmetros. Alguns desses parâmetros levam a soluções impositivas, vale dizer, soluções que não dependem de acordo dos entes federados. É o caso, por exemplo, das regras já postas pela Constituição quanto ao exercício das competências legislativas concorrentes (vide os parágrafos do art. 24). Nestes casos, forja-se um arranjo competencial específico, no qual uma mesma matéria é atribuída a mais de um nível federativo, ainda que não na mesma extensão (tendo em vista que a atuação da União se restringe à edição de normas gerais).

Em outras passagens, a Constituição alude ao papel coordenador da União, ou então à atuação concertada dos entes federativos. É o caso, por exemplo, do art. 204, I, CF/1988, que dispõe que “as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social” ou então do art. 211,

21. Nesse sentido caminham as ponderações de Josef ISENSEE no momento em que este forja a sua definição de competência: “a definição de competência deve cobrir o lado objetivo, a parcela do campo de atuação, e o lado pessoal, os destinatários da autorização de atuar. Ao mesmo tempo deve ser visível o limite dúplice que a competência estabelece: em face de outras parcelas e em face daqueles que poderiam ser considerados destinatários e que assim são excluídos. A competência deixa-se definir, portanto, como o segmento delimitado juridicamente de um campo de atuação, que é atribuído juridicamente a um destinatário especial para o exercício sob sua própria responsabilidade. Quando relacionada ao Estado Federal a competência deixa-se definir concisamente como a parte juridicamente dosada do *Bund* ou dos *Länder* dentro do potencial de ação do Estado total” (ISENSEE, Josef. § 133 – *Die bundesstaatliche Kompetenz*. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Coord.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band VI – Bundesstaat*. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2008, p. 463).

caput, CF/1988, segundo o qual “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino”, conforme premissas estabelecidas nos parágrafos deste mesmo dispositivo. Nestes casos, a Constituição de 1988 também determina uma atuação concertada por parte dos entes federativos; porém, ela será efetivamente operacionalizada somente com a edição de uma lei federal (tendo em vista as funções de normatização e de coordenação da União). Nesse mesmo sentido caminha, aliás, o art. 23 ao prever em seu parágrafo único que, em relação às matérias arroladas nos incisos do seu *caput*, “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

Outros desses parâmetros importam soluções consensuais. É o que se passa com os instrumentos dos consórcios públicos e dos convênios para gestão associada de serviços públicos, a que se refere o art. 241 CF/1988.²² Este mesmo dispositivo constitucional faz referência, inclusive, à “transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

Sabe-se que o art. 241 CF/1988 foi regulamentado pela Lei federal 11.107/2005, que traça não só normas sobre a constituição e o funcionamento dos consórcios públicos, mas também sobre a celebração de contratos de programa. Este último, por sua vez, consiste no instrumento adequado em relação às “obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito da gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos” (art. 13 da Lei 11.107/2005). Frise-se que a adoção de um ou outro instrumento depende sempre de uma convergência de vontades dos entes federativos, os quais resolvem, de forma voluntária, atuar concertadamente na prestação de determinados serviços públicos.

Finalmente, o art. 25, § 3.º, CF/1988 prevê três instrumentos para ação concertada de entes federados – no caso, Estados e Municípios –, que aliam

22. Para uma breve análise dos consórcios e convênios para a gestão associada de serviços públicos sob uma perspectiva constitucional, vale dizer, em confronto com o art. 241 CF/1988, vide ARAGÃO, Alexandre Santos de. Comentários ao artigo 241. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2170-2172.

mecanismos impositivos e mecanismos consensuais: as regiões metropolitanas; as aglomerações urbanas, e; as microrregiões. Diz-se que estes casos aliam mecanismos impositivos e consensuais porque, de um lado, a decisão de instituição destas entidades se dá por lei estadual – para a qual não concorre a vontade dos Municípios – e, de outro, o objetivo precípua destas entidades consiste justamente na integração da organização, do planejamento e da execução de funções públicas de interesse comum, o que pressupõe um modo de governança que garanta a participação dos entes envolvidos.

Da leitura do art. 25, § 3.º, CF/1988 pode-se ficar com a errônea impressão de que a Constituição impõe os mesmos requisitos à criação dos três institutos previstos neste dispositivo. Contudo, regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões possuem suportes fáticos distintos – pressupõem, portanto, realidades distintas. Como o próprio nome sugere, a região metropolitana invoca a existência de uma metrópole circundada por municípios menores. Já a aglomeração urbana compreende municípios próximos que possuem relações tanto do ponto de vista da prestação de serviços públicos quanto do ponto de vista socioeconômico, geográfico etc.²³ Finalmente, a microrregião consiste em um agrupamento também formado para o planejamento e execução de funções de interesse comum, no qual não se observa o fenômeno da aglomeração urbana e nem da região metropolitana.

Dos três institutos previstos pelo art. 25, § 3.º, CF/1988, sem sombra de dúvida a região metropolitana assume maior destaque, razão pela qual será tratada com maiores detalhes no tópico a seguir.

23. Nesse sentido, aliás, que o Estatuto da Metrópole (Lei 13.089/2015) define aglomeração urbana como a “unidade territorial urbana constituída pelo agrupamento de 2 (dois) ou mais Municípios limítrofes, caracterizada por complementariedade funcional e integração das dinâmicas geográficas, ambientais, políticas e socioeconômicas” (art. 2.º, I) e região metropolitana como “aglomeração urbana que configure uma metrópole” (art. 2.º, VII). Metrópole, por sua vez, consiste no “espaço urbano com continuidade territorial que, em razão de sua população e relevância política e socioeconômica, tem influência nacional ou sobre uma região que configure, no mínimo, a área de influência de uma capital regional, conforme os critérios adotados pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE” (art. 2.º, V). Note-se, contudo, que o Estatuto propõe definições jurídicas, que valem para operacionalizar aspectos jurídicos das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas. Estas últimas, contudo, são fenômenos complexos, estudados por diferentes áreas do conhecimento, como a Geografia. Não por outra razão, aliás, que a Lei 13.089/2015, ao definir metrópole, leva em consideração de forma expressa a análise do IBGE.

4. REGIÕES METROPOLITANAS: ASPECTOS JURÍDICOS

Logo acima afirmou-se que as regiões metropolitanas configuram instrumento para ação concertada de entes federados. Sim, com efeito, as regiões metropolitanas – elas próprias – não são entes federativos, ou seja, não são pessoas jurídicas integrantes da federação e, portanto, não têm o atributo de autonomia federativa. Como corolário disso, não possuem competências que lhes são constitucionalmente asseguradas: (i) competências legislativas, as regiões metropolitanas não as possuem em absoluto; e (ii) as competências de execução de ações administrativas que as regiões metropolitanas possuem não têm o *status* de competências constitucionais, senão consistindo em competências legalmente delegadas pelos entes federados que as integram.

A região metropolitana, em que pese extraia o fundamento abstrato de sua viabilidade jurídica da própria Constituição nacional, passa a existir concretamente por uma decisão infraconstitucional tomada no âmbito de um Estado federado. Ao fazê-lo, o Estado deve ater-se aos condicionantes impostos constitucionalmente: (i) o uso da forma de lei complementar; (ii) o envolvimento de agrupamento de Municípios limítrofes; (iii) a finalidade de integração da organização, do planejamento e da execução de funções públicas de interesse comum.²⁴ Além destes requisitos que são normalmente apontados pela doutrina, é importante frisar que estes Municípios limítrofes devem se agrupar em torno de uma metrópole.

Sabe-se que muitos Estados criam regiões metropolitanas sem que haja o preenchimento deste requisito fático. Com efeito, segundo dados do Fórum Nacional das Regiões Metropolitanas, o Brasil conta atualmente com 74 regiões metropolitanas, sendo que em poucas delas é possível vislumbrar a existência de Municipalidades menores circundando uma metrópole. Nesse sentido, cite-se a região metropolitana central, situada em Roraima, que em 2015 possuía apenas 30.581 habitantes ou a região metropolitana do Sul do

24. Para uma análise doutrinária destes requisitos, vide ALVES, Alaor Caffé. Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Coord.). *História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 350 e ss. Estes mesmo requisitos são apresentados brevemente em MENDES, Gilmar Ferreira. Regiões metropolitanas e saneamento público. In: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito Público em Evolução: Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 690.

Estado, também localizada em Roraima, que contava com 24.088 habitantes em 2015.²⁵ Mesmo regiões metropolitanas mais populosas não parecem se organizar em torno de uma metrópole: nesse sentido, cite-se a região metropolitana do norte/nordeste catarinense, que em 2015 reunia 1.344.091 habitantes e que, nos termos do art. 7.º da Lei Complementar Estadual 495/2010, tem o seu núcleo composto por Joinville e Araquari, cidades com população razoável, mas que não possuem uma influência nacional ou regional em área correspondente a uma capital regional, como preconiza o Estatuto da Metrópole (art. 2.º, V, Lei 13.089/2015).

Por meio de considerações deste tipo não se pretende afirmar que não existem funções de interesse comum nestas localidades, mas sim que a região metropolitana não é o instituto mais adequado para lidar com o problema que a execução destas funções normalmente suscita nestas localidades. Retornaremos a esta importante questão no tópico a seguir, concentrando-se por ora nos principais delineamentos jurídicos do instituto.

Para tanto, é imprescindível olhar para o que o STF já decidiu sobre regiões metropolitanas, em especial na ADI 1.842, de cuja ementa destacam-se os seguintes trechos:

“O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. O mencionado interesse comum não é comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano. O caráter compulsório da participação deles em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo Pleno do STF (ADI 1.841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.09.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999).

O interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais.

(...)

O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado.

O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um

25. [www.emplasa.sp.gov.br/Cms_Data/Sites/EmplasaDev/Files/FNEM/arquivos/Regi%C3%B5es-Metropolitanas-do-Brasil_julho_2016.pdf]. Acesso em: 09.09.2016.

município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região.

O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios.

Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto”.²⁶

Fixem-se, pois, em harmonia com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, os seguintes princípios que expressam a dinâmica constitucional de uma região metropolitana: (i) a instituição de região metropolitana não pode alterar a repartição constitucional de competências dos entes federados; (ii) o interesse comum, no âmbito da região metropolitana, é uma síntese de interesses estaduais e municipais, podendo qualificar serviços e funções desempenhados tanto de modo intra como intermunicipal; (iii) no âmbito da região metropolitana, o modo de se respeitarem as autonomias federativas é o estabelecimento de uma governança tal que impeça que o poder decisório se concentre nas mãos de um único ente federado, ou que exclua algum deles; (iv) em matéria de concessão de serviços públicos, a definição do poder concedente no âmbito metropolitano deve respeitar um mesmo modo de governança em que nenhum ente federado concentre poder ou de seu exercício seja excluído.

De modo compatível com o posicionamento que se está a expor, o Estatuto da Metrópole, no tocante à governança interfederativa, assim dispõe:

“Art. 6.º. A governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas respeitará os seguintes princípios:

- I – prevalência do interesse comum sobre o local;
- II – compartilhamento de responsabilidades para a promoção do desenvolvimento urbano integrado;
- III – autonomia dos entes da Federação;

26. ADI 1842, Relator Ministro Luiz Fux, Relator para Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 06.03.2013, DJE 13.09.2013 (ementa).

- IV – observância das peculiaridades regionais e locais;
- V – gestão democrática da cidade, consoante os arts. 43 a 45 da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001;
- VI – efetividade no uso dos recursos públicos;
- VII – busca do desenvolvimento sustentável.”

Considera-se oportuno, neste momento da exposição, destacar e trabalhar dois desses princípios: a prevalência do interesse comum sobre o local e a autonomia dos entes da federação. A compreensão de ambos há de ser harmônica. Nesse sentido, a prevalência do interesse comum sobre o local não significa dizer que se anula o interesse local, sobrepondo-se a ele o comum, pelo simples fato de haver-se constituído a região metropolitana. Ora, um entendimento assim seria incompatível com a autonomia dos entes federados. De rigor, o percurso lógico do raciocínio é o inverso: a prevalência do interesse comum sobre o local, no âmbito de uma região metropolitana, significa que, por tratar-se de uma situação na qual, *a priori*, já não se caracterizava a predominância do interesse local, é que puderam ser transferidos a uma região metropolitana a organização, o planejamento e a execução de um serviço público.

O reflexo desse entendimento está no modo como o Estatuto da Metrópole propõe a estrutura da governança interfederativa:

“Art. 8.º. A governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas compreenderá em sua estrutura básica:

- I – instância executiva composta pelos representantes do Poder Executivo dos entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas;
- II – instância colegiada deliberativa com representação da sociedade civil;
- III – organização pública com funções técnico-consultivas; e
- IV – sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas.”

A previsão de uma instância executiva assim composta – e distinta da instância deliberativa a que se refere o inc. II – justamente visa a reproduzir, dentro da região metropolitana, uma lógica da distinção entre Poder Executivo e Poder Legislativo. Sendo assim, à instância executiva competem as atribuições regulatórias (em sentido de função administrativa) pertinentes à organização, ao planejamento e à execução dos serviços públicos de interesse comum. É certo que tais atribuições regulatórias podem estar subordinadas a diretrizes gerais e abstratas a serem formuladas pela instância deliberativa. Mas a aplicação das diretrizes ao caso concreto será atribuição da instância executiva.

5. DELIMITAÇÃO DO INTERESSE COMUM E DO INTERESSE LOCAL NA REGIÃO METROPOLITANA

Feitas estas considerações, é chegado o momento de se aprofundar na problemática questão de delimitação do interesse comum metropolitano em face do interesse local municipal. Para tanto, é necessário retomar alguns argumentos que já foram expostos neste artigo, interligando-os de forma a explicitar o porquê de a interface entre interesse comum e interesse local ser um dos aspectos mais problemáticos da região metropolitana.

Viu-se que uma grande novidade promovida pela Constituição de 1988 consistiu em conferir o *status* de ente federativo aos Municípios. Estes, portanto, passaram a gozar de autonomia em uma dupla vertente: por um lado, os entes locais brasileiros contam com um catálogo de competências federativas exercidas com uma margem razoável de liberdade; por outro lado, estes entes possuem a garantia de que este campo de atuação constitucionalmente delimitado não será alterado arbitrariamente, por meio da invasão ou da usurpação de competências por parte outro nível federativo. Sem dúvida, o cerne desta autonomia municipal é formado pelas competências para legislar e para prestar serviços de interesse local, tendo em vista que são as únicas competências do catálogo do art. 30 CF/1988 que não são condicionadas de antemão pela legislação ou pelas diretrizes oriundas da União ou dos Estados.²⁷

Ocorre que as competências fundadas no interesse local se colocam muitas vezes em rota de colisão com competências atribuídas a outros níveis federativos com base em um critério temático. Na verdade, o que se observa é uma colisão de critérios, mas que deve ser harmonizada por meio da interpretação e da correta delimitação dos limites de atuação de cada nível federativo no caso concreto. Sem dúvida alguma, considerações acerca do interesse nacional ou do interesse regional envolvido na atribuição da regulamentação ou da execução de uma matéria à União ou aos Estados ganham importância nesta empreitada.²⁸

-
27. Note-se que tal condicionamento pode existir na prática, mas não se trata de algo determinado pela própria constituição, como, p. ex., na competência municipal para “suplementar a legislação federal e estadual no que couber” (art. 30, II, CF/1988) ou então para “manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental” (art. 30, VI, CF/1988).
28. Como ensina José Afonso da SILVA, em matéria de repartição federativa de competências vige o chamado princípio da predominância do interesse, “segundo o qual à União caberão aquelas matérias e questões de *predominante interesse geral, nacional*, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de *predominante interesse*

Conforme já afirmado neste artigo, os entes federativos podem e, em alguns casos, devem atuar de forma concertada na consecução de determinadas competências. Tal fenômeno ocorre inclusive com as competências para prestar serviços de interesse local, com um grande complicador: o interesse comum. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 erige a existência de funções de interesse comum como requisito para o manejo de três institutos pelo Estado-membro, quais sejam: as regiões metropolitanas, as aglomerações urbanas e as microrregiões. Conseqüentemente, o Estado só poderá reunir Municípios, incentivando-os a gerir seus serviços de forma conjunta, se estes últimos se caracterizarem como funções de interesse comum.

Há uma tendência de se relacionar interesse comum com região metropolitana, o que talvez explique porque existam atualmente tantas regiões sem que haja um número correspondente de metrópoles. Mas esta é, no nosso sentir, uma compreensão equivocada do instituto.²⁹ Afinal, funções de interesse co-

regional, e aos Municípios concernem os *assuntos de interesse local*, tendo a Constituição vigente desprezado o velho conceito do peculiar interesse local que não lograra conceituação satisfatória em um século de vigência” (SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 478). Note-se que normalmente é o próprio legislador constituinte quem determina quando e se está presente cada um destes interesses no momento em que atribui determinadas matérias à União, Estados ou Municípios. Deste modo, quando a Constituição Federal atribui competência à União para legislar sobre e prestar o serviço postal, ela parte do pressuposto de que há um interesse geral, nacional presente nesta matéria que informa a normatização deste serviço e a sua execução pelo ente federal. O mesmo pode-se afirmar em relação ao interesse regional, por exemplo, quando a Constituição atribui aos Estados-membros a competência para a criação de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões por meio de lei complementar (art. 25, § 3.º, CF/1988). O problema das competências municipais delimitadas pelo interesse local é que elas delegam para um momento posterior um juízo que deveria ser feito pelo próprio legislador constituinte. Isto posto, entende-se que uma ferramenta útil para delimitar corretamente o interesse local, com a identificação de algumas matérias tipicamente englobadas por ele, seja analisar as competências da União e dos Estados sobre matérias especificada pelas próprias normas constitucionais com base no critério da predominância do interesse. Não se defende que este seja um raciocínio conclusivo, mas apenas que ele pode conduzir a resultados interessantes. Por exemplo, a competência da União para legislar sobre sistema monetário e de medidas (art. 22, VI, CF/1988) possui um interesse nacional prevalente de tal monta que obstaculiza iniciativas legislativas no âmbito local. O mesmo não acontece com a competência para legislar sobre trânsito (art. 22, XI, CF/1988), conforme discutido na nota de rodapé 15.

29. Diga-se de passagem, esta é uma compreensão que acaba por minar as possibilidades de utilização deste instituto na prática, tendo em vista que a região metropolitana

mun podem ser desempenhadas de forma conjunta pela iniciativa dos próprios municípios, com ou sem a intervenção dos Estados, com base no autorizativo do art. 241 CF/1988.

Quando o Estado julga oportuno fomentar esta atuação conjunta por parte dos Municípios, desde que limítrofes, ele poderá fazer uso de microrregiões, aglomerações urbanas ou regiões metropolitanas. A região metropolitana consiste, portanto, em uma das formas colocadas à disposição do Estado para se promover a execução de funções de interesse comum, mais precisamente, quando estas funções são afetadas pelos problemas típicos de uma metrópole. O seu objetivo precípua, portanto, não se traduz na simples gestão conjunta de serviços que digam respeito aos Municípios envolvidos, mas fazê-lo de forma que estes serviços atendam adequadamente às pessoas que vivem na metrópole.

Está-se diante, portanto, do instituto mais robusto para lidar com a gestão de funções de interesse comum. Conforme exposto no tópico anterior, a sua governança mimetiza os Poderes Executivo e Legislativo, sendo que neste último é garantida a participação da sociedade civil. Não poderia ser de outro modo, afinal: na região metropolitana, pessoas moram em um Município e trabalham ou estudam em outro; pessoas utilizam o transporte público e dirigem em vias públicas pertencentes a mais de um Município, sendo afetadas por questões de mobilidade que afetam a metrópole como um todo; pessoas utilizam hospitais e escolas de mais de um Município. Enfim, os cidadãos fruem em serviços e utilidades públicas oferecidas por mais de um Município: por que então só podem ser representados apenas de forma mediata por meio do Município em que residem?

Percebe-se, portanto, que o componente federativo cede um pouco em favor do componente democrático. Porém, como em regra não se reconhece autonomia político-administrativa à região metropolitana,³⁰ este componente democrático serve mais como um fator legitimador, pois não se cogita que a criação de uma região metropolitana altere a repartição constitucional de competências federativas ou viole as autonomias dos Municípios envolvidos e do Estado-membro. Há, portanto, uma necessidade de compatibilização entre corolários da federação e a questões afetas à metrópole. Isto se dá exatamente por meio da correta identificação e delimitação do interesse comum.

tem que se adaptar a uma série de arranjos fáticos diversos daquele para o qual ela foi originalmente concebida, vale dizer, a de Municípios menores circundando e sendo influenciados por uma Metrópole.

30. Nesse sentido, ALVES. *Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões*, cit., p. 348 e MEIRELLES. *Direito Municipal brasileiro*, cit., p. 84.

Todavia, deve-se reconhecer que o interesse comum nada mais significa do que uma reedição das problemáticas que cercam o interesse local. Desta forma, do mesmo modo como ocorre com esta importante competência do Município, deve-se perquirir quais funções podem compor o interesse comum da região metropolitana e, acima de tudo, quem são os legitimados a dizer quando este interesse resta configurado no caso concreto. Dar uma resposta ao primeiro dos questionamentos não é uma tarefa das mais fáceis, tendo em vista que um mesmo serviço, com base no interesse envolvido, pode ser de titularidade tanto do Estado-membro, quanto da região metropolitana, quanto do Município. Esta afirmação, por sua vez, pode ser bem ilustrada com o exemplo do transporte coletivo de passageiros.

No caso do transporte coletivo, a preponderância de interesse local – a induzir a conclusão pela competência municipal – pode ser claramente configurada na situação geográfica de um Município que tem a sua área urbana desconectada das áreas urbanas de Municípios vizinhos e cuja população em geral não tenha trânsito diário para fora dos limites do território municipal. Mas, diferentemente, não será de interesse local o mesmo transporte coletivo de passageiros no contexto de uma área conurbada, envolvendo diversos Municípios cuja população cotidianamente circule para fora dos limites de cada qual.

A propósito do exemplo com que se está trabalhando, cabe lembrar que a Constituição, no caso do transporte coletivo, foi mais explícita ao definir a competência municipal, indo além do mero recurso à noção de interesse local, para afirmar expressamente o próprio “tema” em questão:

“Art. 30. Compete aos Municípios: (...)

V – organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;”

Ainda assim, a compreensão de “qual” o transporte coletivo que está ao alcance da competência municipal remete à noção de interesse local. Com efeito, em dadas realidades urbanas – típicas, aliás, de uma região metropolitana –, o transporte coletivo, mesmo urbano, extrapola o interesse local, podendo vir a caracterizar o sentido de interesse comum dos entes federados envolvidos na região. Nesse caso, vem à tona a competência estadual, em dois possíveis sentidos: (i) tanto a competência estadual para instituir uma região metropolitana que venha a “integrar a organização, o planejamento e a execução” dessa função pública “de interesse comum” (Constituição, art. 25, § 3.º), (ii) como, se for o caso, a própria competência estadual para prestar o serviço de transporte coletivo intermunicipal.

Explore-se um pouco mais o que se acaba de dizer. A competência estadual para prestar serviços de transporte coletivo não é expressa na Constituição; todavia, decorre, implicitamente, da regra do art. 25, § 1.º, sendo esta, aliás, a interpretação consagrada pelo próprio legislador federal ao editar a Lei 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana:

“Art. 17. São atribuições dos Estados:

I – prestar, diretamente ou por delegação ou gestão associada, os serviços de transporte público coletivo intermunicipais de caráter urbano,³¹ em conformidade com o § 1.º do art. 25 da Constituição Federal;”

E a mesma Lei vai além, já indicando no parágrafo único do art. 17 os caminhos pelos quais os Estados podem, se for o caso, delegar aos Municípios a atribuição da prestação desses serviços, desde que constituído consórcio público ou convênio de cooperação para tal fim.

Entretanto, mesmo que não se trate de transporte coletivo que ocorra faticamente de modo “intermunicipal” (ou seja, mesmo que, de fato, o transporte efetive-se nos limites de um mesmo Município), sendo, todavia, interligado em rede numa área de conurbação, deixa de haver a preponderância do interesse local, para sobressair o interesse comum do serviço a ser prestado regionalmente. Em outras palavras, o que era em um primeiro momento transporte exclusivamente intramunicipal passa a ter feições de transporte intermunicipal, ainda que prestado por cada Município dentro do seu respectivo território. Há ainda casos em que os Estados assumem serviços de transporte coletivo de feições intermunicipais, apesar de prestados exclusivamente no âmbito de um único Município. A título de exemplo, cite-se o metrô de São Paulo, desde a sua origem explorado pelo Estado, ainda que as linhas do metrô propriamente ditas até os dias atuais não extrapolem os limites do território do Município de São Paulo. Isso se deve, por sua vez, ao fato de o metrô paulistano promover importante integração das redes férreas intermunicipais. No momento da criação e implementação das primeiras linhas de metrô, a integração das linhas férreas colocava-se apenas como uma potencialidade; atualmente, contudo, coloca-se como relevante realidade.

Conclui-se, portanto, que não é possível estabelecer, de antemão, quais serviços compõem o interesse comum da região metropolitana, sendo esta uma

31. Note-se que a Lei assim define esses serviços: “Art. 4.º. Para os fins desta Lei, considere-se: [...] XI – transporte público coletivo intermunicipal de caráter urbano: serviço de transporte público coletivo entre Municípios que tenham contiguidade nos seus perímetros urbanos”.

tarefa que depende invariavelmente da análise do caso concreto. No exemplo dado, é possível perceber que tanto competências municipais quanto competências estaduais podem convergir para formar com o interesse metropolitano.

Porém, como as autonomias dos Municípios e do Estado-membro devem ser preservadas, é de se admitir que estes entes devem consentir de algum modo que serviços de sua competência sejam transferidos ou mesmo planejados pela região metropolitana. Nem Estado, nem Municípios podem decidir isoladamente o que é o interesse comum. Colocando esta mesma assertiva de outro modo: tanto Estado quanto Municípios são atores legitimados a dizer sobre as funções que serão organizadas, planejadas e executadas no âmbito da região metropolitana. Estabelecida esta premissa, deve-se então perquirir sobre o modo pelo qual tal tarefa será levada a cabo e quais são os instrumentos adequados para tanto.

Afinal, o Estado-membro, na lei complementar que cria a região metropolitana, pode deixar consignado quais serviços passam a ser geridos no âmbito da região metropolitana, abarcando inclusive serviços tradicionalmente prestados pelos Municípios? A rigor, não há nada que impeça uma lei com semelhante conteúdo. Todavia, ela provavelmente terá sua constitucionalidade questionada e padecerá, de fato, deste vício por violação da autonomia municipal.³²

32. No julgamento da ADI 1.842, o STF considerou inconstitucional a transferência da titularidade dos serviços metropolitanos ao Estado. Comentando este mesmo julgamento, assevera Gilmar Ferreira MENDES que “grande parte da doutrina admite a possibilidade de o Estado-membro regular e executar funções e serviços públicos de interesse comum, cometendo-lhe a responsabilidade pela implantação de políticas unificadas de prestação de serviços públicos. No entanto, tal conclusão não merece prosperar, pois não é compatível com a Constituição Federal a transferência integral do poder concedente, seja ao Estado federado, seja ao Município polo, uma vez que eliminaria, neste aspecto, a capacidade de autoadministração dos municípios envolvidos e, conseqüentemente, núcleo essencial da autonomia municipal (...) A solução parece residir no reconhecimento de sistema semelhante aos *Kreise* alemães, em que o *agrupamento de municípios juntamente com o estado federado* detenham a titularidade e o poder concedente, ou seja, o colegiado, formado pelos municípios mais o estado federado, decida como integrar e atender adequadamente à função de saneamento básico” (MENDES. *Regiões metropolitanas e saneamento público*, cit., p. 695). O que se advoga aqui é que não só a transferência do serviço metropolitano ao Estado seria inconstitucional, mas também a transferência, por meio de complementar estadual, de serviços de feições locais para a região metropolitana. Os Municípios envolvidos devem deliberar previamente sobre esta transferência, isso porque são os titulares das competências de execução respectivas e devem ser respeitados em sua autonomia federativa.

Acredita-se o Estado poderá, neste momento, no máximo decidir sobre quais serviços estaduais passam a integrar o interesse metropolitano, exortando a instância deliberativa a que se refere o art. 8.º, II, do Estatuto da Metrópole a deliberar sobre a presença de um interesse comum nos serviços locais. Admite-se inclusive que o Estado arrole, na lei, sobre quais serviços esta instância terá que deliberar: contudo, são os Municípios reunidos que devem decidir quais serviços municipais passam a ser planejados e executados pela região metropolitana.

Neste ponto, não se pode deixar de observar que, como o sucesso de uma região metropolitana depende da adesão dos entes federativos envolvidos, é conveniente que o Estado-membro – tanto na elaboração do projeto de lei quanto na tramitação legislativa – promova a oitiva dos Municípios envolvidos e também da sociedade civil organizada. Deve-se ressaltar que o Estado não é obrigado a tanto. Porém, tal iniciativa pode antecipar questões cruciais ao funcionamento da região metropolitana, como a composição e estrutura das instâncias a que se refere o art. 8.º do Estatuto da Metrópole.³³

Questão importante diz respeito à aquiescência de todos os Municípios envolvidos para que o serviço seja efetivamente transferido à região metropolitana. Neste ponto, a decisão proferida pelo STF na ADI 1.842 já fornece os parâmetros necessários. Neste julgado, esta corte brasileira assentou entendimento no sentido do “reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto”.³⁴

Ou seja, nenhum ente federativo deve possuir um número de votos tal que permita impor a sua decisão sobre os demais, e também nenhum ente federativo deve possuir o direito de veto, pois isso significaria impor a sua decisão

33. Frise-se, porém, que tais entendimentos entre Estado e Municípios englobados pela região metropolitana não podem alterar a repartição constitucional de competências federativas, tendo em vista o caráter indisponível destas normas. Ao contrário, estes entendimentos devem importar apenas em arranjo para o exercício de competências de execução, inclusive com a transferência de encargos, serviços, pessoal e bens em virtude da autorização contida no art. 241 CF/1988.

34. ADI 1.842, Relator Ministro Luiz Fux, Relator para Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 06.03.2013, *DJE* 13.09.2013 (ementa).

sobre os demais por vias oblíquas.³⁵ Deste modo, a partir do momento em que um Município é integrado à região metropolitana por decisão do Estado, ele deve necessariamente participar das decisões tomadas e colaborar, não só pela vigência de postulados como a lealdade federativa,³⁶ mas também e sobretudo porque decisões tomadas contra os seus interesses particulares devem ser executadas, a despeito da não-aquiescência.³⁷

Finalmente, a despeito de o art. 25, § 3.º, CF/1988 fazer menção à “organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”, entende-se que a região metropolitana pode ter diferentes escopos, a depender do nível de integração dos Municípios e também, e principalmente, do nível de integração dos serviços de interesse comum. Deste modo, a região metropolitana pode se ocupar tanto do planejamento e da execução de determinados serviços públicos, ou então ela pode apenas se destinar ao planejamento destes serviços, sendo que a execução ficará a cargo dos Estados e dos Municípios. Este último, aliás, parece ser o formato adotado em muitas regiões metropolitanas brasileiras.

-
35. Este direito de veto, por sua vez, estaria consubstanciado caso as decisões do colegiado formado pelo Estado e pelos Municípios participantes devessem ser tomadas por unanimidade.
36. Para uma visão abrangente do princípio da lealdade federal, vide BAUER, Harmut. *Die Bundestreue: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992.
37. Neste último ponto consiste em um desdobramento importante da chamada compulsoriedade da região metropolitana. Como esclarece Alaor Caffé ALVES, “uma vez constituídas por lei complementar, a integração dos Municípios será compulsória para o efeito de realização das funções públicas de interesse comum, não podendo o ente local subtrair-se à figura regional, ficando sujeito às condições estabelecidas em nível regional para realizar aquelas funções públicas de interesse comum” (ALVES. *Regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões*, cit., p. 350). Note-se que a constitucionalidade da compulsoriedade da região metropolitana foi analisada e confirmada pelo STF no julgamento da ADI 1.841/RJ, Relator Ministro Carlos Velloso, julgada em 01.08.2002, como bem ressalta Gilmar Ferreira MENDES, “ao julgar inconstitucional tanto a necessidade de aprovação prévia pelas Câmaras Municipais quanto a exigência de plebiscito nas comunidades interessadas. Na verdade, tais aspectos da integração metropolitana (interesse comum e compulsoriedade) não são incompatíveis, em tese, com o núcleo essencial da autonomia dos municípios participantes. Com efeito, a decisão e a execução colegiadas são aptas a, por um lado, garantir o adequado atendimento do interesse comum e vincular cada comunidade e, por outro lado, preservar o autogoverno e a autoadministração dos municípios” (MENDES. *Regiões Metropolitanas e Saneamento Público*, cit., p. 691).

6. CONCLUSÃO

A região metropolitana costuma ser compreendida como um arranjo meramente administrativo, por meio do qual funções de interesse comum são executadas de forma integrada. Isto não significa que este instituto não suscite questões interessantíssimas em face da repartição constitucional de competências, tendo em vista que o campo de atuação da região é delimitado a partir de importantes competências residuais do Estado-membro (art. 25, § 1.º, CF/1988) e da competência municipal para prestar serviços de interesse local (art. 30, V, CF/1988). É preciso delimitar corretamente o interesse comum que qualifica as competências de execução que passarão a ser executadas no âmbito da região metropolitana, até como uma forma de prestigiar e garantir a autonomia dos entes federativos envolvidos. Para tanto, é preciso que tanto Estado quanto Municípios participem da formação do interesse comum no âmbito da região metropolitana, especialmente atuando de modo harmônico no órgão colegiado a que se refere o art. 8.º, II, do Estatuto da Metrópole – o que, enfim, remete antes a uma dimensão política, em cujo nível há de se operar um consenso, sem o qual os instrumentos jurídicos à disposição da região metropolitana restarão ineficazes.

7. BIBLIOGRAFIA

- ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- ALVES, Alaor Caffé (Coord.). *Regiões Metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões: novas dimensões constitucionais da organização do Estado brasileiro*. In: BITTAR, Eduardo C. B. *História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. São Paulo: Atlas, 2003.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Comentários ao artigo 241. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- DEGENHART, Christoph. *Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht*. 28. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed (Revista e Atualizada por Juliana Campos Horta). Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

- ISENSEE, Josef. § 133 – Die bundesstaatliche Kompetenz. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Coord.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band VI – Bundesstaat*. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KRELL, Andreas J. Diferenças do conceito, desenvolvimento e conteúdo da autonomia municipal na Alemanha e no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 32, n. 128, out./dez. 1995, p. 107-125.
- _____. As competências administrativas do artigo 23 da CF, sua regulamentação por lei complementar e o “poder-dever de polícia”. *Interesse Público*, n. 20, 2003.
- LEAL, Victor Nunes. Alguns problemas municipais em face da Constituição. In: LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 17. ed. atualizada por Adilson Abreu Dallari (Coord). São Paulo: Malheiros, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Regiões metropolitanas e saneamento público. In: MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Direito Público em Evolução: Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. *Federalismo no Brasil e na Alemanha: estudo comparativo da repartição de competências legislativas e de execução*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.
- _____; CARVALHO, Guilherme Siqueira de. O Estatuto Geral das Guardas Municipais (Lei 13.022/2014): considerações sobre sua constitucionalidade à luz da repartição federativa de competências. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo (ReDAC)*, Ano 3, vol. 21, nov./dez. 2015, p. 169-198.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A constituição e o Supremo. [www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp]. Acesso em: 29.09.2016.
- EMPLASA, Fórum das Regiões Metropolitanas. [www.emplasa.sp.gov.br/Cms_Data/Sites/EmplasaDev/Files/FNEM/arquivos/Regi%C3%B5es-Metropolitanas-do-Brasil_julho_2016.pdf]. Acesso em: 09.09.2016.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Contornos teóricos do conceito de assimetria federativa: relevância e aplicabilidade da tese do federalismo assimétrico em estados compostos heterogêneos, de Ricardo Victalino de Oliveira – *RT* 914/117-156 (DTR\2011\4969); e
- Os princípios da eficiência, da equidade e da solidariedade no federalismo fiscal brasileiro, de Maurin Almeida Falcão e Ricardo Victor Ferreira Bastos – *RTrib* 129/17-39 (DTR\2016\22234).

The background features a large, light gray circle on the right side, partially overlapping a grid of thin, light gray lines that extends from the bottom right towards the center. The overall aesthetic is clean and modern.

**Direito
Processual
Civil**



SELETIVIDADE ESTRUTURAL, TÉCNICA PROCESSUAL E DIREITO CONCORRENCIAL: UMA RELACIONALIDADE CONSTITUTIVA

Structural selectiveness, procedural techniques and competition law: a constitutive relationship

ADRIANO CAMARGO GOMES

Doutorando em Direito Processual – USP.
Mestre em Direito – Universidade de Oxford.
Advogado.
adcco@hotmail.com

MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFPR.
Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Concorrencial

RESUMO: O ordenamento jurídico impede o exercício de direitos que ele mesmo afirma expressamente garantir. Este artigo analisa esse aparente paradoxo em dois momentos: o primeiro, examinando a existência de mecanismos de seletividade que determinam quais direitos são concretamente tuteláveis; o segundo, demonstrando a atuação desses mecanismos no âmbito do direito concorrencial.

PALAVRAS-CHAVE: Seletividade estrutural – Direito material – Direito processual – Direito da concorrência – Reparação por infrações à ordem econômica.

ABSTRACT: The legal order prevents the exercise of rights, which itself expressly provided for. This paper analyses this seeming paradox in two parts: the first, examining the existence of selectiveness mechanisms which determine those rights which are concretely enforceable; the second, demonstrating the role of those mechanisms in the Brazilian competition law.

KEYWORDS: Structural selectiveness – Substantive law – Procedural law – Competition law – Private enforcement.

SUMÁRIO: 1. O direito além da aparência. 2. Estrutura: alinhamento conceitual. 3. Estrutura, função e legitimação. 4. Estrutura e mecanismos de seletividade. 5. Processo civil, direito material e mecanismos de seletividade: primeira aproximação. 6. Processo civil,

direito material e aparência normativa: a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional. 7. Processo civil e direito material para além da aparência: estratégias de seletividade e ocultação. 8. Processo civil e (não) reparação de danos causados por infrações à ordem econômica: um mecanismo de seletividade. 9. Considerações finais. 10. Referências bibliográficas.

Este artigo parte da inquietação de que há situações nas quais o direito impede o exercício de direitos que ele mesmo afirma expressamente garantir. Para não permanecer no campo da abstração, utilizando apenas os critérios da universalidade do instituto da reparação de danos e da especialidade do direito concorrencial em razão de atividades econômicas de grande porte, foi selecionada uma situação específica para ilustrar essa inquietação: a ausência de efetividade do direito de reparação de danos diante de infrações à ordem econômica, não obstante a expressa previsão desse direito na legislação concorrencial.

Assim, em uma perspectiva mais concreta, este artigo pretende estudar os mecanismos que impedem a aplicação do direito de reparação de danos a atividades ilícitas de grande expressão (como as práticas anticompetitivas), sem que isso importe em desprestígio ao direito concorrencial. Em uma perspectiva mais geral, o trabalho tem por objeto um dos inconfessos mecanismos pelos quais o direito, para se reproduzir, nega direitos por ele mesmo garantidos.

O enfrentamento de ambas as perspectivas, geral e concreta, será realizado a partir de dois momentos: o primeiro reservado para alguns pressupostos de ordem teórica e metodológica, e o segundo para a aplicação desses pressupostos no âmbito da relação entre direito processual e direito concorrencial.

No primeiro momento, o percurso terá quatro partes, nas quais se pretende demonstrar que: a realidade do direito abrange mais que as aparências; sob as aparências existem estruturas subjacentes; por uma questão de legitimidade, essas estruturas são ocultadas; as estruturas subjacentes implicam mecanismos de seletividade.

No segundo, em que se pretende aplicar o arcabouço teórico examinado à relação entre processo e direito material, o percurso terá três partes: a descrição da perspectiva adotada pela doutrina majoritária a partir da garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional; a demonstração de que, empiricamente, esse discurso e, especialmente, essa garantia acobertam a existência de um princípio de seleção que faz com que direitos materiais previstos não possam ser tutelados de maneira adequada; e a análise da relação entre o direito à reparação de danos causados por infrações à ordem econômica e as técnicas processuais, procurando demonstrar a inexistência concreta do referido direito devido à seletividade da estrutura processual.

Ao final deste percurso, um tanto incomum na doutrina tradicional do direito, espera-se demonstrar a possibilidade, logicamente admissível, de que as técnicas processuais constituem um dos mecanismos de seletividade de tutelas jurídicas, ainda que, para garantir sua reprodução, o direito processual negue expressamente essa condição.

Essa demonstração permitirá compreender que a própria estrutura do direito gesta mecanismos de exclusão de tutelas que, em favor de sua legitimação, são estrategicamente ocultados.

1. O DIREITO ALÉM DA APARÊNCIA

Como todo fenômeno complexo, o direito possui elementos ocultos. Esta opacidade tem sido discutida, em geral, no campo de uma eventual intencionalidade ideológica – o que tem justificado o deslocamento da discussão do campo jurídico para o da política ou da sociologia.

Contudo, reconhecer que o real não se resume às aparências e que pode haver contradições entre o real e o aparente, desde que se considere o acervo normativo vigente enquanto dado da realidade empírica, não implica, por si só, uma migração do direito para outros campos.

A teoria jurídica há muito reconhece o direito como realidade. Falta-lhe, porém, reconhecer a realidade do direito como um fenômeno complexo que, nesta condição, não se limita a ser, simples e superficialmente, o que aparenta. A transfenomenalidade (propriedade de ser mais do que aparenta) e a contrafenomenalidade (contrariedade entre o aparente e o real) são atributos sem os quais a própria identidade do direito se esvaneceria, confundindo-se com a moral, a política e outros domínios.

Partindo dessas considerações, o novo realismo inglês tem proposto uma metodologia que parte da observação direta (empírico) e passa pela inferência a partir dos efeitos (factual) para chegar à profundidade que envolve a identificação de estruturas subjacentes que operam na realidade com seus respectivos mecanismos causais (realidade propriamente dita).

Em geral, tais estruturas não são manifestas (vistas ou percebidas) no modo como o direito se apresenta, o que não implica considerar que não existam na forma de forças subjacentes e que não sejam determinantes. Em um exemplo bastante singelo, o fato de o potencial explosivo de uma dinamite não ser visível não resulta em sua inexistência.

Ainda que exageradamente resumida, a aplicação dessa perspectiva ao direito sugere a adoção de uma metodologia que ultrapasse a forma aparente

do direito na busca da revelação de estruturas subjacentes que efetivamente existem e operam sobre ele, ainda que não manifestas ou visíveis a olho nu.

2. ESTRUTURA: ALINHAMENTO CONCEITUAL

Mas o que são estruturas subjacentes? A polissemia do vocábulo *estrutura*, tão mal empregado no domínio do direito, exige um alinhamento conceitual, desde logo considerando a inexistência de qualquer consenso doutrinário sobre seus significantes. Como afirmou Pouillon no discurso de abertura de colóquio sobre a palavra *estrutura*, realizado em Paris na década de 1970, “estrutura não tem, hoje, dois, três, quatro significados fundamentais – o que é normal – mas tantas acepções como autores, acepções estas inteiramente irredutíveis a um denominador comum, quando não totalmente antinômicas”.¹

Ainda assim, em uma primeira aproximação, poder-se-ia dizer que etimologicamente a palavra *estrutura* tem origem no latim *structura*, derivada do verbo *struere*, cujo significado é “construir”.² O mesmo Pouillon dirá que “estrutura é, pois, aquilo que a análise interna de uma totalidade revela: elementos e relações entre tais elementos, e a disposição, o sistema dessas mesmas relações”.³

Esse sistema ou modelo se consubstancia em um “equilíbrio precário”,⁴ pelo qual a mudança de uma parte repercute na totalidade. Ou, como ensina Lévi-Strauss, “deve consistir de elementos tais que uma modificação qualquer de um dos elementos acarrete modificação em todos os outros”.⁵

1. Apud BASTIDE, Roger (coord.). *Usos e sentidos do termo “estrutura”*. Trad. Maria Heloísa S. Cappellato. São Paulo: Edusp, 1971. p. 1.
2. Jean Pouillon aprofunda esse estudo afirmando que “o emprego antigo é claro e, tanto no *Littre* como no *Larousse*, o artigo é curto: é, primeiramente, a maneira pela qual um edifício é construído, depois, por extensão, aquela como as partes de um todo qualquer – substância mineral, corpo vivo, discurso, pouco importa – estão arranjadas entre elas. O dicionário de Lalande acrescenta a ideia de solidariedade dos elementos, mas ela já está contida na definição precedente: o edifício desabaria, o discurso não teria sentido, se as partes de um todo não fossem solidárias”. (POUILLON, Jean. et al. *Problemas do estruturalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968. p. 8).
3. POUILLON. Op. cit. p. 8.
4. CASTRO, Celso A. Pinheiro de. *Sociologia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985. p. 118.
5. LÉVI-STRAUSS, Claude. Os limites do conceito de estrutura. In: MARTINS, José de Souza; FORACCHI, Marialice M. *Sociologia e sociedade*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981. p. 36.

Essa noção articula-se à de que os elementos que constituem a estrutura lhe são essenciais diante da totalidade. São partes indispensáveis do todo, sem as quais sua identidade estaria comprometida. Daí porque, mesmo na perspectiva estrutural, não se pode limitar a análise de um fenômeno jurídico ao seu delineamento normativo. Como leciona Antonio Hernández Gil, “el análisis estructural no puede consistir en poner de manifiesto ese orden o sistema con que ya se ofrece el derecho en los ordenamientos jurídicos. Su cometido demanda un análisis en profundidad [...] Las normas ofrecen más combinaciones de elementos que responden a unas reglas obedientes a la estructura del sistema”.⁶

Para os fins deste artigo, é possível sumular as seguintes características para a constituição de um arcabouço conceitual simplificado: modelo (estrutura enquanto modelo teoricamente construído)⁷ que, voltado para a internalidade de um fenômeno (“aquilo que a análise interna de uma totalidade revela”)⁸, sobreleva os elementos essenciais, regulares e constantes⁹ que, articulados entre si, em equilíbrio precário,¹⁰ conformam uma totalidade em movimento.¹¹

De maneira ainda mais simplificada, poder-se-ia definir *estrutura* como arranjo formal de uma totalidade, revelada a partir do equilíbrio precário dos elementos essenciais, regulares e constantes dessa totalidade.

3. ESTRUTURA, FUNÇÃO E LEGITIMAÇÃO

É axiomático que toda estrutura possui função: “função é imanente à estrutura e a estrutura é condição da função”.¹² A esse propósito, Florestan

6. Apud LOIS, Cecilia Caballero. A renovação da ciência jurídica segundo Antonio Hernández Gil. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da auto-observação: recursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997. p. 217.

7. LÉVI-STRAUSS, Claude. Os limites do conceito de estrutura. In: MARTINS, José de Souza; FORACCHI, Marialice M. *Sociologia e sociedade*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981. p. 34.

8. POUILLON, Jean. et al. *Problemas do estruturalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968. p. 8.

9. DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. São Paulo: Atlas, 1986. p. 60.

10. CASTRO, Celso A. Pinheiro de. *Sociologia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985. p. 118.

11. LÉVI-STRAUSS, Claude. Os limites do conceito de estrutura. In: MARTINS, José de Souza; FORACCHI, Marialice M. *Sociologia e sociedade*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981. p. 34-35; DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. São Paulo: Atlas, 1986. p. 91.

12. FERNANDES, Florestan. *Fundamentos empíricos da explicação sociológica*. São Paulo: Nacional, 1972. p. 226.

Fernandes leciona: “Como ambas [função e estrutura] não existem em si e por si mesmas [...] é impossível dizer em que sentido a estrutura “afeta” a função ou vice-versa. Apenas se pode descrever, operativamente, como ambas coexistem e se comportam mutuamente em diferentes condições de estabilidade ou de mudanças sociais.”¹³

O mais importante, aquilo que sobressai no trato das noções de função e estrutura é, precisamente, a perspectiva da impossibilidade lógica de sua separação ou, de modo inverso, a imprescindibilidade de sua conjugação na análise de fenômenos complexos, como é o caso dos fenômenos jurídicos.

Além de reconhecer essa inelidível relação entre estrutura (normas preestabelecidas hierarquicamente e logicamente concatenadas) e função (procedimentos para alcançar suas necessidades funcionais), Offe aponta para a presença de uma certa tensão entre elas. Segundo o autor, entre priorizar as “regras do sistema” e o “objetivo do sistema”, desponta no campo jurídico-administrativo o problema da legitimação. Se as regras impedem a materialização de uma demanda, ela não é legítima; se as demandas não seguem uma normatividade preestabelecida, também perdem legitimidade. Logo, além da conformidade legal e da adequação aos fins, é imprescindível certo nível de legitimação capaz de manter o aparente equilíbrio entre estrutura e função e, assim, garantir a sobrevida do sistema.

Esse entendimento autoriza Offe a conceber três diferentes dimensões: suprallegal (constituída pela finalidade do sistema); legal (constituída pela estrutura do sistema); e infrallegal (constituída pela legitimidade). Esta terceira dimensão nos permite alcançar o ponto desejado: o reconhecimento de que toda estrutura, inclusive a do direito, possui mecanismos de seletividade sem os quais ela não alcança a necessária legitimação que garante sua reprodução.

É de fato inegável que toda estrutura normativa está articulada de modo a cumprir determinadas funções, e que a efetividade desse todo reclama legitimidade. Isso equivale a reconhecer que estruturas normativas sofrem a pressão dessa especial necessidade funcional que é sua própria legitimação. Como logicamente não pode haver estrutura integralmente aberta (uma vez que isso a confundiria com o ambiente externo), toda estrutura necessita colocar em funcionamento mecanismos de seletividade (inclusão e exclusão), ainda que isso abale sua legitimação. Como mecanismo de autodefesa, a própria estrutura produz estratégias de ocultação dos mecanismos de seletividade por ela empregados.

13. *Idem, ibidem.*

4. ESTRUTURA E MECANISMOS DE SELETIVIDADE

O raciocínio até aqui desenvolvido é simples: (i) a opacidade do direito, em verdade, envolve sua aparência; (ii) no interior dessa aparência se encontram estruturas organizadas para o cumprimento de funções; e (iii) essas estruturas são reguladas por mecanismos de seletividade, configurados na forma de regras de inclusão e exclusão.

No processo, como no direito material, tais regras definem as relações sujeitas e as relações não sujeitas ao abrigo das tutelas jurisdicionais (estabelecendo quais acontecimentos são e quais não são relevantes e hábeis a ingressar no campo do direito). Isso seria muito simples, não estivesse o direito sustentado por uma legitimação fundada precisamente na ficção da não exclusão absoluta – e, no caso do processo, na ideia de inafastabilidade da tutela jurisdicional. Uma ficção, diga-se, construída com os mais consistentes alicerces do sistema jurídico: os princípios e regras constitucionais.

Assim, a dificuldade reside no fato de a estrutura jurídica estar sustentada ou legitimada por uma construção teórica (discurso) que se fundamenta também em relações e situações que são, por razões de sobrevivência da própria estrutura, negadas na prática. Para a estrutura do direito se manter é necessário que o direito seja o que diz não ser.

Ao tratar da seletividade presente nas instituições políticas, Offe a define como a “restrição não-aleatória (isto é, sistemática) de um espaço de possibilidades”.¹⁴ No âmbito do direito, pode-se defini-la como um complexo sistema de filtragem operado por engrenagens institucionais (de natureza legislativa, administrativa e judiciária) cujos espaços de possibilidade são concebidos e organizados de modo a negar a existência de espaços de impossibilidade.

Disso resulta um dilema: a estrutura do direito depende de seletividades (exclusões) que devem ser funcionalmente negadas. Ou, dito de outro modo, a estrutura do direito, para se reproduzir, depende daquilo que deve ser negado. A solução desse dilema não reside no êxito (alcançado por aquisições evolutivas da estrutura do direito ou da comunidade jurídica) da ocultação de tais mecanismos de seletividade. Ao contrário, reside no seu reconhecimento, revelação e enfrentamento.

Nos limites deste artigo será possível, modesta e superficialmente, apenas demonstrar uma faceta desse dilema. Para tanto, as técnicas processuais

14. OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Trad. Bãrgara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 151.

serão utilizadas como exemplo de mecanismo de seletividade excludente, *in casu*, com relação à reparação de danos em razão de atividade anticompetitiva. Assim, não será necessário muito esforço para essa situação específica iluminar, ainda que parcialmente, o amplo território das estruturas subjacentes do direito no qual se situam e se ocultam os mecanismos de seletividade excludentes.

5. PROCESSO CIVIL, DIREITO MATERIAL E MECANISMOS DE SELETIVIDADE: PRIMEIRA APROXIMAÇÃO

A perspectiva proposta permite que o olhar sobre a relação entre processo civil e direito material seja informada pelos seguintes pressupostos: a necessidade de ir além da aparência do direito e de fazê-lo por meio da busca de estruturas subjacentes; o reconhecimento de que essas estruturas são determinantes do direito e possuem mecanismos de seletividade, bem como de que, por uma questão de legitimidade, a seletividade deve ser ocultada pela estrutura do direito.

A adoção desses pressupostos autoriza o reconhecimento de duas funções presentes na estrutura normativa do direito processual: a seleção de direitos tuteláveis e a ocultação da seletividade inerente à própria estrutura. Em outras palavras, a relação do processo civil com o direito material se caracteriza pelos fatos de que (i) a estrutura do direito processual seleciona quais direitos serão mercedores de tutela jurídica; e (ii) a estrutura do direito processual possui estratégias que ocultam o fato de que determinados direitos materiais serão tutelados de maneira mais efetiva do que outros.

Essa perspectiva é possível apenas quando as normas de direito processual e de direito material são tomadas mais além de sua aparência normativa, isto é, na medida em que o objeto do estudo deixa de ser analisado exclusivamente sob uma perspectiva normativa, centrada na teoria da norma e na deontologia. Sob esta segunda perspectiva, o direito material deve ser responsável por prever os direitos que devem ser tutelados e o processo civil deve prover meios e técnicas necessários para essa tutela (função). Ao contrário, o primeiro ponto de vista leva à percepção de que, para além do dever-ser insculpido nas normas, a realidade do direito processual é outra: as técnicas processuais selecionam, dentre os direitos previstos no campo substancial, aqueles que serão tutelados e os que não serão, isso apesar da expressa previsão de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5.º, XXXV, CF/1988) – é dizer, mesmo se negando expressamente a existência de seletividade.

6. PROCESSO CIVIL, DIREITO MATERIAL E APARÊNCIA NORMATIVA: A GARANTIA DE INAFASTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Na década de 1980, a excessiva autonomia do processo civil passou a ser alvo de críticas: percebeu-se que os doutrinadores do direito processual civil clássico, ávidos em conceber um ramo autônomo do direito, com pressupostos e categorias próprias, esmeravam-se no desenvolvimento técnico da matéria,¹⁵ distanciando o processo civil do direito material.¹⁶ Diante desse afastamento, os processualistas passaram a conceber estratégias de reaproximação entre os âmbitos material e processual.

Esses esforços resultaram na qualificação do processo como instrumento necessário à garantia da efetividade da tutela de direitos: uma vez vedada a autotutela, o processo passou a ser monopolizado pelo Estado como instrumento de efetivação dos direitos, realizando-os em conformidade com a ordem jurídica.¹⁷

Desse modo, à luz da doutrina processual contemporânea, pensar o processo civil demanda a análise da técnica (entendida como “a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados preestabelecidos”) enquanto “instrumento a serviço da realização do direito material”.¹⁸ Essa perspectiva, que legitima a tentativa de se identificarem técnicas processuais mais adequadas ao direito material e à garantia de prestação jurisdicional pelo Estado, encontra pleno respaldo normativo no art. 5.º, XXXV, CF/1988.

Diz-se, então, que a existência de um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva exige atuação positiva do Estado para permitir que aos seus cidadãos seja garantido o acesso à Justiça.¹⁹ Assim sendo, o processo civil assume a função de disponibilizar ao jurisdicionado técnicas processuais capazes de assegurar que todos os direitos materiais previstos no ordenamento jurídico

15. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1977. p. 13.

16. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 62.

17. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. Porto Alegre: Fabris, 1996. p. 8.

18. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. I. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 59. V. tb. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 224 e ss.

19. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 11.

possam ser realizados concretamente.²⁰ Nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth: “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.”²¹

Em linha com o neoconstitucionalismo (ou neoprocessualismo), Luiz Guilherme Marinoni passou a defender que o direito à tutela jurisdicional efetiva “segundo o art. 5.º, § 1.º, da CF, tem aplicabilidade imediata, e assim vincula imediatamente o Poder Público, especialmente o legislador – obrigado a traçar técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos – e o juiz – que tem o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva”.²²

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, haveria uma regra de “adaptabilidade” a orientar a predisposição dos meios processuais mais adequados à consecução dos resultados do direito material.²³ Essa regra seria consequência da instrumentalidade,²⁴ tendo papel fundamental para que os escopos do processo pudessem ser alcançados.²⁵

De fato, no plano da aparência jurídica, pouco se pode acrescentar à ideia de que, prevista constitucionalmente a inafastabilidade da tutela jurisdicional, as técnicas processuais devem ser ordenadas de modo a assegurar a plena satisfação de todo e qualquer direito material ameaçado ou violado.

Entretanto, quando as normas jurídicas processuais são analisadas para além da aparência, a conclusão é de que não apenas as técnicas processuais não são ordenadas dessa forma como também o texto do art. 5.º, XXXV, CF/1988,

20. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1977. p. 9-18. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 221-227.

21. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 8.

22. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 22.

23. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. I. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 158.

24. DINAMARCO. Op. cit. p. 159.

25. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 150.

longe de se prestar à construção de técnicas que reparem tal deficiência, serve para ocultar um mecanismo de seletividade que lhe é ínsito.

7. PROCESSO CIVIL E DIREITO MATERIAL PARA ALÉM DA APARÊNCIA: ESTRATÉGIAS DE SELETIVIDADE E OCULTAÇÃO

Aparentemente, poder-se-ia dizer que a função do direito processual seria “predispor um processo e um procedimento adequados a cada uma das situações carentes de tutela no direito material”,²⁶ mas sua estrutura exige uma conclusão distinta.

De um lado, como premissa lógica, não se pode ignorar que a concretização do acesso à justiça (art. 5.º, XXXV, CF/1988) implica também a limitação do acesso, negando “*caminhos* ou *remédios* para determinada situação alegadamente violadora (ou potencialmente violadora) de direitos”.²⁷ Não há alternativa: a concretização da “cobertura geral e ampla” prevista pelo art. 5.º, XXXV, CF/1988 leva inexoravelmente ao estabelecimento de limites. De outro, ainda que se saiba que juridicamente tais limites supostamente não deveriam impossibilitar o exercício da tutela, é preciso reconhecer que diversas regras – e até mesmo a sua inexistência em situações específicas – impedem a efetivação do direito material.

Essa realidade é expressamente reconhecida por Marinoni ao analisar a ideia de uniformidade procedimental inspirada no modelo do processo ordinário. Para o autor, a dificuldade para realizar estudos críticos no contexto “científico” e de “autonomia” do processo permitiu que grupos de interesse patrocinadores de *lobbies* se beneficiassem com tutelas diferenciadas, condenando os grupos sem poder político ao procedimento comum.²⁸ Por causa disso, “alguns outros [direitos], também carecedores de tratamento diferenciado, ficaram entregues à sorte do procedimento ordinário”.²⁹

De fato, é inegável a relação entre a existência de um direito e dos meios adequados à sua tutela. No *common law*, essa relação deriva da máxima latina *ubi jus ibi remedium*, frequentemente traduzida como *where there is a right*,

26. YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006. p. 206.

27. YARSHELL. Op. cit. p. 16.

28. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 63

29. Id., *ibid.*

there must be a remedy ou *no right without a remedy*: um direito sem um remédio jurídico adequado equivale a um não direito. Logo, quando um direito é desprovido de tutela pela ausência de técnicas processuais adequadas, isso significa que, concretamente, o direito material não existe *por causa* do direito processual.

Para além da aparência, é preciso perceber que a estruturação das normas jurídicas processuais existentes não prescreve técnicas adequadas à tutela de todo e qualquer direito: ao contrário, a estrutura produz mecanismos de seleção dos direitos que são tutelados e dos que não o são. Tal seletividade está funcionalmente encartada na estrutura do direito processual como um imperativo que, inobstante oculto, garante sua reprodução como estrutura normativa.

Essa função, obviamente, não pode ser revelada pela estrutura processual, uma vez que desvelaria o descumprimento do princípio da inafastabilidade e, como consequência, a falência da legitimidade necessária para a manutenção do sistema. Aliás, fosse essa seleção prevista pelas normas de processo civil, estar-se-ia diante de outra crise estrutural: de um lado, a estruturação de mecanismos de tutela monopolizados pelo Estado e por ele aparentemente universalizados; de outro, mecanismos de seletividade e estratégias de ocultação que negam a universalidade, mantendo o impedimento da autotutela.

Assim, o discurso jurídico é outro: extrai-se da garantia do art. 5.º, XXXV, CF/1988 a universalidade do direito a uma tutela efetiva – como, aliás, é feito no direito material com a dignidade da pessoa humana. O direito prevê, expressamente, que “não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assegurando que todos os direitos possam ser levados à “apreciação” no âmbito processual. Nessa dimensão, o direito de acesso à justiça se constitui como “o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”.³⁰

O que para Marinoni é consequência de um viés ideológico “cientificista” do processo civil é, na realidade, uma função encartada na própria estrutura subjacente do direito processual. Revendo a definição do processo civil apresentada por Adrian Zuckerman – um serviço público para a efetivação de direitos³¹ –, poder-se-ia dizer que o processo civil é um serviço público para a efetivação de alguns direitos e para a (seletiva) não efetivação de outros.

30. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 9.

31. ZUCKERMAN, Adrian. Civil Litigation: a Public Service for the Enforcement of Civil Rights. *Civil Justice Quarterly*. vol. 26, 2007. p. 1-9.

Em verdade, não há uma intencionalidade subjetiva, tal como parece estar contido no sentido de “ideológico” atribuído por Marinoni, mas determinantes estruturais de seleção que impedem a disposição de técnicas que universalizem efetivamente a tutela jurisdicional. A atribuição de um caráter ideológico não faz mais que desvelar um discurso que pretende legitimar o processo civil por aquilo que ele diz ser, mas não é. Nessa perspectiva, que desprovê eventual intencionalidade subjetiva, é possível compreender que mecanismos de seletividade são ínsitos à estrutura, ainda que pela própria estrutura encobertos.

Nesse sentido, aquilo que Dinamarco entende como regra de adaptabilidade – a orientar a predisposição dos meios processuais mais adequados à consecução dos resultados do direito material – é, com efeito, *regra de seletividade*, ordenando técnicas processuais de modo que determinados direitos sejam adequadamente tutelados e outros, não. Esta regra é ocultada pelo pressuposto formal de universalidade do acesso à justiça (e de sua aplicabilidade imediata), juridicamente positivado na Constituição Federal.

Identificada a seletividade, deve-se reconhecer certa artificialidade sob o prisma do resultado concreto da atuação do direito na via jurisdicional, no discurso da diferenciação entre direito processual e direito material: o direito apenas existirá enquanto houver efetiva tutela viabilizada por técnicas processuais. Nessa linha de raciocínio, a percussão material do direito processual é inegável. Afinal, ainda que na aparência determinado direito material seja expressamente garantido no ordenamento, sua efetividade pode ser concretamente negada como resultado da seletividade estrutural do processo.

Como dito, essa seletividade é estruturalmente ocultada para evitar o comprometimento da função legitimadora exercida, entre outros, pelo princípio da inafastabilidade: uma demanda que pretenda efetivar qualquer direito material abstratamente previsto poderá ser proposta e será “apreciada”, ainda que sem a disposição pelo ordenamento jurídico de técnicas processuais que seriam imprescindíveis para tutelá-lo.

Longe de negada pelos aplicadores do direito, essa seletividade deveria constituir pressuposto ou ponto de partida de investigações sobre quais direitos materiais possuem déficit de efetividade devido aos mecanismos de seletividade existentes no processo civil.

Diversos exemplos poderiam ser coligidos em defesa desse entendimento. Marinoni nos oferece um exemplo bastante claro em relação aos procedimentos especiais ao sugerir que uma análise crítica da técnica processual “não toma em consideração somente os procedimentos ditos especialíssimos – que surgiram em benefício de determinadas posições sociais –, mas igualmente a

ausência de procedimentos diferenciados para situações que mereceriam tratamento particularizado”.³²

Ainda que não revele expressamente a presença de mecanismos de seletividade, essa afirmação pressupõe a existência de diferenciações seletivas com repercussão direta sobre o exercício de direitos materiais.

Como mencionado na introdução, este artigo pretende tratar, ainda que muito superficialmente, da aplicação do que foi exposto a uma situação específica: a relação entre o direito à reparação de danos causados por infrações à ordem econômica e os mecanismos estruturais de seletividade – constituídos na forma de técnicas processuais articuladas estrategicamente para recepcionar as demandas negando-lhes efetividade – sem, com isso, gerar déficits de legitimação.

8. PROCESSO CIVIL E (NÃO) REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS POR INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA: UM MECANISMO DE SELETIVIDADE

A Lei 12.529/2011 disciplina, em atenção ao art. 173, § 4.º, CF/1988, a “prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica”. Ainda que a tutela administrativa possa ser considerada o foco principal da legislação, sabe-se que a proteção da concorrência depende, em grande medida, da efetividade dos provimentos jurisdicionais nos mais diversos âmbitos.³³

Nesse sentido, há previsão legislativa específica de que os eventuais prejudicados por infrações à ordem econômica têm direito à reparação do dano, podendo promover demandas no Poder Judiciário: “Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.”

Portanto, Juridicamente, não se pode questionar a existência de previsão em abstrato do direito material à reparação de danos causados por infrações à ordem econômica.

32. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 62.

33. Ver PEREIRA, Fábio Queiroz. Judicialização das lides concorrenciais no Brasil: limites e possibilidades. *Revista do IBRAC*, São Paulo. vol. 14. n. 2, 2007. p. 129-157.

Mais que isso, é possível reconhecer um importante papel da tutela reparatória para a eficácia da sanção administrativa:³⁴ sem a tutela reparatória, muitas vezes a punição aplicada pela entidade antitruste pode ser, e no mais das vezes é, insuficiente para neutralizar os ganhos obtidos em decorrência da infração à ordem econômica.³⁵ Ao eliminar as vantagens financeiras da conduta anti-competitiva, a reparação constitui condição para maior efetividade da própria repressão administrativa da infração.

Contudo, a realidade, infirma a aparência criada pelo art. 47, Lei 12.529/2011: a reparação de danos no âmbito do direito concorrencial é pouco comum.³⁶ Entre os fatores que podem explicar essa situação, certamente não é possível mencionar a falta de previsão abstrata do direito, ou do eventual reconhecimento concreto da ocorrência de determinadas infrações à ordem econômica (fruto, por exemplo, de condenações pelo Cade).

Para além dos fatores de natureza subjetiva, a baixa frequência da reparação de danos no âmbito do direito concorrencial é resultado de determinado arranjo estrutural que recepciona e mantém evidente inadequação entre direito material e técnicas processuais. A recepção e a manutenção desse aparente desencaixe ocorrem por meio de um complexo mecanismo pelo qual a própria inadaptação entre as partes constitui condição de adaptação à totalidade (estrutura). Para facilitar esse entendimento, basta reconhecer a possibilidade, sempre presente nos sistemas, de conferir funcionalidade às inadequações e contradições. É o que ocorre nesse caso: a evidente inadequação entre técnica processual e direito material se mantém no sistema por sua utilidade como

34. Sobre a relação entre reparação de danos concorrenciais e sanção a ilícitos, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 78 e ss.

35. O aspecto indireto da repressão na tutela reparatória de danos causados por ilícitos antitruste é reconhecido por KOMNINOS, Assimakis P. *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*. Oxford e Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008. p. 211.

36. Nos estudos empíricos realizados sobre o tema, para além do pequeno número de demandas, é possível inferir a ausência de correlação entre as demandas propostas e as condenações administrativas oriundas do Cade. Ver MATION, Gisela Ferreira. *As ações civis para a cessação e reparação de danos causados por condutas anticoncorrenciais no Brasil*. Disponível em: [www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2008/2-lugar-tema-1-estudantes]. Acesso em: 06 out. 2016. p. 55-56; GALVANI, Marina Sampaio. *A prova do dano nas ações de responsabilidade por ato ilícito concorrencial*. *Revista do IBRAC*. vol. 26. São Paulo, 2014. p. 138.

mecanismo de seletividade voltado para a exclusão de demandas sem o correspondente comprometimento da legitimação do sistema.

Evidentemente, a permanência desse mecanismo – e mesmo sua funcionalidade sistêmica – não pode ser revelada sob pena de comprometimento dos princípios e regras que asseguram a legitimidade necessária para sustentar e reproduzir a estrutura. Nessa medida, não surpreende, por exemplo, que em demanda reparatória de danos causados pelo “cartel dos gases” tenha sido prolatada uma decisão extintiva.³⁷

Não se nega que o direito material em questão comporta especificidades, tais como a dificuldade em se detectar uma infração à ordem econômica; a eventual aparência de legalidade das relações jurídicas impactadas por infrações à ordem econômica; a probabilidade de uma infração à ordem econômica violar mais de um bem jurídico submetido a diferentes titulares (de um lado, o direito patrimonial do indivíduo e, de outro, o direito difuso à livre concorrência);³⁸ a possibilidade de que os danos sejam de pequena expressão econômica e causados a um grande número de consumidores; a dificuldade de comprovação do dano sofrido e de sua quantificação.

Também não se nega a dificuldade para técnicas processuais previstas pelo ordenamento jurídico serem capazes de lidar adequadamente com essas especificidades do direito material – até porque esse contexto não é exclusivo do direito brasileiro: na Europa, concluiu-se que “actualmente, as vítimas de infrações ao direito da concorrência não recebem a indenização devida”.³⁹ Segundo a Comissão das Comunidades Europeias, a principal razão dessa insuficiência seria a inadequação das regras e dos procedimentos utilizados nas ações que buscam a reparação civil.⁴⁰

37. Na Ação Civil Pública promovida pela Sabesp com o objetivo de obter a reparação por danos causados pelo cartel dos gases, a decisão, extintiva do feito entendeu pela ilegitimidade da Sabesp para propositura da demanda [SÃO PAULO. 21.^a Vara Cível Federal de São Paulo. Sentença nos autos n. 0000233-25.2011.403.6100. São Paulo, 09 mar. 2011. *Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3.^a Região*. n. 63/2011. São Paulo, 04 abr. 2011].

38. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 61-94.

39. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Livro branco sobre acções de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*. Disponível em: [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/citizen_pt.pdf]. Acesso em: 06 out. 2016.

40. O mesmo entendimento é reproduzido por Luiz Fernando Pereira, que cita Evaristo Mendes tratando do direito da concorrência: “Parecem faltar, no entanto, mecanismos processuais de reacção adequado por parte dos lesado”. PEREIRA, Luiz Fernando C.

O que se afirma é que essas inadequações ou insuficiências constituem mecanismos de seletividade estruturalmente encartados em um sistema que, para se legitimar, a um só tempo nega e reproduz a presença de seleções excludentes – seleções essas que reduzem substancialmente a efetividade da reparação de danos causados por atividades anticompetitivas.

É evidente, e toda a doutrina reconhece, que a efetividade do direito anti-truste, assim como de outros direitos, guarda estreita relação com as técnicas processuais: a tutela jurisdicional devida pelo Estado em matéria de danos concorrenciais depende necessariamente de técnicas processuais diferenciadas em relação a outras situações nas quais é necessário o ressarcimento. O que se precisa admitir é que a manutenção e a reprodução dessa falta ou insuficiência de técnicas processuais se deve a certa funcionalidade adequada ao arranjo estrutural e às finalidades do sistema jurídico em questão.

Assim, ao mesmo tempo que se constitui em mecanismo ocultado de seleção, a ausência de disponibilização de certas técnicas processuais que seriam essenciais para a reparação de danos no direito antitruste responde à função de conferir, à vigência de dispositivos como o art. 5.º, XXXV, CF/1988 e o art. 47, Lei 12.529/2011, aparência de plena efetividade, com isso evitando abalos aos alicerces da estrutura do sistema jurídico.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este breve percurso levou ao enfrentamento da incômoda questão anunciada no início do texto: como pode o direito impedir o exercício de direitos que ele mesmo afirma expressamente garantir sem, com isso, gerar déficits em sua legitimação?

Procurando permanecer no domínio do direito – sem migrações para o campo da política ou da sociologia –, buscou-se identificar internamente, no campo propriamente jurídico, mecanismos que explicassem, ainda que superficialmente, esse complexo processo pelo qual o direito recepciona ou exclui relações jurídicas tuteláveis. Em seguida, procurou-se demonstrar que esses mecanismos, situados dentro do próprio direito, são permanentemente postos em funcionamento ao mesmo tempo em que instrumentos de ocultação são acionados.

Assim, enquanto o direito concorrencial expressamente prevê a reparação de danos causados por atividade anticompetitiva e o direito processual garante

Tutela jurisdicional da propriedade industrial. Tese de Doutorado em Ciências Jurídicas. Curitiba, UFPR, 2003. p. 41.

a inafastabilidade da tutela, o exercício desse direito é inviabilizado por estruturas subjacentes que produzem técnicas processuais insuficientes para a efetiva garantia do direito à reparação.

Em suas expressões atuais ou potenciais, essas estruturas permanecem integral ou parcialmente ocultas. Entretanto, não é difícil compreender como elas integram a base causal do processo de produção do direito e, nesta condição, constituem sua realidade, ainda que não sejam aparentes.

Esse olhar, que atravessa a aparência do direito, não apenas o reabilita como fenômeno complexo como também convida o pesquisador a ingressar em um território distinto daquele no qual se situam o reducionismo positivista e o relativismo hermenêutico, um território em que se reclama a coragem de denunciar a presença de contradições constitutivas da própria estrutura que sustenta, condiciona, produz e reproduz o direito, ainda que ocultadas pelo próprio direito.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASTIDE, Roger (coord.). *Usos e sentidos do termo “estrutura”*. Trad. Maria He-loísa S. Cappellato. São Paulo: Edusp, 1971.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1977.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- CASTRO, Celso A. Pinheiro de. *Sociologia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Livro branco sobre ações de indenização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*. Disponível em: [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/citizen_pt.pdf]. Acesso em: 06 out. 2016.
- DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. São Paulo: Atlas, 1986.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FERNANDES, Florestan. *Fundamentos empíricos da explicação sociológica*. São Paulo: Nacional, 1972.
- GALVANI, Marina Sampaio. A prova do dano nas ações de responsabilidade por ato ilícito concorrencial. *Revista do IBRAC*. vol. 26. São Paulo, 2014. p. 135-152.

- KOMNINOS, Assimakis P. *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2008.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. Os limites do conceito de estrutura. In: MARTINS, José de Souza; FORACCHI, Marialice M. *Sociologia e sociedade*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981.
- LOIS, Cecilia Caballero. A renovação da ciência jurídica segundo Antonio Hernández Gil. In: ROCHA, Leonel Severo (org.) *Paradoxos da auto-observação: recursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: Teoria geral do processo*. 4. ed. vol. 1. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: E. RT, 2010.
- MATION, Gisela Ferreira. As ações civis para a cessação e reparação de danos causados por condutas anticoncorrenciais no Brasil. Disponível em: [www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-1/premios/viii-premio-seae-de-monografias-edicao-2013/monografias-2008/2-lugar-tema-1-estudantes]. Acesso em: 06 out. 2016.
- OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Trad. Bãrgara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- PEREIRA, Fábio Queiroz. Judicialização das lides concorrenciais no Brasil: limites e possibilidades. *Revista do IBRAC*. vol. 14. n. 2. São Paulo, 2007. p. 129-57.
- PEREIRA, Luiz Fernando C. *Tutela jurisdicional da propriedade industrial*. Tese de Doutorado em Ciências Jurídicas. Curitiba, UFPR, 2003.
- POUILLON, Jean et al. *Problemas do estruturalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SÃO PAULO. 21.^a Vara Cível Federal de São Paulo. Sentença nos autos n. 0000233-25.2011.403.6100. São Paulo, 09 mar. 2011. *Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3.^a Região*. n. 63/2011. São Paulo, 04 abr. 2011.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. Porto Alegre: Fabris, 1996.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006.
- ZUCKERMAN, Adrian. Civil Litigation: a Public Service for the Enforcement of Civil Rights. *Civil Justice Quarterly*. vol. 26, 2007. p. 1-9.

PESQUISA DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Direito da concorrência no Brasil: perfil contemporâneo, de Guilherme Calmon Nogueira da Gama – *RDPriv* 60/257-275 (DTR\2014\17892).

A TUTELA DOS DIREITOS E A SUA UNIDADE: HIERARQUIA, COERÊNCIA E UNIVERSABILIDADE DOS PRECEDENTES

*The protection of rights and its unity: hierarchy,
coherence and universalizability of the precedents*

DANIEL MITIDIERO

Professor de Direito Processual Civil do Cursos de Graduação,
Especialização, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UFRGS.
Advogado.
daniel@marinoni.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: O artigo analisa o art. 926 do CPC, para sustentar que, de acordo com essa norma, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem outorgar unidade ao Direito, dever que é composto de outros três: o de respeito à hierarquia normativa, de promoção da coerência normativa e de universalização das suas interpretações.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisprudência – Precedentes – Integridade – Interpretação.

ABSTRACT: This work analyses the article 926 of the Civil Procedure Code, to argue that, pursuant to this rule, the Supremo Tribunal Federal and the Superior Tribunal de Justiça must grant unity to the Law, duty which is comprised of three duties: duty to respect the hierarchy of the rules, duty to promote the coherence of the rules and duty to make Law interpretation universal.

KEYWORDS: Case law – Precedents – Integrity – Interpretation.

SUMÁRIO: 1. Jurisprudência íntegra e coerente. 2. Unidade do Direito: hierarquia, coerência e universalidade.

1. JURISPRUDÊNCIA ÍNTEGRA E COERENTE

O art. 926, CPC, refere que a “jurisprudência” deve ser “íntegra e coerente”. Com isso, procurou caracterizar nesse dispositivo o direito como integridade

(“law as integrity”),¹ encampano uma conhecida e controvertida proposta existente a respeito na teoria do direito.² A fim de que se possa compreender o seu significado e avaliar o respectivo impacto no sistema do Código de 2015, cumpre entender o papel que o conceito de integridade desempenha dentro dessa peculiar proposta teórica, indagar se existem outros elementos normativos capazes de apontar diferentes soluções e perceber o real impacto que semelhante tomada de posição textual do legislador pode ter em termos normativos.³

Na segunda metade dos Novecentos é publicada a obra *The concept of law*, de Herbert Hart, em que se procura dialogar – sem extrapolar as fronteiras do positivismo jurídico⁴ – com o pensamento de John Austin, Jeremy Bentham e,

1. Trata-se da conhecida proposta de Ronald Dworkin (1931-2013), que pode ser conferida nesse particular especialmente no seu *Law's empire*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1986, especialmente p. 176-275. Cuida-se de uma tentativa de apresentar um conceito interpretativo do direito (“law is an interpretative concept”, p. 87) capaz de responder adequadamente aos problemas do positivismo jurídico (“legal positivism”, p. 33-35, “conventionalism”, p. 114 e ss.), do jusnaturalismo (“natural law”, p. 35-36) e do pragmatismo (aí incluído o “legal realism”, p. 151 e ss.) – propostas identificadas por Dworkin, com uma enorme dose de simplificação em determinados aspectos, como “semânticas” e “descritivistas” do direito (daí porque sofreriam do chamado “semantic sting”, isto é, do “agulhão semântico”, p. 45 e ss.). No que agora interessa, o núcleo do pensamento de Dworkin pode ser conferido a partir dos seus *Taking Rights Seriously*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1977, *A matter of principle*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1985, e *Law's empire*, já citado. Para ulterior desenvolvimento das suas ideias, seus críticos também apontam importantes aportes em *Justice for hedgehogs*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2011.
2. A literatura crítica sobre o pensamento de Ronaldo Dworkin é enorme. Para limitarmos-nos à doutrina brasileira, Juliano Maranhão. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012; Ronaldo Porto Macedo Júnior. *Do xadrez à cortesia – Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013; Cláudio Mello. *Verdade Moral e Método Jurídico na Teoria Constitucional de Ronald Dworkin*. Lisboa-Storck, *Normatividade & Argumentação – Ensaio de Filosofia Política e do Direito*. Porto Alegre: Linus Editores, 2013; Arthur Maria Ferreira Neto. *Metaética e a fundamentação do Direito*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.
3. Sobre o tema das Cortes e dos Precedentes em geral, com as devidas indicações bibliográficas, Marinoni. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016; Id. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. São Paulo: Ed. RT, 2013; Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas – do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Ed. RT, 2013; Id. *Precedentes – da Persuasão à Vinculação*. São Paulo: Ed. RT, 2016; Hermes Zaneti Júnior. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodvim, 2013; José Rogério Cruz e Tucci. *O precedente judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
4. Sobre o positivismo jurídico oitocentista, Norberto Bobbio. *Il positivismo giuridico* (1960-1961) (1979). 2. ed. Torino: Giappichelli, 1996 (porém, sobre a necessidade

mais remotamente, de Thomas Hobbes.⁵ No que agora interessa, partindo da percepção da “open texture of Law”, Hart separa duas grandes categorias de casos: os casos previstos por normas e aqueles não previstos. A necessidade de distinção entre as categorias é justificada pela circunstância de nos primeiros existir uma resposta clara e correta provida pelo Direito, ao passo que nos segundos não. Nessa linha, nos casos não previstos, isto é, fora da rotina, os juízes teriam maior discricionariedade para solucioná-los. Vale dizer: inexistiria uma resposta correta previamente dada.⁶

Contra essa tese, Ronald Dworkin escreve alguns ensaios que posteriormente foram compilados nos livros *Taking rights seriously* e *A matter of principle*, sustentando a necessidade de se fechar os espaços de discricionariedade judicial – deixados em aberto por Herbert Hart – com o uso dos princípios morais e das diretrizes políticas existentes em uma dada comunidade política a fim de que se chegue a uma resposta correta (“one right answer”) também para os casos difíceis (“hard cases”).⁷ Na verdade, as ideias expostas por Dworkin nesses trabalhos procuram se colocar em um contexto mais amplo de questionamento do positivismo jurídico como um todo.⁸

de desconstrução da tese do positivismo jurídico como um movimento unitário, tal como apresentado por Bobbio, Pierluigi Chiassoni. *Positivismo giuridico* – una investigatione analitica. Modena: Mucchi Editore, 2013); sobre o positivismo jurídico novecentista, Vittorio Villa. *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 45-83; Luis Fernando Barzotto. *O positivismo jurídico contemporâneo* – uma introdução a Kelsen, Ross e Hart (1999). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; Cláudio Michelin Júnior. *Aceitação e objetividade* – uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo jurídico precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito. São Paulo: Ed. RT, 2004; sobre o desenvolvimento posterior do positivismo jurídico a partir de Hart, especialmente sobre o debate entre o positivismo jurídico inclusivista e o positivismo jurídico exclusivista, Juliano Maranhão. *Positivismo Jurídico Lógico-Inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

5. Sobre o assunto, Gerald Postema. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World*. Dordrecht: Springer, 2011. p. 259 e ss.
6. Herbert Hart (1907-1992). *The concept of law* (1961). 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 124 e ss.
7. Ronald Dworkin. *Taking rights seriously* (1977). Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1977. p. 14 e ss., 46 e ss. e 81 e ss.; *A matter of principle* (1985). Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1985. p. 119 e ss.
8. Não é momento adequado para tratarmos de semelhante assunto. É possível referir, porém, que, diante das críticas endereçadas por Ronald Dworkin ao positivismo jurídico, esse reagiu dividindo-se em positivismo jurídico inclusivista e positivismo

Visando à viabilização de uma resposta correta para os problemas jurídicos, Dworkin propõe logo em seguida em *Law's Empire* uma metodologia interpretativa

jurídico exclusivista. É esclarecedora a síntese de Juliano Maranhão. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 63-65: “a evidência da qual parte Dworkin é aceita pelos positivistas: princípios morais ou de políticas públicas são empregados na fundamentação de decisões. Essa constatação também se dá em ambiente do fenômeno jurídico particularmente relevante para os positivistas: é na atividade dos juízes onde se constitui a convenção sobre as fontes dotadas de autoridade. Daqui segue seu argumento. Como os princípios são razões vinculantes para os juízes, mas não podem satisfazer uma convenção sobre as fontes, a única fonte de sua validade deve ser o mérito moral de seu conteúdo. Em cada ato de adjudicação estão envolvidas concepções distintas sobre o propósito moral ou político das decisões políticas prévias e de nosso dever em segui-las. Os princípios morais ou de políticas públicas presentes nas decisões cristalizam essas concepções e informam a reconstrução da história político-jurídica como atos justificados dentro de determinada perspectiva moral. Isso significa que princípios de moralidade política estão necessariamente incorporados ao direito. Essa explicação, além de implodir a tese da separação, afeta, pelo caráter controverso atribuído aos fundamentos do direito, a própria tese das fontes e, assim, todo o edifício positivista. Como então explicar a força vinculante atribuída pelos tribunais a princípios morais e de políticas públicas empregados na interpretação do direito e justificação de suas decisões? A resposta dada pelos inclusivista (também chamados de incorporacionistas ou positivistas *soft-core*), consiste em admitir a possibilidade da regra de reconhecimento conter critérios morais, além da indicação de instituições dotadas de autoridade para criar regras. Com essa especificação na tese das fontes, torna a relação entre princípios morais e o direito apenas contingente. Esses critérios de moralidade, eventualmente incorporados na regra de reconhecimento, podem ser condições positivas que geram *standards* de conduta ou apenas estabelecem limites (negativos) ao uso da autoridade pelas instituições (e. g., ‘é direito tudo o que autoridade determinar a não ser que se viole a igualdade entre cidadãos’). Em última análise, seria a convenção social um fato contingente a determinar a presença ou não de critérios morais na regra de reconhecimento, quebrando-se assim a premissa de Dworkin de que haveria necessariamente razões jurídicas sem *pedigree*, cujo fundamento de validade seria seu mérito moral. Para os inclusivista, portanto, princípios são vinculantes se e porque em conformidade com os critérios morais da regra de reconhecimento. (...). A resposta dada pelos exclusivistas (também chamados de positivistas *hard-core*) aceita que a força vinculante dos princípios esteja fundamentada em seu mérito moral, porém rejeita que esses façam parte do direito ou constituam razões jurídicas. A existência de razões morais empregadas pelos tribunais que não satisfaçam a regra última de reconhecimento apenas prova, para os exclusivistas, a tese ad discricionariedade. Aliás, afirmam que razões de fundamento moral necessariamente não fazem parte do direito e consideram a tese da incorporação de critérios morais de validade inconsistente com a tese das fontes. (...). Assim, a distinção entre interpretativistas (e jusnaturalistas contemporâneos), inclusivista e exclusivistas está, respectivamente, na necessidade, contingência e impossibilidade

que seria capaz na sua avaliação de guiar o intérprete para a obtenção da resposta correta para todos os problemas jurídicos. É justamente no centro dessa metodologia que se encontra alocado o conceito de integridade – o qual serviria, desde que devidamente manejado por um juiz Hércules, para assegurar a correção do resultado interpretativo.⁹

O método proposto conta com três fases – pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa. Na primeira, o intérprete teria que identificar e recolher as normas (“rules and standards”) existentes sobre o caso. Na segunda, teria que identificar as possíveis justificações dessas normas – pelo menos a fim de que se possa percebê-las como já existentes, e não como criadas pelo próprio intérprete. Nessa fase, as justificações devem ser confrontadas argumentativamente a fim de que se possa chegar à conclusão de qual é efetivamente o sentido normativo do material recolhido na fase pré-interpretativa.¹⁰

da incorporação de parâmetros morais na identificação das normas válidas. Enquanto os inclusivista cedem espaço à moralidade e sua incorporação pelos critérios de validade, os exclusivistas reafirmam as teses do positivismo clássico e as desenvolvem para fechar a possibilidade de incorporação, que, conforme o próprio Hart, não estava excluída em *The Concept of Law*”.

9. Ronald Dworkin. *Law's empire* (1986). Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1986. p. 65 e ss., 176 e ss. Para uma pormenorizada análise das etapas interpretativas em Dworkin, Cláudio Mello. Verdade moral e método jurídico na Teoria Constitucional de Ronald Dworkin. *Lisboa-Storck, Normatividade & Argumentação – Ensaios de Filosofia Política e do Direito*. Porto Alegre: Linus Editores, 2013. p. 300-311.
10. Como sintetiza Arthur Maria Ferreira Neto, essa segunda etapa seria “promovida com o intuito de argumentar e justificar a função e a razão de ser da prática social que deveria ou não ser realizada em determinado contexto de ação. Assim, o aplicador do direito deve buscar construir uma interpretação sistemática que possa ser justificada como sendo a mais coerente dentre as variadas alternativas que poderiam ser elaboradas a partir dos textos jurídicos relevantes. Para tanto, deve o intérprete desenvolver e apresentar as teorias morais e políticas capazes de fornecer o critério para essa ‘melhor interpretação’, a qual, dentro da metodologia hermenêutica proposta por Dworkin, dependeria de uma análise que passaria por duas dimensões, quais sejam a dimensão da compatibilidade (*fit*) e a da moralidade política (*political morality*). A primeira, segundo Dworkin, indicaria que a teoria política a ser utilizada na explicação do direito seria aquela que fosse capaz de melhor justificar a maior quantidade de material jurídico que veio a ser efetivamente positivado. Nesta dimensão, portanto, podemos afirmar que teríamos um critério quantitativo. Já a segunda forneceria o critério qualitativo, por meio do qual seria possível promover-se o desempate moral entre duas teorias políticas que fossem capazes de justificar, em condições de igualdade, a compatibilidade do material jurídico em vigor. A teoria a ser escolhida seria aquela capaz de melhor justificar em termos políticos e morais os direitos que poderiam ser

Trata-se de empreendimento que deve ser conduzido justamente mediante os conceitos de coerência e integridade.¹¹ Por fim, na terceira, teria que revisar

extraídos do material jurídico em vigor. E é, precisamente, nesse ponto, que surge a relevância da ideia de integridade, a qual representa o critério final para a resolução de conflitos jurídicos considerados difíceis e que dá fechamento a toda concepção dworkiniana da teoria interpretativa do direito” (*Metaética e a fundamentação do Direito*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. p. 266-267).

11. Ronald Dworkin. *Law's empire* (1986). Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1986. p. 217 e 225 e ss. A análise empreendida por Arthur Maria Ferreira Neto é novamente útil aqui: “o resgate da melhor interpretação possível, para Dworkin, seria definido por meio de um critério, qual seja o da integridade na interpretação do significado de um objeto (e. g., uma obra de arte ou um texto jurídico). Por sua vez, o critério da integridade no que se refere à efetiva significação do objeto de interpretação é definido pela coerência com que se consegue justificar o maior número de proposições que formam aquilo que está sendo interpretado. Com efeito, pode-se dizer que a ideia mais ampla que perfaz o pensamento de Dworkin, ao caracterizar o direito como sendo um fenômeno social interpretativo, é a da integridade, a qual se manifesta por meio de dois princípios políticos, um regulador da atividade legislativa e outro regulador da atividade jurisdicional. O primeiro princípio exige que o legislador formule um sistema total de leis que seja moralmente coerente, enquanto que o segundo princípio exige que o juiz aplique tais leis de modo a garantir o máximo possível de coerência entre as suas proposições jurídicas, visando a identificar os padrões morais que estão implícitos em tais princípios. O ideal da integridade, portanto, não é outra coisa senão a busca por uma coerência no que diz respeito à formulação e a aplicação de proposições jurídicas, tendo em vista um conjunto de princípios morais que está, implicitamente, em vigor em uma comunidade política. A integridade, nessa esteira, é compreendida como sendo a maior virtude que uma prática social pode manifestar, mesmo que outros valores também devam ser combinados na resolução de conflitos jurídicos, sendo os mais relevantes a justiça, a igualdade e o devido processo legal. (...). A noção de integridade como coerência é sabidamente um ideal a ser perseguido e não um projeto concreto que poderia ser ambicionado em uma realidade social específica, na medida em que não se poderia pretender alcançar uma integral coerência entre todas as regras positivas que estão, efetivamente, em vigor. É exatamente por isso que a metodologia que Dworkin fornece ao seu leitor, como forma de permitir visualizar como se poderia concretizar o ideal de integridade como coerência por ele proposto, exige ainda mais um nível de idealização, i. é, pressupõe imaginarmos o processo hermenêutico antes descrito sendo realizado por um julgador perfeito, dotado de poderes intelectuais super-humanos, o qual se submeteria a analisar casos difíceis em condições também idealizadas. Esse juiz super-humano seria, para Dworkin, o chamado juiz Hércules. Seria, portanto, de acordo com a perspectiva desse magistrado idealizado que o processo narrativo de interpretação do direito deveria ser pensado, o que permitiria traçar o paradigma de coerência (também ideal) que poderia ser buscado, concretamente, pelos reais operadores do direito” (*Metaética e fundamentação do Direito*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. p. 269-271).

a justificação encontrada para as normas visando à aferição da sua efetiva correção.¹²

Todavia, ao lado do conceito de integridade, mencionado no art. 926, o Código de 2015 também adota os conceitos de proporcionalidade, razoabilidade (art. 8.º) e de ponderação (art. 489, § 2.º) como critérios – ou, mais propriamente, postulados – interpretativos e aplicativos. Como é sabido, também a ponderação (“Abwägung”) constitui um critério notoriamente ligado a uma proposta teórica igualmente bastante conhecida no âmbito da teoria do direito.¹³ Mais ainda: o próprio conceito de coerência presente no art. 926, CPC, também é normalmente trabalhado pela doutrina despregado do conceito de integridade.¹⁴

Isso significa que o fato de o legislador ter aludido em determinada passagem ao conceito de integridade não assegura por si só que a reconstrução sistemática do Código deva em torno dele girar.¹⁵ Como é sabido, tanto a norma como o sistema são resultados interpretativos.¹⁶

A integridade constitui um meio para a obtenção de uma resposta correta para os problemas jurídicos – com o que obviamente pressupõe a existência de uma única resposta correta como o objetivo da interpretação judicial. Ocorre que a natureza duplamente indeterminada do direito¹⁷ e o seu papel de instância reguladora voltada para a necessidade de assegurar um ambiente de tolerância em relação aos desacordos sociais a partir de critérios capazes de identificar o que é o Direito que marcam as democracias constitucionais con-

12. Ronaldo Dworkin. *Law's empire* (1986). Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1986, p. 65/66.

13. Cuida-se da proposta de Robert Alexy. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

14. Por exemplo, Aleksander Peczenik (1937-2005). *On law and reason* (1989). 2. ed. Dordrecht: Springer, 2009; Neil MacCormick. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

15. Marinoni-Arenhart-Mitidiero. *Novo curso de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 611-612, vol. II; Marinoni-Arenhart-Mitidiero. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 871-872. Nessa mesma linha, Hermes Zaneti Júnior. In: Cabral-Cramer. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1316/1318; Didier Júnior-Braga-Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil* (2007). 10. ed. Salvador: JusPodvm, 2015. p. 476-486. vol. II.

16. Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 63-65; Riccardo Guastini. *Teoria e dogmatica delle Fonti*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 136-146.

17. Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 39 e ss.

temporâneas¹⁸ sugerem justamente a inexistência de uma resposta que possa ser qualificada como unívoca para os problemas jurídicos. Em outras palavras, o fim visado pelo meio não é obtível – pelo menos não dentro da justiça dos homens. Daí surge naturalmente a pergunta pela sua efetiva utilidade.¹⁹

Nessa perspectiva, o art. 926, CPC, lido sistematicamente, impõe que as Cortes Supremas persigam não uma “jurisprudência” que possa ser qualificada como “íntegra e coerente”, mas, sim, a “unidade do direito”. Uma ordem jurídica pautada pela unidade é uma ordem que se vale da segurança jurídica para a promoção da liberdade e a proteção da igualdade de todos perante o Direito (arts. 1.º e 5.º, CF/1988, e 8.º e 926, CPC). Uma ordem jurídica que busca a sua unidade é uma ordem que procura estabelecer os devidos vínculos de hierarquização e de coerência entre as fontes ao longo de um processo interpretativo guiado pela racionalidade²⁰ (arts. 489, § 1.º, e 926, CPC). Por fim, uma ordem jurídica voltada para a unidade é uma ordem que universaliza os resultados interpretativos, isto é, que os torna replicáveis para a solução de casos futuros (arts. 926 e 927, CPC).

2. UNIDADE DO DIREITO: HIERARQUIA, COERÊNCIA E UNIVERSABILIDADE

A obtenção da unidade do direito tem a ver, portanto, com a hierarquia, com a coerência e com a universabilidade do direito.

A hierarquia tem por objeto as relações resultantes da *estrutura escalonada* da ordem jurídica (a intuitiva “Stufenbau” kelseniana²¹), resolvendo-se no plano da *validade* normativa. Ainda, funciona a partir de uma sistematização *linear* (“a norma superior constitui o fundamento da norma inferior”), *simples* (“baseada numa relação de hierarquia linear entre as normas”) e *não gradual* (“as normas estão, ou não, sistematizadas enquanto hierarquicamente postas”).²²

18. Juliano Maranhão. Positivismo jurídico lógico-inclusivo. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 41.

19. Arthur Maria Ferreira Neto. *Metaética e a fundamentação do Direito*. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015. p. 299.

20. Humberto Ávila. *Teoria dos princípios* (2003). 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 166 e ss.

21. Hans Kelsen. *Reine Rechtslehre* (1. ed., 2. ed., 1960). 2. ed. Wien: Österreich, 2000. p. 228 e ss.

22. Humberto Ávila. *Teoria dos princípios* (2003). 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 166 e ss.

A coerência exige que a interpretação judicial possa ser capaz de ser reconduzida a “um conjunto, internamente consistente, formal e materialmente, de princípios e regras” amalgamadas por “princípios fundamentais” comuns.²³ Ao contrário da hierarquia, a coerência tem por objeto as *conexões de sentido* entre as diferentes normas que compõem a ordem jurídica, resolvendo-se no plano da *eficácia*. Ainda, pode ser obtida a partir de uma sistematização *circular* (“as normas superiores condicionam as inferiores, e as inferiores contribuem para determinar os elementos das superiores”), *complexa* (“não há apenas uma relação vertical de hierarquia, mas várias relações horizontais, verticais e entrelaçadas entre as normas”) e *gradual* (“a sistematização será tanto mais perfeita quanto maior for a intensidade da observância dos seus vários critérios”).²⁴

A coerência é uma conexão de sentidos que se estabelece entre as normas que pode ser *formal* ou *substancial*. A coerência formal existe quando há uma relação normativa *consistente* (em que inexistente contradição) e *completa* (em que há inteireza e coesão). A ausência de quaisquer desses elementos leva à ausência de coerência. A coerência substancial existe quanto maior for a *dependência recíproca* e *afinidade* entre as normas. Ao contrário do aspecto formal da coerência, o seu aspecto substancial permite graduação. Vale dizer: enquanto a coerência formal existe ou não, a coerência material pode existir em maior ou menor medida.²⁵

A unidade do Direito exige ainda que o resultado da interpretação tenha condições de ser *universalizado*.²⁶ Em outras palavras, a interpretação tem que ter condições de ser *replicável* para os casos futuros idênticos ou semelhantes. Sem replicabilidade (“replicability”), não há *objetividade* e *imparcialidade* na interpretação.²⁷

23. Cláudio Michelon. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: Macedo Júnior-Barbieri (coords.). *Direito e interpretação – Racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 267.

24. Humberto Ávila. *Teoria dos princípios* (2003). 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 166 e ss.

25. *Idem*, p. 169-171.

26. Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 97. Amplamente, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes – Universabilidade das Decisões do STJ*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

27. Neil MacCormick. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 91; Melvin Eisenberg. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 8-12.

Em resumo, de acordo com o art. 926, CPC, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm o dever de outorgar unidade ao Direito. Esse dever é composto de outros três deveres: o de respeito à hierarquia normativa, de promoção da coerência normativa e de universalização das suas interpretações.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A forma de julgamento dos tribunais superiores brasileiros e a doutrina dos precedentes obrigatórios: um estudo de idênticos casos concretos, de Jorge André de Carvalho Mendonça e Lúcio Grassi de Gouveia – *RePro* 260/327-351 (DTR\2016\24007);
- O modelo constitucional de processo e suas benesses: a reconstrução da teoria dos precedentes no direito brasileiro vs. a compressão equivocada do seu uso no Brasil, de Samuel Paiva Cota e Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia – *RePro* 260/21-45 (DTR\2016\24010);
- O STF como corte interpretativa: criação do direito no plano constitucional e no plano legal, de Jair Marocco – *RePro* 260/305-326 (DTR\2016\23998); e
- Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais, de Eduardo Cambi e Vinícius Gonçalves Almeida – *RePro* 260/277-304 (DTR\2016\24006).

ASPECTOS DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Aspects of the disregard of legal entity incident in the Brazilian Code of Civil Procedure

FRANCISCO DE MESQUITA LAUX

Mestrando em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP.
Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.
Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO.
Advogado.
francisco.laux@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Processual; Comercial/Empresarial

RESUMO: O artigo tem o objetivo de apresentar considerações a respeito do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto pelo Código de Processo Civil de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil – Personalidade jurídica – Desconconsideração – Processo de execução – Incidente.

ABSTRACT: The article aims to present considerations about the disregard of legal entity incident as it is prescribed by the Brazilian new Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: Civil Procedure – Legal Entity – Disregard – Enforcement Proceedings – Incident.

SUMÁRIO: 1. O objeto da investigação. 2. Premissas conceituais: a justificativa teórica da personalidade jurídica e sua desvirtuação, obrigação e responsabilidade e a lógica da desconconsideração. 2.1. A justificativa teórica da personalidade jurídica. 2.2. A desvirtuação da personalidade jurídica: hipóteses de desconconsideração. 2.3. Obrigação e responsabilidade: divisão cartesiana? 2.4. Desconconsideração atributiva. 2.5. A lógica da desconconsideração. 3. Aspectos do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil. 3.1. Sobre a nomenclatura "incidente". 3.2. Suspensão do processo? 3.3. Desconconsideração inversa. 3.4. A prevalência do contraditório prévio: há espaço para a mitigação? 3.5. Possibilidade de concessão de tutelas de urgência? 3.6. A fraude de execução e a escolha do nCPC. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. O OBJETO DA INVESTIGAÇÃO

Parece adequado sustentar que o advento de uma teoria e o regramento de situações práticas a respeito do instituto da personalidade jurídica, assim como a decorrente fixação dos limites da responsabilidade dos sócios – pessoa natural ou outra pessoa jurídica –, representam um avanço que possibilita o desenvolvimento das relações negociais.¹ Pode-se dizer, aliás, que tal consolidação representa um dos fundamentos insertos na Constituição Federal de 1988.²

Mostra-se possível, entretanto, que referida figura, de pertinência e necessidade indubitáveis nos tempos atuais, seja utilizada para a prática de atos desvirtuados, que denotem uma confusão de tamanha monta que não se possa distinguir *o que é pessoa jurídica* e *o que é pessoa natural* – revelada a partir da ideia de sócio, ou mesmo que demonstre atuação desvinculada da lei e dos estatutos da sociedade empresária. A imposição de sanção (em sentido amplo), quando configuradas tais situações, representa medida adequada e, mais do que isso, necessária para a construção de um ambiente de segurança nas relações de caráter econômico.³

Lift the veil – levantar o véu que separa a pessoa jurídica da pessoa do sócio – pessoa natural ou outra pessoa jurídica;⁴ essa é a ideia que permeia o

1. Já se destacou em sede doutrinária, por exemplo, que “a vinculação do insucesso econômico do empresário a sua ruína pessoal é sem dúvida um custo muito alto que desincentiva a atividade empresarial” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 241).
2. BENETI, Sidnei Agostinho. Desconsideração da sociedade e legitimação ad causam: esboço de sistematização. In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 1006-1007.
3. Autores como Walfrido Jorge Warde Junior fazem referência a uma *crise da limitação da responsabilidade jurídica*, questionam seus efeitos (inclusive no que se relaciona à segurança econômica e social), e indicam que “a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é um dos instrumentos empregados pelo direito para suprimir custos sociais eventualmente externalizados e ordinariamente não compensáveis – i. e., hipóteses de ineficiência – por meio de imputação de responsabilidade aos sócios” (*A crise da limitação de responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Universidade de São Paulo. Tese de Doutorado. 2004. p. 113). Pode-se destacar, também, a *crise de função* abordada na obra de José Lamartine Corrêa de Oliveira (*A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 8).
4. “Se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado à realização de um fim, nada mais procedente do que se reconhecer no Estado, através

conceito de desconsideração da personalidade jurídica, e o direito material trata de fixar as hipóteses em que isso se apresenta como possível.

Não obstante a existência de obras clássicas, de considerável destaque, que analisam com mérito e precisão aspectos processuais relacionados à desconsideração da personalidade jurídica, representa constatação no mínimo curiosa aquela segundo a qual o sistema processual não tinha regulado, até a entrada em vigor do CPC/2015, especificamente o mencionado tema. Há que se reconhecer que o novo Código de Processo Civil, por tal razão, é virtuoso ao tentar preencher a lacuna existente. Mas, e o conteúdo dos dispositivos insertos no nCPC? Estes parecem merecer uma análise crítica.

Tratar de legislação absolutamente recente, ainda mais quando sem precedentes, ao menos específicos, no ordenamento jurídico nacional, é tarefa das mais árduas. Até por essa razão, deve-se esclarecer que não representa a intenção do presente artigo apresentar conclusões herméticas, consolidadas. O objetivo é propositivo; a ideia é iniciar e fomentar – nos limites da capacidade deste autor e da dimensão de um artigo científico – o debate ensejado pelo novo Código de Processo Civil.

2. PREMISSAS CONCEITUAIS: A JUSTIFICATIVA TEÓRICA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA DESVIRTUAÇÃO, OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE E A LÓGICA DA DESCONSIDERAÇÃO

É pertinente ao desenvolvimento desta investigação a análise de alguns dos fundamentos que alicerçam a teoria da personalidade jurídica e, por consequência, a sua desconsideração em casos excepcionais.

Fica a ressalva, entretanto, e levando em consideração que a maioria dos institutos investigados representam objeto de estudo inserido no campo material do direito, de que a análise não tem a intenção de ser exaustiva. Os conceitos e eventuais análises críticas são apresentados no intuito de se fundamentar discussão posterior, relacionada ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto pelo Código de Processo Civil de 2015.

de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar o véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude através do seu uso” (REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *Revista dos Tribunais*. n. 410. São Paulo: Ed. RT, 1969. p. 15).

2.1. *A justificativa teórica da personalidade jurídica*

Por qual motivo se aventou a necessidade de constituição de uma *personalidade jurídica*, distinta daquela titularizada pela *pessoa natural*? Existem dúvidas quanto a sua origem; se advinda de uma ficção jurídica criada pelo direito, ou se o direito somente veio a regular um instituto que a sociedade considerou necessário, e que, aliás, era utilizado mesmo na ausência de regramento específico. A discussão, por não parecer relevante ao desenvolvimento da investigação, é trazida apenas a título de notícia histórica.⁵

Quanto à justificativa teórica para a construção da teoria, as tensões doutrinárias são consideravelmente menores. Guardam, todavia, relação de pertinência com o presente estudo. A construção da teoria da personalidade jurídica advém da conveniência do balanceamento entre o livre exercício da atividade econômica – e seus consequentes riscos – e a necessidade de garantir um mínimo de segurança à esfera patrimonial privada, adstrita à pessoa do sócio.⁶

A personalidade jurídica própria é caracterizada não somente pela existência de um acervo patrimonial particular, mas também pela existência de vontade própria da pessoa jurídica, regrada e institucionalizada pelo direito posto.⁷

2.2. *A desvirtuação da personalidade jurídica: hipóteses de desconsideração*

Como se deve ter notícia, nem sempre a personalidade jurídica é utilizada para os fins descritos e objetivados pelo direito. Surge, dessa constatação, a necessidade de construção de uma teoria da *desconsideração* desta personalidade criada pelo direito.

Inobstante a cultura da *common law* tenha trazido elementos da desconsideração em momento (muito) anterior,⁸ deve-se a Rolf Serick, jurista alemão, a primeira teoria efetivamente sistematizada da desconsideração da personalidade

5. Para uma digressão histórica a respeito do tema: BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44-48.

6. Nesse sentido: SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário* p. 241.

7. BIANQUI, Pedro Henrique Torres. Op. cit. p. 48.

8. Destacam-se, aqui, os precedentes firmados nos casos *Bank of United States v. Deveaux* (1809), julgado pela Suprema Corte Norte Americana, e *Salomon v. A Salomon & Co. Ltd.* (1987), julgado – em sentido contrário ao pedido de desconsideração – pela House of Lords inglesa.

jurídica, datada da década de 1950.⁹ A doutrina é construída a partir da identificação do “elemento intencional na utilização fraudulenta da forma societária”. Fica claro, nessa perspectiva, que a garantia da separação entre pessoas jurídicas e natural representa a regra. A desconsideração é a exceção.¹⁰

Em contraponto à teoria de Serick, surge em 1957 a teoria dos *centros de imputação*, capitaneada por Wolfram Müller-Freienfels. No entender do professor também alemão, a construção regra/exceção acima descrita se mostraria insuficiente para explicar o fenômeno da desconsideração. A análise, sem nenhum demérito à construção teórica, deve ser mais atenta à casuística. Foi a partir de então que se possibilitou a dissociação da figura da desconsideração da noção de fraude. Passou-se, nesse contexto, a aceitar a ideia de que existem, portanto, “situações em que, à luz da importância e do objetivo da norma aplicável, é conveniente não levar em conta a personalidade jurídica¹¹”. O que se mostra pertinente, para o direito material, é a investigação dos limites de tais centros de imputação.¹²

A ideia de fraude, se bem vistas a coisas, liga-se muito à noção de desconsideração para fins de responsabilização patrimonial – se é que se pode falar somente em *responsabilidade* no âmbito da desconsideração – o que será visto

-
9. SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milão: Giuffrè, 1966. Pedro Henrique Torres Bianqui faz menção ao julgado pioneiro do Tribunal de Alçada de São Paulo, datado de 1955 – mesmo ano da publicação da obra de Serick, em julgamento apelação cuja relatoria foi destinada ao Desembargador Edgard de Moura Bittencourt, no qual ficou consignado que “a assertiva de que a pessoa da sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado na realização da perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito” (BIANQUI, Pedro Henrique Torres. Op. cit. p. 39).
 10. “Conforme lição incontrastada dos próprios arautos da *disregard doctrine*, ela foi concebida e legitima-se no objetivo de afastar a fraude que através da personalidade jurídica se perpetra contra terceiros” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 1181). A construção de Serick é criticada por Salomão Calixto Filho, segundo o qual a aceitação da doutrina de Serick significa “admitir a desconsideração apenas para atribuir responsabilidade a sujeito diverso do devedor e, em segundo lugar, admitir a desconsideração, como evento excepcional que é, apenas em último caso, ou seja, em caso de insolvência (e não impontualidade) do devedor” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 235).
 11. “A desconsideração não é, portanto, apenas uma reação a comportamentos fraudulentos, mas também uma técnica legislativa ou uma técnica de aplicação das normas que permite dar valor diferenciado aos diversos conjuntos normativos” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 242).
 12. Idem. p. 259.

adiante. A teoria dos centros de imputação abre espaço para a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade em uma série de outras situações. Além da desconsideração para fins de responsabilidade, são aceitas atualmente hipóteses de *desconsideração atributiva*: características pessoais do sócio podem ser atribuídas à sociedade e comportamentos do sócio podem ser atribuídos à sociedade, e vice-versa. Abre-se a possibilidade, também, para hipóteses de desconsideração inversa¹³ e desconsideração em benefício do sócio.¹⁴

Especificamente em relação ao direito material posto, dois exemplos da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica revelam-se a partir da análise do conteúdo do arts. 28 do CDC e 50 do CC. Uma crítica pertinente à redação de ambos os itens de direito deve-se ao fato de quem ambos parecem restringir a desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilidade patrimonial.¹⁵

2.3. Obrigação e responsabilidade: divisão cartesiana?

Este autor já teve a oportunidade de indicar que o termo *obrigação* é utilizado para caracterizar uma *relação jurídica*, cujo objeto consiste numa *prestação* devida por uma das partes, o devedor, a outra, o credor.¹⁶

No intuito de justificar a invasão da esfera jurídica de sujeitos não integrantes da referida relação jurídica, foi construída a teoria que diferencia obrigação (*Schuld*) de responsabilidade (*Haftung*). Não necessariamente, portanto, a pessoa

13. Abordada com maior profundidade no item 3.3 deste estudo.

14. A hipótese “ocorre nos casos de atribuição de legitimidade do sócio único para postular em nome próprio o ressarcimento de danos sofridos pela sociedade” (SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 249).

15. Nesse sentido: SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 242.

16. O conceito é apresentado com base na obra clássica de Andreas Von Tuh: “Dase el nombre de obligación a la relación jurídica establecida entre dos o más personas, por virtud de la cual una de ellas – el deudor, deudor – se constiuye en el deber de entregar a la otra – acreedor, creditor – una prestación. Enfocada desde el punto de vista del acreedor, la obligación implica un crédito; para el deudor, supone una deuda” (VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Madri: Reus, 1934. p. 1). A doutrina contemporânea acrescenta a este conceito tanto o caráter transitório (se fosse perpétua, importaria servidão humana) como aquele econômico (o patrimônio do devedor responde pelo descumprimento) da relação jurídica obrigacional. Nesse sentido: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2004. p. 96; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 8.

cujos bens satisfazem a obrigação por intermédio do processo é, necessariamente, integrante do polo devedor da relação obrigacional, de direito material, portanto.¹⁷

Mas é isso mesmo o que ocorre no âmbito da desconsideração da personalidade jurídica? Imagine-se o exemplo do *sócio tirano*, “do sócio que faz uso da sociedade como coisa própria”. Não há como se saber, nesse caso, quem, de fato, exprimiu vontade, se pessoa natural ou pessoa jurídica, ou melhor, quais os bens da pessoa natural e quais os bens da pessoa jurídica estariam sujeitos à execução por descumprimento do assumido. Será que mesmo nesse caso o sócio (ou a sociedade) seria mero responsável? O domínio sobre a sociedade, aqui, é o que parece importar.¹⁸

Há quem defenda, nessa perspectiva, que a teoria da desconsideração não tem relação com a ideia de imposição de responsabilidade a pessoa diversa do devedor. Não se admitiria, em algumas situações, por exemplo, o regresso do sócio atingido contra a sociedade, *característica fundamental da responsabilidade sem dívida*.¹⁹ A doutrina já teve a oportunidade de sustentar, com base nessa constatação, que nas hipóteses de desconsideração, o sujeito atingido “responde por dívida própria, decorrente não de um ato, mas de uma atividade abusiva”²⁰.

Se o sujeito atingido pela desconsideração *responde por dívida própria*, não pode ser tido por mero responsável. *Devedor é integrante de um dos polos da relação obrigacional*, conforme demonstrado pela conceituação trazida no início do presente tópico com base em maciça teoria obrigacional civilista.²¹

A ideia defendida por autorizada doutrina de direito material parece demonstrar que a divisão entre dívida e responsabilidade, ao menos no âmbito da desconsideração da personalidade jurídica, talvez não seja tão exata quanto os estudos de direito processual demonstram defender. Entende-se, nesse contexto, que o estudo mencionado deveria ao menos ser objeto de menção por estudos elaborados no campo do processo.

17. “Ao sócio, embora não titular de obrigação alguma (Schuld), em alguns casos a lei atribui responsabilidade patrimonial (Haftung). Seus bens respondem, diz o Código de Processo Civil, nos termos da lei (art. 592, II). A lei, no caso, seria aquele conjunto de normas que legitimam no sistema a desconsideração da pessoa jurídica” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo...*cit. p. 1189).

18. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 235.

19. Idem, p. 261.

20. Idem, ibidem.

21. Retira-se da doutrina processual quem indique que a responsabilidade decorrente da desconsideração é subsidiária (BENETI, Sidnei Agostinho. *Desconsideração da sociedade...*cit. p. 1007) e quem destaque, por outro lado, que se está a tratar de responsabilidade societária sem direito de regresso (BIANQUI, Pedro Henrique Torres. Op. cit. p. 52).

LAUX, Francisco de Mesquita. Aspectos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil.

2.4. *Desconsideração atributiva*

Conforme destacado anteriormente, os dispositivos legais de direito material posto no ordenamento jurídico brasileiro tratam das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica com foco nas hipóteses em que a esfera patrimonial de sujeito não inserto, ao menos formalmente, na relação obrigacional, possa passar a ser atingida para satisfação de dívida contraída por pessoa diversa. Mostra-se possível, com base no entendimento até agora apresentado no presente estudo, indicar que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pode ter contornos diversos daqueles comumente destacados, inclusive de pertinência e interesse para o próprio direito processual.

Imagine-se, por exemplo, o caso em que titular de 99% das cotas de determinada pessoa jurídica se sujeita a uma cláusula arbitral enquanto representante da sociedade empresária. Indo além, imagine-se também ser o caso de confusão patrimonial entre as esferas jurídicas da pessoa jurídica e do sócio. Essa declaração de vontade da pessoa jurídica, que a sujeita ao processo arbitral, seria imputável ao sócio?

De acordo com o entendimento da CCI – uma das Câmaras Arbitrais mais respeitadas do mundo –, ratificado pelo Judiciário francês, a resposta deveria ser afirmativa. Cita-se, aqui, o caso *Orri v. Société des Lubrifiants Elf-Aquitaine* (CCI 5730). A situação envolvia sucessividade e conexão entre contratos. No primeiro, o Sr. *Orri* confessava dívidas perante a *Elf-Aquitaine*. No segundo, sociedades de grupo controlado pelo Sr. *Orri* declaravam-se obrigadas ao pagamento da dívida confessada no primeiro contrato, sendo que somente neste segundo contrato encontrava-se presente a cláusula compromissória arbitral. O Sr. *Orri*, aliás, não teria assinado esse segundo contrato sequer como anuente. Isso não impediu a CCI e, em momento posterior, o Judiciário francês, de entenderem que o processo arbitral promovido pela *Elf-Aquitaine* diretamente em face do Sr. *Orri* fosse admitido, por intermédio justamente da utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Considerou-se que a contratação serviu de “subterfúgio para fugir da responsabilização pessoal pelas dívidas, sendo uma manobra fraudulenta destinada a ocultar o verdadeiro contratante e responsável pelo pagamento das dívidas”²².

Se, aliás, pesquisada a origem da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, verificar-se-á que o possível primeiro caso a tratar da matéria

22. DIDIER JR, Fredie; ARAGÃO, Leandro. A desconsideração da personalidade jurídica no processo arbitral. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 265.

se debruçou justamente sobre hipótese de desconsideração atributiva, e não para fins de responsabilidade, como de ordinário tratada a desconsideração. Trata-se do caso *Bank of United States v. Deveaux* (1809), mais especificamente tratado em item posterior desta investigação.

Certamente, a aplicação da teoria da desconsideração atributiva deve ser precedida de uma série de ressalvas, somente se mostrando adequada em “circunstâncias em que seria irracional e formalístico presumir o contrário”²³.

2.5. A lógica da desconsideração

Desconsiderar significa imputar ineficácia pontual e oportuna à limitação existente entre as personalidades envolvidas no processo (lógico e jurídico) de desconsideração.²⁴ No caso da desconsideração para fins de responsabilidade patrimonial, por exemplo, há a ineficácia da limitação da responsabilidade dos bens do sócio para satisfação de dívida formalmente contraída pela pessoa jurídica.²⁵ Trata-se, portanto, de uma suspensão de eficácia episódica, apta a propiciar a invasão da esfera jurídica de sujeito ao menos formalmente ausente da relação jurídica originária. Pertinente, nesse contexto, a terminologia *superamento*, adotada na Itália para caracterizar a desconsideração – *superamento della personalità giuridica*.²⁶

Os itens de direito relacionados à desconsideração cingem-se a produzir efeitos no âmbito da eficácia. Não há a anulação do ato de constituição de uma sociedade. A medida, como verificado, pretende garantir a efetividade da tutela jurisdicional com o mínimo de prejuízo às relações econômicas.

3. ASPECTOS DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Este capítulo tem o intuito de apresentar reflexões propositivas a respeito do autointitulado *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*, inserto entre os arts. 133 e 137 do novo CPC.

23. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 260.

24. Nesse sentido: OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. Op. cit. p. 552; REQUIÃO, Rubens. Op. cit. p. 14.

25. BIANQUI, Pedro Henrique Torres. Op. cit. p. 48.

26. Idem. p. 38.

É certo não se poder ainda prever, com seis meses de novo CPC, quais serão as maiores discussões que envolverão o estudo do tema. Pode-se, todavia, arriscar, por assim dizer, até com base na experiência atual, quais os pontos sensíveis da legislação que recentemente passou a fazer parte do mundo jurídico. Esse é o objetivo daqui em diante.

3.1. Sobre a nomenclatura “incidente”

O art. 133 do nCPC inaugura o capítulo que trata do chamado “incidente de desconconsideração” ao dispor que este “será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no proceso”.²⁷ Mostra-se pertinente verificar, nessa perspectiva, qual o sentido do termo incidente, e mais, se ele se aplica à situação cujo modo de condução, no nCPC, foi assim caracterizado.

Incidentes do processo, na lição de autorizada doutrina, são “procedimentos menores, anexos e paralelos ao principal e dele dependentes”.²⁸ Os incidentes “não são questões, mas modos de resolvê-las”.²⁹ Os exemplos mais comuns são aqueles relacionados às exceções de incompetência, suspeição ou impedimento. Resolvido o incidente, o processo volta a sua marcha normal. É de se presumir a inexistência de alterações, em regra, nos aspectos subjetivos e objetivos da demanda.

Há quem defenda inexistir qualquer obscuridade quanto à admissão e possibilidade de decisão a respeito de requerimento de desconconsideração em um incidente do processo principal, no qual o sujeito que terá a sua esfera jurídica invadida, ao menos formalmente, não é parte, *mas passará a responder e ter (ao menos em tese) garantido o contraditório*, inclusive na fase de conhecimento, se o incidente for proposto e decidido nesse momento do processo.³⁰

Isso não parece, todavia, adequar-se exatamente à lógica da desconconsideração da personalidade jurídica e às consequências dela advindas. Cumpre rememorar: na desconconsideração para fins de invasão de patrimônio não inserto, ao menos formalmente, na relação processual, retira-se pontualmente a eficácia da

27. Já se verifica, portanto, a impossibilidade de atuação de ofício do magistrado.

28. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6 ed. vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 476.

29. *Idem*. p. 478.

30. THEODORO JUNIOR, Humberto. A desconconsideração da personalidade jurídica no direito processual civil brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 317.

separação patrimonial existente entre pessoa jurídica e sócio para invasão da esfera jurídica deste, no intuito de satisfazer obrigação a ele ao menos não direta e formalmente imputada. A desconsideração, como se disse anteriormente, é um mecanismo de superação de barreira ordinariamente existente à invasão da esfera jurídica de terceiros no que concerne a uma relação obrigacional.

Essa superação de barreira, que certamente conduz a uma invasão – ou tentativa de invasão – na esfera jurídica de outrem, faz com que este sujeito passe a *responder por dívida própria*, sem direito de regresso em algumas circunstâncias, de acordo com autorizada doutrina.³¹ Se devedor é, o sujeito passa, portanto, a compor um dos polos da relação obrigacional, nos termos do entendimento da doutrina civilista.³²

O raciocínio parece ir muito além daquelas situações que podem ser solucionadas por intermédio de incidentes do processo. Frise-se, aliás, que o próprio nCPC parece perceber isso ao possibilitar que o requerimento de desconsideração seja apresentado no bojo da petição inicial, o que é disposto no art. 134, § 2.º da legislação processual.³³

Há que se reconhecer, de todo modo, que o chamado *incidente* vem a trazer segurança e previsibilidade à forma segundo a qual a desconsideração é formalizada no processo. De mais a mais, o incidente em que se pretende a desconsideração guarda sensíveis semelhanças, em termos de garantias processuais, ao processo principal: a pessoa natural ou jurídica possivelmente afetada será citada para apresentação de resposta no prazo de 15 dias (art. 135), não há limitações de caráter instrutório (arts. 135 e 136). A diferença reside na caracterização da decisão que se manifesta a respeito do pedido de desconsideração: é, segundo o nCPC, decisão interlocutória, passível de agravo de instrumento (art. 136).

3.2. *Suspensão do processo?*

O art. 134, § 3.º, do nCPC, prevê que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica “suspenderá o processo”, salvo na hipótese em que a desconsideração for requerida em conjunto com a petição inicial. Processo, neste ponto, deve ser entendido como aquele no qual se discute a existência,

31. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 261.

32. Trazida no item 2.3 deste estudo.

33. Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

ou pretende-se a satisfação de obrigação que poderá ser imposta aquele cuja esfera jurídica se pretende invadir com o provimento do requerimento de desconsideração; o *processo principal*, portanto.

A hipótese de suspensão admitida é aquela imprópria, já que o incidente, apensado ao principal, terá o seu processamento normal.³⁴ A suspensão, aliás, sequer parece ser absoluta em relação ao processo principal.

É plenamente possível a prática de atos, no processo, contra o devedor (ou réu) originário, inclusive no que se refere às tutelas de urgência. Uma analogia que se pode fazer, nesse ponto, é com o disposto no art. 678 do CPC/2015, que prevê a suspensão da execução no caso de oposição de embargos de terceiros, *mas apenas e tão somente no que se relaciona com a constrictão específica que se pretende afastar por intermédio dos embargos*. Não há nada que impeça, por exemplo, que em se localizando patrimônio do devedor originário em processo de execução de título extrajudicial, pratiquem-se atos visando a sua constrictão e até expropriação. A suspensão prevista no incidente de desconsideração tem ligação com atos praticados na esfera jurídica da pessoa natural ou jurídica efetivamente prejudicada com o futuro e eventual decreto de desconsideração, e não com o devedor (ou réu) originário.

O nCPC, também, até por um critério lógico, afasta a suspensão do processo para os casos em que a desconsideração da personalidade jurídica tenha sido pleiteada no bojo da petição inicial. Neste caso, o pedido será processado segundo o rito adotado.

3.3. Desconsideração inversa

Essa hipótese, prevista no § 2.º do art. 133 do projeto de NCPC, guarda relação com a possibilidade de endividamento da pessoa jurídica por obrigações titularizadas, ao menos formalmente, pelo sócio. É admissível, portanto, que se desconsidere a divisão entre personalidade jurídica da sociedade e personalidade jurídica do sócio também para que se alcance a esfera jurídica da sociedade da qual o sujeito originariamente obrigado é integrante.

A lógica da desconsideração que se opera, vale destacar, é exatamente a mesma da desconsideração da personalidade jurídica *ordinária*. Retira-se eficácia pontual e oportunamente da limitação da responsabilidade patrimonial advinda do ato de constituição da pessoa jurídica. A diferença é que o movimento, em vez de dirigido ao alcance da esfera jurídica do sócio, dirige-se contra a própria pessoa jurídica cuja limitação de responsabilidade foi desconsiderada.

34. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*cit. p. 479.

Tal construção é tributária da doutrina alemã, e lá é aplicável às sociedades unipessoais. Parece não existir motivo para que tal construção não alcance, também, as sociedades pluripessoais.³⁵ O que se precisa é refletir, de maneira mais aprofundada, sobre os reflexos de tal medida em sociedades cujas cotas são repartidas em mais de um sujeito. A doutrina, por exemplo, destaca que o âmbito da desconsideração deve ser limitado àquela transferência de patrimônio que teria se dado de modo indevido.³⁶ Isso evitaria a ocorrência de danos difusos, tanto aos demais sócios, que nada têm a ver com aquela situação, quanto aos demais credores daquela sociedade, na medida em que a possibilidade de insolvência da pessoa ficaria um tanto mitigada.

Possível discussão poderá se relacionar à necessidade de citação de todos os demais sócios ou da pessoa jurídica para manifestar-se e requerer as provas que entender necessárias, nos termos do art. 135 do nCPC. Quem, em suma, deve ser citado nos casos em que discutida a possibilidade de desconsideração inversa? É o caso de determinar a citação de todos os demais sócios? A rigor, a resposta parece ser negativa. Se, conforme destacado anteriormente, a sociedade terá sua esfera jurídica invadida no limite da transferência indevida, praticada por um dos sócios, inexistente, ao menos em abstrato, no caso dos demais sócios, o interesse jurídico para manifestar-se a respeito de invasão à esfera jurídica de outrem. Tais sócios simplesmente não sofrem invasão, ao menos direta, em sua esfera jurídica. Caso a referida invasão efetivamente ocorrer, poder-se-ia aventar hipótese de admissibilidade de oposição de embargos de terceiro para o caso de constrição superior àquela relacionada com a transferência indevida do patrimônio.

Há que se verificar, portanto, e como de ordinário ocorre, qual a necessidade e utilidade da manifestação e integração de um sujeito em determinado processo. Se o sócio não teve a sua esfera jurídica invadida, não há motivo para a sua citação e concessão de possibilidade de manifestação no pedido de desconsideração. Ultrapassado o limite da desconsideração, este sócio poderá opor embargos de terceiro, ação possessória voltada a impedir a constrição de bens efetivada de modo contrário ao direito.

3.4. A prevalência do contraditório prévio: há espaço para a mitigação?

É possível que condutas praticadas no processo, titularizadas por uns, sejam consideradas como titularizadas por outros? De maneira mais abrangente: é possível que manifestações de alguém possam ser imputadas a outrem?

35. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 247-248.

36. BIANQUI, Pedro Henrique Torres. Op. cit. p. 60.

Segundo a noção de desconsideração atributiva, é possível que sim. Em outras palavras, na lógica da confusão entre pessoa jurídica e pessoa natural,³⁷ a boa-fé objetiva e a própria noção de lealdade processual poderiam levar a crer que sim. Defende-se, portanto, com base na teoria da desconsideração atributiva, que uma faculdade ou poder exercido por um sujeito foi exercido também por outrem, ou o que pode ser até mais grave, que o desatendimento a um ônus, como o de contestar, possa ser imposto também a um sujeito formalmente não inserto na relação processual.

Conforme destacado anteriormente, a origem da teoria da desconsideração da personalidade jurídica remonta ao precedente *Bank of United States v. Deveaux* (1809), no qual a Suprema Corte norte-americana desconsiderou a personalidade jurídica de uma sociedade empresária para que a qualificação dos sócios determinasse a competência da Justiça Federal para julgamento do caso. Isso porque, nos termos do art. 3.º, seção 2, da Constituição Americana, é competente a Justiça Federal para a apreciação de controvérsias entre sujeitos residentes em estados diferentes. No caso, entendeu-se que os sócios das pessoas jurídicas eram os verdadeiros sujeitos envolvidos na controvérsia, o que ensejou que a análise da competência para julgar a demanda fosse realizada com fundamento nas características dos sócios, qual seja, o seu local de residência, e não o local em que sediadas as pessoas jurídicas envolvidas.³⁸

O critério da nacionalidade dos sócios como requisito para a constituição de sociedade com determinados objetivos, aliás, não é desconhecido do ordenamento jurídico brasileiro. Cabe, aqui, o destaque para a situação de pessoas jurídicas que tenham como objeto a atividade jornalística ou de radiodifusão (art. 220, CF/1988) e daquelas que tenham como objeto a pesquisa e lavra de recursos minerais (CF, art. 176, § 1.º). No próprio caso *Orri v. Société des Lubrifiants Elf-Aquitaine* (CCI 5730), defendeu que declarações de vontade ao menos formalmente praticadas por alguém, no caso, um grupo de sociedades empresárias, pudesse vincular, do mesmo modo, o seu controlador.

Tudo isso poderia levar a crer que o nCPC poderia ir além e, sem sequer incorrer nos riscos que atitudes de vanguarda carregam, imputar aos sócios a titularidade pela prática de certos atos quando manifesta a situação de confusão entre pessoa jurídica e sócio. Essa não parece, todavia, ter sido a opção da legislação processual projetada.

37. “A confusão patrimonial ocorre quando há uma espécie de fusão entre o patrimônio do sócio e da sociedade, ou seja, quando não é mais possível distinguir se determinado bem é mesmo do sócio ou da pessoa jurídica”. *Idem*. p. 55.

38. *Idem*. p. 54.

A redação do art. 135 do nCPC prevê a necessidade de prévia manifestação do sujeito contra o qual se pretendem efetivar atos de invasão na esfera jurídica. A ideia foi a de privilegiar a efetivação de um contraditório que, em certas situações, pode já ter materialmente se efetivado. A escolha pode se mostrar, portanto, deletéria ao desenvolvimento do processo e à própria efetividade da tutela jurisdicional. Se existia dúvida quanto ao modo e prazo para manifestação do sujeito contra o qual se volta o requerimento de desconconsideração, isso, ao menos, fica superado com a promulgação do nCPC.

3.5. Possibilidade de concessão de tutelas de urgência?

Isso não significa, certamente, que medidas de urgência sejam inadmitidas no âmbito do incidente de desconconsideração, nem mesmo no que se refere àquelas medidas tomadas contra o sujeito que, caso admitida a desconconsideração, terá a sua esfera jurídica invadida.

A desconconsideração busca, na maioria dos casos, justamente garantir a efetividade da tutela jurisdicional. Seria contraproducente, ilógico e até inconstitucional inadmitir-se a concessão de tutelas de urgência também relacionadas ao chamado incidente de desconconsideração. No caso, por exemplo, de sócio que está comprovadamente se desfazendo de bens no intuito de tornar inócua execução possivelmente direcionada contra a sua esfera jurídica, é plenamente admissível a antecipação dos efeitos da tutela obtida com a desconconsideração, para que – e aí cautelarmente –, sejam inibidos os possíveis ilícitos praticados por este sócio.

3.6. A fraude de execução e a escolha do nCPC

Prevê o art. 137 do nCPC que o acolhimento do requerimento de desconconsideração ensejará a ineficácia da alienação ou oneração de bens havida em fraude de execução. É certo que isso não significa, nem mesmo poderia significar, que desconconsideração da personalidade jurídica e fraude de execução sejam expressões sinônimas.

Conforme destacado anteriormente, na desconconsideração da personalidade jurídica, a pessoa natural ou jurídica que tem a sua esfera jurídica atingida por força de decisão judicial responde por dívida própria, decorrente não de um ato específico, mas de uma atividade abusiva, e passa a ter todo o seu patrimônio sujeito à efetivação daquele processo.³⁹ Esse é o caso da desconconsideração por confusão entre esferas jurídicas, apenas para que se tenha um exemplo.

39. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 247-248.

A fraude de execução, por sua vez, revela-se a partir da ocorrência de um “ato de disposição ou oneração de coisa ou direito depois de instaurado um processo cujo resultado poderá ser impossível sem lançar mão desse bem”⁴⁰. A ineficacização guarda relação com o ato específico havido em fraude de execução, portanto, e não com toda a esfera jurídica do devedor, ou mesmo do adquirente. O ato, cabe ressaltar, não necessariamente precisa ter ocorrido na fase de execução, basta a pendência, portanto, de um processo, inclusive de conhecimento.

O que o nCPC parece demonstrar, portanto, é a equivalência entre a instauração do incidente de desconsideração e a instauração de um processo em fase de conhecimento ou execução para fins de caracterização de eventual fraude de execução havida na pendência de um processo (ou incidente, como indicado no caso específico da desconsideração), e nisso, aliás, parece ter caminhado bem.

O termo inicial para caracterização, até para fins de proteção do adquirente de boa-fé, consolidar-se-á com a anotação a respeito da existência do incidente de desconsideração pelo distribuidor, prevista no art. 134. § 1.º, do nCPC. Isso não impede, de todo modo, eventual alegação de fraude contra credores, dirigida àquela pessoa (natural ou jurídica) cuja dívida inicialmente imposta a outrem passou a ser também contra ela exigível.⁴¹

4. CONCLUSÃO

Tem-se, a título de conclusão, a indicação de que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica vem a preencher, certamente, uma lacuna verificada no ordenamento processual civil. Isso não significa, entretanto, que as soluções tenham sido as mais recomendadas, nem mesmo que da redação do referido trecho do nCPC se retirem regras claras e específicas. Há espaço para interpretação e divergência de posicionamentos doutrinários, algo que, possivelmente, ocorrerá ao menos nos próximos anos.

40. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...* cit. p. 436.

41. “Fraude contra credores consiste na realização de um ato de disposição de bem ou direito, que produza ou agrave o estado de insolvência do devedor, na pendência de uma obrigação ainda não satisfeita; tratando-se de contrato oneroso, a ineficácia do ato fraudulento do credor depende do envolvimento do adquirente na fraude (*consilium fraudis*), o que não se exige em caso de atos de liberalidade” (Idem, p.?). O restabelecimento da responsabilidade executiva sobre o bem se dá por intermédio de ação pauliana. (Idem. p. 438).

5. BIBLIOGRAFIA

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Sucessão de empresas e desconsideração da personalidade jurídica. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- BENETI, Sidnei Agostinho. Desconsideração da sociedade e legitimação ad causam: esboço de sistematização. In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DIDIER JR, Fredie; ARAGÃO, Leandro. A desconsideração da personalidade jurídica no processo arbitral. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. 2 t. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. vol. 2 e 4. São Paulo: Malheiros, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1987.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da responsabilidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Ed. RT, 1969. n. 410.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milão: Giuffrè, 1966.
- SOUZA, André Paganini de. *Desconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- THEODORO JUNIOR; Humberto Theodoro. A desconsideração da personalidade jurídica no direito processual civil brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Madri: Reus, 1934.

WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. *A crise da limitação de responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado). 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A aplicação da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica à luz do ordenamento jurídico brasileiro, de Felipe Palhares – *RDCC* 3/55-80 (DTR\2015\65820); e
- A teoria da desconsideração da personalidade positiva, de Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino – *ReDE* 6/91-105 (DTR\2014\20581).

BREVES NOTAS SOBRE O LITISCONSÓRCIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Short considerations about the joinder in the new Code of Civil Procedure

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE

Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.
Membro da Comissão constituída pelo Senado Federal
para elaboração do anteprojeto do novo Código de Processo Civil.
Advogado.
bedaque@usp.br

ÁREA DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMO: O estudo visa ao exame das regras sobre o litisconsórcio no novo Código de Processo Civil, suas espécies e as consequências decorrentes da não formação do litisconsórcio necessário.

PALAVRAS-CHAVE: Pluralidade de partes – Litisconsórcio – Litisconsórcio facultativo – Litisconsórcio necessário – Litisconsórcio comum – Litisconsórcio unitário.

ABSTRACT: This study's aim is analyze the rules of the joinder in the new Code of Civil Procedure, his kinds and the consequences of the necessary joinder no formed

KEYWORDS: Plurality of parties – Joinder – Optional joinder – Necessary joinder – Common joinder – Unitary joinder.

SUMÁRIO: 1. Litisconsórcio e pluralidade de partes. 2. Litisconsórcio no novo Código de Processo Civil. 3. Litisconsórcio e comunhão de direitos ou obrigações. 4. Conexão. 5. Afinidade de questões. 6. Limitação do litisconsórcio facultativo. 7. Litisconsórcios necessário e unitário. 7.1. Litisconsórcio necessário. 7.2. Litisconsórcio unitário. 7.3. Litisconsórcio unitário-necessário e unitário-facultativo. 8. Não formação de litisconsórcio necessário. 9. Autonomia dos litisconsortes.

1. LITISCONSÓRCIO E PLURALIDADE DE PARTES

O litisconsórcio, juntamente com a intervenção de terceiros, constitui modalidade de pluralidades de partes no processo.

Como a decisão judicial pode produzir efeitos na esfera jurídica de várias pessoas, ligadas direta ou indiretamente à relação substancial trazida ao processo, surge a possibilidade de mais de um sujeito integrar a mesma relação processual, no polo ativo, no polo passivo e na condição de interveniente.

As diversas hipóteses em que se verificam o litisconsórcio e a intervenção de terceiros no processo refletem a existência, no plano material, de relações jurídicas mais ou menos complexas, bem como de situações distintas, mas ligadas por algum nexo. Os elementos do litígio são, portanto, fundamentais para a configuração da pluralidade de partes. Identificá-los é fundamental para a verificação da possibilidade ou da necessidade de o processo contar com mais de uma pessoa em um ou em ambos os polos da relação processual, além da admissibilidade da intervenção de pessoas não integrantes da situação substancial, mas suscetíveis aos efeitos da decisão judicial.

Da mesma forma que, para serem considerados partes legítimas, os sujeitos ativo e passivo precisam participar diretamente da situação legitimante, isto é, da situação de direito material deduzida em juízo, a pluralidade de partes só se justifica se verificadas uma das hipóteses legais, formuladas sempre à luz de aspectos relacionados ao direito controvertido. É no plano da relação jurídica substancial que se verifica se a pluralidade de partes pode ou deve ocorrer; também é a partir do direito material que o legislador processual determina qual a espécie de pluralidade (litisconsórcio, assistência, denúncia da lide e chamamento ao processo).

Com relação ao litisconsórcio, especificamente, objeto de exame neste texto, tem-se como certo que a complexidade das relações jurídicas de direito material acaba produzindo reflexos no processo. Se são vários os integrantes da situação da vida regida pelas normas substanciais e trazida para exame do juiz, possível ou necessário o litisconsórcio.

A admissibilidade e a obrigatoriedade dessa espécie de pluralidade de partes, a necessidade ou não de regulamentação uniforme das situações de cada um dos litisconsortes, são questões processuais, cuja solução deve ser encontrada segundo dados da relação material.

2. LITISCONSÓRCIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 2015 não alterou substancialmente o regime legal do litisconsórcio. Apresenta, todavia, algumas inovações importantes.

Como já afirmado, a admissibilidade do litisconsórcio depende fundamentalmente da existência de vínculo entre as situações de cada um dos ocupantes do polo ativo ou passivo da relação processual. Tal vínculo será mais ou menos

intenso, conforme disposto no art. 113.¹ Mas deve haver, no mínimo, afinidade de questões entre as diversas situações apresentadas, sob pena de não ser admissível a pluralidade de partes. Além disso, o litisconsórcio somente se verifica quando os sujeitos sejam efetivamente titulares da relação substancial litigiosa descrita na inicial e o objeto do processo lhes diga respeito. Veja-se o exemplo da obrigação não solidária com pluralidade de devedores. Caso o credor mova ação a um só, para exigir apenas a parte que lhe toca, tendo em vista os limites da demanda, os demais não poderão ser litisconsortes, apesar de integrarem a mesma relação jurídico-substancial. É-lhes facultado intervir a título de assistentes litisconsorciais, visto que mantêm relação com o adversário do assistido.

A admissibilidade do litisconsórcio está condicionada, portanto, à existência, no plano material, de algumnexo entre os sujeitos parciais que ocupam o mesmo polo da relação processual. Possível a pluralidade de autores (litisconsórcio ativo), de réus (litisconsórcio passivo) e de ambos (litisconsórcio misto).

No art. 113, estão previstas hipóteses de litisconsórcio facultativo, ou seja, verificada uma das situações ali descritas, é possível a presença de mais de um sujeito, quer como autor, quer como réu. Essa classificação leva em conta a obrigatoriedade ou não da sua formação. O litisconsórcio necessário será examinado em seguida. Registra-se, desde logo, a possibilidade de o litisconsórcio ser classificado também em função do momento em que se constitui (inicial e ulterior) e à luz do resultado do processo para cada litisconsorte (unitário e simples ou comum), conforme se verá logo mais.

3. LITISCONSÓRCIO E COMUNHÃO DE DIREITOS OU OBRIGAÇÕES

O vínculo entre os litisconsortes pode ser bastante intenso. É possível que a controvérsia envolva direitos ou obrigações decorrentes de relação jurídica material com mais de um credor ou devedor.

Embora cada um possa estar em juízo sozinho, para discutir sua parte na relação obrigacional, desde que cindível a pretensão, evidentemente, nada impede que todos atuem em conjunto, como litisconsortes ativos e/ou passivos.

-
1. Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:
 - I – entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;
 - II – entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir;
 - III – ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito.

Assim, em obrigação conjunta, solidária ou não, o credor tanto pode exigir o adimplemento da cota de apenas um dos codevedores, como pleitear a condenação de todos no mesmo processo. As obrigações têm origem em um só contrato, existindo comunhão relativamente à lide. Os direitos e obrigações decorrem do mesmo fato ou ato jurídico.²

4. CONEXÃO

A atual redação do art. 113 eliminou, corretamente, duplicidade de dispositivos com o mesmo significado. Ao permitir o litisconsórcio sempre que conexas as ações (art. 46, III, do Código anterior), se vistas separadamente as situações individuais dos respectivos legitimados, o legislador já o considerava admissível se as pretensões estivessem fundadas em idêntico fundamento de fato ou de direito (antigo art. 46, II). Esta última regra era redundante, pois já constava na anterior.

Conexão ocorre sempre que entre duas demandas houver identidade de causa de pedir (fundamento fático e jurídico) ou de pedido. Se duas ações estiverem fundadas em idêntica causa de pedir (contrato, ato ilícito) ou tiverem por objeto o mesmo bem da vida (determinado imóvel) são consideradas conexas.

Verificadas tais situações e havendo pluralidade de pessoas nelas envolvidas, admite-se o litisconsórcio, até porque, ainda que propostas separadamente, seriam reunidas para julgamento conjunto.

Aliás, o atual inc. II, rigorosamente, também abrange a hipótese prevista no inc. I: sempre que os direitos e obrigações resultarem do mesmo contrato, havendo comunhão de interesses relativamente à lide, eventuais ações propostas individualmente serão conexas e devem ser reunidas. Daí, ser possível o litisconsórcio. Só não haverá redundância se entendermos, com Dinamarco, que o inc. I incide apenas se a própria relação jurídica for objeto do processo. Teremos, todavia, se aceita essa posição, hipótese de litisconsórcio necessário, pois a regulamentação a ser fixada no plano material, de caráter declaratório ou constitutivo, deverá ser a mesma para todos os litisconsortes.

2. No regime anterior, para respeitável corrente doutrinária (Cândido Dinamarco e Hélio Tornaghi), essa regra somente se aplica às hipóteses em que o próprio contrato constitui objeto da ação. Neste trabalho, sustenta-se posição diversa, o que acarreta consequências práticas, pois afirma-se aqui se tratar de litisconsórcio facultativo.

5. AFINIDADE DE QUESTÕES

Por fim, o litisconsórcio também é admissível se houver, entre situações de direito material diversas, afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito, ou seja, apenas um dos aspectos da fundamentação é o mesmo nas várias situações da vida reunidas no mesmo processo, para julgamento conjunto.

Essa hipótese, denominada litisconsórcio impróprio pela doutrina, retrata a existência de nexo bastante tênue entre os sujeitos de relações a serem submetidas ao exame do juiz. Se propostas separadamente, as ações não seriam conexas, pois diversos o pedido e a causa de pedir. O elemento comum limita-se à afinidade de questões fáticas ou jurídicas.

Se vários funcionários públicos pretendem obter determinada vantagem da mesma natureza, eventuais demandas individuais não estariam ligadas pelo vínculo da conexão, pois diferentes o pedido e a causa de pedir. A admissibilidade do litisconsórcio, no caso, decorre de serem afins as questões jurídicas controvertidas.

O mesmo se dá em ações propostas por titulares de aplicações financeiras, para obter determinada diferença de rendimentos, ou naquelas em que adquirentes de unidades condominiais autônomas litigam com a construtora.

Em todos esses casos, as relações de direito material são diferentes, havendo identidade apenas quanto ao fato violador do suposto direito ou à tese jurídica a ser aplicada pelo juiz, o que não é suficiente para configurar conexão.

Se o litisconsórcio encontra amparo em mera afinidade de questões, necessário seja o juiz competente para todas as demandas, pois, inexistindo conexão, não se verifica a prorrogação legal (art. 54).³

3. Por isso, quando Procurador de Justiça, manifestei-me contra a formação de litisconsórcio, quanto às demandas cuja competência era de outro foro, parecer acolhido pela Colenda Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo (A.I. 13.154-0/2, Rel. Des. Dínio Garcia), pelas seguintes razões: “Os autores das demandas cumuladas imputam ao estado a prática de ato lesivo ao seu patrimônio, consistente em interditar a sua lavoura sem motivo justificado. Verifica-se que em relação a cada um deles teria havido um ato supostamente ilícito. Cada um tem com o estado, portanto, relação jurídica autônoma e inpedente dos demais, muito embora haja entre elas pontos comuns de fato e de direito. As interdições não resultaram do mesmo ato, não obstante as pretensões tenham por base um *factum simile* e estejam em análogo fundamento de direito (cf. Dinamarco, ob.cit., p. 292). Existe, na verdade, mera afinidade de questões, vínculo mais tênue que a conexão. Trata-se, pois, do chamado

6. LIMITAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO

Admite o legislador a limitação do litisconsórcio facultativo, quanto ao número de litigantes, se houver risco de demora para a entrega da tutela jurisdicional ou para o exercício da defesa.⁴

Não se trata da figura do litisconsórcio recusável, existente no Código de 1939. Presentes os óbices legais, o juiz pode apenas reduzir o número de litisconsortes, para não comprometer os princípios da economia processual e do contraditório.

A situação descrita no § 1.º verifica-se normalmente no litisconsórcio previsto no inc. III, em que o elo entre os litisconsortes é muito pequeno. Nesses casos, denominados pela doutrina de multitudinários (Cândido Rangel Dinamarco), o grande número de autores e ou de réus não contribui para os objetivos do instituto, quais sejam, resolver várias situações da vida em um só processo, com o mínimo de esforço possível, evitando a possibilidade de decisões conflitantes. As peculiaridades das situações de cada um deles dificultariam sobremaneira o desenvolvimento do processo, especialmente se o número for excessivo.

Daí a conveniência da solução legal.

O pedido de limitação, formulado obviamente pelo réu, diante do litisconsórcio multitudinário ativo, interrompe o prazo para resposta, cuja fluência recomeça após a intimação da decisão interlocutória.

Se acolhida a pretensão, deve o magistrado determinar o desdobramento das demandas em tantos processos quantos entender conveniente aos objetivos do dispositivo.

litisconsórcio impróprio que, segundo se tem entendido, não autoriza a prorrogação de competência, em face do disposto no art. 102 do CPC. Sua formação depende de o mesmo juiz ser competente para todas as demandas cumuladas (cf. Dinamarco, ob. cit., p. 49). Assim já decidiu essa C. Câmara (AI 11.672-0, Botucatu, Rel. Des. Torres de Carvalho, j. 08.11.1990). Dessa forma, somente podem ter curso na comarca de Vargem Grande do Sul os processos fundados em atos praticados nos limites territoriais daquele foro. Em face do exposto, opina-se pelo provimento do recurso.”

4. § 1.º O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença.

§ 2.º O requerimento de limitação interrompe o prazo para manifestação ou resposta, que recomeçará da intimação da decisão que o solucionar.

A previsão quanto ao pedido de limitação não implica vedação a que a providência seja adotada de ofício. Se o juiz for provocado pelo réu, a consequência é a suspensão do prazo para resposta. Caso ele entenda inconveniente o litisconsórcio, especialmente pelas dificuldades causadas ao desenvolvimento do processo, pode impor *ex officio* a redução, observada a regra do contraditório prévio (arts. 9.º e 10).

Recorrível é apenas a decisão por força da qual o pedido de limitação é rejeitado (art. 1015, VIII). Limitação do número de litisconsortes não se confunde com exclusão de litisconsorte, hipótese prevista no inc. VII. Daí por que o respectivo ato judicial é irrecorrível.

Nada há que impeça a formação, no polo ativo, do litisconsórcio facultativo ulterior, desde que ainda não saneado o processo e ao réu seja assegurada a ampla defesa.

Eventual exclusão de um dos litisconsortes, porque indeferida a pluralidade de partes, configura decisão interlocutória, pois não põe termo à fase cognitiva do processo, que continuará até sentença. Cabível, portanto, o recurso de agravo, tal como expressamente previsto pelo legislador (art. 1015, VII). Equivocasse o juiz que “extingue o processo em relação ao litisconsorte excluído”, pois não existe uma relação processual para cada litisconsorte. O processo é um só, subjetivamente mais ou menos complexo.

7. LITISCONSÓRCIOS NECESSÁRIO E UNITÁRIO

O regime jurídico do litisconsórcio é determinado pela relação material, pois, em certos casos, tendo em vista a incindibilidade das situações de seus integrantes, postas como objeto do processo, a sentença terá de regrá-las de maneira igual, uniforme, o que vai determinar sua unitariedade. Caso o juiz possa, em tese, formular regra jurídica concreta diferente para os ocupantes de um dos polos do processo, teremos o litisconsórcio simples ou comum. Se, considerado o plano do direito material, a decisão judicial impuser a mesma sorte ou acarretar os mesmos efeitos à situação dos litisconsortes, estará configurada a unitariedade.

No caso de relações incindíveis, indivisíveis, normalmente haverá necessidade da participação de todos os integrantes dessa relação substancial, gerando o fenômeno do litisconsórcio necessário. A necessidade e a unitariedade, embora sejam classificações diversas – pois decorrentes de ângulos diferentes de análise do litisconsórcio – têm origem no mesmo fenômeno: incindibilidade da relação jurídica material. Embora resultem de classificações diferentes do

mesmo fenômeno processual, as razões que conduzem à necessidade são as mesmas que levam à unitariedade. Daí por que quase sempre o litisconsórcio ser, ao mesmo tempo, necessário e unitário.⁵

De qualquer modo, a obrigatoriedade de se formar o litisconsórcio e seu regime jurídico é determinada por circunstâncias inerentes à relação material.

A premissa será desenvolvida nos itens seguintes.

7.1. *Litisconsórcio necessário*

Litisconsórcio necessário é aquele em que a pluralidade de partes não é apenas admitida, mas imposta. Enquanto o art. 113 simplesmente permite a participação de mais de um sujeito no polo ativo e/ou passivo da relação processual, o dispositivo em exame (art. 114) exige a presença de vários autores e/ou vários réus.

Esta classificação – facultativo e necessário – leva em conta a formação do litisconsórcio.

Duas são as razões que determinam a necessidade.

A primeira é a lei. O legislador, discricionariamente, pode exigir o litisconsórcio. É o que ocorre, por exemplo, nas demandas fundadas em direito real versando bem imóvel movida a réu casado (art. 73, § 1.º).

É necessário também o litisconsórcio sempre que, em razão da natureza da relação jurídica de direito material, o resultado do processo deva reger de maneira idêntica a situação de cada um dos que dela participam. Todos devem ter a mesma sorte no plano jurídico-substancial.

Trata-se daquelas situações incindíveis, porque o pronunciamento judicial irá reconhecer ou impor regime jurídico a ser suportado de maneira uniforme por todos os integrantes da relação substancial. Imagine-se o pedido declaratório de nulidade de contrato com vários participantes ou a anulação de um casamento pleiteada pelo representante do Ministério Público. Não há como submeter cada um deles a um comando diferente. O ato é válido ou inválido para todos seus integrantes.

Nesses casos, o litisconsórcio entre todos os que participam da relação material é imprescindível.

5. Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

7.2. *Litisconsórcio unitário*

Se incidível o objeto do processo, teremos outra classificação do litisconsórcio, fundada no regime jurídico-material dos litisconsortes: simples ou comum e unitário.⁶

Litisconsórcio comum existe sempre que a situação de cada litisconsorte comportar regulamentação individual, ou seja, puder a sentença conter comandos diferentes para cada um deles. O pedido de tutela condenatória, fundado em contrato com dois ou mais devedores, pode ser acolhido em relação a uns e rejeitado quanto aos outros. A natureza da relação material e do pedido formulado não exige decisão uniforme, pois a pretensão pode ser cindida em relação a cada um dos litisconsortes.

Já se essa divisão for inadmissível, o resultado do processo deve ser igual para todos os litisconsortes, como exposto acima. Teremos então o litisconsórcio unitário.

Pelo aqui exposto, seria lícito concluir que todo litisconsórcio unitário é também necessário, pois, sendo incidível a situação posta em juízo, não só o resultado deve ser igual para todos os litisconsortes, como todos os integrantes da relação material têm de integrar o processo. As razões que levam à unitariedade também conduzem à necessariedade.

Na verdade, são classificações do mesmo fenômeno processual – litisconsórcio – decorrentes de ângulos diferentes. Do ponto de vista da formação, temos o litisconsórcio necessário e facultativo. Quanto ao resultado, ele poderá ser comum ou unitário.

Mas, como a incidibilidade da relação material leva à unitariedade e à necessariedade, o litisconsórcio unitário é, em regra, necessário. Vejamos um exemplo: O autor propõe demanda desconstitutiva de contrato de compra e venda de veículo, mediante o qual a ré realizou o pagamento à alienante, denominada interveniente vendedora, tornando-se sua credora. Em razão de defeitos verificados no veículo, ele pretende rescindir o negócio e obter a devolução da quantia já paga.

Partes legítimas para figurar no polo passivo da demanda, em litisconsórcio necessário, são a ré e a interveniente vendedora, pois ambas sofrerão as consequências de eventual procedência do pedido. Caso acolhida a pretensão inicial,

6. Art. 116. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.

o autor não será mais devedor das prestações remanescentes, cuja credora é a ré. A vendedora, por sua vez, estaria obrigada a aceitar o carro de volta.

Não se trata, pois, apenas de estabelecer a responsabilidade pelos defeitos da mercadoria, mas também os efeitos de eventual rescisão contratual. Todos os que participaram do contrato devem integrar a relação processual, devendo o apelante providenciar a citação da litisconsorte necessária.⁷

7.3. *Litisconsórcio unitário-necessário e unitário-facultativo*

O litisconsórcio unitário é uma das espécies de necessário têm o mesmo fundamento: a incidibilidade da situação de direito material objeto do processo.

Isso levaria à confirmação de que todo litisconsórcio unitário, porque fundado na indivisibilidade, seria também necessário.

Estaria correta a assertiva, não houvesse exceções legais. O legislador, em determinados casos de situações incidíveis, permite a propositura da ação sem formação de litisconsórcio. Isso se dá, por exemplo, na reivindicatória proposta por condômino (CC, art. 623, II), na ação do herdeiro para reclamar a universalidade da herança ao terceiro, apesar de indivisível o objeto (CC, art. 1580 e par. único), no pedido, formulado por qualquer interessado, de exclusão de herdeiro por indignidade (CC, art. 1.596) etc. Também o sócio pode, sozinho, propor demanda visando à anulação de deliberações aprovadas em assembleias de sociedades anônimas realizadas de forma irregular (v. Lei 6.404, de 15.12.1976, art. 206, II, a).

Nos casos de litisconsórcio facultativo-unitário, surge o problema da eficácia da sentença e sua imutabilidade, em relação à situação dos integrantes da relação jurídica que não participaram do processo. Anulado o ato jurídico a pedido de um deles, todos ficarão sujeitos a esse efeito, mas não à coisa julgada, pois não participaram do processo. Não terão mais interesse processual para propor ação visando à anulação. Poderão, todavia, opor-se a esse resultado, valendo-se da via processual adequada. Por identidade de razões, não estão sujeitos à imutabilidade da sentença de improcedência.

Em qualquer situação, se configurada substituição processual prevista em lei, haverá extensão subjetiva da coisa julgada a todos os integrantes da situação de direito material, mesmo aos que não atuaram como litisconsortes.

7. O exemplo reproduz apelação por mim relatada, quando juiz do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (Apel. 828.246-0, São Paulo, 12.ª Câm., j. 18.02.1999, v.u.).

Em regra, as exceções à unitariedade-necessariedade referem-se a litisconsórcio ativo que, se obrigatório, implicaria, segundo alguns, limitação à garantia constitucional da ação (CF, art. 5.º, XXXV).

Considerado o acesso ao Poder Judiciário, todavia, como direito ao devido processo constitucional, o litisconsórcio necessário ativo não configura óbice ao seu exercício. Qualquer dos integrantes da situação material incidível pode, sozinho, valer-se do devido processo legal. Se confirmada a necessidade do litisconsórcio, exatamente em razão da incidibilidade, não obterá sentença de mérito, na mesma medida em que qualquer parte considerada ilegítima no processo individual.

O problema está, pois, no direito material, cuja característica impede o pronunciamento judicial se não estiverem presentes todos os litigantes. Mas direito ao devido processo constitucional cada um deles, individualmente, tem.

Existe a alternativa de incluir o colegitimado ativo no polo passivo do processo. Essa solução é factível, bastando que o autor, ao descrever a causa de pedir, impute a ele comportamento contrário à realização espontânea do direito. Pode-se imaginar a hipótese de contrato com dois devedores, sendo que um deles pretende o reconhecimento judicial da nulidade do ato e o outro se recusa a integrar o polo ativo. Poderá o codevedor propor a demanda e relatar na inicial que ambos os réus – credor e outro codevedor – resistem ao reconhecimento do vício.

8. NÃO FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

Se passar despercebida a situação de litisconsórcio necessário, eventual sentença será nula, se a decisão tiver de ser uniforme para todos os que deveriam ter integrado o processo; simplesmente ineficaz, nos demais casos, apenas para os não citados.⁸

O legislador, portanto, adotou solução diversa para as hipóteses de não formação do litisconsórcio necessário-unitário (nulidade) e necessário-simples (ineficácia em relação aos não citados).

8. Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I – nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;

II – ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.

Parágrafo único. Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo.

No Código anterior, a regra era diversa, pois o legislador referia-se apenas a ineficácia que, a meu ver, limitava-se ao litisconsórcio necessário-unitário, exatamente porque incindível a situação de direito material objeto do processo. Mas, se a necessidade decorresse exclusivamente da lei, sendo, quanto ao resultado, comum o litisconsórcio, não havia utilidade em considerar-se ineficaz a sentença. Bastaria submetê-la aos limites subjetivos normais da coisa julgada: aqueles que não foram partes, não obstante sujeitos aos efeitos da sentença, não se submetem à respectiva imutabilidade. Embora ineficaz, o ato existe no mundo jurídico. Daí a possibilidade da utilização de qualquer mecanismo processual apto ao reconhecimento dessa ineficácia. Admitia-se, inclusive, a ação rescisória, embora, a rigor, inexista coisa julgada material.

De qualquer modo, não se mencionava a nulidade como consequência da não formação do litisconsórcio necessário.

A novidade em relação ao litisconsórcio necessário-unitário, todavia, deve ser interpretada em conformidade com o sistema das nulidades processuais previsto no novo Código.

A pluralidade de partes obrigatória é tema inerente à legitimidade *ad causam*. Se o litisconsórcio é necessário, quer por imposição legal, quer pela incindibilidade do objeto do processo (unitariedade), haverá ilegitimidade de parte se não integrarem o processo todos os que participarem da relação de direito material controvertida. O processo será extinto, por carência da ação, pois um só dos colegitimados, sem a presença dos demais, é considerado parte ilegítima.

Ocorre que o legislador, no caso específico de litisconsórcio necessário passivo, impõe a adoção de providência destinada a sanar o vício processual. Antes de extinguir o processo, deve o juiz ordenar a regularização da legitimidade, determinando ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes (art. 115, parágrafo único). Trata-se de providência imprescindível, cuja falta poderá implicar nulidade do processo por *error in procedendo*.

Tratando-se de litisconsórcio necessário passivo, portanto, tem o autor o ônus de promover a citação de todos os réus, no prazo estabelecido pelo juiz, formando-se o litisconsórcio ulterior. Se não o fizer, o juiz proferirá sentença sem julgamento de mérito, por carência da ação, o mesmo ocorrendo nas raras hipóteses de litisconsórcio ativo necessário. Não tem ele o poder de determinar a citação *ex officio*, inexistindo no sistema processual a figura do litisconsórcio *iussu iudicis*, que configura exceção ao princípio da demanda.

Será o autor, pois, considerado carecedor da ação por ilegitimidade ativa ou passiva. Se a situação de direito material incindível impõe a presença no processo de todos os que dela participam, o requisito da legitimidade somente

se aperfeiçoa se eles integrarem o respectivo polo da relação processual. A legitimidade é conjunta, sendo insuficiente a presença de apenas um ou alguns.

Aceita essa premissa, em caso de litisconsórcio necessário passivo, prescindível a intimação pessoal prevista no art. 485, III, pois, não atendida a determinação judicial, o autor passa a ser parte ilegítima, podendo o processo ser extinto de ofício. O problema não é de simples abandono, mas de carência da ação.

O problema da não formação do litisconsórcio necessário passivo deve ser examinado, portanto, por dois ângulos. Observada a regra do art. 115, parágrafo único, o juiz proferirá sentença sem julgamento do mérito, por carência da ação. Mas se tal decisão ocorrer sem o cumprimento da exigência legal – determinação para que o autor promova a citação – a sentença será nula. O vício processual consubstanciado na omissão de ato obrigatório do procedimento contamina todos os praticados após o momento em que verificada a falha.

Não obstante tudo isso, vislumbra-se a possibilidade de ser desconsiderado o erro, com conseqüente extinção da fase cognitiva mediante sentença de mérito. Se, ao final do procedimento, verifica o juiz a ausência de litisconsorte passivo necessário, unitário ou simples, e a não observância do art. 115, parágrafo único, parece haver duas alternativas possíveis, dependendo do juízo sobre a pretensão do autor. Se improcedente o pedido, não há necessidade de anular o processo para que seja cumprida a exigência legal, consistente na citação do litisconsorte necessário, pois a sentença o beneficiará.

Na vigência do Código anterior, a solução *secundum eventum litis*, todavia, era rejeitada pela doutrina, que optava pela anulação do processo e a integração do litisconsorte passivo. Considerava inaplicável o art. 249, § 2.º, do CPC, entre outras razões, porque eventual alteração posterior do resultado de mérito, possível no plano recursal, poderia gerar maior dano.

A essa crítica podia-se contrapor o mesmo argumento. É possível que a decisão seja mantida, o que implicará substancial economia de tempo e dinheiro.

Talvez não se deva, em relação ao tema, adotar posição inflexível. Se a hipótese versar questão exclusivamente de direito, por exemplo, a integração do polo passivo pelo litisconsorte necessário não influirá tanto no procedimento, pois até então poucos foram os atos praticados e quase nada deverá ser anulado. Mas se pensarmos em processo que se desenvolve há muito tempo, com complexa atividade probatória já realizada, a improcedência afigura-se alternativa mais razoável, ainda que presente o risco da inversão do resultado.

De qualquer forma, não se pode excluir de plano a opção pelo julgamento de mérito, apesar da ausência do litisconsorte necessário. Superam-se,

portanto, duas questões processuais: a carência da ação e a nulidade. Nenhuma delas constitui óbice à sentença de mérito, visto que a solução dada ao litígio favorece aquele cuja presença no processo era obrigatória. Sua ausência não impediu que o instrumento proporcionasse o resultado desejado – conclusão a que se chega apenas depois de conhecido o teor do julgamento de mérito. Se procedente o pedido, jamais poderia o juiz deixar de anular o processo e adotar a providência prevista no art. 115, parágrafo único.

A sentença de improcedência será válida, visto que, tendo em vista seu conteúdo, os vícios processuais tornaram-se irrelevantes. Será também plenamente eficaz em relação às partes e a terceiros, estes não vinculados apenas à imutabilidade decorrente da coisa julgada material. Tratando-se de rejeição do pedido, todavia, não terá o terceiro, que deveria ter figurado como litisconsorte passivo, interesse em impugnar o resultado.

A solução aqui proposta encontra amparo na disposição expressa do art. 282, § 2.º.

Tais conclusões aplicam-se também à hipótese em que o vício é detectado no plano recursal. Julgado improcedente o pedido, o autor apela e o tribunal verifica a ausência de litisconsorte necessário. Só deverá reconhecer a nulidade do processo ou a carência da ação se o resultado de mérito for favorável ao apelante. Caso contrário melhor será negar provimento ao recurso, ignorando as falhas de natureza processual.

Por isso, insiste-se na tese de que muitas vezes será preciso ir ao mérito para decidir sobre a relevância do vício processual.

É possível que a resistência em aceitar a alternativa proposta esteja muito mais ligada ao dogma da precedência obrigatória do exame da matéria preliminar e da impossibilidade de julgamento do mérito se presentes determinados óbices processuais. Tais ideias, todavia, são rejeitadas de modo inequívoco pelo legislador. A análise do litisconsórcio necessário e a defesa da solução consubstanciada no julgamento de mérito, apesar de não integrado o polo passivo por todos os que deveriam ocupá-lo, destinam-se a demonstrar a inconsistência do entendimento contrário. Às vezes somente a análise do mérito permite ao juiz concluir pela relevância, ou não, de determinado vício processual.

Transitada em julgado a sentença de improcedência, não poderá o autor deduzir novamente a pretensão, mesmo em face do litisconsorte necessário não citado, pois ele teria de incluir no polo passivo o outro, já beneficiado pela rejeição do pedido no processo anterior. E este correu poderia arguir em defesa a existência de coisa julgada. Como o processo não pode prosseguir sem a presença de todos os litisconsortes necessários, não há alternativa senão sua extinção sem exame do mérito.

Por tais fundamentos, rejeita-se a interpretação literal do art. 115, I, do CPC, que considera nula a sentença se não adotada a providência ali determinada. Em conformidade com as premissas aqui estabelecidas, essa consequência somente se verifica se o litisconsorte ausente for prejudicado pelo resultado do processo.

A rigor, aliás, o problema também não deveria ser tratado no plano da eficácia, como fez o legislador no art. 115, II, pois o litisconsorte necessário não citado é terceiro e, como todos os que se encontram nessa situação, não está sujeito à coisa julgada, embora tenha de suportar os efeitos da sentença.

Pelas mesmas razões não pode ser aceita a tese da inexistência do processo e da sentença pela não citação do litisconsorte necessário. Embora existentes e eficazes, pode o terceiro, que deveria ter integrado o polo passivo da demanda, impugnar o resultado a qualquer momento e pela via que escolher.

Ainda que aceitos todos os argumentos contrários ao julgamento de mérito se ausente um dos litisconsortes necessários, a situação pode ocorrer. Estaríamos diante de sentença nula ou ineficaz, nos termos do art. 115, I e II. Mas, e se o julgamento favorecer a situação jurídica do réu não citado? Compreensão literal do dispositivo pode levar a soluções frontalmente contrárias ao princípio da economia.

Para reafirmar essa conclusão, passa-se ao plano concreto. O recurso a exemplos ajuda o raciocínio, desde que plausível a situação imaginada. Se não, em nada contribui para confirmação do postulado estabelecido em caráter abstrato.

Atento a essa exigência, imagina-se hipótese perfeitamente factível. Devedor considera nulo o contrato firmado com dois cocredores. Propõe ação com pedido de tutela declaratória, mas indica apenas um deles para figurar no polo passivo. O vício passa despercebido e a pretensão é julgada improcedente. A sentença transita em julgado e esgota-se o biênio em que ela era passível de rescisão. Qualquer problema relacionado à técnica processual torna-se, nesse momento, absolutamente irrelevante.

Pois bem. Para assegurar a legitimidade conjunta obrigatória, e consciente de que o sistema das nulidades processuais é insuficiente para impedir que o ato processual produza efeitos, o legislador valeu-se da ineficácia. Daí a regra do art. 115, II, aplicável apenas ao litisconsórcio necessário-comum. Essa construção soluciona de forma absolutamente satisfatória o problema das sentenças contrárias ao interesse jurídico-material do terceiro. Formulada em caráter genérico, todavia, incidiria também nas situações em que a sentença seja favorável ao réu e, conseqüentemente, a quem deveria ter sido litisconsorte passivo.

O mais grave, todavia, encontra-se na situação regulada pelo art. 115, I. Se a relação for incidível, a ausência do litisconsórcio implica nulidade da

sentença. Indaga-se: transitada em julgado e decorrido o prazo da rescisória, ela tornar-se-ia válida e eficaz, inclusive para o terceiro não citado? Se o objetivo é preservar a incindibilidade da relação de direito material, a sentença deveria absolutamente ineficaz, ainda que sanado o vício processual com a coisa julgada e o decurso do prazo para a rescisória.

Assim, sempre que o julgamento seja favorável ao litisconsorte necessário não chamado ao processo, deve ser admitida a validade e a eficácia, não obstante a regra do art. 115. Sua incidência aqui iria de encontro ao princípio da economia processual e à própria instrumentalidade do processo. Afinal de contas, não há necessidade de preservar dos efeitos do processo quem não participou do contraditório, pois ele foi favorecido pelo julgamento. Também não há risco para a incindibilidade da situação de direito material, visto que o terceiro não tem interesse em discutir a sentença. Fica plenamente preservada, portanto, a finalidade visada pelo legislador ao instituir o litisconsórcio necessário unitário. Não há perigo de sucessivas demandas, com decisões praticamente incompatíveis com aquela proferida na ausência do litisconsorte necessário.

Este, na verdade, seria um falso problema, pois, proferida sentença de mérito, ou os litisconsortes ausentes aceitam o resultado e se submetem aos efeitos da decisão, ou podem propor demandas visando a afastar essa eficácia.

Se examinado pelo ângulo daqueles que não integraram o contraditório, evidentemente não há problema a ser solucionado. Eles somente aceitarão os efeitos substanciais da sentença se o julgamento os favorecer. Caso contrário, como não estão sujeitos à imutabilidade, poderão impugná-lo.

Mas se a nulidade e a ineficácia forem insanáveis, o autor poderá propor nova demanda, agora com a presença de todos os litisconsortes necessários. Por isso, preferível restringir o alcance da regra legal, para impedir seja renovado o pedido já julgado definitivamente, com decisão favorável a um deles e extensiva aos ausentes. Tal conclusão somente será admissível se a sentença for dotada de eficácia.

9. AUTONOMIA DOS LITISCONSORTES

Vigora, em relação ao litisconsórcio, a regra da autonomia, ou seja, embora reunidos no mesmo polo, cada um é considerado como litigante independente, não podendo seus atos beneficiar ou prejudicar o outro.⁹

9. Art. 117. Os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, exceto no litisconsórcio unitário, caso em que os atos e as omissões de um não prejudicarão os outros, mas os poderão beneficiar.

Assim, se um deles recorre e o outro não, eventual provimento somente atingirá a situação processual do recorrente. Na mesma medida, a renúncia ao direito, o reconhecimento do pedido e a desistência dizem respeito tão-somente ao litisconsorte que manifestou a vontade.

Essa regra não se aplica, todavia, ao litisconsórcio unitário, cujo regime jurídico impõe sejam todos submetidos ao mesmo resultado final. Nessa medida, provido o recurso interposto por um, todos serão beneficiados.

Pela mesma razão, qualquer ato de disposição, como o reconhecimento do pedido, só será eficaz se praticado por todos. Como o resultado do processo, no plano material, deve ser idêntico para todos os litisconsortes, não há como admitir que tais atos, resultantes da vontade de um deles, produzam efeitos.

Ainda em consequência da unitariedade, são ineficazes atos de disposição da parte contrária, direcionados a um só dos litisconsortes. Inadmissível o reconhecimento do pedido em relação a um dos autores, bem como a desistência da ação ou a renúncia ao direito quanto a apenas um dos réus.

No litisconsórcio unitário, nenhum ato apto a determinar o resultado do processo ou mesmo o modo de seu desenvolvimento pode produzir efeitos sobre a esfera jurídica de um ou alguns dos litisconsórcios. Ou todos serão atingidos, ou nenhum o será.

Em síntese, a autonomia e independência dos litisconsortes está limitada ao litisconsórcio comum, ainda assim, com algumas exceções. Nada obsta que o juiz, à luz da contestação oferecida por um dos litisconsortes e em face do livre-convencimento, afaste o efeito da revelia em relação ao que não apresentou defesa.

O mesmo se pode dizer, por exemplo, em relação a recursos visando à anulação do processo, por vício insanável, como incompetência absoluta. Nesses casos, não há como reconhecê-la apenas em relação ao recorrente, pois o processo terá curso perante o juízo competente. O provimento do recurso atingirá todos os litisconsortes, inclusive os que não recorreram.

A regra da autonomia, além de conferir independência a cada litisconsorte, possibilita que ele, individualmente, pratique os atos destinados ao desenvolvimento do processo.¹⁰

Se necessário o pagamento de despesas relativas a diligência do oficial ou salário do perito, qualquer dos litisconsortes poderá fazê-lo, possibilitando o

10. Art. 118. Cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo, e todos devem ser intimados dos respectivos atos.

curso normal do procedimento. Os demais, ainda que não tenham participado, deverão ser intimados da realização do ato, para que possam tomar as providências que entenderem cabíveis.

Em síntese, a existência de litisconsórcio não obsta a autonomia e independência processual da parte, que não está vinculada à atividade da outra, possuindo liberdade para realizar atos processuais sozinha.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Estudo comparativo da intervenção de terceiros no atual sistema e no projeto do novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010), de Izabel Cristina Pinheiro Cardoso Pantaleão – *RePro* 213/261-278 (DTR\2012\450788); e
- Três velhos problemas do processo litisconsorcial à luz do CPC/2015, de Heitor Vitor Mendonça Sica – *RePro* 256/65-86 (DTR\2016\19765).

DIREITO INTERTEMPORAL NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E NA EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL

Intertemporal Law in executive proceedings of judicial and extrajudicial execution instruments

LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Doutor em Direito pela PUC-SP, com pós-doutorado pela Universidade de Lisboa.

Mestre em Direito pela UFPE.

Professor-adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE),
nos cursos de graduação, mestrado e doutorado.

ljcarneirodacunha@uol.com.br

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: No presente texto, busca-se analisar a aplicação do novo Código de Processo Civil aos processos pendentes, mais propriamente aos cumprimentos de sentença e às execuções fundadas em título executivo extrajudicial.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil – Direito intertemporal – Processo de execução e cumprimento de sentença.

ABSTRACT: This essay seeks to analyze the implementation of the new Civil Procedure Code to pending cases, more specifically the executive proceedings of judicial and extrajudicial execution instruments.

KEYWORDS: New Civil Procedure Code – Intertemporal Law – Executive proceedings.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito intertemporal no cumprimento da sentença e na execução fundada em título extrajudicial. 2.1. Breve histórico sobre a execução: do CPC/1973 ao CPC/2015. 2.2. Cumprimento da sentença contra a Fazenda Pública. 2.3. Novos títulos executivos. 2.4. Mudanças no procedimento do cumprimento de sentença. 2.5. Multa e honorários no cumprimento provisório de sentença. 2.6. Penhora de dinheiro e impugnação do executado ao bloqueio de ativos. 2.7. Meios destinados a postular a invalidação da arrematação. 2.8. Protesto de decisão judicial transitada em julgado.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 13.105, de 16 de março de 2015, aprovou o novo Código de Processo Civil brasileiro, revogando o anterior, que havia sido aprovado em 1973. O CPC/2015 já está em vigor e vem sendo aplicado.

Uma lei nova não pode ser aplicada retroativamente nem pode atingir ou prejudicar ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada. É antiga a regra segundo a qual a nova lei processual tem aplicação imediata, mas não se deve confundir aplicação imediata com aplicação retroativa.

O CPC/2015 contém textos normativos novos, não constantes do CPC/1973. Cumpre lembrar, todavia, que texto e norma não se confundem. Há normas novas, que passam a existir a partir do novo Código, mas o novo Código também contém enunciados normativos que, embora novos, não inovam normativamente o processo civil brasileiro. O CPC/2015 contém textos novos, mas deles não decorrem normas novas. O § 3.º do art. 1.023 do novo Código, por exemplo, ao determinar a intimação da parte contrária para responder a embargos de declaração quando houver potencial risco de modificação da decisão embargada, confirma o que já se defendia amplamente na doutrina e na jurisprudência dos tribunais brasileiros: a regra que impõe intimação da parte contrária decorre do texto constitucional que assegura o contraditório.

O que é novo aí é o texto normativo, e não a norma. Esta já existia. Com o novo Código, passou a haver um texto normativo que reforça a norma que se construía a partir do texto constitucional. Rigorosamente, não há uma novidade. A novidade é a existência de uma nova incidência. Em tal exemplo há, a partir de agora, dupla incidência: a intimação da parte contrária decorre de texto constitucional e, igualmente, do enunciado normativo contido no § 3.º do art. 1.023 do CPC/2015.

Não é ocioso lembrar que a *interpretação* é o ato ou a atividade que consiste na determinação daquilo que terá sido compreendido de um texto. A finalidade da interpretação é obter o *significado*, que, por sua vez, é o que se compreende de um texto ou enunciado. Interpreta-se para ter-se o *significado* do texto. Obtido o *significado* do enunciado, tem-se a sua *compreensão*. Da interpretação de textos normativos extraem-se ou constroem-se normas jurídicas.

O CPC/2015 contém, por outro lado, alguns textos normativos com a mesma redação de textos normativos contidos no CPC/1973. A identidade dos textos não significa que as normas serão as mesmas, pois sua interpretação parte de contextos diferentes. Os textos contidos no CPC/2015 devem ser interpretados no contexto do sistema nele contido.

Enfim, o novo Código apresenta novidades, a repercutir nos processos judiciais. O novo Código não poderá ser aplicado aos processos findos nem repercutirá nos atos já realizados e consumados. Terá aplicação aos processos futuros e aos atos processuais que ainda não foram praticados.

Há, porém, a necessidade de investigar a aplicação do CPC/2015 aos processos pendentes.

No presente texto, pretende-se investigar a aplicabilidade do novo Código aos processos pendentes, mais propriamente aos cumprimentos de sentença e às execuções fundadas em título executivo extrajudicial.

2. DIREITO INTERTEMPORAL NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA E NA EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL

2.1. Breve histórico sobre a execução: do CPC/1973 ao CPC/2015

O Código de Processo Civil de 1973, em sua estrutura originária, unificou as execuções. Independentemente de estar fundada em título judicial ou em título extrajudicial, a execução submetia-se ao mesmo procedimento: o executado era citado para, em 24 (vinte e quatro) horas, pagar ou nomear bens à penhora.

Feita a penhora de bens, o executado era intimado, iniciando-se o prazo de 10 (dez) dias para oposição de embargos à execução, que suspendiam o curso da execução. Os embargos eram julgados por sentença, da qual cabia apelação. Rejeitados os embargos, a apelação era desprovida de efeito suspensivo (CPC/1973, art. 520, V). Acolhidos que fossem, a apelação ostentava o duplo efeito.

Basicamente, a diferença que havia entre a execução fundada em título judicial e a execução fundada em título extrajudicial residia no objeto dos embargos do devedor. Se o título fosse judicial, o executado somente poderia alegar, em seus embargos, as matérias relacionadas no art. 741 do CPC/1973. Em se tratando de execução fundada em título extrajudicial, não havia limitação, podendo o executado alegar toda e qualquer matéria (CPC/1973, art. 745).

Significa, então, que a defesa do executado, independentemente de a execução fundar-se em título judicial ou extrajudicial, era feita, na concepção originária do CPC/1973, por meio de embargos, que ostentam a natureza de ação.

Pela estrutura originária do CPC/1973, a execução sempre constituiu um processo autônomo, regulado em Livro próprio (o Livro II do CPC/1973).

Com o advento da Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, deixou de existir processo autônomo de execução fundada em título judicial, devendo a sentença

ser objeto de simples cumprimento. Tal sistemática não atingia a execução proposta em face da Fazenda Pública. Esta continuou sendo uma execução autônoma, cabendo embargos do devedor, cuja natureza de ação manteve-se. Aliás, o art. 741 do CPC/1973 passou a tratar dos embargos à execução opostos pela Fazenda Pública. Este dispositivo – juntamente com os arts. 730 e 731, os quais não foram alterados – estava no Livro II do CPC, que tratava do processo (autônomo) de execução. Os demais dispositivos – que tratavam da execução fundada em título judicial – foram revogados, sendo, muitos, transplantados para o Livro I do CPC/1973 (arts. 475-A ao 475-R), que trata do processo de conhecimento, de sorte que o cumprimento da sentença deixou de gerar um processo autônomo de execução. Na execução contra a Fazenda Pública, continuou a regra antiga: havia processo autônomo de execução, disciplinado no Livro II do CPC, mais precisamente nos arts. 730 e 731, passando o art. 741 a cuidar dos embargos opostos pela Fazenda Pública, relacionando as matérias que podiam ser versadas em tais embargos.

Por aí já se vê que, a partir de mudanças levadas a efeito em 2005, passaram a variar os tipos de execução, a depender do título executivo. Se o título fosse judicial, adotava-se a sistemática do cumprimento de sentença, com o procedimento previsto a partir do art. 475-J do CPC/1973. Em se tratando de título extrajudicial, a execução manteve a disciplina prevista no Livro II do Código de 1973, inaugurando um processo autônomo. Na execução contra a Fazenda Pública, independentemente de qual fosse o título executivo, havia regimento próprio, ajustado à sistemática constitucional do precatório ou da requisição de pequeno valor.

Em cada tipo de execução, o executado podia defender-se. No cumprimento da sentença, a defesa do executado fazia-se mediante impugnação (CPC/1973, arts. 475-L e 475-M). Na execução de título extrajudicial, o executado defendia-se pelos embargos à execução (CPC/1973, arts. 736 ao 745). A Fazenda Pública, nas execuções contra ela propostas, defendia-se igualmente por embargos (CPC/1973, arts. 730 e 741).

A distinção que passou a ser feita a partir de 2005 entre cumprimento de sentença e execução fundada em título extrajudicial foi mantida no CPC/2015, que a estendeu para as execuções propostas contra a Fazenda Pública. A execução contra a Fazenda Pública pode fundar-se em título judicial ou em título extrajudicial. Quando o título for judicial, há cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública (CPC/2015, arts. 534 e 535). Sendo extrajudicial, propõe-se a execução disciplinada no art. 910 do CPC/2015. Tanto numa como noutra, é necessário observar o regime de precatórios ou de requisição de pequeno valor – RPV, previsto no art. 100 da Constituição.

Além disso, o CPC/2015 modificou alguns títulos executivos. O crédito de auxiliar da justiça, aprovado por decisão judicial, era, no CPC/1973 (art. 585, VI), um título executivo extrajudicial. No CPC/2015 (art. 515, V), passou a ser um título judicial. O crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício e a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas passaram a ser, expressamente, títulos executivos extrajudiciais no CPC/2015 (art. 784, X e XI).

Também houve modificações no procedimento do cumprimento da sentença, bem como nos meios expropriatórios.

Cumprir examinar o direito intertemporal nessas hipóteses.

2.2. *Cumprimento da sentença contra a Fazenda Pública*

Já se viu que, no CPC/2015, a execução contra a Fazenda Pública pode fundar-se em título judicial ou em título extrajudicial. Quando o título for judicial, há cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública (arts. 534 e 535). Sendo extrajudicial, propõe-se a execução disciplinada no art. 910. Tanto numa como noutra, é necessário observar o regime de precatórios ou de requisição de pequeno valor – RPV –, previsto no art. 100 da Constituição.

O cumprimento de sentença constitui uma fase do processo. O processo, que é um só, divide-se em duas fases: a de accertamento e a de cumprimento.

Não é, rigorosamente, apropriado falar em *fase* de cumprimento de sentença nos casos de obrigações de fazer, não fazer e dar coisa, pois a decisão esgota a tutela dessas situações jurídicas.

A fase de cumprimento ocorre, única e exclusivamente, para a execução de decisões que reconhecem obrigação de pagar quantia, pois nelas não se tutela satisfativamente o direito reconhecido. Nos casos de sentença condenatória de obrigação de pagar, haverá, então, outra fase, que é a do cumprimento de sentença.

O cumprimento de sentença que pretende o pagamento de quantia certa há de ser requerido pelo exequente, a quem cabe apresentar memória de cálculo contendo os elementos relacionados no art. 534 do CPC. Nos casos de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa, não se aplica o art. 534, aplicando-se as regras gerais dos arts. 536 e 538.

Não há qualquer peculiaridade no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública quando se tratar de obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa. A peculiaridade – com incidência dos arts. 534 e 535 – está apenas quando

a obrigação for de pagar quantia certa, atraindo, igualmente, a incidência do art. 100 da Constituição.

Diante das particularidades impostas pelo art. 100 da Constituição, o procedimento comum do cumprimento de sentença não se aplica à Fazenda Pública. Esta é executada por meio de um procedimento especial de cumprimento de sentença, regulado nos arts. 534 e 535 do CPC. Sendo a Fazenda Pública condenada ao pagamento de quantia certa, sua efetivação ou execução faz-se mediante cumprimento de sentença, regulado que está nos arts. 534 e 535 do CPC. O procedimento comum do cumprimento de sentença não se aplica à Fazenda Pública. A sentença que condená-la pode, contudo, ser ilíquida, devendo, em razão disso, ser objeto de uma liquidação para, somente depois, poder ser executada.

Antes, porém, quando ainda estava vigente o CPC/1973, a execução fundada em título judicial contra a Fazenda Pública fazia-se do mesmo modo que a execução fundada em título extrajudicial: ela era citada para, em 30 (trinta) dias, apresentar embargos. Depois de todo o procedimento dos embargos, expedia-se o precatório ou a requisição de pequeno valor.

Se, ao ter início a vigência do CPC/2015, a Fazenda Pública já tiver sido executada e citada para opor embargos, foi instaurado um processo autônomo, com formação e complementação da relação processual. Iniciado o processo e formada a relação processual, o processo há de prosseguir até o final, encerrando-se por sentença. Nesse caso, aplica-se aqui a mesma regra prevista no § 1.º do art. 1.046 do CPC/2015 para os procedimentos especiais: devem prosseguir até a sentença com a disciplina prevista no CPC/1973. Afinal, a execução contra a Fazenda Pública é, rigorosamente, um procedimento especial. É um procedimento especial de execução, mas é um procedimento especial. A razão que justifica o § 1.º do art. 1.046 do CPC/2015 encontra-se igualmente aqui presente. Nesse caso, a Fazenda Pública, tendo sido citada para oferecer embargos, deverá fazê-lo no prazo de 30 (trinta) dias, apoiando-se no art. 730 do CPC/1973.

Caso, entretanto, tenha sido ajuizada, ainda sob a vigência do CPC/1973, a execução contra a Fazenda Pública, mas ainda não tenha havido sua citação, poderá o exequente ajustar sua petição inicial, transformando-a no requerimento a que alude o art. 534 do CPC/2015 para que, então, seja instaurado, não uma execução contra a Fazenda Pública, mas um cumprimento de sentença. Nesse caso, a Fazenda Pública não será citada, mas intimada; não irá opor embargos à execução, mas impugnação ao cumprimento da sentença, sujeitando-se ao disposto no art. 535 do CPC/2015.

2.3. *Novos títulos executivos*

De acordo com o inc. V do art. 515 do CPC/2015, é título executivo judicial “o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial”, sendo certo que o termo *auxiliar da justiça* compreende o serventuário da justiça, o escrivão, o chefe de secretaria, o perito, o oficial de justiça, o intérprete, o tradutor, o depositário, o administrador, o conciliador, o mediador, o leiloeiro, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias (CPC, art. 149).

No CPC/1973, tal crédito constava do rol de títulos executivos extrajudiciais. No CPC/2015, trata-se de título executivo judicial. Para que o crédito se enquadre no *tipo legal*, é preciso que seja aprovado por *decisão judicial*. Não havendo a aprovação judicial, não haverá o título executivo. Quer isso dizer que o título executivo é a *decisão judicial* que aprova as custas, os emolumentos ou os honorários. O título é, então, judicial, submetendo-se ao procedimento do cumprimento da sentença.

As custas, os emolumentos e os honorários dos auxiliares da justiça são, em princípio, antecipados pelas partes. Com efeito, as despesas devem ser pagas antecipadamente, tal como dispõem o art. 82, e seu § 1.º, e o art. 88, ambos do CPC/2015. Em princípio, não haveria custas ou emolumentos a ser aprovados por decisão judicial para que se propusesse, posteriormente, um cumprimento da sentença. É possível, porém, que haja alguma diferença a ser paga, cujo valor tenha sido aprovado pelo juiz, desencadeando a propositura do cumprimento da sentença para que se cobre tal diferença.

Quanto aos honorários do perito, o juiz, na dicção do § 1.º do art. 95 do CPC/2015, pode determinar que a parte responsável pelo pagamento deposite o valor correspondente a tal remuneração. Feito o depósito, não há decisão posterior que aprove o valor, não havendo que se cogitar de um cumprimento de sentença a ser ajuizado. É possível, todavia, que o juiz não tenha determinado o depósito prévio do valor dos honorários do perito já fixados por decisão. Realizada a perícia, e não efetuado o pagamento dos honorários do perito, a decisão que os fixou, que é título executivo *judicial*, poderá render ensejo a um cumprimento da sentença.

Se a decisão do juiz, aprovando os emolumentos ou honorários, foi proferida sob a vigência do CPC/1973, mas ainda não executada, a parte deve, já na vigência do CPC/2015, valer-se de um cumprimento de sentença ou de uma execução fundada em título extrajudicial?

A qualidade do título deve ser verificada no momento da propositura da demanda. Se o título, quando formado era extrajudicial, mas agora, quando

do ajuizamento da execução, for judicial, deve a parte propor cumprimento de sentença, e não execução fundada em título extrajudicial. É que o título não é mais extrajudicial; passou a ser judicial. O que cabe é um cumprimento de sentença.

A propósito, cabe ceder a palavra a Galeno Lacerda, que assim esclarece: “As modificações na eficácia processual da ação aplicam-se desde logo, embora os títulos sejam de data anterior à lei nova, desde que as ações se proponham depois da vigência do Código”.¹

Por sua vez, o art. 784 do CPC/2015 prevê, em seus incs. X e XI, que são títulos executivos extrajudiciais

“X – o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas;”

“XI – a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei;”

A previsão do inc. XI é uma novidade. Não havia essa previsão antes. O CPC/1973 não previa esse título executivo.

Quanto à hipótese do inc. X, convém compará-la com o disposto no inc. V do art. 585 do CPC/1973, que dispunha ser título executivo extrajudicial “o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio”. Essa era a redação do dispositivo, determinada pela Lei 11.382/2006, substituindo a antiga previsão de que era título executivo extrajudicial o “aluguel ou renda de imóvel, bem como encargo de condomínio desde que comprovado por contrato escrito”.

Durante a vigência do CPC/1973, havia uma polêmica a respeito da abrangência do dispositivo. Questionava-se se ele também permitia que o *condomínio* executasse o *condômino*. Se o condômino não pagasse os encargos devidos, o condomínio deveria propor uma ação de conhecimento, pelo rito sumário (CPC/1973, art. 275, II, *b*), a fim de obter o título executivo para, somente então, executá-lo, ou já poderia promover a execução, fundando-se no inciso V do art. 585 do CPC/1973?²

1. Ob. cit., p. 61.

2. Sobre a polêmica, com a opinião de que seria possível a execução do condomínio contra o condômino, conferir, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da;

O CPC/2015, no seu art. 784, X, elimina qualquer polêmica e deixa evidente que cabe, sim, a execução proposta por condomínio contra condômino, pois há ali um título executivo extrajudicial.

Ainda que a certidão prevista no inc. XI e o documento previsto no inc. X, ambos do art. 784 do CPC/2015, tenham sido constituídos durante a vigência do CPC/1973, será possível propor, já na vigência do CPC/2015, a execução fundada em título extrajudicial. Não importa a data a formação ou constituição do título, mas o momento da propositura da execução. A certidão ou o documento deve ser título quando do ajuizamento da execução; deve-se observar a lei em vigor no momento em que for proposta a execução.

A esse respeito, cumpre lembrar o Enunciado 527 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os créditos referidos no art. 515, inc. V, e no art. 784, incs. X e XI do CPC/2015 constituídos ao tempo do CPC/1973 são passíveis de execução de título judicial e extrajudicial, respectivamente”.

2.4. *Mudanças no procedimento do cumprimento de sentença*

O CPC/2015 manteve o modelo instituído pela Lei 11.232/2005 no CPC/1973. Significa que, no CPC/2015, variam os tipos de execução, a depender do título executivo. Se o título for judicial, adota-se a sistemática do cumprimento de sentença, com o procedimento previsto a partir do art. 523 do CPC. Tratando-se de título extrajudicial, a execução mantém a disciplina prevista no Livro que regula o processo de execução. Em cada tipo de execução, o executado pode defender-se. No cumprimento da sentença, a defesa do executado faz-se mediante impugnação (CPC, art. 525). Na execução de título extrajudicial, o executado defende-se pelos embargos à execução (CPC, arts. 914 e 915).

Condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, o devedor deve efetuar o pagamento no prazo de 15 (quinze) dias, depois de intimado a partir de requerimento formulado pelo credor. Não efetuado o pagamento nesse prazo, o valor da condenação será acrescido de multa de 10% (dez por cento) e, independentemente de nova intimação, já tem início outro prazo de 15 (quinze) dias para o oferecimento de impugnação.

Não é necessária penhora nem garantia do juízo para o oferecimento da impugnação. A penhora não constitui requisito necessário e suficiente ao

BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 5, p. 188-190.

ajuizamento da impugnação; deve ser ajuizada no prazo legal, sob pena de preclusão.

Decorrido prazo de 15 (quinze) dias para pagamento voluntário, sem que este seja realizado, já se inicia novo prazo de 15 (quinze) dias, sem a necessidade de nova intimação, para que o executado apresente sua impugnação. Intimado numa das formas previstas no § 2.º do art. 513 do CPC, o executado terá 30 (trinta) dias para apresentar sua impugnação. Em outras palavras, a impugnação pode ser apresentada em até 30 (trinta) dias, a contar da intimação feita ao executado numa das formas previstas no § 2.º do art. 513 do CPC. O primeiro período de 15 (quinze) dias destina-se ao pagamento. Não efetuado este, tem início automaticamente o prazo de mais 15 (quinze) dias para o oferecimento da impugnação.

Não é ocioso lembrar que o tais prazos são contados em dias úteis, nos termos do art. 219 do CPC.

Se houver mais de um executado com procuradores diferentes, de escritórios de advocacia distintos, o prazo para impugnação será contado em dobro (CPC, art. 229), sendo certo que a contagem em dobro não se aplica se o cumprimento da sentença tramitar em autos eletrônicos (CPC, art. 229, § 2.º).

No CPC/1973, seu art. 475-J estabelecia que o executado tinha 15 (quinze) dias para efetuar o pagamento, sob pena de multa de 10% (dez por cento). Passado esse prazo sem pagamento, o juiz deveria aguardar requerimento do exequente para determinar a realização de penhora. Feita a penhora, o executado seria intimado para, então, impugnar o cumprimento da sentença em 15 (quinze) dias.

Há, como se vê, uma diferença procedimental no cumprimento de sentença previsto no Código revogado para o cumprimento de sentença regulado pelo novo Código. No CPC/2015, os dois prazos de 15 (quinze) dias são sucessivos: terminado um já inicia o outro. No CPC/1973, o segundo prazo somente teria início depois de feita a intimação da penhora; era preciso que houvesse penhora e, depois, intimação do executado para, somente então, ter início o segundo prazo de 15 (quinze) dias.

Assim, terminado, na vigência do CPC/1973, o primeiro prazo de 15 (quinze) dias (destinado ao pagamento do valor a que fora condenado o executado), não será mais possível aplicar o novo CPC quando de sua entrada em vigor. Se aquele prazo já se encerrou, o executado deve aguardar a intimação para o início do segundo prazo de 15 (quinze) dias (destinado ao oferecimento da impugnação).³

3. Nesse sentido, o Enunciado 530 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Após a entrada em vigor do CPC/2015, o juiz deve intimar o executado para apre-

Se não teve início qualquer prazo, nem o primeiro nem o segundo, e o novo Código entrou em vigor, os 2 (dois) prazos terão início já na vigência do CPC/2015, aplicando as regras nele previstas: os 2 (dois) prazos serão sucessivos; terminado um, começa o outro, independentemente de intimação do executado. Em outras palavras, o segundo prazo (destinado à apresentação de impugnação) tem início assim que terminado o primeiro prazo (destinado ao pagamento), sem que seja necessária intimação do executado.

Caso, porém, o novo Código entre em vigor quando já em curso o primeiro prazo de 15 (quinze) dias (destinado ao pagamento), mas ainda não encerrado, a nova regra aplica-se imediatamente: encerrado o primeiro prazo, o segundo (agora destinado à apresentação de impugnação) já tem início, independentemente de intimação do execução ou de garantia do juízo, sendo que o segundo, por ter início na vigência da nova lei, deve, na sua contagem, computar apenas os dias úteis.

2.5. *Multa e honorários no cumprimento provisório de sentença*

Interpretando os textos normativos do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento segundo o qual a multa de 10% (dez por cento) pelo inadimplemento da condenação imposta na sentença não incide na execução provisória.⁴

De igual modo, o STJ entendeu que, na execução provisória, não há honorários de sucumbência. Com efeito, na época em que vigorava o CPC/1973, a jurisprudência do STJ consolidou-se “no sentido de ser incabível, na execução provisória, o arbitramento de honorários advocatícios em favor do exequente e a incidência da multa prevista no art. 475-J do CPC.”⁵

O art. 520, § 2.º, do CPC/2015 dispõe que “A multa e os honorários a que se refere o § 1.º do art. 523 são devidos no cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa”.

sentar impugnação ao cumprimento de sentença, em quinze dias, ainda que sem depósito, penhora ou caução, caso tenha transcorrido o prazo para cumprimento espontâneo da obrigação na vigência do CPC/1973 e não tenha àquele tempo garantido o juízo”.

4. STJ, 2.ª T., REsp 1.100.658/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 07.05.2009, *DJe* 21.05.2009; STJ, 4.ª T., AgRg no REsp 1.181.611/RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 05.02.2013, *DJe* 04.03.2013.
5. STJ, 4.ª T., AgRg no AREsp 356.642/RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 09.12.2014, *DJe* 12.12.2014.

Como se vê, com o novo Código, passam a incidir, no cumprimento provisório da sentença, uma multa e honorários de advogado, considerados devidos durante a vigência do antigo Código. É preciso, então, investigar a aplicação intertemporal dessas novas regras.

O entendimento do STJ, vale repetir, considerava incompatível a multa de 10% (dez por cento) com a sistemática do cumprimento provisório da sentença. Ora, se não incidia a multa, então o executado não era intimado para pagar no prazo de 15 (quinze) dias. O cumprimento provisório já se iniciava sem aquele prazo inicial de 15 (quinze) dias para pagamento. Requerido o cumprimento provisório, o juiz já determinava a realização de penhora. Feita a penhora, o executado seria intimado para apresentar sua impugnação.

Se, ainda na vigência do CPC/1973, o juiz já determinou a realização de penhora e esta já foi realizada, não há mais como reabrir o prazo de 15 (quinze) dias para pagamento, não havendo mais como incidir a multa de 10% (dez por cento). Sobrevindo o novo Código, não há mais como retroagir para desconsiderar a determinação de penhora, nem para desfazê-la, sob pena de atingir ato jurídico perfeito e direito adquirido. Se, porém, o juiz ainda não despachou, não ordenando a realização de penhora, deverá, agora na vigência do novo Código, ainda que o requerimento de cumprimento provisório da sentença tenha sido feito sob a vigência do Código revogado, determinar que o executado seja intimado para depositar o valor no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa de 10% (dez por cento).

Apresentado o requerimento sob a vigência do CPC revogado, não é possível fazer incidir honorários. Não havia, no regime anterior, previsão de honorários de advogado no cumprimento provisório da sentença. Logo, não é possível impor honorários nesse caso. Os honorários somente serão devidos nos cumprimentos provisórios requeridos já na vigência do novo Código, sob pena de aplicação retroativa do § 2.º do art. 520 do novo Código.

2.6. Penhora de dinheiro e impugnação do executado ao bloqueio de ativos

Para que se determine a penhora *on-line*, é preciso que haja requerimento do exequente. Noutros termos, a penhora *on-line* não pode ser determinada de ofício, devendo ser requerida pelo exequente. O art. 655-A do CPC/1973 assim dispunha:

“Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo

no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução”.

O art. 854 do CPC/2015 manteve a previsão, acrescentando que, antes mesmo de ocorrer a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, *sem dar ciência prévia do ato ao executado*, determinará o bloqueio dos valores a serem penhorados, tornando-os indisponíveis.

Ainda nos termos do art. 854 do CPC/2015, tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado – e ainda antes de haver propriamente a penhora – este será intimado, na pessoa de seu advogado, ou, caso não o tenha, pessoalmente, para, no prazo de 5 (cinco) dias, comprovar que (a) as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis; ou (b) ainda permanece indisponibilidade excessiva de ativos financeiros. Acolhida qualquer uma dessas arguições, o juiz determinará o cancelamento da indisponibilidade irregular ou excessiva, a ser cumprido pela instituição financeira em 24 (vinte e quatro) horas. Se, porém, for rejeitada a manifestação do executado ou se ele não se manifestar naquele prazo de 5 (cinco) dias, a indisponibilidade será convertida em penhora, sem necessidade de lavratura de termo, devendo o juiz determinar à instituição financeira depositária que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, transfira o montante indisponível para conta vinculada ao juízo da execução.

Da decisão que rejeitar a manifestação do executado cabe Agravo de Instrumento (CPC, art. 1.015, parágrafo único). Mantida a rejeição, não é mais possível ao executado insurgir-se contra a penhora de dinheiro realizada, tendo a decisão se estabilizado. De igual modo, não havendo manifestação do executado, não lhe será mais possível questionar a penhora em dinheiro: terá havido preclusão temporal. Não questionada, no prazo de 5 (cinco) dias (CPC, art. 854, § 3.º), a indisponibilidade dos valores mantidos em depósito ou aplicação financeira, haverá sua conversão em penhora, operando-se a preclusão para questionar o excesso da penhora ou a impenhorabilidade dos valores constrictos.

Se, ao entrar em vigor o novo Código, o juiz já tiver determinado a penhora *on-line* e ela já tiver sido realizada, sem que se tenha ainda iniciado o prazo para impugnação (no cumprimento de sentença) ou embargos (na execução fundada em título extrajudicial), cabe-lhe aplicar imediatamente a nova regra e determinar a intimação do executado para que ele se manifeste no prazo de 5 (cinco) dias, aplicando-se o disposto no art. 854, § 3.º, do CPC/2015. A aplicação imediata se impõe, sem que haja qualquer atingimento a ato jurídico perfeito, a direito adquirido ou a coisa julgada.

A nova regra igualmente se aplica se o juiz ainda não tiver determinado o bloqueio dos ativos ou depósitos ou se, ainda que tenha determinado, não tiver sido efetivado.

Só não será aplicada a nova regra se já tiver iniciado o prazo para apresentação de impugnação ao cumprimento de sentença pelo executado, pois é ali que ele deve alegar a impenhorabilidade ou o excesso; já terá, aliás, o bloqueio sido convertido em penhora.

No caso da execução fundada em título extrajudicial, os embargos, no CPC/1973, a partir das mudanças levadas a efeito em 2006, já não dependiam da garantia do juízo. Logo, o simples fato de já ter iniciado o prazo para embargos não afasta a aplicação imediata do art. 854, § 3.º, do CPC/2015. Mesmo que o prazo já tenha início ou ainda que já se tenham apresentado embargos à execução, é possível que o bloqueio de depósitos em dinheiro ou de ativos financeiros seja feito posteriormente. Caso assim ocorra, o executado haverá de ser intimado para manifestar-se nos termos do citado art. 854, § 3.º, do novo Código.

2.7. Meios destinados a postular a invalidação da arrematação

Assinado o respectivo auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretroatável (CPC, art. 903). O aperfeiçoamento da arrematação deixa-a imune a ataques, impugnações ou questionamentos. A arrematação pode, porém, ser invalidada, quando realizada por preço vil ou quando tiver algum outro vício intrínseco (CPC, art. 903, § 1.º, I), a exemplo de quando for realizada por pessoa impedida de participar do leilão (CPC, art. 890). Os vícios no procedimento, ou vícios extrínsecos, ou erros no edital não invalidam a arrematação.

O vício intrínseco da arrematação pode ser alegado em até 10 (dez) dias após o aperfeiçoamento da arrematação por simples petição nos próprios autos da execução (CPC, art. 903, § 2.º). Recebida a petição, o juiz, em atenção ao contraditório (CPC, arts. 9.º e 10), deverá determinar a intimação dos interessados, sobretudo do arrematante, para que se manifestem a respeito. Não há previsão legal quanto ao prazo para essa manifestação. O juiz deve, então, fixar o prazo (CPC, art. 218, § 1.º); caso não o faça, será de 5 (cinco) dias (CPC, art. 218, § 3.º).⁶

6. Luís Guilherme Aidar Bondioli, invocando o princípio da isonomia, defende que o prazo para manifestação deve ser de 10 (dez) dias (Comentários ao art. 903. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). *Comentários ao novo Código*

Se, porém, a carta de arrematação ou ordem de entrega já tiver sido expedida, a validade da arrematação somente poderá ser questionada por ação autônoma, em cujo processo o arrematante figurará como litisconsorte passivo necessário (CPC, art. 903, § 4.º). De todo modo, questionada a arrematação, garante-se ao arrematante o direito de dela desistir, mesmo após seu aperfeiçoamento (CPC, art. 903, § 5.º, II e III).

Tudo isso está a demonstrar, portanto, que não existem mais os *embargos à arrematação* ou *embargos de segunda fase* que estavam previstos no art. 746 do CPC/1973. Quem pretenda impugnar a arrematação deve fazê-lo por simples petição a ser apresentada no prazo de 10 (dez) dias a contar do aperfeiçoamento da arrematação ou, se já tiver sido expedida a carta de arrematação ou da ordem de entrega, deve propor ação autônoma, promovendo a citação do arrematante na qualidade de litisconsorte passivo necessário.

No CPC/1973, o executado defendia-se por meio de embargos à execução. Existia, ademais, a possibilidade de embargos de segunda fase. Nos termos do seu art. 746, o executado poderia, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundados em nulidade da execução ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora.

O prazo de 5 (cinco) dias para o ajuizamento dos embargos de segunda fase tinha início a partir da assinatura do auto de adjudicação (CPC/1973, art. 685-B), do termo de alienação (CPC/1973, art. 685-C, § 2.º) e do auto de arrematação (CPC/1973, art. 694).

Se a adjudicação, a alienação ou a arrematação já ocorreu durante a vigência do CPC/1973, a parte adquiriu o direito aos embargos de segunda fase previstos no seu art. 746. A superveniência do novo Código não pode suprimir da parte o direito aos embargos. A nova forma de postular a invalidade de um desses meios expropriatórios, prevista no CPC/2015, somente pode ser utilizada nos casos em que a adjudicação, a alienação ou a arrematação ocorra já durante a sua vigência.

Aplicar o novo Código a casos em que já tenha havido, durante a vigência do Código revogado, a adjudicação, a alienação ou a arrematação constitui uma inadmissível retroação, para alcançar direito adquirido processual.

de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015. n. 3, p. 1275). Na verdade, só será de 10 (dez) dias se o juiz assim fixar. Se ele nada disser, aplica-se o § 3.º do art. 218 do CPC, sendo o prazo de 5 (cinco) dias.

2.8. Protesto de decisão judicial transitada em julgado

O art. 517 do CPC/2015 prevê a possibilidade do protesto do título executivo judicial.⁷ O texto normativo refere-se à “decisão judicial transitada em julgado”. Não é possível, porém, levar a protesto *qualquer* decisão judicial. Somente pode ser levada a protesto a decisão judicial transitada em julgado que constitua título executivo.

O protesto constitui medida coercitiva indireta para forçar o pagamento de quantia certa. Observe-se, aliás, que o *caput* do art. 517 estabelece que a decisão será levada a protesto “depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523”. Ora, tal prazo refere-se ao cumprimento da sentença de decisões que reconhecem obrigações de pagar quantia. Desse modo, o protesto está legalmente previsto apenas para tal tipo de decisão judicial.

Não havia, no CPC/1973, dispositivo equivalente. Isso, contudo, não impedia, à época em que vigorava aquele Código, que se levasse a protesto a sentença transitada em julgado. Com efeito, o STJ, sob a égide do CPC/1973, já entendia ser “possível o protesto da sentença condenatória, transitada em julgado, que represente obrigação pecuniária líquida, certa e exigível.”⁸ Conforme registrado em outro precedente do STJ, “A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de ser possível o protesto da sentença condenatória, transitada em julgado, que represente obrigação pecuniária líquida, certa e exigível”.⁹

Não há, essencialmente, uma inovação. A novidade é a existência, a partir do CPC de 2015, de uma disciplina específica que regula o protesto da decisão transitada em julgado, com fixação de requisitos e estabelecimento de limites e parâmetros a serem observados, trazendo, assim, maior segurança na sua adoção.

Assim, mesmo que a sentença tenha sido proferida e transitado em julgado durante a vigência do CPC/1973, poderá, já na vigência do CPC/2015, ser levada a protesto. Não há qualquer restrição ou retroação indevida.

7. Sobre o tema, consultar, com proveito, AZEVEDO, Gustavo Henrique Trajano de; MACÊDO, Lucas Buriel de. Protesto de decisão judicial. *Revista de Processo*. vol. 244. São Paulo: Ed. RT, jun.-2015, p. 323-344.

8. STJ, 3.^a T., REsp 750.805/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 14.02.2008, *DJe* 16.06.2009.

9. STJ, 3.^a T., AgRg no AREsp 291.608/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 22.10.2013, *DJe* 28.10.2013.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A impugnação ao cumprimento de sentença e o efeito prático das decisões proferidas na fase de conhecimento, de Alini Marcela Akinaga Melo Mariano – *RePro* 248/117-135 (DTR\2015\15846);
- Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil, de Rodrigo Ramina de Lucca – *RePro* 252/79-110 (DTR\2016\207); e
- Panorama do novo Código de Processo Civil e os títulos executivos extrajudiciais, de Maria Augusta da Matta Rivitti – *RDB* 70/159-167 (DTR\2016\122).

A APLICABILIDADE DA CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL AOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

The applicability of the general clause of procedural negotiation to administrative procedures

LORENA MIRANDA SANTOS BARREIROS

Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.
Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo – ANNEP.
Procuradora do Estado da Bahia.
lorena-miranda@uol.com.br

ÁREA DO DIREITO: Processual; Administrativo

RESUMO: O artigo objetiva demonstrar a aplicabilidade da cláusula geral de negociação processual, prevista no art. 190 do CPC/2015, aos processos administrativos, lastreando-se tal conclusão, por um lado, na expansão da consensualidade administrativa, a ponto de se defender a existência de um verdadeiro princípio constitucional do consenso. Por outro lado, a assertiva tem como fundamentos os princípios da eficiência e do formalismo moderado, os quais conferem lastro à celebração de negócios jurídicos processuais em processos administrativos, ainda quando inexistente texto normativo específico do ente público federado que discipline essa modalidade de atuação administrativa consensual.

PALAVRAS-CHAVE: Negócios jurídicos processuais – Consensualidade administrativa – Direito Administrativo – Direito Processual Civil – Princípio da eficiência.

ABSTRACT: The article intends to demonstrate the applicability of the general clause of procedural negotiation provided on article 190 of the CPC/2015 to administrative procedures. This conclusion is supported, on one hand, by the expansion of administrative consensuality, coming to defend the existence of a true constitutional principle of consensus. On the other hand, the assertion is founded on the principles of efficiency and moderate formalism, which give ballast to the celebration of contracts of procedure in administrative procedures, even when there is no specific statute from the federative public entity regulating this type of consensual administrative action.

KEYWORDS: Contracts of procedure – Administrative consensuality – Administrative Law – Civil Procedure Law – Principle of efficiency.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Atuação administrativa consensual e princípio da eficiência. 3. Os princípios da eficiência e do formalismo moderado como fundamentos da atuação proces-

sual administrativa negocial. 4. O art. 15 do CPC/2015 e a sua importância para a celebração de negócios jurídicos processuais em processos administrativos. 5. Alguns exemplos de negócios jurídicos processuais passíveis de celebração em processos administrativos. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Após cinco anos de tramitação, foi sancionada, em 16 de março de 2015, a Lei 13.105, atual Código de Processo Civil brasileiro. Com *vacatio legis* de um ano estabelecida por seu art. 1.045, o diploma normativo em questão entrou em vigor em 18 de março de 2016 (muito embora poucas não tenham sido as polêmicas havidas quanto à efetiva data inicial de vigência do referido Código).

Dentre os pilares nos quais se sustenta o Código de Processo Civil de 2015, estão os de estímulo à utilização de métodos autocompositivos para solução de conflitos e de valorização da consensualidade. Não por outra razão, aliás, os §§ 2.º e 3.º do art. 3.º do CPC/2015, ambos inseridos no Capítulo que trata das normas fundamentais do processo civil, consagram a necessidade de efetivo desenvolvimento de políticas públicas de promoção à solução consensual de conflitos e de estímulo à adoção de métodos que objetivem o alcance dessa solução negociada.

A preocupação do novo diploma legal com a abertura do espaço de consensualidade no processo não se restringiu, porém, à composição do seu objeto litigioso. Reforçando o poder de autorregramento das partes e ampliando o espectro de abertura e de flexibilidade dos procedimentos jurisdicionais, o CPC/2015, por intermédio de seu art. 190,¹ conferiu às partes o poder de, democraticamente e valendo-se, inclusive, de negócios atípicos, conformar o procedimento, ajustando-o às peculiaridades da causa, e de dispor sobre suas situações jurídicas processuais.

O art. 190 do CPC/2015 consagra cláusula geral de negociação processual, pondo termo às divergências doutrinárias, existentes ao tempo do CPC/1973, quanto à possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.

Ao lado de negócios processuais típicos já existentes na legislação processual revogada e que foram reproduzidos no novo diploma processual (a exemplo

1. “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

das convenções de eleição de foro, de suspensão do processo e de distribuição do ônus da prova) e de outros acrescidos ao sistema processual pátrio com o advento do CPC/2015 (a exemplo do calendário processual, da organização consensual do processo e da escolha consensual de perito), o art. 190 do CPC/2015 é parte integrante de um verdadeiro microsistema de negociação processual, de cujo núcleo faz parte, ainda, o art. 200 do CPC/2015.

A previsão de uma cláusula geral de negociação processual no CPC/2015 reavivou na doutrina processual, ainda durante a fase da tramitação do Projeto que deu origem ao Código, o interesse pelo estudo da teoria dos fatos jurídicos, com especial enfoque para a figura do negócio jurídico e sua adequação ao processo. O ponto primordial de debate e de perquirição centra-se na definição dos limites objetivos para o exercício desse poder de autorregramento pelas partes: trata-se, sem dúvida, de um dos maiores (se não o maior) desafio imposto pela temática examinada.²

A ideia de consensualidade, que permeia não apenas a cláusula geral de negociação processual do art. 190 do CPC/2015, mas todo o novo diploma processual, se bem contextualizada, insere-se em uma realidade que se espraia, também, por toda a atuação estatal. Consentânea com a valorização da participação popular no exercício de funções públicas e com a democracia, a

-
2. Referindo-se ao art. 190 do CPC/2015 de um modo geral, sem fazer menção especificamente à validade das convenções por ele reguladas, Paula Costa e Silva afirma tratar-se de regra “cheia de desafios” a serem enfrentados pela doutrina e pela jurisprudência (SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 300). Barbosa Moreira, reconhecendo a viabilidade de celebração de convenções processuais atípicas já sob a égide do CPC/1973, destaca, em lição apropriada à realidade do art. 190 do CPC/2015, ser desafio entregue à doutrina o de explicitar os limites para tal celebração (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Convenções das partes sobre matéria processual*. *Revista de processo*, São Paulo, n. 33, jan.-mar./1984, p. 184). No mesmo sentido, examinando a questão já sob a lente do art. 190 do CPC/2015: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 58; BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 191. Antonio do Passo Cabral registra que, com o advento da cláusula geral de negociação processual consagrada no art. 190 do CPC/2015, a questão fulcral em derredor dos acordos processuais passa a ser não mais a sua admissibilidade, mas, sim, os limites à sua celebração (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 216).

consensualidade exsurge, nesse cenário, como forma de atuação administrativa, ao lado da tradicional atuação imperativa.

Nas mais diversas áreas do Direito (Penal, Administrativo, Processual), institutos são normatizados ou aprimorados com vistas a ampliar o âmbito de atuação consensual do Poder Público. Sob o marco reformista que consagrou como diretriz da Administração Pública brasileira o princípio da eficiência, paradigmas tradicionais do Direito Administrativo são revisitados e reformulados e soluções concertadas passam a ser a cada dia mais valorizadas, sobretudo porque mais democráticas, eficientes e legitimadas por maior participação cidadã.

Especificamente no âmbito processual, o Poder Público sofreu, em 2015, o influxo não apenas do advento do próprio Código de Processo Civil, como, ainda, de outros textos normativos sancionados no mesmo ano, conformando a atuação consensual do Estado.

Merecem destaque a Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, que ampliou o âmbito de aplicação da arbitragem, consignando expresse dispositivo que autoriza a Administração Pública, em caráter genérico, a fazer uso desse meio de solução de conflitos, e a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, que regrou a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. De se recordar que, antes mesmo do advento dessas Leis, o próprio Código de Processo Civil já previu a criação, pelos entes públicos, de câmaras de mediação e conciliação voltadas à resolução de conflitos no âmbito administrativo (art. 174 do CPC/2015).

Partindo-se da temática geral da consensualidade, o assunto tratado neste artigo situa-se no ponto de interseção entre a atuação consensual do Poder Público e o instituto dos negócios processuais. A pesquisa desenvolvida tem por objetivo demonstrar os fundamentos que lastreiam a aplicabilidade do art. 190 do CPC/2015 aos processos administrativos nas esferas federal, estaduais, distrital e municipais.

A temática é relevante. A flexibilização procedimental levada a efeito pela vontade das partes é ferramenta cujo adequado uso poderá potencializar o alcance da eficiência processual, com redução de custos e de tempo de tramitação do processo, em consonância com o escopo de concretização do princípio da razoável duração do processo. Quando envolva o Poder Público, a negociação processual apresenta-se, ainda, como fator de legitimação do agir estatal e de democratização do exercício de função pública, ambas resultado da abertura da atuação estatal ao consenso e à participação popular.

Logicamente, tratando-se a cláusula geral de negociação processual de um instituto recém-ingresso no ordenamento jurídico-processual pátrio (ao menos efetivamente, abstraindo-se, nesse momento, as discussões

quanto à possibilidade de se atribuir, no plano teórico, esse papel ao art. 158 do CPC/1973), muitas questões decorrentes de sua aplicação prática poderão, futuramente, forjar novos contornos à matéria.

Pretende-se apresentar uma reflexão acerca do tema, que se constrói à luz de uma indissociável e íntima relação entre as áreas do Direito Administrativo e do Direito Processual Civil. Busca-se, ademais, tanto quanto possível (inclusive com a apresentação de exemplos diversos), fornecer não apenas conclusões teórico-dogmáticas, mas, também, de caráter marcadamente prático, capazes de, quiçá, contribuir, em alguma medida, para a efetiva aplicação do instituto pelo Poder Público.

2. ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA CONSENSUAL E PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A abertura do Direito Administrativo à consensualidade é produto de uma mudança ampla, ainda em curso, que reflete uma nova visão da Administração Pública e de sua relação com o administrado. No cerne dessa transformação, exercem papéis de destaque o princípio da eficiência, a participação democrática na formação e na execução da decisão administrativa e a construção de uma cultura de consensualidade administrativa.

Qualifica-se como atuação administrativa consensual, em sentido amplo, toda e qualquer forma de agir da Administração Pública pautada em acordo de vontades, na esfera administrativa ou na judicial, quer se trate de relacionamentos travados no âmbito da própria Administração, quer se refira a relações havidas com o administrado.³

Trata-se de modo de gestão da coisa pública, calcada na participação social institucionalizada e aplicável às funções estatais executiva, administrativa e jurisdicional. Por intermédio da administração consensual, o particular passa

3. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 111. A autora refere, ainda, um sentido amplíssimo de consensualidade administrativa, abarcante das hipóteses em que a Administração possibilita a participação do administrado no procedimento administrativo, especialmente por meio de audiências e consultas públicas. Para os escopos de seu trabalho, Juliana Bonacorsi de Palma adota a expressão consensualidade no sentido restrito, designativa de uma técnica de gestão administrativa que se vale da utilização de acordos celebrados com o administrado para ultimação de processos administrativos, envolvendo a negociação de prerrogativas públicas (idem, p. 111-112). O presente trabalho possui objeto mais amplo, voltando-se à demonstração da presença da consensualidade na atuação administrativa judicial e extrajudicial, de modo que o sentido de consensualidade que melhor se adequa a tal propósito é o indicado no texto (sentido amplo).

a participar do processo de construção do meio de implementação do interesse público em situações concretas, pautando-se na premissa de inviabilidade de o Poder Público concentrar em si o exercício dos misteres públicos.⁴

A noção de administração consensual não se restringe ao uso do contrato administrativo em sua acepção clássica. Em verdade, para a sua configuração, a própria concepção de Administração Pública é repensada: em lugar da Administração monológica, avessa à comunicação com a sociedade, erige-se uma Administração dialógica, paritária e consensual; em lugar do Estado impositor, apresenta-se o Estado mediador.⁵

A ideia de uma Administração Pública consensual estrutura-se sobre dois pressupostos imprescindíveis à sua configuração: busca da eficiência administrativa e valorização da parceria entre a iniciativa privada e a Administração. Referida atuação cooperativa centra-se na democracia participativa, essa que é, por sua vez, pautada, por um lado, na atuação ética da Administração e, por outro, no exercício de uma cidadania responsável pelo particular.⁶

Advirta-se, porém, que dessa remodelagem decorrente da ideia de consensualidade na Administração Pública não é lícito inferir a atuação consensual como integrante de um modelo administrativo excludente da atuação administrativa clássica. Trata-se de via alternativa de conduta administrativa, que não aniquila a atuação imperativa.⁷

-
4. LOUBET, Wilson Vieira. *O princípio da indisponibilidade do interesse público e a administração consensual*, Brasília: Consulex, 2009, p. 82.
 5. OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, n. 10, abr.-jun./2008, p. 276-277.
 6. BORGES, Alice González. Globalização e administração consensual. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). *Globalização e direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12-13. Em sentido semelhante, Juliana Bonacorsi de Palma registra que a consensualidade se compõe de um viés cidadão, porquanto estimula a participação popular, e de um viés pragmático, por concretizar o princípio da eficiência (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 112). Também ressaltando que a adoção de solução consensual privilegia a eficiência administrativa se comparada à solução impositiva da Administração: ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, ano 01, n. 01, jan.-mar./2006, p. 157.
 7. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, jan.-mar./2003, p. 145.

Atentando-se à realidade brasileira, que é o cerne do exame empreendido neste artigo, há de se destacar que o surgimento do Estado Democrático de Direito no Brasil trouxe consigo um princípio do consenso, ainda em construção. Dito princípio põe em relevo, nas relações de poder entre a sociedade (e, em especial, o cidadão) e o Estado, a concertação, em detrimento da imposição. Privilegiam-se, a cada dia com maior intensidade, as instituições de consenso em lugar das instituições de comando.⁸

A noção de interesse público, tal como dogmatizada pelo Direito Administrativo,⁹ é incompatível com a ideia de negociação entre cidadão e Estado acerca do modo como deveria ele ser atendido. O movimento doutrinário em curso no século XXI busca o afastamento dessa barreira, tal como superada, no século XX, aquela que, pelo mesmo fundamento, impedia o exame do mérito administrativo. O reconhecimento de que há uma multiplicidade de interesses públicos na sociedade que se entrelaçam em relações complexas enseja o incremento da participação social (na identificação e satisfação desses interesses) e a eclosão de figuras consensuais capazes de mais bem atender a essa finalidade.¹⁰

A atuação administrativa consensual é uma realidade inexorável e em expansão no ordenamento jurídico brasileiro. A promulgação da CF/1988 e a adoção do modelo administrativo gerencial foram fatores que, como explicitado, impulsionaram essa nova forma de pensar e agir da Administração, nos mais diversos setores do direito.

O princípio da eficiência passou, por sua vez, a exercer papel central no contexto da reforma administrativa de gestão do Estado, sobretudo após a promulgação da EC 19/1998, cujo art. 3.º alterou o *caput* do art. 37 da CF/1988, vinculando expressamente a Administração Pública àquele princípio.¹¹

8. *Idem*, p. 132-133.

9. Tradicionalmente, o Direito Administrativo vislumbrava o interesse público como categoria una e universal, sendo identificado e tutelado pelo Poder Público. Essa visão foi sucedida por outra que reconhece a existência de uma pluralidade de interesses tutelados pelo sistema jurídico, inclusive conflitantes entre si, fragilizando, assim, a ideia de uma dicotomia entre interesse público e interesse privado, na qual se sustenta o axioma do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Administração pública consensual e a arbitragem. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, ano 09, n. 35, out.-dez./2012, p. 132).

10. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, jan.-mar./2003, p. 138-143.

11. Não se deve perder de vista que o princípio setorial da eficiência administrativa, dirigido à Administração Pública e encartado no art. 37 da CF/1988 pela EC 19/1998, in-

Para a concretização do princípio da eficiência, tornava-se imperiosa a adoção, pela Administração Pública, de uma postura mais flexível e paritária no seu relacionamento com o administrado. Por um lado, necessário seria o redimensionamento das prerrogativas administrativas em busca de uma “horizontalização” (não absoluta, obviamente) das relações entre Administração e administrado; por outro, haver-se-ia de incrementar o uso de mecanismos de atuação consensual nessas relações, ampliando-se o espectro de negociações nelas envolvidas.¹²

Tais medidas refletem o resultado da associação do modelo político de Estado Democrático Social ao modelo administrativo de um Estado de gestão pública. Em decorrência dela, uma nova ordem de ideias ganharia espaço no contexto do Direito Administrativo brasileiro, *pari passu* com a mudança paradigmática que se operava na relação entre Administração Pública e administrado.

A mudança operada, por seu caráter não apenas jurídico, mas, sobretudo, cultural, reverberou reflexos, ainda que indiretos, em diversas esferas de atuação estatais. O dever de zelar pela eficiência fez-se sentir não apenas no âmbito da prestação de serviços públicos (criação de agências reguladoras, estabelecimento de novas modalidades de concessões administrativas, como as parcerias público-privadas), mas, também, em esferas como as do Direito Administrativo sancionador (acordos de leniência, revogação de norma impeditiva de celebração de acordo em ações de improbidade administrativa), dos Direitos Penal e Processual Penal (transação penal, suspensão condicional do processo, colaboração premiada) e do Direito Processual Civil (adoção de sistema multiportas de solução de controvérsias pela Administração, especialmente da arbitragem e da mediação, estabelecimento de juizados especiais da Fazenda Pública¹³).

sere-se em um contexto mais amplo de princípio da eficiência estatal, tido como vetor ético-jurídico do ordenamento constitucional brasileiro e princípio implícito, extraível do regime republicano e do Estado Social e Democrático de Direito (GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 88-90).

12. DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. As parcerias público-privadas na administração pública moderna. *Revista de direito administrativo*, v. 265, jan.-abr./2014, p. 75-76.
13. Entendida a expressão “Fazenda Pública” como sinônima das expressões “Estado em juízo”, “ente público em juízo”, “Poder Público em juízo” e “pessoa jurídica de direito público em juízo”. Adotando essa nomenclatura: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 05.

3. OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DO FORMALISMO MODERADO COMO FUNDAMENTOS DA ATUAÇÃO PROCESSUAL ADMINISTRATIVA NEGOCIAL

Demonstrada a relação havida entre o princípio da eficiência e a consensualidade administrativa, conclui-se que a amplitude alcançada pela atuação administrativa concertada coaduna-se com a ideia de que o Poder Público é destinatário da regra do art. 190 do CPC/2015.

Há de se enfatizar, aliás, que o princípio da eficiência também é previsto no âmbito processual, sendo consagrado como norma fundamental do processo civil no art. 8.º do CPC/2015. Sob tal perspectiva, a eficiência exige do aplicador da norma um esforço no sentido de buscar o alcance da finalidade legal com o uso de meios adequados, ou seja, capazes de promover o melhor resultado possível com o menor dispêndio de tempo e de recursos¹⁴ (materiais, humanos e financeiros).

O princípio da eficiência relaciona-se com a gestão processual e tem na conformação procedimental às peculiaridades do caso concreto um de seus instrumentos de concretização. A flexibilização procedimental, levada a efeito unilateralmente pelo órgão jurisdicional (com lastro no princípio da adequação) ou por meio de negócios processuais, favorece o alcance de soluções processuais eficientes.¹⁵

O raciocínio desenvolvido não se circunscreve, porém, apenas à esfera dos processos judiciais. A mesma ideia de busca de eficiência norteia também os processos administrativos.¹⁶ Afora o regramento específico constante do *caput*

-
14. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, v. 233, jul./2014, p. 67. Remo Caponi esclarece que, no projeto de Código de Processo Civil italiano, de autoria de Andrea Proto Pisani, no qual aquele autor colaborou, resta explicitado que a eficiência é princípio posto a serviço do escopo de obtenção de “justa composição da controvérsia em um prazo razoável”, não se limitando, portanto, a mencionar o princípio, sem definir o objetivo que persegue, como o faz o art. 8.º do CPC/2015 (CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. *Revista de processo*, São Paulo, ano 36, n. 192, fev./2011, p. 399-400). Ainda que não expressamente consignado no art. 8.º do CPC/2015, o escopo de obtenção, “em tempo razoável, de decisão de mérito justa e efetiva” está previsto no art. 6.º do CPC/2015, também encartado dentre as normas fundamentais do processo, ao contemplar o princípio da cooperação.
 15. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, v. 233, jul/2014, p. 76-78.
 16. Com a percepção voltada à realidade das Administrações Públicas municipais, mas em entendimento que pode ser aplicado à Administração Pública em geral, Elaine

do art. 37 da CF/1988, o princípio do formalismo moderado,¹⁷ regedor dos processos administrativos, realça a tendência de compatibilização dos negócios jurídicos processuais com essa modalidade de processo.

O princípio do formalismo¹⁸ moderado propugna pela adoção, nos processos administrativos, de formas simples, desde que capazes de garantir o

Alves Franco reconhece o princípio da eficiência como um vetor de legitimação da simplificação procedimental, quando a formalidade concretamente considerada se revelar um empecilho à concretização do interesse público. A autora esclarece que essa simplificação procedimental deve estar embasada também nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, respeitados os limites legais (FRANCO, Elaine Alves. A relevância dos princípios no processo administrativo municipal. In: CASTRO, João Antônio Lima. *Direito processual: aspectos contemporâneos do direito processual*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008, p. 246-249).

17. Adota-se a nomenclatura formalismo moderado, rejeitando-se a expressão “princípio do informalismo”, por alguns doutrinadores utilizada (MEIRELLES, Hely Lopes. O processo administrativo (teoria geral – processo administrativo e processo fiscal). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 72, v. 256, out.-dez./1976, p. 26; COSTA, Nelson Nery. *Processo administrativo e suas espécies*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 19. Este último autor chega mesmo a identificar o princípio do informalismo ao princípio da economia processual), aderindo-se à posição de Odete Medauar, no sentido de que a expressão “princípio do informalismo” poderia conduzir ao falso equívoco de compreensão quanto à ausência de ritos e formas no processo administrativo (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 209). Adotando a expressão “princípio do informalismo”, mas excluindo expressamente a ideia de que tal nomenclatura estaria associada à completa liberdade formal para a Administração, antes devendo ser interpretada como informalismo em favor do administrado: GORDILLO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo: Parte General*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1980, t. II, p. XVII-22-XVII-26; FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 79-80; HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 158-160. Héctor Jorge Escola adota a nomenclatura “formalismo moderado”, destacando, porém, que o informalismo, no procedimento administrativo, atua apenas em favor do administrado, não da Administração (ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, v. 2, p. 1179-1180). Fazendo menção, ainda, à nomenclatura “formalismo mitigado”: NOHARA, Irene Patrícia. MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei n. 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 195.
18. O termo formalismo, segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, designa a “totalidade formal do processo”, compreensiva não apenas das formas e formalidades processuais, mas, também, das situações jurídicas processuais e da organização processual como um todo (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 08).

respeito ao contraditório e à ampla defesa, aos direitos fundamentais dos particulares e à segurança jurídica. Segundo tal princípio, a forma deve ser interpretada de modo flexível e razoável, consentâneo com sua inerente função instrumental.¹⁹

Não se subordinando a formalismo rígido, o processo administrativo terá respeitada a sua regularidade formal se observar as formalidades essenciais ao resguardo dos direitos fundamentais referidos. Atendida a essa exigência, sua condução poderá ser feita de maneira que mais bem se coaduna com o alcance rápido e eficaz da solução administrativa.²⁰ Em outras palavras, as formas processuais administrativas podem e devem ser interpretadas de modo flexível.²¹

Diante desse raciocínio, conclui-se que tais formas também podem ser negociadas, respeitados aqueles limites de garantia, desde que não haja prejuízo a terceiros e não reste comprometido o interesse público.²²

O princípio do formalismo moderado associa-se às ideias de segurança, de participação e de efetividade processuais. A prevenção do formalismo patológico (excessivo ou deficitário) é medida capaz de garantir ao administrado uma mais ampla participação processual, ao ordenar o processo, ajustando-o às especificidades do caso concreto. Diante dessa perspectiva, razão não há para excluir o particular da etapa de formatação do procedimento, potencializando o seu controle sobre a atuação administrativa (com a redução de futuras alegações de invalidade, inclusive) e a legitimação da decisão a ser ao final proferida.²³

A atuação administrativa deve pautar-se pela busca de uma racionalidade procedimental, capaz de equacionar, pela ponderação,²⁴ a eficiência administrativa

19. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 209.

20. CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, v. 2, p. 1295-1297.

21. LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. Elementos da evolução do processo administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 108, v. 415, jan.-jun./2012, p. 232.

22. FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. Princípios do processo administrativo e a importância do processo administrativo no Estado de Direito (arts. 1.º e 2.º). In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 33.

23. OLBERTZ, Karlin. O princípio do formalismo no processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 227-237.

24. Esta ponderação deverá levar em consideração critérios como a participação democrática, o interesse individual envolvido, as garantias procedimentais, os bens, valo-

(na qual se inclui o controle dos gastos públicos), por um lado, e a participação democrática, por outro. A necessidade de adaptação do procedimento às peculiaridades do caso concreto rechaça a ideia de eleição de um procedimento único e geral. Ao legislador caberá o delineamento de um procedimento genérico e a previsão de modelos específicos, adaptados a circunstâncias particulares de determinadas atuações administrativas. Não deverá, porém, no desempenho dessas tarefas, criar uma disciplina legal exaustiva e inflexível, devendo, ao revés, conceder à Administração os necessários espaços de conformação (discricionariedade) procedimental, como premissa indispensável à obtenção da propalada racionalidade procedimental.²⁵

Naturalmente, os processos administrativos estão sujeitos a distintos graus de rigor formal. Os processos de natureza sancionatória, por exemplo, conclamam um menor espaço de discricionariedade procedimental conferido à Administração, como forma de mais bem resguardar as garantias constitucionais destinadas ao particular em sua defesa, se relacionados a processos que não ostentem tal natureza.²⁶

Mas se tal possibilidade de conformação sempre se faz presente, em maior ou menor escala, naturalmente se há de admitir que, quando menos, o âmbito de adequação procedimental reservado ao Poder Público pode ser objeto de celebração de negócios jurídicos processuais. Devem ser respeitados os critérios de ponderação concernentes à concretização de direitos fundamentais, à participação democrática no procedimento e ao resguardo do interesse público, mas é inegável a possibilidade de atuação consensual nesse espaço.

O art. 2.º, parágrafo único, da Lei 9.784/1999 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) consagra o princípio do formalismo moderado em seus incs. VIII e IX, ao prever a observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados e que sejam adotadas formas simples, suficientes para assegurar o respeito àqueles direitos e, ainda, propiciar graus adequados de certeza e segurança jurídicas. Mais adiante, no art. 22, o texto normativo registra que os atos do processo

res e princípios atrelados à atuação administrativa e os custos impingidos à Administração (NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Participação administrativa procedimental*: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 166).

25. NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Participação administrativa procedimental*: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 154-160.

26. *Idem*, p. 161.

administrativo independem, como regra, de forma determinada, salvo exceção legal.²⁷

Assim, por exemplo, a regra de obrigatoriedade do uso do vernáculo, aplicável também aos processos administrativos,²⁸ determina que os atos processuais devem, como regra, observar a língua portuguesa. Eventuais documentos escritos em idiomas estrangeiros e encartados aos autos deverão ser traduzidos para a língua nacional. Não se justifica, porém, essa tradução se o documento não se revelar indispensável ao esclarecimento de fato relevante ao deslinde da questão ou se a falta de sua tradução não prejudicar a compreensão do objeto. Nesses casos, afirma-se, o princípio do formalismo moderado justifica a dispensa da tradução pela Administração.²⁹

27. No Estado da Bahia, o art. 3.º, § 9.º, e o art. 10 da Lei Estadual 12.209, de 20.04.2011 (Lei do Processo Administrativo do Estado da Bahia) consagram o princípio do formalismo moderado (“Art. 3.º – A Administração Pública obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, celeridade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, devido processo legal e ampla defesa, segurança jurídica, oficialidade, verdade material, gratuidade e, quando cabível, da instrumentalidade das formas. (...) § 9.º – O processo administrativo adotará formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos do administrado”. “Art. 10 – Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada, senão quando a lei exigir, podendo ser utilizados modelos padronizados pela Administração”). Esse princípio também encontra regramento em leis estaduais de regência dos processos administrativos em Alagoas (Lei Estadual 6.161/2000, arts. 2.º, parágrafo único, VIII e IX, e 22), em Pernambuco (Lei Estadual 11.781/2000, arts. 2.º, parágrafo único, VIII e IX, e 22), em Goiás (Lei Estadual 13.800/2001, arts. 2.º, parágrafo único, VIII e IX, e 22), em Mato Grosso (Lei Estadual 7.692/2002, arts. 4.º e 33, que devem ser compatibilizados para a extração do princípio), em Minas Gerais (Lei Estadual 14.148/2002, arts. 5.º, VI e VII, e 15), no Amazonas (Lei Estadual 2.794/2003, arts. 2.º, parágrafo único, VIII e IX, e 20), no Rio Grande do Norte (Lei Complementar 303/2005, arts. 6.º, VII e VIII, e 40), no Maranhão (Lei Estadual 8.959/2009, arts. 18, § 1.º, V e VI e 25) e no Rio de Janeiro (Lei Estadual 5.427/2009, arts. 2.º, § 1.º, IX e X, e 19). Em São Paulo, o art. 25 da Lei 10.177/1998 (anterior à Lei Federal 9.784/1999, que regula o Processo Administrativo Federal) disciplina que os procedimentos devem atender à “simplicidade e utilidade dos trâmites”, também adotando, portanto, o princípio do formalismo moderado. No Distrito Federal, a Lei Distrital 2.834/2001 recepciona, no âmbito daquele ente federativo, a Lei 9.784/1999, incluindo-se, portanto, a expressa adoção do princípio do formalismo moderado.

28. Prevista, exemplificativamente, no art. 22, § 1.º, da Lei 9.784/1999 e no art. 10, § 1.º, da Lei Estadual baiana 12.209/2011.

29. Nesse sentido: FREIRE, Marco Valério Viana. Comentário ao art. 10. In: GUERRA, Claudia Magalhães (coord.). *Comentários à lei de processo administrativo do Estado da Bahia*: Lei 12.209 de 20.04.2011. Curitiba: Juruá, 2014, p. 62-64.

Se o princípio do formalismo moderado confere à Administração Pública a possibilidade de dispensar a tradução de documento escrito em língua estrangeira quando desnecessária a sua tradução (por se tratar de documento não essencial ao deslinde do feito e sem o qual a controvérsia pode ser compreendida razoavelmente ou, ainda, por estar escrito em idioma cuja compreensão não seja de grande complexidade, a exemplo do espanhol), com muito maior razão não se pode negar a possibilidade de o Poder Público celebrar com o particular negócio jurídico processual dispensando a tradução do documento ou, mesmo, fixando a interpretação que dele se deve extrair. Por outro lado, havendo a necessidade de tradução de documentos encartados em processo administrativo, nada impede que o tradutor seja escolhido negocialmente pela Administração em conjunto com o particular.

De se observar que o princípio do formalismo moderado, informativo dos processos administrativos, confere fundamento capaz de permitir a aplicação do art. 190 do CPC/2015 aos processos estaduais, distritais e municipais. É desnecessária a existência de regramento específico destes entes para viabilizar a negociação processual atípica.

Não há, no particular, qualquer violação à autonomia dos entes federativos. Em primeiro lugar, porque a cláusula geral de negociação processual prevista no art. 190 do CPC/2015 caminha no sentido de reforçar a autonomia de atuação administrativa, ao ratificar a capacidade negocial dos entes públicos e reconhecer que o exercício dessa capacidade (a cargo de cada ente público, seguindo-se suas regras próprias de competência) também pode ter por objeto o processo.

Em segundo lugar, porque o art. 190 do CPC/2015 insere-se no contexto de ampliação da atuação consensual do Poder Público, na linha da reforma administrativa implementada em nível constitucional em 1995, abrangendo, assim, todos os entes federativos.

Em terceiro lugar, porque a adaptabilidade do procedimento é resultado que já se poderia extrair do princípio do formalismo moderado, cuja concretização autoriza a Administração a realizar mudanças procedimentais unilateralmente, desde que respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, os demais direitos fundamentais do particular e a segurança jurídica. Essa perspectiva já revela que a alteração procedimental por solução negociada (mais legítima do que aquela realizada de modo unilateral pela Administração) mais bem concretiza aquele princípio do formalismo moderado.

A mesma autoridade administrativa a quem o Poder Público conferiu competência para ajustar unilateralmente o procedimento encontra-se igualmente investida de competência (implicitamente extraível da primeira) para celebrar

o negócio processual, seguindo a regra lógica de que quem pode o mais, pode o menos. No âmbito da competência discricionária procedimental (competência para ajustar unilateralmente o procedimento administrativo) já se insere, por consectário lógico, a competência discricionária negocial procedimental (competência para celebrar negócios jurídicos processuais).

Por fim, em quarto lugar, a autonomia de cada ente público está resguardada porque a norma de negociação que se extrai do art. 190 do CPC/2015 não tem caráter impositivo e, portanto, não exclui, logicamente, a possibilidade de se fixarem limites negativos específicos de negociação para cada ente ou, ainda, situações nas quais haja uma aprovação prévia de acordos-modelo específicos passíveis de subscrição pela Administração.

Em ambos os casos, as limitações e tipificações a serem estabelecidas pelo ente público hão de passar pelo crivo da razoabilidade e do respeito aos direitos fundamentais e aos princípios que regem a atuação administrativa, não podendo impedir a concretização do interesse público ou prejudicá-lo, sob pena de se revelarem ilícitas.

4. O ART. 15 DO CPC/2015 E A SUA IMPORTÂNCIA PARA A CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Dispõe o art. 15 do CPC/2015 que, “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos”, as disposições do Código de Processo Civil serão a eles aplicadas supletiva e subsidiariamente. Diante do texto normativo em evidência, há de se perquirir sobre o papel que a norma dele extraível exerce no contexto da incidência da cláusula geral do art. 190 do CPC/2015 nos processos administrativos.

O texto normativo consignado no art. 15 do CPC/2015 não encontra correspondência no Código de Processo Civil de 1973. Em sentido semelhante, o art. 769 da CLT consagra regramento destacando a aplicação subsidiária do Direito Processual Civil ao Direito Processual do Trabalho, desde que haja compatibilidade.

O primeiro questionamento que decorre da leitura do art. 15 do CPC/2015 concerne à sua função no sistema. A norma construída a partir da interpretação do texto normativo encartado no art. 15 do CPC/2015 é nova no ordenamento jurídico processual brasileiro? É necessária? Qual o papel que essa norma exerce no sistema processual pátrio?

Adolfo Merkl pontua que o Direito Processual Administrativo não mais representa do que “um caso particular” do Direito Processual. Em verdade, o Direito Processual Administrativo descende do Direito Processual Judicial (civil

e penal), que lhe serviu de modelo. Aos poucos, aquele foi se adequando às suas particularidades, em processo de progressivo afastamento de sua origem,³⁰ sem que tal distanciamento representasse completa ruptura com o processo judicial.

Seguindo a mesma linha, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, reconhecendo, embora, que o processo (refere-se o autor a procedimento) administrativo contempla as suas peculiaridades, destaca que o processo (procedimento) civil serve-lhe não apenas de modelo prático como também de base teórica.³¹

Elio Fazzalari esclarece que o processo civil é uma espécie de “arquetipo” processual, tendo em vista a sua maior completude em relação a outros modelos processuais.³² Partindo-se dessa constatação, é de se reconhecer como premissa implícita ao sistema processual a de que o intérprete, quando diante de uma lacuna aferida na regulação do processo administrativo, poderá e deverá valer-se de princípios e institutos atinentes ao processo civil que guardem com aquele uma relação de compatibilidade.³³ Esse é, aliás, o fundamento primordial para a utilização das normas processuais civis supletiva e subsidiariamente a outros processos, conforme delineado no art. 15 do CPC/2015.

Assim, não obstante a ausência de dispositivo semelhante no sistema processual civil anterior à entrada em vigor do CPC/2015, as normas processuais civis deveriam ser aplicadas, quando compatíveis, para suprir eventuais omissões encontradas, por exemplo, no regramento do processo administrativo.³⁴ Pode-se afirmar, portanto, que o art. 15 do CPC/2015 consagra texto normativo

30. MERKL, Adolfo. *Teoria general del derecho administrativo*. México: Editora Nacional, 1980, p. 279-285.

31. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Introdução ao direito processual administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1971, p. 18-19.

32. FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996, p. 71.

33. COMOGLIO, Luigi Paolo. La riforma del processo amministrativo e le garanzie del “giusto processo”. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, ano 56, n. 03, jul.-set./2001, p. 636.

34. Em obra publicada em 1988, José Cretella Junior consignou que os princípios gerais do processo são aplicáveis ao processo administrativo, registrando, ainda, que nem todas as regras do Código de Processo Civil poderiam ser utilizadas naquela seara (CRETELLA JUNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1988, p. 24). Trata-se, naturalmente, da necessidade de verificação da compatibilidade entre a norma processual civil a ser utilizada e o processo administrativo.

novo para norma que já poderia ser anteriormente extraída do sistema, em decorrência da própria sistematização lógico-processual.

O dispositivo não deixa de ser, todavia, necessário, tendo em vista a sua função de explicitação normativa. Em outras palavras, a função primordial do art. 15 do CPC/2015 é a de deixar assente (reforçar, ratificar) a necessidade de permanente diálogo e integração entre as diversas fontes normativas processuais.³⁵

Problema relacionado ao art. 15 do CPC/2015 concerne ao seu âmbito de incidência, se afeto apenas à órbita da Administração Pública Federal ou se, ao revés, também abarcante das esferas Estaduais, Distrital e Municipais.

Contrariamente à segunda interpretação, o Governador do Rio de Janeiro ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5492 perante o Supremo Tribunal Federal, pleiteando que seja dado ao dispositivo interpretação conforme, para o fim de esclarecer que sua incidência estaria restrita à esfera federal. Aos demais entes federativos dever-se-ia resguardar autonomia para a definição das fontes subsidiárias ou supletivas de seus respectivos processos administrativos, sob pena de mácula à autonomia federativa desses entes.

J. E. Carreira Alvim registra que o art. 15 do CPC/2015 apresenta impropriedade técnico-legislativa na medida em que não deveria ele prever a sua aplicação supletiva e subsidiária a outros diplomas legais. Competiria aos demais diplomas legais processuais (Código Eleitoral, Leis de Processo Administrativo) contemplar essa possibilidade de aplicação. Destaca, porém, que a omissão em tal previsão não impediria a concretização do papel integrativo do Código de Processo Civil.³⁶

Por certo que diplomas legais estaduais, distritais e municipais que versem sobre processo administrativo poderão estabelecer essa relação integrativa não apenas com o CPC/2015, como, ainda, com outros diplomas federais (Código de Processo Penal e Lei do Processo Administrativo Federal, por exemplo). Por outro lado, também é certo que a utilização supletiva e subsidiária do CPC/2015 aos processos administrativos é decorrência da circunstância de ser o processo uma categoria una, cujas ramificações e peculiaridades não infirmam essa premissa.

35. TUPINAMBÁ, Carolina. Comentário ao art. 15. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 49.

36. ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários ao novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/15*. Curitiba: Juruá, v. 1, 2015, p. 104.

A autonomia dos entes federados deve ser resguardada, competindo-lhes, por exemplo, escolher outras fontes normativas a serem primordialmente utilizadas na suplementação e no auxílio interpretativo às suas normas. Sempre permanecerá a possibilidade de utilização de normas processuais civis na integração do sistema processual administrativo, sobretudo quando existente a omissão normativa e a resposta conferida pelo sistema processual civil não seja incompatível com os princípios regedores do processo administrativo. Nem mesmo a ausência de norma expressa poderia afastar essa atividade integrativa.

Por tal razão e desde que não se interprete o CPC/2015 como capaz de restringir a opção legislativa dos entes estaduais, distrital e municipais por outra fonte normativa de integração, não se vislumbra óbice ao entendimento de que tais entes poderão valer-se do regramento do CPC/2015 de modo supletivo e subsidiário às suas normas próprias de processo administrativo. Para a esfera federal, a norma é posta em termos de vinculação; para os demais entes, em termos indicativos (de opção).

Deve-se ressaltar, no entanto, que a associação entre os arts. 15 e 190 do CPC/2015, embora útil, não é imprescindível ao raciocínio que reputa viável a negociação processual em processos administrativos. Já se pontuou no tópico antecedente que o princípio do formalismo moderado, insito aos processos administrativos, confere fundamento para a celebração de negócios processuais pelos entes públicos de um modo geral.

E por se tratar de atividade que se insere na esfera de uma atuação participativa e consensual do Poder Público, sequer se haverá de falar em desrespeito à autonomia do ente federativo, uma vez que este não é compelido pelo diploma processual a negociar. A adoção de tal comportamento revela-se consentânea com o regramento constitucional (modelo de Administração gerencial, pautado na eficiência e na participação do particular na gestão pública) e caminha no sentido de legitimar a atuação estatal.

Pode-se mesmo afirmar que, embora topograficamente localizada no Código de Processo Civil de 2015, a norma extraída da cláusula geral de negociação processual é de caráter processual geral, enquadrável na categoria de “normas comuns” a que se refere Fazzalari.³⁷ Não se há de excluir, *a priori*, a sua aplicação em nenhuma modalidade processual. Naturalmente, o instituto deverá observar as peculiaridades próprias do processo em que será aplicado, o que, entretanto, não afasta o seu caráter geral.

37. FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996, p. 635-637 e 641-642.

5. ALGUNS EXEMPLOS DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PASSÍVEIS DE CELEBRAÇÃO EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

São variados os escopos a que se destinam os processos administrativos.

Egon Bockman Moreira apresenta uma tipologia dos processos administrativos, tomando como base as diferentes dimensões de direitos fundamentais titularizados pelo cidadão.

Em um primeiro grupo, enquadram-se os processos nos quais o particular atua objetivando limitar a atuação administrativa, em defesa de seus direitos de liberdade e de propriedade (direitos de primeira geração ou dimensão), em face de ato já praticado ou a praticar. Seu objetivo primordial consiste em prevenir ou afastar um dano subjetivo. Nesse tipo de processo, os direitos ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e à publicidade são essenciais, assim como à imparcialidade e à presunção de inocência. Dentre tais processos figuram os fiscais, sancionatórios e os expropriatórios.³⁸

O segundo tipo de processo administrativo reúne as espécies processuais em que o particular busca o reconhecimento, pela Administração, de direitos seus, ou a prática de atos administrativos condicionadores da eficácia de direitos subjetivos preexistentes. A decisão administrativa buscada objetiva criar situação de vantagem ao indivíduo (privada) e/ou à coletividade (pública). Busca-se o atendimento a direitos fundamentais de segunda e terceira gerações/dimensões. Como exemplos desse tipo de processo, há os que perseguem a concessão de benefício previdenciário e os que versam sobre assuntos urbanísticos ou ambientais.³⁹

A terceira espécie de processo administrativo circunscreve-se às situações em que a Administração e o particular atuam conjuntamente na elaboração normativa e no controle desta normatização, volvendo-se à satisfação de direitos fundamentais de terceira e/ou quarta gerações/dimensões (informação, participação na construção da decisão pública). Como exemplo, citem-se as consultas públicas prévias à elaboração de resoluções e as audiências públicas em matéria de licitações.⁴⁰

Odete Medauar apresenta tipologia dos processos administrativos que diferencia os processos administrativos nos quais há controvérsias ou conflitos de

38. MOREIRA, Egon Bockman. As várias dimensões do processo administrativo brasileiro (um direito-garantia fundamental do cidadão). *Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, n. 228, fev./2014, p. 45-46.

39. *Idem*, p. 46-47.

40. *Idem*, p. 47.

interesses daqueles nos quais há acusados, dividindo cada uma dessas categorias em subespécies.⁴¹

Não é o propósito deste tópico o de promover uma análise detida em derredor dessas tipologias, tampouco o de apontar as vantagens ou desvantagens de cada uma delas. A pluralidade de situações que podem desencadear a deflagração de um processo administrativo permite que sejam construídas diversas tipologias, a depender do enfoque dado à matéria. Nesse sentido e dado o seu caráter mais amplo, adota-se a tipologia consagrada no art. 3.º do Código Modelo de Processos Administrativos – judicial e extrajudicial – para Ibero-América, que identifica processos administrativos cujos objetos podem consistir em: a) regramento de interesses ou direitos dos interessados; b) controvérsias entre Administração e interessado; c) controvérsias entre pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, que possam ser solvidas pela Administração.

A importância de se identificar esse universo de situações consiste, por um lado, em esclarecer que em nenhum deles se exclui, *a priori*, a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais. Por outro, reside em enfatizar que o tipo de negócio jurídico processual (e a participação do Poder Público nele) pode variar conforme o tipo de processo administrativo.

Tomando-se por base a Lei 9.784/1999 (em sua essência reproduzida, com algumas variações, pela maioria das legislações gerais estaduais atualmente em vigor em matéria de processo administrativo), observa-se, por exemplo, que o art. 24 estabelece prazo genérico de cinco dias para a prática de atos pelo órgão ou autoridade responsável pelo processo e pelos administrados que dele participem, salvo motivo de força maior e desde que inexista, a respeito, disposição específica.

Revela-se possível a celebração de negócio processual em sede de processo administrativo para, por exemplo, ampliação desse prazo legal estabelecido, hipótese em que a norma extraída do texto normativo legal seria substituída por norma convencional, esta que seria a “disposição específica” derogatória da norma geral para aquele processo administrativo.

A reforçar este entendimento, observe-se que o parágrafo único do art. 24 permite que a Administração, unilateralmente, dilate o prazo de cinco dias até o seu dobro, mediante comprovada justificação. A adoção da mesma solução pela via consensual confere maior legitimidade à modificação procedimental havida, evitando, inclusive, futura alegação de desrespeito à duração razoável do processo ou invocação de vício relacionado à referida alteração.

41. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 209-210.

No Estado do Rio Grande do Norte, a LC 303/2005 preconiza, em seu art. 21, que a publicidade dos atos administrativos consistirá na sua publicação no DOE ou, quando for o caso, na citação, notificação ou intimação do interessado, salvo norma expressa em contrário. O regramento em questão contempla espaço para que o particular e o Poder Público convençionem acerca do modo de intimação daquele quanto aos atos praticados no processo administrativo, estabelecendo, por exemplo, que a comunicação será feita no endereço eletrônico previamente indicado pelo particular. O mesmo entendimento quanto à existência desse espaço de consensualidade pode ser estendido aos demais entes públicos, ainda que suas leis não contemplem regra similar; a autorização decorreria, nesses casos, diretamente do princípio do formalismo moderado.

De se notar, por exemplo, que, em processos administrativos de licitação, poderá haver convenção processual multilateral para, sem prejuízo à publicidade do processo, considerar havida a intimação para fins de interposição do recurso previsto no art. 109 da Lei 8.666/1993 somente pelo encaminhamento de correio eletrônico em que sejam copiados todos os participantes do certame, instruído com cópia da decisão proferida. Esse negócio processual, por envolver prazo de interesse de todos os licitantes, dependerá, para a sua eficácia, da participação de todos eles no acordo.

A Lei Estadual 2.794/2003, do Estado do Amazonas, estabelece, em seu art. 45, o direito do advogado de retirar os autos da repartição durante o prazo destinado à manifestação da parte que representa, excepcionada a hipótese de prazo comum. Em tal situação, reputa-se possível a celebração, pelos advogados das partes às quais se destina o prazo comum, de negócio jurídico processual no qual convençionem que cada advogado permanecerá com os autos em seu poder por metade do prazo estabelecido para manifestação. Neste caso, o negócio jurídico processual, embora possa ou não ser celebrado com a participação da Administração Pública, destina-se a produzir efeito em processo administrativo.

Nos processos administrativos em geral – e, particularmente, nos processos administrativos disciplinares –, é possível a celebração de negócios jurídicos processuais em matéria probatória. Nesse sentido, por exemplo, admite-se convenção processual que discipline a prática de atos instrutórios por videoconferência, a exemplo do interrogatório do acusado ou de oitiva de testemunha.

Não se trata, em verdade, de novidade no sistema jurídico brasileiro. Desde 2009, a Lei 11.900 promoveu alteração no Código de Processo Penal, regulamentando a utilização da tecnologia de videoconferência em processos criminais. No processo civil, também há previsão de uso desse recurso para a prática de atos processuais no art. 236, § 3.º, do CPC/2015.

O princípio do formalismo moderado coaduna-se com a ideia de manejo desse meio tecnológico também em processos administrativos, especialmente os disciplinares, que se inserem dentre aqueles cuja margem de flexibilidade procedimental é reduzida. A solução atende ao princípio da eficiência administrativa, privilegiando, ainda, a duração razoável do processo e a economicidade, sem violação a garantias fundamentais como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Na medida em que se admite que o Poder Público, unilateralmente, realize a prática de tais atos instrutórios por videoconferência, tanto mais legítimo será o manejo dessa tecnologia se decorrente de acordo firmado com o acusado, o que prevenirá, inclusive, eventual futura alegação de invalidade na escolha da via utilizada.⁴²

Conforme a natureza do processo administrativo assim o admita, inúmeros outros pactos processuais podem ser celebrados, a exemplo do rateio de despesas processuais, previsão de meios de comunicação alternativos entre as partes, produção antecipada de prova negociada e outras convenções probatórias, supressão de etapa de processo administrativo, desde que concretamente não se verifique prejuízo às partes, ao interesse público ou a terceiros,⁴³ escolha consensual de perito, legitimação extraordinária negocial, fixação de calendário para a prática de atos processuais, dentre outros.

Nos tribunais administrativos (órgão administrativos que funcionam como equivalentes jurisdicionais, julgando conflitos entre particulares, proferindo decisão de cunho não jurisdicional, porque passível de controle externo e insuscetível de formar coisa julgada material),⁴⁴ a atuação do Poder Público deve ter natureza imparcial, em tudo semelhante à atividade jurisdicional.

42. Defendendo a possibilidade de utilização de videoconferência para a prática de atos instrutórios em processos administrativos disciplinares, inclusive com referência a experiência realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no PAD 200910000032369, em 06.10.2009, embora sem fazer referência ao uso da tecnologia por consenso com a parte acusada: LESSA, Sebastião José. Os atos instrutórios no processo administrativo disciplinar e o sistema de videoconferência. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região*, ano 23, n. 07, p. 35-42, jul./2011.

43. Contra, defendendo a impossibilidade de supressão de fase do processo administrativo: ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. O novo CPC e o processo administrativo: onde os temas se entrelaçam? *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, ano XI, n. 63, nov.-dez./2014, p. 53.

44. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 1, p. 168-171.

Nesses casos, de que são exemplos as controvérsias decididas pelo Tribunal Marítimo, pelas agências reguladoras e pelo Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica),⁴⁵ o Poder Público poderá, em determinados casos, figurar como parte no acordo (a exemplo do pacto de calendarização ou do acordo de organização do processo); seu papel primordial, no entanto, será o de aferição da validade do negócio celebrado, segundo os critérios delineados pelo art. 190, parágrafo único, do CPC/2015, associado às normas administrativas cogentes que regulem o procedimento em questão.

Os negócios jurídicos processuais devem ser utilizados no âmbito do processo administrativo, como tendência ao reforço da participação cidadã na formação dos atos estatais e da cooperação público-privada na obtenção de uma justa decisão administrativa.⁴⁶ Esta decisão será tanto mais legítima quanto mais abertura processual válida à consensualidade houver ocorrido.

6. CONCLUSÃO

As reflexões trazidas neste trabalho permitem concluir que o princípio administrativo geral da eficiência e o princípio administrativo específico do formalismo moderado conferem base para a aplicação da cláusula geral de negociação processual do art. 190 do CPC/2015 aos processos administrativos municipais, distritais, estaduais e federais.

Especificamente para os processos administrativos federais, incide, ainda, como fundamento para utilização dos negócios processuais, a regra do art. 15 do CPC/2015, que regula a aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil aos processos administrativos. Referido dispositivo contém norma indicativa para os demais entes. De todo modo, deverão ser respeitadas, em cada caso, as peculiaridades ínsitas a cada espécie de processo administrativo.

7. REFERÊNCIAS

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. O novo CPC e o processo administrativo: onde os temas se entrelaçam? *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, ano XI, n. 63, p. 47-54, nov.-dez./2014.

45. Exemplos apresentados por DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 1, p. 168-171.

46. MOREIRA, Egon Bockman. As várias dimensões do processo administrativo brasileiro (um direito-garantia fundamental do cidadão). *Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, n. 228, fev./2014, p. 48.

- ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários ao novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/15*. Curitiba: Juruá, 2015, v. 1.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, ano 01, n. 01, p. 155-173, jan.-mar./2006.
- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no novo CPC – aproximações preliminares. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região*, v. 04, n. 39, abr./2015. Disponível em: [www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39]. Acesso em: 15.11.2015.
- ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2015, v. 1.
- BORGES, Alice González. Globalização e administração consensual. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). *Globalização e direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, v. 2.
- CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. *Revista de processo*, São Paulo, ano 36, n. 192, p. 397-415, fev./2011.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. La riforma del processo amministrativo e le garanzie del “giusto processo”. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, ano 56, n. 03, p. 633-658, jul.-set./2001.
- COSTA, Nelson Nery. *Processo administrativo e suas espécies*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Prática do processo administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1988.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- _____. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- _____. A previsão do princípio da eficiência no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, v. 233, p. 65-84, jul./2014.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 1.
- DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. As parcerias público-privadas na administração pública moderna. *Revista de direito administrativo*, v. 265, p. 69-86, jan.-abr./2014.

- ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, v. 2.
- FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. Princípios do processo administrativo e a importância do processo administrativo no Estado de Direito (arts. 1.º e 2.º). In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- FRANCO, Elaine Alves. A relevância dos princípios no processo administrativo municipal. In: CASTRO, João Antônio Lima. *Direito processual: aspectos contemporâneos do direito processual*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Introdução ao direito processual administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1971.
- FREIRE, Marco Valério Viana. Comentário ao art. 10. In: GUERRA, Claudia Magalhães (coord.). *Comentários à lei de processo administrativo do Estado da Bahia: Lei 12.209 de 20.04.2011*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 59-69.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GORDILLO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo: Parte General*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1980, t. II.
- LESSA, Sebastião José. Os atos instrutórios no processo administrativo disciplinar e o sistema de videoconferência. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região*, ano 23, n. 07, p. 35-42, jul./2011.
- LOUBET, Wilson Vieira. *O princípio da indisponibilidade do interesse público e a administração consensual*, Brasília: Consulex, 2009.
- LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. Elementos da evolução do processo administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 108, v. 415, p. 197-238, jan.-jun./2012.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 19. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. O processo administrativo (teoria geral – processo administrativo e processo fiscal). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 72, v. 256, p. 25-32, out.-dez./1976.
- MERKL, Adolfo. *Teoria general del derecho administrativo*. México: Editora Nacional, 1980.

- MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Administração pública consensual e a arbitragem. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, ano 09, n. 35, p. 107-133, out.-dez./2012.
- MOREIRA, Egon Bockman. As várias dimensões do processo administrativo brasileiro (um direito-garantia fundamental do cidadão). *Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, n. 228, p. 37-48, fev./2014.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. *Revista de processo*, São Paulo, n. 33, p. 182-191, jan.-mar./1984.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan.-mar./2003.
- NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Participação administrativa procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei n. 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.
- OLBERTZ, Karlin. O princípio do formalismo no processo administrativo. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, n. 10, p. 271-288, abr.-jun./2008.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- SILVA, Paula Costa e. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- TUPINAMBÁ, Carolina. Comentário ao art. 15. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Aspectos relevantes dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015, de Nida Saleh Hatoum e Luiz Fernando Bellinetti – *RePro* 260/49-71 (DTR\2016\24001);
- "Customização processual compartilhada": o sistema de adaptabilidade do novo CPC, de Rafael Sirangelo de Abreu – *RePro* 257/51-76 (DTR\2016\21700); e
- Negócios jurídicos materiais e processuais – Existência, validade e eficácia – Campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais, de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior – *RePro* 244/393-423 (DTR\2015\9713).

The background features a large, light gray circle on the right side, partially overlapping a grid of thin, light gray lines that extends from the bottom right towards the center. The overall aesthetic is clean and modern.

Direito Penal



AS DEZ MEDIDAS ANTICORRUPÇÃO E A ESTIGMATIZAÇÃO DO ADVOGADO E DO DIREITO DE DEFESA

The "ten anti-corruption measures" and stigmatized criminal attorneys and right of defense

ALBERTO ZACHARIAS TORON

Advogado criminalista desde 1982; Mestre em Direito Penal e Doutor em Direito pela USP; Professor de Processo Penal da FAAP; Membro da Comissão de Defesa da Advocacia no Conselho Federal da OAB; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca e em Direito Penal econômico pela Universidade de Coimbra; Ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Conselho Estadual de Entorpecentes. Autor dos livros *Crimes hediondos: o mito da repressão penal* (Ed. Revista dos Tribunais, 1996); *Inviolabilidade penal dos Vereadores* (Ed. Saraiva, 1994) e, em coautoria com a advogada Alexandra Szafir, *Prerrogativas profissionais do Advogado* (Ed. Atlas, 3ª ed., 2010).
aztoron@terra.com.br

ÁREA DO DIREITO: Penal; Processual; Administrativo

RESUMO: O texto mostra o desprestígio do advogado em uma sociedade sequiosa por punições e como a mídia reforça este desprestígio. Por outro lado, trata do estreitamento de garantias processuais tanto no plano legislativo como na atividade pretoriana. O cerne do trabalho está na análise de *As dez propostas contra a corrupção do MPF e o HC*. Aqui se mostra que a proposta legislativa nos conduzirá ao estreitamento da garantia constitucional do *habeas corpus*, num retrocesso comparável ao que se deu sob a ditadura do Estado Novo. O *writ* perderá sua faceta de controle do devido processo legal, o que é gravíssimo diante da falta de outro instrumento para remediar com rapidez as arbitrariedades havidas na polícia e em juízo.

PALAVRAS-CHAVE: *Habeas corpus* – Advogado – Restrições – Corrupção – Impunidade.

ABSTRACT: The text aims to show lawyer's lack of prestige in a society thirsting for punishment as well as how the media reinforces this disrepute. It also addresses the narrowing down of procedural guarantees both in parliament and courts activity in Brazil. The article focuses on the "ten anti-corruption measures" proposed by the Federal Prosecutor's Office and the *habeas corpus*. It argues that the measures proposed will narrow the constitutional right to *habeas corpus*, a setback comparable to what happened under the Estado Novo Brazilian dictatorship. The writ will no longer be able to control due process, which is very serious in a system that lacks another instrument to quickly repair police and court abuse.

KEYWORDS: *Habeas corpus* – Lawyers – Restrictions on right of defense – Corruption – Impunity.

SUMÁRIO: 1. Advogados e bandidos. 2. As dez propostas contra a corrupção do MPF e o HC. 3. Conclusão.

1. ADVOGADOS E BANDIDOS

A propósito de um artigo na Folha de São Paulo que o Min. FACHIN publicou, o Desembargador ROGÉRIO MEDEIROS GARCIA DE LIMA do TJMG enviou a seguinte carta para o Painel dos Leitores daquele jornal:

Aplauzo o ministro do Supremo Luiz Edson Fachin pelo lúcido e corajoso artigo “Prescrição criminal e impunidade” (Tendências /Debates, 11/10/2015). O nobre juiz certamente enfrentará a sanha dos defensores da bandidagem, mas terá o apoio das pessoas de bem deste país¹.

O artigo do Ministro, a despeito de bem escrito, pode até ser considerado lúcido por aqueles que concordam com a proposta contida no PLS n. 658 de autoria do Senador Álvaro Dias,² mas nada tem corajoso. Faz coro ao atual “sentimento de impunidade”. Caminha, portanto, com a maioria. O ponto, porém, é a forma pela qual os advogados são retratados: “defensores da bandidagem” e, na melhor das hipóteses para nós advogados, somos pessoas do mal, já que as de bem vão apoiar a tese do ministro. Seria o caso de se perguntar: e os que não sendo advogados eventualmente discordem da tese do ministro, seriam o quê?

Mais enfático, quando se julgava o Mensalão (AP-470), o conhecido ARNALDO JABOR, cineasta licenciado, retratou a cena judiciária da seguinte forma:

O STF parecia um palco armado: os advogados dos réus numa tribuna, a imprensa, convidados VIPs. Os advogados se movem em sincronia como discretos bailarinos de ternos, com expressões céticas ou quase cínicas, um tédio proposital nas caras, ostentando a tranquilidade profissional de pistoleiros bem pagos antes de sacar a arma no duelo. (...)

1. Carta publicada na *Folha de S. Paulo* em 13/10/2015, p. A3.
2. A ementa apresentada no site do Senado do dito Projeto diz o seguinte: “Altera o Código Penal, para estabelecer que, anulado o processo, o tempo transcorrido entre o ato declarado nulo e a publicação da decisão que reconheceu a nulidade deve ser desconsiderado para fins de contagem do prazo prescricional, salvo se a nulidade foi declarada a pedido e no interesse da acusação. Modifica as causas interruptivas da prescrição e o termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível”.

No voto de Lewandowski vimos seu desejo de deixar patente na TV que é resistente a pressões de nossa ‘rasteira’ opinião pública. Quis também exibir cultura jurídica cravejada de citações, criando um mecanismo de defesa preventivo que transmuta sua fama de lento em ‘independência’ minuciosa. O julgamento vai oscilar entre a pressa e a lentidão. Pelos freios e embreagens, a defesa dos réus se fará por meio de chicanas retardadoras, por atrasos programados, por bloqueios e ‘questões de ordem’ com cascas de banana.³

Onze anos antes, já havia sentido na própria pele o estigma que recai sobre o advogado, sobretudo o criminalista, na defesa do juiz Nicolau dos Santos Neto. Após ganhar uma liminar no STJ⁴ para revogar outra concedida no TRF da 3ª Região em mandado de segurança manejado pelo MPF como um *habeas corpus* às avessas, isto é, para dar efeito ativo a recurso que não o tem e sujeitar o recorrido desde logo à prisão. Indignado, em horário nobre, o jornalista Boris Casoy, conhecido democrata, disse, sem nenhum pudor, que enquanto os pobres ladrões de galinha mofavam na cadeia, o advogado do juiz Lalau, pago a peso de ouro com nosso dinheiro rapinado, conseguia sua liberdade...

O retrato da figura do advogado, não é de hoje, é o pior possível. Isso já ocorreu em relação àqueles que atuaram na defesa de supostos contrarrevolucionários na Revolução Francesa e, depois, no episódio do capitão Dreifus, na França do fim do século XIX e em Israel quando se julgou John Demjuk, acusado de crimes gravíssimos praticados no Campo de Concentração de Treblinka. No Brasil, o caso mais emblemático deu-se com o saudoso Evaristo de Moraes Filho, que defendeu o então presidente Collor e, depois, com Marcio Thomaz Bastos quando defendeu o assim chamado Carlinhos Cachoeira.

Em um Estado Democrático de Direito, qualquer acusado, ainda que culpado, tem direito à defesa; e, claro, à melhor defesa. O escândalo, segundo ALAN DERSHOWITZ, não está em que ricos sejam primorosamente defendidos e sim quando pobres não o são!⁵

Há um descompasso medonho, assustador, entre o formidável elenco de garantias atribuídos ao investigado e, depois, ao imputado e, por fim, ao

3. *A importância histórica do STF, O Estado de S. Paulo*, 7/08/2012.

4. *HC n. 17.804*, rel. no recesso o Min. NILSON NAVES, DJ 09/8/2001.

5. *Letters to a Young lawyer*, Nova Iorque, NY, 2001, p. 52: “*The scandal is not that the rich are zealously defended; it is that the poor and middle class are not*”. Inspirado no trabalho do grande advogado e professor norte Americano, Pierpaolo Botini, Celso Sanches Vilardi e eu escrevemos no Conjur o artigo intitulado: “Podem bons advogados defender pessoas más?” ([www.conjur.com.br] em 06/6/2012).

sentenciado, na Constituição Federal e a realidade. Não apenas pelo que falam os exaltados âncoras nos jornais televisivos, mas também por aquilo que vêm decidindo nossos tribunais.

Tomemos o caso do *habeas corpus*. Em pleno período democrático apresentamos o estreitamento do seu cabimento ora mediante a construção de Súmulas – da qual a 691 do STF é exemplo máximo – ora por conta de interpretações que, a pretexto de sua “racionalização”, para evitar a chamada “banalização” ou a “desorganização do sistema recursal”, têm caráter perversamente restritivo. Pior: desorganizaram a sistemática do processo penal não conhecendo, mas concedendo ordens de *habeas corpus* “de ofício”, nos exatos termos em que pedidas pelo impetrante. Um contrassenso sem par; passamos a ir daqui para a Europa via China. Logo viveremos a realidade do “*no day in court*”, tão bem descrita por SARAH STASZAK numa referência à contradição entre o proclamado acesso à Justiça e as políticas restritivas do Judiciário.⁶ ARNALDO MALHEIROS FILHO, há tempos alertava para o fato de o Judiciário ser, hoje, mais restritivo que o próprio AI-5, que não havia mexido no *habeas* em relação a crimes comuns.⁷

Mas não é só o *habeas corpus*. A recente decisão do Pleno do STF, tomada por 6 votos a 5 nas ações diretas de constitucionalidade (ADCs) promovidas pelo PEN e pela OAB⁸ revelam não apenas a propensão, ainda que majoritária, para reforçar os mecanismos repressivos, mas – o mais grave – a facilidade com que o STF se livra da lei e da Constituição para decidir como quer. Não por acaso o antigo Subprocurador Geral da República, GUILHERME MAGALDI, redesenhou a pirâmide kelseniana para, acima da Constituição, colocar a Suprema Corte.⁹ Não se trata, obviamente, de uma homenagem, mas do reconhecimento a um autoritarismo voluntarista dos que pensam que assim vão fazer o sistema funcionar melhor; talvez tenham razão, mas o respeito às leis e à Constituição deveria vir antes. Do contrário, temos os juizes da Suprema Corte, como os militares outrora, fazendo o que bem entendem...

Para coroar o quadro, temos o pacote anticorrupção apresentado pelo Ministério Público Federal (MPF) e que já conta com mais de 2 milhões de

6. *No day in Court: access to Justice and the Politics of Judicial retrenchment*. Nova Iorque, Oxford University Press, 2015. Especificamente sobre as restrições ao *habeas* no Brasil ver o meu: “*Habeas corpus está sendo amesquinhado*”, disponível em [www.conjur.com.br], de 20 de maio de 2010.

7. *Que saudades do AI-5!* Folha de São Paulo, ed. de 21/8/2007, p. A3 (Tendências e Debates).

8. ADCs n.s 43 (PEN) e 44 (OAB).

9. Publicado no JOTA ([www.jota.com.br]) em 7/10/2016.

assinaturas em seu apoio. Boa parte das pessoas ignora que o tal pacote atinge o processo penal de uma maneira ampla e não apenas os casos de corrupção. Basta ver as propostas restritivas em relação ao *habeas e*, para exemplificar, a “lavagem” da prova ilícita, com a introdução do elemento da “boa-fé” a purificá-la. Aqui vamos nos limitar ao exame do *writ of habeas corpus*.

2. AS DEZ PROPOSTAS CONTRA A CORRUPÇÃO DO MPF E O HC

O texto da proposta ministerial repete, na essência, o Anteprojeto do CPP de 2009. Ocorre que este foi modificado e o Projeto abandonou as fórmulas restritivas então previstas para o *habeas corpus* e regulou o remédio heroico tal qual se encontra no CPP em vigor. Agora, porém, aproveitando o embalo da grita popular contra a corrupção e a impunidade em geral, enfiaram no bojo das propostas contra a corrupção várias restrições ao *habeas corpus*.

Em geral, nos pronunciamentos públicos, o MPF tem realçado a importância de se tornar mais efetivo o combate ao crime de corrupção, e, em certas hipóteses, torna-lo hediondo e elevar suas penas. Querem mais, que se permita a pronta execução da pena, coisa que agora, contra o réu, o Pleno do STF, em *habeas corpus* permitiu (cf. *HC n. 126.292*, rel. Min. TEORI ZAVASCKI). Escondem, no entanto, que pretendem restringir o *habeas corpus*. Sim, de um lado pretendem o incremento punitivo e respostas penais mais rápidas, mas, de outro, querem enfraquecer as possibilidades de defesa do cidadão.

Podem aumentar as penas dos crimes, chamá-los de hediondos e o diabo, só não podem mexer com o *habeas corpus*. Explica-se.

O incremento das medidas de defesa social, leia-se, medidas punitivas, inclusive com o endurecimento processual, não pode prescindir da garantia dos meios mínimos do direito de defesa. Não é só a questão da igualdade de armas (*par conditio*) que está em jogo. Trata-se de resguardar o cidadão do arbítrio do déspota de plantão no Judiciário, polícia, Ministério Público e até mesmo nas cadeias, dotando-o de uma garantia básica: o direito de impugnar ilegalidades com agilidade, sem delongas.

Mesmo para quem pensa apenas em termos de segurança é evidente que há uma dupla dimensão desta. De um lado, como proteção contra agressão de terceiros, o que, grosso modo, chamaríamos de proteção contra a criminalidade. Mas, de outro, esse o alerta de FREDERICO STELLA,¹⁰ contra a agressão

10. *Giustizia e modernità: La protezione dell'inocente e la tutela delle vittime*; Milão, ed. Giuffrè, 2002, p. 7.

dos agentes estatais. É dizer, se de um lado carecemos de leis e esforços para a defesa contra a criminalidade, de outro, necessitamos igualmente de instrumentos que nos resguardem de abusos e ilegalidades praticadas por agentes do próprio Estado, sobretudo os incumbidos da repressão. O *habeas corpus*, entre nós, tem sido historicamente o grande instrumento que resguarda o cidadão de abusos praticados por agentes do sistema penal, de policiais a juízes, passando por membros do Ministério Público e até agentes do sistema penitenciário. Em outras palavras, o *habeas corpus* é, entre nós, o remédio que, além da liberdade diretamente atingida, resguarda aquilo que GILMAR MENDES, na linha da doutrina alemã, chama de direitos fundamentais de caráter judicial (*Justizgrundrechte*¹¹), ou seja, a liberdade indiretamente ameaçada. Vejamos o que propõe o MPF com relação ao *habeas*:

Art. 2º Os arts. 620, 647, 652 e 664 do Código de Processo Penal passam a vigorar com as seguintes redações:

“Art. 620. (...)”

Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na *iminência* de sofrer violência ou coação ilegal que prejudique *diretamente* sua liberdade atual de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar” (grifei).

Comentário: Esta é, na essência, a redação da Carta de 37, no seu art. 122, inc. 16, e a mesma que vigora hoje no referido art. 647. Reforça-se a disciplina de regência da Carta autoritária de 37. Ocorre que, desde a Constituição de 46, o art. 141, § 23, estabelecia:

Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Daí em diante, com a extirpação da cláusula da *iminência*, passou-se a entender que é admissível a tutela antecipada mesmo em situações em que a prisão constitua evento apenas possível a longo prazo.¹² A Constituição de 1988 repete a disposição da CF de 46 no art. 5.º, inc. LXVIII. Na síntese de memorável acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o *habeas corpus* é: “ação mandamental a tutelar, não apenas diretamente a liberdade física dos indivíduos, mas as demais hipóteses de coação ilegal que, de algum modo, estejam relacionadas com o *status libertatis*, incluindo o processo, do qual não

11. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed., São Paulo, ed. Saraiva, 2010, p. 587.

12. GRINOVER, MAGALHÃES e SCARANCE. *Recursos no processo penal*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2ª tir., 2009, p. 272.

se espera tão-só uma decisão justa, mas um tramitar escorreito e a salvo de nulidades (*due process of law*)”.¹³ Mais recentemente o Superior Tribunal de Justiça reafirmou essa ideia ao julgar o HC 160.696:

Há muito a jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a utilização da ação mandamental de *habeas corpus* para afastar constrangimento ilegal de ordem processual suportado pelo réu no curso da ação penal, desde que presente a possibilidade de lesão à liberdade de locomoção do indivíduo.¹⁴

Não se trata, como deixou assentada a Primeira Turma do STF no HC 82.354, relatado pelo Min. PERTENCE, “de fazer reviver a doutrina brasileira do *habeas corpus*, mas sim de dar efetividade máxima ao remédio constitucional contra a ameaça ou a coação da liberdade de ir e vir, que não se alcançaria, se limitada a sua admissibilidade às hipóteses da prisão consumada ou iminente”.¹⁵ Daí ter recordado o decidido pela mesma Turma no HC 79191,¹⁶ em cujo *writ* se discutia ilegalidade da quebra do sigilo bancário do paciente. A ementa consignou que “se se trata de processo penal ou mesmo de inquérito policial, a jurisprudência do STF admite o *habeas corpus*, dado que de um ou outro possa advir condenação a pena privativa de liberdade, ainda que não iminente, cuja aplicação poderia vir a ser viciada pela ilegalidade contra o qual se volta a impetração da ordem”.

O ponto é que os *penduricalhos* que a proposta legislativa do MPF pretende ver transformados em lei, não apenas faz nosso *habeas retroagir* ao que foi no Estado Novo, mas o restringe ainda mais; isto é, emascula-o, fazendo-nos órfãos de um instrumento de controle do devido processo legal que seja rápido e eficaz.

Na sequência:

§ 1º A ordem de *habeas corpus* não será concedida:

I – de ofício, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente;

13. TJSP, 3ª Câmara Criminal, HC n. 348.952, rel. Des. GONÇALVES NOGUEIRA, j. 12/6/01.

14. 5ª T., rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 29/8/2011. Na mesma linha, cf. RHC 12.717, rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 28/10/2002; RHC 11.338, rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 08/10/2001; HC 18.060, rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ 26/8/2002; HC 55.986, rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 01/8/2006 e, entre muitos outros, HC 31.205, Rel. p/ Ac. Min. PAULO MEDINA, DJ 26/11/2004.)

15. STF, 1ª T., un., DJ 24/09/04.

16. RTJ 171/258.

Comentário: com isso retira-se do juiz a possibilidade de extirpar ilegalidade de que não tenha sido veiculada pelo impetrante, que, inclusive, pode ser um leigo. Na verdade, interfere-se de forma canhestra na amplitude da jurisdição penal. Cria-se, por outro lado, sem o menor amparo na Constituição ou no CPP, uma distinção de tratamento entre réus presos e soltos, como se apenas aqueles tivessem direito à tutela do devido processo legal.

II – em caráter liminar, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente e ainda houver sido trasladado o inteiro teor dos autos ou este houver subido por empréstimo;

Comentário: A se aprovar tal proposta, os processos nulos ou com medidas ilegais a serem praticadas não poderão ser obstados prontamente. Interfere-se indevidamente no poder geral de cautela do magistrado e no âmbito de ação do *habeas*, particularmente na sua dimensão preventiva e no que diz com a supressão de ilegalidades, como o indeferimento de provas, adoção de procedimentos ilegais etc. Réus soltos poderão ser vítimas de ilegalidades sem que possam reclamar imediatamente aos Tribunais Superiores. É, repita-se, um despropósito e incorre na mesma odiosa distinção entre réus presos e soltos.

III – com supressão de instância;

Comentário: reafirma-se o verbete da Súmula 691 do STF que, no entanto, tem sido frequentemente superada quando se trata de ilegalidade flagrante ou afronta à jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. O Pleno do STF já afirmou essa possibilidade no julgamento do HC 85.185, rel. Min. CESAR PELUSO (DJ 1º/9/2006). O Min. GILMAR MENDES vem destacando em inúmeras decisões monocráticas proferidas em *habeas corpus* manejados contra o indeferimento de liminar que “é bem verdade que o rigor na aplicação da Súmula nº 691/STF tem sido abrandado por julgados desta Corte em hipóteses excepcionais em que: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF (cf. as decisões colegiadas: HC nº 84.014/MG, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 25.06.2004; HC nº 85.185/SP, Pleno, por maioria, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 1º.09.2006; e HC nº 88.229/SE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, maioria, julgado em 10.10.2006; e as seguintes decisões monocráticas: HC nº 85.826/SP (MC), de minha relatoria, DJ de 03.05.2005; e HC nº 86.213/ES (MC), Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 1º.08.2005” (Min. GILMAR MENDES, HC 89.794, DJ 29/11/2006).

IV – sem prévia requisição de informações ao promotor natural da instância de origem da ação penal, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente;

Comentário: a necessidade de intimação do promotor natural é uma novidade no nosso ordenamento. Desde sempre, e a exemplo do que ocorre no mandado de segurança, só se requisitam informações do juiz que é apontado como autoridade coatora, mas nunca do promotor, salvo quando ele próprio for a autoridade coatora e, portanto, parte na relação processual. Em princípio, não há maior problema na proposta, a não ser o de atrasar ainda mais o trâmite do *habeas*. Aliás, é de se lembrar que o MP se manifesta nos writs por meio de Parecer. Assim, teremos o despautério de contarmos com duas manifestações do órgão acusatório.

V – para discutir nulidade, trancar investigação ou processo criminal em curso, salvo se o paciente estiver preso ou na iminência de o ser e o reconhecimento da nulidade ou da ilegalidade da decisão que deu causa à instauração de investigação ou de processo criminal tenha efeito direto e imediato no direito de ir e vir.

Comentário: novamente não se consegue compreender porque cargas d'água o réu solto fica desprovido de meios para questionar a ilegalidade de atos praticados durante a ação penal. O arbítrio prevalece sobre o devido processo legal em caso de réu solto. Essa disposição parece atender a uma grita dos juízes autoritários, que eram campeões em 'tomar' *habeas* na cabeça. O MPF toma as dores deles. Mas é inconstitucional perpetuar ilegalidade, qualquer que seja ela, esteja o réu preso ou não, se a Constituição afirma que se concederá *habeas corpus sempre* que a pessoa sofrer constrangimento ilegal.

§ 2º O *habeas corpus* não poderá ser utilizado como sucedâneo de recurso, previsto ou não na lei processual penal”. (NR)

Comentário: Que não se queira admitir o manejo do HC como sucedâneo recursal, embora seja uma bobagem, superada há muito tempo pelo STF pela obviedade de que não se pode deixar para amanhã o que é possível fazer hoje, até que se compreende. Agora, se não há recurso cabível, previsto na lei processual penal, como dizer que o HC é “sucedâneo de recurso”? Perderam a noção de realidade ou da própria lógica?

A proposta, como quer que seja, é escancaradamente inconstitucional. Como advertiu o Des. DANTE BUSANA (TJSP) “*Garantia constitucional e ação de direito processual constitucional, o Habeas corpus não conhece outros limites que os estabelecidos na Carta Magna. Inaceitável sustentar, como faz a ilustrada Procuradoria de Justiça, seu não cabimento em hipótese em que haveria constrangimento*

ilegal à liberdade física porque prescrita a pretensão punitiva, a pretexto de quem a sofre apelou da sentença condenatória e no julgamento do recurso a eventual extinção da punibilidade poderá ser melhor apreciada".¹⁷

De resto, com o Min. PERTENCE, não custa lembrar que é princípio sedimentado na jurisprudência brasileira de que a recorribilidade da decisão ou a efetiva pendência de recurso contra eles não inibe a admissibilidade paralela do *habeas corpus*.¹⁸ Idem: “É cabível *habeas corpus* mesmo quando pendente julgamento de recurso de apelação que veicule a mesma questão” (HC n.º 77858/AM, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12.02.1999); “Evidenciado o constrangimento ilegal, cabe o writ, ainda que pendente apelação da sentença condenatória”. (RTJ 125/157, Carlos Madeira). “*Habeas corpus*. Apelação pendente. Cabimento do writ. Não se há de remeter ao juízo de apelação, ainda que idêntica a matéria do *Habeas corpus* evidenciadora do constrangimento ilegal. Recurso de *Habeas corpus* provido” (RTJ 109/144, Rel. Min. Rafael Mayer). “Recurso de *Habeas corpus*. (...) Por si só não o impede a pendência da apelação, se presente o constrangimento ilegal e o exame da matéria se comporta no âmbito de writ. Recurso de *Habeas corpus* provido”. (RTJ 108/590, Rel. Min. Oscar Corrêa). *A existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do Habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu*” (RHC n.º 20624/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 19.03.2007); “II – O fato de haver recurso de apelação ainda pendente de julgamento perante o e. Tribunal a quo, não impede que esse aprecie a presente ordem (Precedentes)” (HC n.º 29450/PR, Rel. Min. Felix Fischer, v.u., DJ 18.4.2005). Também a 6ª Turma do STJ, em decisão da lavra do eminente Ministro Hamilton Carvalhido, já reconheceu que, salvo nos casos em que as peculiaridades da espécie recomendam a consideração do conjunto da prova, impróprio à via heroica, “nenhum óbice há em que se conheça de pedido de *Habeas corpus* impetrado à Corte de Justiça Estadual simultaneamente com a interposição de recurso de apelação” (RHC 12244/MA, v.u., DJ 21.6.2004).

Por outro lado, suscintamente, veja porque questionar ilegalidades pela via do *habeas* é importante:

1. Foi por meio do HC que o Pleno do STF anulou o julgamento feito pelo Júri de um pobre coitado que ficou algemado o tempo todo. Isso jogava contra

17. JTACRIM, ed. Lex, 74/140-142.

18. RHC n. 82.045, DJ 25.10.02; HC n.º 82.968/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 20.06.2003 e STJ HC n.º 77703/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, DJ 29.6.07.

o réu (HC n. 91.952, rel. Min. MARCO AURÉLIO). Se o réu fosse buscar seu direito pelas vias ordinárias, ainda estaria preso...

2. Foi por meio do HC, aliás, escrito por um preso, que o STF, por apertada maioria, julgou que a imposição do regime integral fechado era inconstitucional (HC n. 82.959, rel. Min. MARCO AURÉLIO). Pela via do Recurso Extraordinário isso levaria uma eternidade. A propósito, mesmo por meio do HC levou muito tempo.

3. Foi por meio do writ (HC 82.354, rel. Min. PERTENCE) que se quebrou a espinha dorsal de uma forma autoritária de se investigar: prender, interrogar e não permitir que o advogado tenha acesso aos autos para orientar a defesa do cliente como assegura a Constituição desde o momento do flagrante.

4. Foi por meio do *habeas corpus* que se tem anulado operações que apresentam provas ilícitas como na Castelo de Areia (HCs ns. 137.349 e 159.159 relatados pela Min. MARIA THEREZA).

5. Foi pela via mandamental que pais pobres, adeptos da religião Testemunhas de Jeová, viram-se livres da acusação de terem matado dolosamente sua filha por não terem consentido com a transfusão de sangue (HC n. 268.459, rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA).

Os casos são infinitos e não haveria espaço suficiente para retratar a importância de lutarmos contra a proposta autoritária de se restringir o *habeas corpus*. Talvez valesse repetir o antigo bordão da UDN segundo o qual “o preço da liberdade é a eterna vigilância!”

3. CONCLUSÃO

Em 1996, no trabalho que apresentei como dissertação de mestrado na USP,¹⁹ sustentei:

É curioso, por outro lado, perceber como no final do século, quando se acreditava no incremento do movimento despenalizador mediante a utilização de técnicas alternativas de controle social²⁰ cresce o anseio por penas mais elevadas e, de um modo geral, por uma atuação mais draconiana do sistema punitivo como um todo, com prisões provisórias decretadas amiúde, supressão da progressão no regime prisional etc. Afora isto, e por mais paradoxal

19. *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 16.

20. Por todos: Franco Bricola em: “Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela”. *Funzioni e limiti del diritto penale*, vários autores, Pádova, CEDAM, 1984.

que possa parecer, é exatamente sob a égide do sistema democrático que está aumentado o espectro de incidência do Direito Penal.²¹

O drama atual do Direito Penal – escrevi há vinte anos – é, como adverte MIGUEL REALE JR., “conciliar a tutela da segurança social com o respeito à pessoa humana”.²² Ou, na síntese de MUÑOZ CONDE:

Respectar los derechos del individuo, incluso del individuo delincuente, garantizando, al mismo tiempo, los derechos de una sociedad que vive con miedo, a veces, real, a veces supuesto, a la criminalidad, constituye una especie de cuadratura del círculo que nadie sabe como resolver. La sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes, recurriendo a la pena si ello es necesario; el delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y a no quedar definitivamente apartado de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma.²³

O “TÃO” do Direito Penal, parafraseando FRITJOF KAPRA,²⁴ dentro do movimento pendular que se estabelece no curso da história, entre uma minimização do sistema punitivo e sua ampliação, pende, hoje, fortemente, para esta última vertente. Ilustra-o, repita-se a enésima vez, a recente decisão proferida pelo Pleno do STF (HC 126.292) de mandar prender o réu antes do trânsito em julgado, mesmo sem pressupostos cautelares. Voltamos, mesmo diante da garantia da presunção de inocência prevista na Constituição Federal (art. 5.º, inc. LVII, e da *regra clara* do art. 283 do CPP,²⁵ sem nenhum acanhamento ao regime do Estado Novo de 1941, que permitia a execução provisória da pena (CPP, art. 669, I). E que ninguém se assuste se a prisão preventiva virar

-
21. Já se disse outrora que: “A hipertrofia do Estado, nos regimes ditatoriais, leva os governantes a recorrerem ao Direito Penal, como instrumento para as manifestações de prepotência” (Basileu Garcia em *Instituições de Direito Penal*, 4ª ed., SP, Max Limonad, 1977, 39ª tiragem, tomo I, p. 20).
 22. *Regimes penitenciários e sistema progressivo em: Novos rumos do sistema criminal*; Rio de Janeiro, ed. Forense, 1983, p. 81.
 23. “*Derecho Penal y control social*”; Jerez; Fundación Universitaria de Jerez; 1985; p. 124.
 24. Este autor escreveu uma das mais interessantes obras sobre epistemologia no campo da Física intitulada *O TÃO da Física*, que significa os caminhos da Física.
 25. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei 12.403/2011).

regra nos casos de crimes apenados com reclusão. A Lava Jato já está fazendo escola.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato, de Gustavo Badaró – *RBCrim* 122/171-204 (DTR\2016\22991);
- Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro, de Américo Bedê Junior e Alexandre de Castro Coura – *RT* 969/149-159 (DTR\2016\21676);
- Crítica à cobertura midiática da Operação Lava Jato, de Marcus Alan de Melo Gomes – *RBCrim* 122/229-253 (DTR\2016\22989);
- Presunção de inocência e o pacote anticorrupção: a análise do “novo” crime de enriquecimento ilícito e as garantias constitucionais, de Gamil Föppel El Hireche e Pedro Ravel Freitas Santos – *RBA* 1/171-190 (DTR\2016\19868); e
- Uma revolução silenciosa: lei anticorrupção e a governança empresarial, de Napoleão Casado Filho – *RDB* 72/249-258 (DTR\2016\22441).

The background features a large, light gray circle on the right side, partially overlapping a grid of thin, light gray lines that extends from the bottom right towards the center. The overall aesthetic is clean and modern.

**Direito
Processual
Penal**



A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO CASO DE AUTORIDADE COM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ALGUMAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS

The criminal investigation in case of authority with original jurisdiction before the Supreme Court: some controversial issues

GUSTAVO BADARÓ

Doutor, Mestre e Livre-docente, em Direito Processual Penal pela USP.
Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP.
Advogado e Consultor Jurídico.
gustavobadaro@uol.com.br

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: O artigo tem por objeto o regime jurídico especial aplicável no caso de investigação criminal envolvendo autoridade que tem foro por prerrogativa de função. Serão analisadas a necessidade de autorização prévia do tribunal para o início da investigação; quais são os elementos de informação concretos necessários para autorizar tal investigação e, por fim, a investigação nos casos de conexão e continência em que para um dos investigados seja estabelecida a competência por prerrogativa de função. Também será estudado como deve se dar o indiciamento, no caso de inquérito que se desenvolve sob supervisão do STF.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação – Competência por prerrogativa de função – Juiz natural – Indiciamento

ABSTRACT: The article focuses on the special legal regime applicable in the case of criminal investigation involving authority which has jurisdiction for right function. Will be analyzed the necessity of prior permission from the court to the start of the investigation; what are the specific evidences are necessary to authorize such investigation and, finally, the investigation in the case of connection and continence that for one of the investigated is established the competence by prerogative function. It will also be studied how to give the prosecution in the case of investigation that develops under the supervision Supreme Court.

KEYWORDS: Inquiry – Original jurisdiction before the Court – Natural judge – Indictment

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Autorização para início da investigação e supervisão pelo STF. 3. Do suporte probatório mínimo para o início da investigação. 4. Do surgimento de

elementos de informação sobre autoridade com foro por prerrogativa de função. 4.1. Da Conexão e continência perante a garantia do juiz natural. 4.2. Do conjunto de elementos de informativos que impõem a remessa da investigação ao tribunal. 4.3. Da decisão sobre a unidade da investigação ou seu desmembramento. 5. Do indiciamento do investigado com foro por prerrogativa de função. 6. Da consequência da violação da competência do STF para a autorização de início e supervisão da investigação. 7. Conclusões. 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A investigação criminal, em regra, ocorre por meio de inquérito policial, instaurado diretamente por Delegado de Polícia, independentemente de autorização judicial. Ficará sob a presidência da autoridade policial, que somente necessitará de intervenção judicial no caso de atos constitutivos de direitos, como medidas cautelares pessoais ou reais, além da autorização de realização de meios de obtenção de prova.

O presente artigo procura analisar, à luz de tais regras gerais, as principais modificações no regime especial das investigações que se desenvolvem perante o Supremo Tribunal Federal, no caso em que o investigado seja detentor de foro por prerrogativa de função.

Os casos de competência por prerrogativa de função do Supremo Tribunal Federal, para o julgamento de crime comum, estão estabelecidos taxativamente na Constituição (art. 102, *caput*, I): “o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República” (alínea *b*); “os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente” (alínea *c*).

Além de relevantíssima regra de competência, a previsão de foro por prerrogativa de função implica, pelo menos, duas relevantes alterações processuais: a modificação procedimental, de um lado, e a restrição recursal, de outro. O processo seguirá o procedimento especial dos crimes de competência originária do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, previsto nos art. 1.º a 12 Lei 8.038/1990. Por outro lado, sendo julgado originariamente pelo Supremo Tribunal Federal, o acusado não disporá de um recurso ordinário que permita ampla reanálise da sentença condenatória, tanto quanto ao juízo de fato, como quanto ao juiz de direito, como assegurado na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.2.h).

O presente estudo pretende analisar os efeitos concretos da retroprojeção das regras de competência originária do STF, na fase anterior ao processo, isto é, de investigação preliminar. Evidente que não será possível, no âmbito limitado de um artigo, tratar de todos os problemas e de cada uma das peculiaridades de tal “regime especial” de investigação.

A análise procurará responder a algumas questões pontuais, sobre a instauração de tal investigação perante o Supremo Tribunal Federal. Para o início da investigação, será necessária uma autorização do STF, considerando haver elementos mínimos para justificar a investigação preliminar? No caso de inquérito policial iniciado em primeiro grau, surgindo elementos de há um investigado com foro por prerrogativa de função, em que hipótese deverá ser remetida a investigação para o STF? Ocorrendo conexão ou continência, envolvendo investigado com prerrogativa de função, quem decidirá sobre a sua unidade ou separação: o juiz ou o STF? A autoridade policial poderá realizar o indiciamento do investigado com foro por prerrogativa de função, sem autorização do STF?

2. AUTORIZAÇÃO PARA INÍCIO DA INVESTIGAÇÃO E SUPERVISÃO PELO STF

Uma pessoa que detenha foro por prerrogativa de função, somente poderá ser denunciada perante o tribunal originariamente competente. Todavia, é de se indagar, com relação à fase preliminar: a competência originária dos Tribunais também gerará reflexos quanto à investigação prévia?

A lei não dá resposta. Inexiste dispositivo que determine que a investigação também se processe perante o tribunal competente, ou que preveja o contrário, isto é, que a investigação ser dará normalmente, em primeiro grau, sendo somente submetida ao tribunal, para o início da fase propriamente processual. Embora a lei não defina a questão, há claro posicionamento jurisprudencial no sentido que a investigação de pessoa que detém foro por prerrogativa de função, somente poderá ter início no caso de prévia autorização do tribunal competente e, mesmo depois de iniciada, ficará sob a supervisão do tribunal superior.

A regra de foro por prerrogativa de função para o futuro processo, acaba gerando um efeito mais amplo, que não encontra paralelo na investigação preliminar nos casos de crimes de competência do juiz singular. Neste caso, o delegado de polícia pode instaurar inquérito policial, para investigar os fatos que lhe se afiguram criminosos, independentemente de qualquer autorização ou decisão judicial.¹

1. Excepcionalmente, no caso de crime perseguido mediante ação penal de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido, será necessária a representação

Já no caso de inquérito no qual o acusado goza de foro por prerrogativa de função, por posicionamento jurisprudencial, criou-se *uma especial condição para o início da persecução penal*: a investigação não poderá se iniciar sem a autorização judicial do tribunal ao qual for atribuída a competência originária para a ação penal.

Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Questão de Ordem no Inquérito 2.411/MT, ressaltando que há: “diferenças entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF”, pois “se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF”.²

Embora o precedente se referisse à “supervisão” do inquérito, o STF passou a considerar que a própria instauração do inquérito depende da autorização do próprio tribunal.³ Ou seja, autoridade policial “não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de quem tenha foro por prerrogativa de função.

Sumariando o exposto no presente item, nos casos em que há previsão de foro por prerrogativa de função, não apenas o processo deverá se desenvolver originariamente perante o Tribunal competente, como também a instauração

do ofendido para instauração do inquérito policial (CPP, art. 5.º, § 4.º) e, nos crimes de ação pena de iniciativa privada, será necessário o requerimento da vítima (CPP, art. 5.º, § 5.º). Isso, certamente, também será aplicável no caso de investigação de pessoa detentora de foro por prerrogativa de função.

2. STF, Inq. 2.411QO/MT, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10.10.2007, m.v., RTJ 204/632.
3. Cabe acrescentar que, com a reforma do RISTF, pela Emenda Regimental 7, de 6 de abril de 1998, passou se prever, entre as *funções do relator*: “determinar a instauração de inquérito a pedido do Procurador-Geral da República, da autoridade policial ou do ofendido” (RISTF, art. 21, XV, primeira parte). Para uma crítica à “extensão” da noção de “supervisão”, para nela incluir a “autorização” para instaurar a investigação, cf. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti (*A Investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2012, p. 194): “Não se poderia enxergar, portanto, a nosso entender, a necessidade de *autorização* para a instauração de inquérito contra agentes políticos, como simples decorrência da *supervisão* em tese exercida pelo Tribunal nesses inquéritos, visto que são ações distintas”.

da investigação criminal – seja ela instrumentalizada por inquérito policial, por procedimento investigatório criminal, ou por qualquer outro meio – dependerá de prévia autorização do tribunal, e se dará sob a supervisão do Ministro ou Desembargador a quem tenha sido distribuído o feito.

3. DO SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO PARA O INÍCIO DA INVESTIGAÇÃO

A supervisão da investigação realizada pelo Supremo Tribunal Federal inclui analisar o suporte probatório mínimo exigido para iniciar a investigação contra detentor de foro por prerrogativa de função.

Não basta a simples notícia da ocorrência de um crime, do qual seria possível autor quem ostente foro por prerrogativa de função, para que seja autorizada a instauração da investigação. É necessário um lastro probatório de tal assertiva. Como destacou a Min. Cármen Lúcia, em seu voto no julgamento do Agravo Regimental no Inquérito 3.847/GO, “faz-se nesta Suprema Corte uma espécie de controle das razões de abertura das investigações contra os detentores de prerrogativa de foro, e na prática isso implica que o Ministro Relator faz um *juízo de valor sumário sobre a base fática* trazida pelo Procurador-Geral da República, dele resultando a autorização, ou a negativa dela, para o desabroche do procedimento investigativo”.⁴

Exige-se um mínimo de elementos informativos a autorizar a instauração de investigação contra autoridade como prerrogativa de função. No julgamento da Questão de Ordem no Inquérito 3.815, o Min. Ministro Marco Aurélio, fazendo um paralelo com a situação de trancamento de inquérito policial infundado, mediante a utilização de *habeas corpus*, considerou possível o “trancamento” da investigação, “ao constatar a inexistência de indícios contra o investigado”.⁵

Outro indicativo semelhante é encontrado no voto da Min. Carmen Lúcia, no já citado voto da Min. Carmen Lúcia, no Agravo Regimental no Inquérito

4. Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 42 do acórdão do STF, no Ag Rg no Inq 3.847/GO, 1.^a Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j.07.04.2015, v.u.

5. STF, QO no Inq. 3.815, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Rel. p. ac. Min. Marco Aurélio, j. 11.04.2007, m.v. Por sua vez, o Min. Celso de Mello no julgamento do HC 106.124/PR (2.^a Turma, j. 22.11.2011, v.u.), também considerou viável o controle da tramitação da investigação (perante o TRF da 4.^o Região), e determinou o trancamento do inquérito, no caso em que esteja “ausente a tipicidade dos fatos investigados”. No mesmo sentido, Pet 3.825/MT-QO, Pleno, Rel. Sepúlveda Pertence, Rel. p. ac. Min. Gilmar Mendes, j. 10.10.2007, m.v.; e RCL 10908, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE 22.09.2011.

3.847/GO: “penso que o parâmetro para este prévio juízo de valor sobre a persecução deve se guiar analogicamente pelas mesmas balizas que a jurisprudência desta Casa se utiliza nos casos de extinção prematura dos inquéritos e ações penais já instaurados – hipóteses raras – entre as quais se inclui a *inexistência de base empírica mínima, justa causa e atipicidade penal*”.⁶

Os conceitos de “base empírica mínima” e de “justa causa” não indicam quais os elementos da imputação – p. ex.: a autoria ou a materialidade – devem ser valorados e, muito menos, qual *standard* probatório exigido para se autorizar o início da investigação.⁷

A justa causa para ação penal tem sido entendida como um suporte probatório mínimo, tendo por objeto a existência material de um crime e a autoria delitiva. Sem esse lastro probatório ou da *probable cause* a denúncia ou queixa deverá ser rejeita.

Embora exista certo consenso no sentido de que a justa causa se conecta ao fato criminoso e sua autoria, não há uniformidade sobre o grau probatório exigível em relação a tais elementos. A própria denominação comumente utilizada, indica uma diferença de *dose* sobre o *quantum* probatório exigido. Sobre a autoria, normalmente, exige-se a existência de “indícios de autoria” ou “indícios suficientes de autoria”.⁸ Por outro lado, no que toca ao crime, há

6. Voto da Ministra Carmen Lúcia, p. 42 do acórdão do STF, no Ag Rg no Inq 3.847/GO, 1.^a Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 07.04.2015, v.u.

7. Por outro lado, sob o aspecto negativo, isto é, de que não é apto a caracterizar tais elementos, o STF (Ag Rg no Inq 3.847/GO, 1.^a Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 07.04.2015, v.u.) decidiu, que “denúncia anônima e notícias genéricas extraídas da internet, que não descrevem nenhum fato concreto” não caracteriza “base empírica idônea para a abertura de investigação com relação ao detentor de prerrogativa de foro”. Por outro lado, do mesmo julgado, extrai-se, em sentido positivo ou de suficiência para a instauração da investigação, que deve haver “indícios concretos – e não meras conjecturas desprovidas de amparo na realidade fática – de envolvimento de membro do Congresso Nacional em fatos delituosos”.

8. Comparando ambas as expressões, embora à luz dos requisitos da prisão preventiva, e não da justa causa para a ação penal, Antonio Magalhães Gomes Filho (*A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 222-223) explica que: “Trata-se de um juízo provisório sobre os fatos, feito com base nas eventuais provas já existentes ao tempo da decisão sobre a medida cautelar. Segundo a lei, nessa apreciação deve o juiz chegar à conclusão de estar *provada* (há uma *certeza*, portanto) a existência do fato delituoso, podendo contentar-se, quanto à autoria, com a simples constatação de indício suficiente. A motivação do provimento cautelar deve atender, assim, no que se refere à conduta criminosa, à necessidade de justificar, com base em elementos de convicção indubitáveis, não somente a real ocorrência do fato (se deixou vestígios,

referências como “prova da existência do crime” ou “prova da materialidade delitiva”.⁹

Quanto à autoria delitiva não se exige a certeza para a caracterização da justa causa, bastando que os elementos de informação colhidos na fase de investigação preliminar permitam um juízo de *probabilidade* de que o acusado seja o autor do delito.¹⁰ Já com relação à existência do crime, a questão mostra-se mais complicada. Há quem considere ser necessária *certeza* da existência do crime,¹¹ enquanto outros se contentam com uma *probabilidade elevada* de que tenha ocorrido um delito.¹²

Não é possível concordar com tal o posicionamento que de, para autorizar a instauração da investigação perante o STF, exige o mesmo suporte probatório necessário para a instauração da ação penal. Independentemente de qual

com o exame de corpo de delito exigido pelo art. 158 do CPP), mas igualmente, com razões de direito, a tipificação desse mesmo fato na lei penal.”

9. Para Afrânio Silva Jardim (*Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 42) a justa causa exige “indícios de autoria” e “existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade”. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (*Justa causa na ação penal*. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 243) refere-se à “existência material de um fato” típico e ilícito e “indícios suficientes de autoria”. Hélio Tornaghi (*Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 1, p. 42), embora sem se referir à justa causa, entende que somente poderá haver denúncia “havendo prova do fato e suspeita de autoria”.
10. No sentido de que deve haver *probabilidade* de autoria: MOURA, Maria Thereza R. de A., *Justa causa...*, p. 222, nota 11; FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 152. Questão muito mais delicada seria tentar definir o grau de probabilidade exigido. A probabilidade, no sentido de ser mais crível ou viável a ocorrência de alguma coisa, sobre a hipótese contrária de sua inoocorrência, admite graus.
11. No sentido de que a materialidade deve ser certa ou demonstrada: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Filho *Processo Penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 601; COSTA, Paula Bajer F. M. da. *Ação penal condenatória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 94. Aliás, MENDES JR., João. (*O Processo Criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 2, p. 170) já pontificava que “quando o juiz não tenha *pleno conhecimento do delito* ou indícios veementes de quem seja o delinquent, declarará nos autos que não julga procedente a queixa ou denúncia”.
12. Considerando que quanto à materialidade delitiva, bastaria a *probabilidade* – e não a *certeza* – da existência do crime: MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. I, p. 133; FERNANDES, Scarance. *A Reação Defensiva ...*, p. 33.

o grau do suporte decorrente dessa base empírica, o certo é que, logicamente, esses elementos devem levar a um prognóstico de condenação em grau menos intenso que os exigidos para o início do processo.

Isso porque, a persecução penal se desenvolve mediante uma sucessão de juízos sobre a materialidade delitiva e sua autoria, com graus crescentes de convencimento.¹³ Há, pois, uma escalada de intensidade. Quando se tem notícia de um fato que se afigura crime, sem ter a certeza de tanto, deve-se investigar. Basta a *notitia criminis*, ou melhor, a notícia de um possível crime, para que se instaure a investigação. Com o desenvolvimento dessa investigação, deve se obter um suporte probatório que confirme, ao menos em grau de probabilidade elevada, a existência do crime, isto é, sua materialidade. Com isso, tem-se o *fumus commissi delicti*, necessário para caracterizar a justa causa e tornar legítimo o exercício da ação penal. Por fim, para uma condenação penal, não basta a fumaça do direito de punir, é necessário que se tenha certeza, além de qualquer dúvida razoável, do *ius puniendi*, para que se possa condenar alguém.

Se há essa escalada de intensidade, com diferença crescente de dose do grau de convencimento exigido sobre um mesmo elemento da imputação (materialidade ou autoria), não é correto considerar que o que se exige para a instauração da investigação criminal (etapa inicial), seja o mesmo necessário para a instauração da ação penal (etapa intermediária).

Em suma, com relação ao início da investigação, se nos inquérito policiais basta a simples *notitia criminis*, isto é, a narrativa de um fato que se afigura infração penal, mesmo que sem qualquer indicação de seu possível autor, no caso de instauração de investigação perante o Supremo Tribunal Federal, não basta uma simples narrativa, devendo tal histórico criminoso vir acompanhado de elementos de informação mínimos que liguem a prática delitiva ao seu autor.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, contudo, não permite que se identifique, com clareza, se para autorizar a instauração da investigação, basta que exista qualquer elemento concreto, a indicar uma mera *possibilidade* de envolvimento de autoridade egrégia, ou se é necessário mais do que isso, exigindo-se um juízo de *probabilidade* da autoria delitiva.

13. Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 79; LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 364) refere-se ao processo penal como “um sistema escalonado e como tal, para cada degrau, é necessário um juízo de valor”.

4. DO SURGIMENTO DE ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO SOBRE AUTORIDADE COM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Até agora, tratou-se da situação em que uma investigação é iniciada tendo por investigado alguém que, no momento do início da persecução penal, tenha foro por prerrogativa de função.

Há, porém, a possibilidade de um cenário parcialmente diverso. Inicia-se a investigação tendo em vista a possibilidade de o crime ter sido praticado por indivíduo – ou mesmo por mais de duas pessoas – que não ostente foro por prerrogativa de função. Ou seja, trata-se de uma investigação normal, de indivíduos que, se vierem a ser processados, o serão perante juiz de primeiro grau. O que ocorrerá se, no curso dessa investigação, surgir elementos do envolvimento de eventual coautor ou partícipe do delito, que goze de foro prerrogativa de função? Ou então, caso se descubra um crime conexo ao inicialmente investigado, sendo que esse novo delito tem com investigado uma pessoa com foro por prerrogativa de função?

Nestes casos, o fenômeno não será de inicialmente se instaurar uma investigação em face de quem tenha prerrogativa de função, mas do surgimento, superveniente, de um investigado com foro por prerrogativa de função.

Nesse caso, uma antecipação das regras de definição de competência, bem como das previsões legais sobre conexão e continência, enquanto fatores de modificação da competência, fará surgir o problema da investigação de pessoa com foro por prerrogativa de função. Evidente que a pessoa que ostenta tal qualidade, deverá ser investigada sob a supervisão do tribunal competente, no caso em análise, o STF. Mas o que ocorrerá com o coautor o partícipe do mesmo delito, ou aquele que praticou delito conexo, e não tem foro por prerrogativa de função? Será investigado e, posteriormente processado e julgado, perante o STF ou perante um juiz de primeiro grau?

Para responder a tais perguntas é necessário, primeiro, que se analise a garantia constitucional afetada.

4.1. Da Conexão e continência perante a garantia do juiz natural

É afirmação corrente, dispensando citações doutrinárias, que a conexão e a continência têm dupla finalidade: a primeira, de *economia processual*, na medida em que evita a repetição inútil de atos probatórios, com mesma finalidade, em processos distintos; a segunda, de *evitar decisões conflitantes*, em virtude de uma análise conjunta dos crimes ou dos coautores. Há, porém, um terceiro e mais importante escopo: a reunião dos processos impõe *uma reconstrução*

unitária dos fatos, que permite ao julgador uma *visão completa do fato criminoso*. Em outras palavras, assegura uma reconstrução mais fiel dos fatos, na medida em que permitem a compreensão e análise de todo o material probatório. Com acerto, Bielle refere-se a uma finalidade epistemológica, de “completude do acerto da verdade”.¹⁴

Aliás, é importante observar que a conexão não se dá entre processos, mas entre os crimes. E se as infrações penais são conexas – fenômeno de direito material – a consequência no plano processual será a modificação da competência (CPP, art. 76), com a formação de um processo único (CPP, art. 79, *caput*).¹⁵ Assim, em todos os casos em que a reunião se dá em relação a uma pluralidade de processos (ou, no caso de investigações), mas que tem por objeto a mesma “regiudicanda”, a conexão e a continência não implicam propriamente uma “unificação” de procedimentos conexos, mas na “eliminação da pluralidade”, evitando assim que mais de um juiz analise o mesmo sujeito pelo mesmo crime”.¹⁶

Evidente que, no caso de crimes de concurso necessário de pessoas – como a participação em organização criminosa –, em que há uma unidade de infração, o fenômeno processual da chamada “continência por cumulação subjetiva”, do inc. I do art. 77 não mais é do que uma exigência de que os coautores e partícipes de um único e mesmo crime seja julgados conjuntamente. Novamente, é o concurso de agentes, um fenômeno que pressupõe uma unidade de crime no plano do direito material, que impõe o processo único.

Em suma, e a título de premissa, tanto na conexão (CPP, art. 76), quanto na continência por cumulação subjetiva (CPP, art. 77, I), há fortíssimas razões,

-
14. BIELLI, Daniele. *Competenza per connessione*. Milano: Giuffrè, 1985 p. 85. Na doutrina nacional, Ada Pellegrini Grinover (Cerceamento do Direito à Prova da Defesa e A Violação da Garantia da Motivação. Comunicação em Congresso. Osasco: *Revista Mestrado em Direito*, ano 9, n. 1, p. 267/269) também destaca a “conveniência da reunião dos processos que versem sobre delitos conexos” destaca que o processo único também tem um “valor heurístico, ampliando os horizontes da cognição judicial pelo conhecimento de provas e alegações trazidas pelos interessados no provimento”.
 15. Nesse sentido, em relação ao inc. III do art. 76 do CPP, Xavier Albuquerque (*Aspectos da Conexão*. Tese (Titular) – Faculdade de Direito do Amazonas. Manaus, 1956, p. 57-58) afirmava que há uma conexão objetiva, de natureza substancial, ao invés de processual: “é vínculo objetivo que se insinua por entre infrações em si mesmas”. No mesmo sentido, afirma Grinover (Cerceamento do Direito à Prova da Defesa..., p. 267) que: “A *conexão*, assim como a *continência* (que é uma conexidade em grau elevado), não são fenômenos exclusivamente processuais, mas antes *dizem respeito aos nexos entre as próprias infrações penais ou seus agentes*”. (destaquei).
 16. BIELLI. *Competenza per connessione ...*, p. 86, nota 21.

seja de interpretação estrita do direito posto, (CPP, art. 79, *caput*), seja a partir do sentido teleológico destas normas, a recomendar, para não se dizer impor, a unidade processual.

Projetando tais premissas para a fase pré-processual, é natural reconhecer que todos os investigados, inclusive aqueles que não têm foro por prerrogativa de função, seriam investigados e, posteriormente, processados e julgados conjuntamente. Nesse caso, o foro de atração seria o da “jurisdição de maior hierarquia” (CPP, art. 78, III, do CPP), ou seja, o STF.

Na prática, contudo, as soluções não têm sido tão uniformes assim. O Supremo Tribunal Federal, sem qualquer critério seguro, com base em fundamentos discricionários e *ad hoc*, ora mantém a investigação e processo reunido e perante o próprio tribunal, ora desmembra ou faz o que se denominou “fatiamento” da investigação e do processo, ficando apenas sob a sua supervisão da investigação de quem tem foro por prerrogativa de função.

Essa insegurança afronta a garantia constitucional do inc. LIII do *caput* do art. 5.º. O juiz natural é o juiz competente, predeterminado segundo todos os critérios que operam ao longo do processo de concretização de competência, quer estabelecidos Constituição, quer previstos em leis federais ou de organização judiciária. Ou seja, o juiz natural é o juiz que seja territorial, objetiva e funcionalmente competente. Além disso, as normas que definem o juiz competente devem estabelecer critérios gerais, abstratos e objetivos de determinação de competência, não se admitindo qualquer possibilidade de alteração de tais critérios por atos discricionários de quem quer que seja.

Por outro lado, a necessidade de *determinação* da competência, enquanto um dos elementos integrantes da garantia do juiz natural, exige, segundo ensina Figueiredo Dias, que para cada fato criminoso concreto seja previsto apenas *um único juiz ou tribunal* competente.¹⁷ E a lei que define o juiz competente não pode deixar “qualquer discricionariedade ao sujeito encarregado de aplicá-la”.¹⁸ Ou, como explica Cordero, “fra i giudici precostituiti vige un ordine tassativo di competenza, che esclude ogni alternativa risolubile arbitrariamente”.¹⁹ E, em edição posterior, acrescenta: “nessuno può scegliersi il giudice o subire tali scelte”.²⁰

17. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974, v. I, p. 329.

18. SCAPARONE, Metello. *Elementi di procedura penale – i principi costituzionali*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 55.

19. CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, 1966, p. 128-129 (destaquei).

20. CORDERO, Franco. *Procedura Penale*, 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 111.

Em suma, a garantia constitucional do juiz natural (CR, art. 5.º, *caput*, LIII) enquanto juiz competente predeterminado por lei, não se admitindo qualquer escolha discricionária na definição do órgão julgador.

Tais exigências de taxatividade legal e de ausência de discricionariedade também valem para o caso de conexão e continência, que não são incompatíveis com a garantia do juiz natural, desde que suas disciplinas legais se fundem em critérios objetivos e claros que definam, sem qualquer margem para escolhas discricionárias: (1) as hipóteses de conexão e continência; (2) o efeito de reunião dos processos ou de suas separações; (3) o órgão competente para o conhecimento dos processos conexos.²¹ Em outras palavras, a conexão e a continência são compatíveis com a garantia do juiz natural, caso seu regime legal exclua qualquer forma de discricionariedade na determinação do juiz competente.

Do mesmo modo, no caso de conexão, as regras sobre competência não podem ter como consequência que o juiz natural seja um *ou* outro, isto é, o juiz originariamente competente *ou* o juiz competente em razão dos critérios de conexão ou continência. Se realmente há conexão entre duas infrações ou continência entre os crimes praticados em concurso, o juiz competente, previamente determinado, é o juiz cuja relação de adequação legítima para julgar o processo decorra do conjunto de todas as regras de competência, entendido como regras originárias de determinação de competência, mais as regras de sua modificação e, por fim, as que estabelecem os critérios de atração.

4.2. *Do conjunto de elementos de informativos que impõem a remessa da investigação ao tribunal*

Havendo crimes conexos em que o autor ou partícipe de um deles goze de foro por prerrogativa de função, ou mesmo no caso de continência por cumulação subjetiva, em que um dos corresponsáveis pelo delito tem tal prerrogativa, deverá ser investigado e julgado perante o tribunal competente.

Considerando uma situação bastante comum, inquirido se inicial, normalmente, por um delegado de polícia, tendo por investigados pessoas que não

21. DIEGO DíEZ, Luis-Alfredo De. *El Derecho al Juez Ordinario Predeterminado por la Ley*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 159. No mesmo sentido: GIMENEZ, Ignacio Díez-Picazo. El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por ley. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 31, jan.-abr., 199, p. 119. Na doutrina italiana: NOBILI, Massimo. Commentario art 25 comma 1.º. *Commentario alla Costituzione a cura di Giuseppe Branca. – arts 24-26, ‘rapporti civili*. Roma/Bologna: Zannichelli, 1981, p. 215.

têm foro por prerrogativa de função. Surgindo elementos que indicam o envolvimento, nos delitos investigados, de autoridade com foro por prerrogativa de função (p. ex.: um Deputado Federal), o inquérito deverá ser remetido ao tribunal (no caso, o STF).

A difícil questão a ser resolvida é: qual será o “suporte probatório” exigido para que se considere que há o envolvimento de pessoa com foro por prerrogativa de função, com a necessidade de remeter a investigação para o Supremo Tribunal Federal?

O Supremo Tribunal Federal já considerou que “a simples menção de nome de parlamentar, em depoimentos prestados por investigados, não tem o condão de firmar sua competência para o processamento de inquérito”.²² Ou seja, parece não bastar um simples chamamento do coinvestigado. Isto é, um investigado, apenas mencionar o nome de pessoa com foro por prerrogativa de função, ainda que lhe atribuindo o concurso ou a prática delitiva, não seria suficiente para deslocar a competência para o tribunal.

Por outro lado, não tem sido adotado um entendimento formal do conceito de “investigação” ou de “investigado”, para que seja atraída sua competência. Basta que, “substancialmente”, uma pessoa detentora de foro por prerrogativa de função esteja sendo, de fato, investigada, ainda que, por subterfúgios, não se lhe atribua formalmente tal condição. No julgamento da Reclamação 2349-4/TO, considerou-se que “o convite para depor a respeito de imputação que constaria de um depoimento já e em si ato de investigação”, deslocando a competência do juiz de primeiro grau para tal tribunal.²³

Recentemente, no Agravo Regimental no Inquérito 3.847/GO, o mesmo entendimento foi adotado, “tendo sido encaminhada a investigação para o STF,

22. STF, HC 82.647/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Veloso, j. 18.03.2003, j. v.u.,

23. E, em tal caso, merece destaque o voto do Ministro Gilmar Mendes: “também eu já estava convencido de que se trata de um ato de investigação, e é uma prática muito comum. Na verdade, temos tido esse desvio não só nos inquéritos policiais com também nos inquéritos civis, que também se prestam para essa finalidade para, depois, se transformar em elementos de investigação. É um elemento claro de distorção da prática consagrada no texto constitucional”. O voto do Min. Sepúlveda Pertence fornece dados concretos e precisos da situação que autorizaram o deslocamento da investigação: “o convite para prestar declarações ao deputado reclamante se faz em razão do interrogatório do cidadão A. R.. Nesse interrogatório, a única referência ao Deputado é que seria ele, segundo um terceiro, quem exigiria propinas para a liberação de recurso da SUDAN, um dos beneficiários dessa propina”. (destaquei) (STF, Rcl 2349-4/TO, Pleno, Rel. Min. Carlos Veloso, rel p. Ac. Min. Cezar Peluso, m.v.).

“em face de simples menção ao nome do parlamentar”, sendo que, no caso, o elementos de informação que justificou o deslocamento da competência foi “um *papelucho apócrifo*, de teor absolutamente genérico que não descreve nenhum fato concreto em relação ao parlamentar”.²⁴

Até mesmo a simples menção do nome de detentor de foro por prerrogativa de função em boletim de ocorrência, já justificou o deslocamento da competência. Foi o que decidiu o STF, ao considerar que “ao receber o Boletim de Ocorrência em que a vítima narrava crime supostamente praticado por Deputado Federal, imediatamente deveria a autoridade policial ter tomado providências no sentido de encaminhar as peças ao Juízo de primeiro grau para que fosse declinada a competência a este Supremo Tribunal Federal”.²⁵

O Supremo Tribunal Federal entendeu ter havido usurpação de sua competência, porque os órgãos de investigação em primeiro grau, diante o teor diálogos telefônicos interceptados, travados entre os envolvidos, “não haveria dificuldade em constatar-se que José Otávio Germano, era Deputado Federal”, mormente não se tratando de uma pessoa desconhecida, vez que fora, por muitos anos, Secretário de Segurança de seu Estado, “não sendo crível que as autoridades ignorassem de quem se tratava”.²⁶

Em suma, a breve análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal permite concluir que, no caso de procedimento de investigação iniciado em primeiro grau, foi encaminhado ao próprio Pretório Excelso no caso de em interrogatório de investigado que um Deputado Federal nominado exigiria propina,²⁷ ou mesmo a existência de um papel com menção ao nome de parlamentar,²⁸ ou ser lavrado um boletim de ocorrência em que a vítima narrava crime cometido por deputado federal,²⁹ ou no caso em que em interceptação telefônica surge a menção ao prenome e nome de um deputado federal conhecido por seu destaque político.³⁰

Uma ressalva final faz-se necessária. Os elementos acima narrados são suficientes para que, surgidos no curso de uma investigação comum, de indivíduos

24. STF, Ag Rg no Inq 3.847/GO, 1.^a Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j.07.04.2015, v.u..

25. STF, Inq. 3.438/SP, 1^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 11.11.2014, v.u.

26. STF, Inq. 2.842/DF, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.05.2013, v.u.

27. STF, Rcl 2.349-4/TO, Pleno, Rel. Min. Carlos Veloso, rel p. Ac. Min. Cezar Peluso, m.v.

28. STF, Ag Rg no Inq 3.847/GO, 1.^a Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j.07.04.2015, v.u..

29. STF, Inq. 3.438/SP, 1^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 11.11.2014, v.u.

30. STF, Inq. 2.842/DF, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.05.2013, v.u.

sem foro por prerrogativa de função, se imponha a remessa do procedimento para o STF. Isso não significa, por outro lado, que tais elementos sejam suficientes para que o STF efetivamente autorize a investigação contra os detentores de foro por prerrogativa de função, ao realizar o juízo de viabilidade da investigação.

4.3. Da decisão sobre a unidade da investigação ou seu desmembramento

Resolvida a questão objetiva, isto é, “o que” se exige em termos de elementos de informação para que a investigação seja deslocada, passa-se a analisar o aspecto subjetivo do tema, isto é, quem deverá analisar tais elementos e, mais do que isso, o conjunto de toda a investigação: o juiz de primeiro grau perante o qual tramitava a investigação, ou o tribunal competente, no caso, o STF.

Como já analisado no item 4.1, *supra*, é inegável que, havendo conexão ou continência, a regra geral é que o futuro processo e, por analogia, a investigação já instaurada, deverá envolver todos os crimes conexos em um único feito, ou todos os coautores ou partícipes de um crime, no mesmo processo. É o que se extrai, claramente, da regra impositiva do *caput* do art. 79 do CPP.³¹ Além do argumento de direito posto, é evidente que, ao afastar a unidade processual enquanto efeito geral da conexão e continência, coloca-se em risco a finalidade de tais institutos. Justamente por isso, sua aplicação deve ser excepcional. Aliás, como já analisado, mais do que excepcional, os casos de desmembramento deveriam decorrer de expressa e clara previsão legal, e não de escolhas discricionárias ou com base em vagos e maleáveis critérios legais, o que vulnera a garantia do juiz natural.

O STF venha optando, predominantemente, pelo desmembramento dos processos e, também, desde o início da persecução penal, pelo “fatiamento” das investigações. O “fundamento normativo” para tais escolhas tem sido a aplicação do art. 80 do CPP, que faculta ao juiz a separação de processos quando, “por outro motivo relevante, repete conveniente a separação”.³²

31. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Crime continuado e unidade processual. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. (Org.). *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001, p. 207) após asseverar que “para crime único, vige a regra geral do CPP e, portanto, há de ter-se processo único”, afirma que é “insuportável (...) manter vários processos tramitando concomitantes, pelo grave risco de ter-se decisões contraditórias sobre o mesmo crime, algo imaginável à Jurisdição e, máxime ao seu princípio de unidade.” (destaquei)

32. A vagueza e amplitude de tal hipótese, sem qualquer referencial semântico seguro para que se defina quando poderá e quando não caberá a separação, tanto, faz com

Nesse caso, contudo, é preciso definir se o art. 80 do CPP será aplicado pelo julgador de primeiro grau, perante quem até então tramitava até então a investigação, ou pelo STF, órgão perante o qual passará a ser investigada a autoridade com foro por prerrogativa de função.

O Ministro Teori Zavascki, no âmbito da denominada Operação “Lava Jato”, em voto no qual fora invocando posicionamento já consolidado da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, decidiu que “é de ser tido por afrontoso à competência do STF o ato da autoridade reclamada que desmembrou o inquérito, deslocando o julgamento do parlamentar e prosseguindo quanto aos demais”.³³ E, na sequência, considerou que “o *desmembramento deve ser a regra*. A competência do Supremo é restrita e só em situações excepcionais, justificáveis por razões objetivas, é que se instala a competência do Supremo”.³⁴

O posicionamento jurisprudencial é correto. A decisão sobre manter reunida a investigação, tendo em um único procedimento investigados com foro por prerrogativa de função, e investigados sem tal prerrogativa, caberá ao próprio Supremo Tribunal Federal, e nunca aos juízes de primeiro grau. A apreciação da ocorrência concreta das abertíssimas hipóteses de aplicação do art. 80 do CPP, determinando ou não a separação do processo, será sempre da “jurisdição de maior hierarquia”

que a separação possa se dar com base em critérios puramente discricionários, tornando letra morta a exigência decorrente da garantia do juiz natural, no sentido de que a competência tem que ser determinada com base em critérios legais claros e objetivos. Para uma crítica do referido dispositivo, cf.: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz Natural no Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 357-365.

33. STF, Apn 871 QO/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.06.2014, v.u. E, no referido voto, acrescentou: “até que esta Suprema Corte procedesse à análise devida, não cabia ao Juízo de primeiro grau, ao deparar-se, nas investigações então conjuntamente realizadas, com suspeitos detentores de prerrogativa de foro – em razão das funções em que se encontravam investidos –, determinar a cisão das investigações e a remessa a esta Suprema Corte da apuração relativa a esses últimos, com o que acabou por usurpar competência que não detinha”. No mesmo sentido: STF, Rel 1121, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 04.05.2000; (Rel 7.913 AgR, Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 12.05.2011).
34. STF, Inq 2.903/AC-AgR, Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 22.05.2014, v.u. No mesmo sentido: STF, Inq 3.515/SP-AgR, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 14.03.2014; STF, Inq 3.802/MG-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 02.09.2014, v.u.; Inq 2.116/RR-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 02.12.2014, v.u.; STF, APn. 560/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 25.08.2015, v.u. Noutro julgado (STF, Ag Rg no Inq. 3.515/SP, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13.02.2014), o entendimento foi mantido, extraíndo-se do voto do Min. Luiz Roberto Barroso, ainda, “o desmembramento, como regra, deve ser determinado na primeira oportunidade possível, tão logo se possa constatar a inexistência de potencial prejuízo relevante”.

(CPP, art. 78, III). Caso contrário, a decisão do julgador de menor hierarquia, estaria condicionado o julgamento do juiz de maior hierarquia. Mais do que isso, o julgador menos graduado estaria impondo ao mais graduado a separação dos processos, quando no caso concreto o tribunal de maior hierarquia poderia, tendo um conhecimento completo dos fatos, optar por não desmembrar o feito.

Basta atentar para a natureza da regra do art. 80 do CPP, para concluir que sua aplicação somente pode se dar pelo órgão prevaletente, que teve a sua competência prorrogada, e não por aquele que perderá a competência. O citado artigo *não autoriza que o juiz deixe de reunir os processos*, fazendo com que, desde o início, feitos por crimes conexos corram separadamente, como ocorre nos incs. I e II do *caput* do art. 79 do mesmo Código. O art. 80 do CPP prevê *a não união dos feitos*. É exatamente o oposto: se os feitos já estiverem unidos, por conexão ou continência, poderá haver a separação dos processos.³⁵ Ou seja, nas hipóteses dos incisos e parágrafos do art. 79 do CPP, mesmo que os crimes sejam conexos ou haja continência, não se formará o processo único e, conseqüentemente, não haverá modificação da competência segundo os critérios originariamente previstos. Já na hipótese do art. 80, uma vez formado o processo único, o juiz, segundo a dicção legal, poderá, facultativamente, separar os processos.

Para viabilizar a análise das situações de separação do processo, a teor do art. 80 do CPP, perante o tribunal de maior hierarquia, isto é, o STF, o juiz de primeiro grau deve encaminhar toda a investigação, com conjunto integral dos elementos informativos já colhidos, sejam os que dizem respeito ao investigado que têm foro por prerrogativa de função, seja os elementos relacionados aos demais investigados.

O STF é o órgão jurisdicional que deverá analisar, com vistas à garantia do juiz natural, se é caso de conexão ou continência, com a conseqüente formação do processo único (CPP, art. 79, *caput*, primeira parte) e, se for o caso, manutenção de investigação única. Também caberá ao STF decidir se aplicará ou não a regra excepcional de separação do processo e, no caso de investigação, de promover o seu “fatiamento”, nos termos do art. 80 do CPP. Somente assim, se estará respeitado o inc. III do art. 78 do CPP que determina a prevalência o órgão de maior graduação sobre o menos graduado. Embora essa regra se refira à fase processual, por analogia, deve ser aplicada a mesma solução no caso de

35. A distinção é feita com bastante clareza por Gaetano Foschini (*La connessione*. Milano: Giuffrè, 1952, p. 46), que no gênero “semplificazione”, distingue três espécies: “separazione (iniziale)”, “limitazione successiva” e “scissione del processo”. As hipóteses dos incs. I e II do *caput* do art. 79 são casos de separação inicial, já a situação do art. 80 é caso de cisão do processo.

determinar qual órgão decidirá, na fase de inquérito, serão ou não investigados conjuntamente todos os envolvidos.

5. DO INDICIAMENTO DO INVESTIGADO COM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

No caso de investigado com foro por prerrogativa de função, uma questão que tem gerado controvérsia é o indiciamento. Mais especificamente: é necessária prévia autorização judicial do tribunal competente, para que a Autoridade Policial indicie o investigado ou; ao contrário, poderá fazê-lo, *sponte propria*, independentemente da concordância do tribunal.

Indiciamento é o ato de indiciar. Indiciar é, com base nos elementos de formação colhidos no inquérito policial, indicar uma pessoa como o provável autor do crime que se investiga. É a imputação a alguém, durante o inquérito policial, da prática da infração penal em apuração.³⁶

Em estudo fundamental sobre o tema, Sérgio Pitombo explica que “o indiciamento, deve ser resultado concreto da aludida convergência de indícios, que assinalam incriminando certa pessoa – ou determinadas pessoas – qual praticante de ato, ou de atos havidos pela legislação penal como típicos, anti-jurídicos e culpáveis”.³⁷ Nesse sentido, o indiciamento decorre da existência de um suporte fático, decorrente dos elementos informativos colhidos na investigação, que permita um juízo probabilidade de que o indiciado seja o autor do crime que se esta a investigar.

O indiciamento representa o primeiro momento da imputação penal, em seu estágio primeiro³⁸ e provisório.³⁹ Indiciar um investigado constitui um

36. FELDENS, Luciano; e SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação Criminal e Ação Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 38.

37. PITOMBO, Sérgio Marco de Moraes. *Inquérito policial: Novas tendências*. Belém: CE-JUP, 1987, p. 38. Na jurisprudência, o TJSP decidiu que: “(...) indiciamento, no seu sentido amplo, ostenta o significado de convergência de indícios para o sustento de uma acusação. Indiciamento, assim, é aquele sobre quem recaiam, no correr do inquérito policial, os indícios, os outros meios de prova, bastantes para acusar em juízo, de haver perpetrado uma infração penal, cuja existência se acha suficientemente evidenciada” (RHC 1.095.085/2001).

38. Como explica Marta Saad (*O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 254), “o indiciamento, ato pelo qual o suspeito passa a categoria de indiciado, deve ocorrer tão logo se reúnam os indícios, ou outros elementos de convicção, que incriminem o suspeito como praticante de ato ilícito e típico”.

39. Tal progressividade da imputação foi bem captada por Pitombo (*Inquérito policial...*, p. 38) que afirmava que o indiciamento consiste “em rascunho de eventual acusação

modo de imputação em sentido amplo,⁴⁰ no caso, uma imputação formal investigatória, feita pela autoridade policial, de natureza provisória e não vinculativa do Ministério Público.

O Código de Processo Penal, em vários dispositivos, se refere ao indiciado ou ao indiciamento.⁴¹ Todavia, o legislador não definia quais eram os requisitos ou em que condições ou momento da investigação devia ser realizado o indiciamento. O vazio legislativo foi afastado com a Lei 12.830/2013, que no art. 2.º, § 6.º dispõe: “o indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”.

O citado dispositivo legal deixa claro que o indiciamento não pode ser fruto de mero subjetivismo da autoridade policial. Exige decisão motivada e concretamente justificada, diante do resultado dos atos de investigação até então realizados,⁴² no qual se especifique, quais os elementos que permitem apontar o indiciado como provável autor do delito bem como quais elementos possibilitam concluir pela existência da materialidade delitiva. A necessidade de fundamentação decorre, como explica Nereu Giacomolli, dos efeitos de tal ato, “na medida em que altera o *status* de suspeito para indiciado, passando a constar nos registros estatísticos como indiciado em determinado crime”.⁴³

(formal); do mesmo modo que as denúncias e queixas, também se manifestam quais esboços da sentença penal (de mérito)”.

40. Um conceito amplo de imputação é adotado por Antonio Scarance Fernandes (*Reação Defensiva à imputação*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 104): “antes da acusação formal, pode haver juízo idêntico, atribuindo-se a pessoa determinada a responsabilidade pelo fato apurado e sujeitando-a a restrições, às vezes graves como a prisão. Não há sentido em limitar-se a imputação à fase processual, sendo de máxima importância, em um Estado democrático, assegurar à pessoa considerada a provável autora da infração penal meios de atuar em sua defesa. Por isso, é essencial que se trabalhe com um conceito ampliado de imputação e se admita haver imputado (indiciado, investigado), com direitos e deveres desde a fase de investigação”.
41. Confirmam-se os seguintes artigos: art. 5.º, § 1.º, *b*; art. 6.º, V, VIII e IX; art. 10, *caput* e § 3.º, art. 14, art. 15, art. 21, art. 23, art. 125, art. 134, art. 137, § 2.º, e art. 282, *caput*, II, art. 317, art. 319 II e III, art. 320 e art. 405, § 1.º).
42. Nesse sentido já se posicionava a doutrina, mesmo antes da Lei 12.830/2013: PI-TOMBO, Sérgio. O indiciamento..., p. 45; SOBRINHO, Mario Sérgio. *A identificação criminal*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 99.
43. GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*. Crises, misérias e novas metodologias investigativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 112.

A Lei 12.830/2013 estabeleceu que o inicialmente é ato privativo da autoridade policial. Todavia, a referida lei “dispõe sobre a investigação criminal conduzida por delegado de polícia” (art. 1.º). E, no inquérito policial, o indiciamento é ato “privativo do delegado de polícia” (art. 2.º, § 6.º). Esse regime jurídico tem plena aplicação aos inquéritos policiais destinados a instrumentalizar ações penais que tramitarão em primeiro grau de jurisdição. Todavia, no caso de inquéritos que tenham por investigados autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, mais especificamente, de competência do Supremo Tribunal Federal, o regime da Lei 12.830/2013 deverá ser aplicado, com as devidas adaptações.

Isso porque, como já exposto no item 2 *supra*, no caso de investigações envolvendo pessoas com foro por prerrogativa de função, segundo criação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, mas que vem sendo tranquilamente aplicada, em tais casos, a própria instauração da investigação preliminar depende de requerimento do Procurador Geral da República e autorização prévia do Supremo Tribunal Federal, para sua instauração.⁴⁴ Não se trata, pois, de um caso comum de “investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia”, que é o objeto da referida Lei 12.830/2013, nos termos do seu art. 1.º. Nos inquéritos que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, a “condução”, no sentido de presidência ou determinação do direcionamento da investigação não é do Delegado de Polícia, mas do próprio Supremo Tribunal Federal e, especialmente, do Ministro Relator.

Assim sendo, nas investigações sob condução dos tribunais, devido à sua competência originária, o indiciamento não pode ser determinado e, muito menos realizado, *sponte própria*, pelo Delegado de Polícia.⁴⁵

Por outro lado, também, não se pode admitir seja o indiciamento ato *ex officio* do Relator do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, com já exposto, o indiciamento é um ato de imputação, ainda que provisório. E num sistema

44. A doutrina posiciona-se, no mesmo sentido, em relação ao indiciamento. Analisando a questão Eugênio Pacelli e Douglas Fischer (*Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 36-37) explicam que nos “procedimentos atinentes a quaisquer autoridades que tenham foro privativo por prerrogativa de função. Em todos eles, porém, será vedado o indiciamento da autoridade investigada, preservando-se a sua incolumidade funcional, até que outras providências venham a ser tomadas pelo respectivo Tribunal processante”.

45. No sentido de que há nulidade do indiciamento de membro do Congresso Nacional, realizado por Delegado de Polícia, sem prévia autorização do próprio Supremo Tribunal Federal: STF, Inq. 2.411QO/MT, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10.10.2007, m.v., RTJ 204/632.

acusatório, a imputação não pode ser realizada por quem julga, sob pena de ferir de morte o coração do sistema: a separação de funções entre quem acusa e quem julga, para que este se mantenha imparcial.

O juiz não inicia a ação penal *ex officio*. O julgador não acusa. Logo, não pode o Ministro-relator formular imputação, ainda que provisória, por meio do indiciamento. Até mesmo porque, se lhe fosse permitido tal ato, poder-se-ia chegar a uma situação de extrema incompatibilidade: o Ministro realiza, por sua própria iniciativa, o indiciamento por um crime; mas o Procurador Geral de Justiça entende que o investigado praticou delito diverso ou, o que seria mais absurdo, que não praticou crime algum, manifestando-se pelo arquivamento da investigação em relação a tal investigado.

Num sistema acusatório, a vedação da iniciativa acusatória do juiz vale para a denúncia, mas também para outros atos de imputação provisória, antes do início do processo, como o indiciamento.⁴⁶ O papel do julgador sempre será o de julgar e, tão somente, julgar! A função de acusar, isto é, formular a imputação em sentido estrito, no caso de processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal é do Procurador Geral da República. Assim sendo, cabe-lhe, também, a atribuição de formular a imputação provisória, requerendo o indiciamento.

Nesse contexto, é de se concluir que, para manter a harmonia do sistema acusatório, no caso de investigações que tramitem perante o Supremo Tribunal Federal, o indiciamento é ato que decorre de prévio requerimento do Procurador Geral da República, sendo deferido pelo Ministro Relator.

Antes de concluir, é de se abrir um parêntese para dizer que o indiciamento não tem qualquer sentido no ordenamento jurídico brasileiro, sendo sua finalidade somente a rotulação do investigado. Um ato moralmente degradante da personalidade humana e, juridicamente, destituído de qualquer sentido prático.

Somente haveria sentido no ato de indiciamento, se dele decorresse algum *status* jurídico diverso, por exemplo, entre o simples investigado, de um lado, e o indiciado, de outro. Se somente o indiciado, v.g., pudesse ser submetido a determinadas medidas constritivas, pessoais ou reais, bem como se certas garantias fossem asseguradas na fase de investigação apenas aos indiciados, mas

46. Vale, também, para imputações supervenientes por iniciativa do juiz. Não é por outro motivo que, na disciplina da *mutatio libelli*, a Lei 11.689/2008 alterou a redação do art. 384, passado a prever somente o aditamento espontâneo do Ministério Público, sem qualquer possibilidade de que o juiz provocar o aditamento, como constava da redação originária do parágrafo único do art. 384: “o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia...”

não aos investigados, a medida se justificaria. É nesse sentido, por exemplo, que no sistema processual penal italiano, há o instituto da “informazione di garanzia”, regulada pelo art. 369 do *Codice di Procedura Penale* italiano.

Quanto ao momento ou fase da persecução penal em que pode ocorrer o indiciamento, a jurisprudência é tranquila no sentido de o indiciamento é ato de investigação criminal, somente sendo cabível antes do início do processo. Por outro lado, não é cabível o indiciamento nos casos em que já há denúncia oferecida, nessa etapa da persecução penal tal medida se mostra absolutamente desnecessária, não tendo qualquer finalidade processual, servindo pura e simplesmente para a estigmatização do acusado.⁴⁷

De tal posicionamento, correto em si, mas insuficiente sistematicamente, decorre outra impropriedade do ato de indiciamento. Não havendo a obrigatoriedade de sua realização, se entre os denunciados, alguns foram indiciados durante o inquérito policial, e outros não, embora todos sejam réus, nem todos terão apontamentos criminais decorrentes do indiciamento. Fecha-se o longo parêntese.

Em suma, no caso de investigação por crime comum, tendo por investigado autoridade com foro por prerrogativa de função, no exercício do mandato, como a investigação estará sob supervisão do Supremo Tribunal Federal, o indiciamento depende de requerimento do Procurador Geral da República e seu deferimento pelo Ministro relator da investigação, determinando ou autorizando o indiciamento pela Autoridade Policial.

6. DA CONSEQUÊNCIA DA VIOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF PARA A AUTORIZAÇÃO DE INÍCIO E SUPERVISÃO DA INVESTIGAÇÃO

A garantia constitucional do juiz natural assegura o direito ao julgamento pelo juiz constitucional e legalmente competente (CR, art. 5.º, *caput*, LIII). No caso, de autoridade com foro por prerrogativa de função perante o STF (CR, art. 102, *caput*, II, alíneas *b* e *c*) se demonstrou que tal regra de competência se retroprojeta para a fase anterior ao início do processo, de investigação preliminar, determinando que o início da investigação dependerá de prévia autorização do STF, que também a supervisionará durante todo o seu desenvolvimento.

Se uma autoridade com prerrogativa de função perante o STF, for investigada sem que haja autorização de tal tribunal, haverá desrespeito a critério

47. Nesse sentido: STJ, HC 35.639/SP, HC 17.984/SP, HC 37.579/SP, HC 33.506/SP, HC 33.302/SP, HC 30.811/SP, HC 25.666/SP, HC 29.392/SP.

constitucional de definição de competência, que estabelece o foro por prerrogativa de função (CR, art. 102, II, *b e c*).

Violada de regra constitucional de competência, com menosprezo da garantia do juiz natural, haverá nulidade absoluta de todos os atos praticados pela autoridade judiciária incompetente, bem como também serão nulos os atos de investigação realizados por Autoridade Policial, sem prévia autorização do Supremo Tribunal Federal.

O foro por prerrogativa tem dupla justificativa: de um lado, proteger os detentores dos cargos de perseguições indevidas, muitas vezes por motivações políticas, e de outro lado, proteger os julgadores de eventuais pressões que, mais facilmente, poderiam ser exercidas sobre órgãos jurisdicionais de primeiro grau.⁴⁸ É garantia para o Poder Judiciário e garantia para o acusado. Esse segundo aspecto, de garantia para o acusado, quando no exercício de funções políticas egrégias, é particularmente sensível. No caso de parlamentares e políticos em geral, a influência da mídia e o seu relacionamento com o Poder Judiciário têm sido apontados como fatores importantes para justificar a necessidade de foro por prerrogativa de função. E o mesmo se diga, com maior razão, da relação com autoridades policiais, que não ostentam, infelizmente, das mesmas garantias que a Constituição assegura, aos magistrados e membros do Ministério Público, para assegurar suas independências.

Não cabe aqui qualquer juízo valorativo, ou questionamento, sobre quem julga melhor ou pior. O ponto é: a quem a Constituição atribui o processo e o julgamento – e por construção jurisprudencial, também a investigação – do Presidente e Vice-Presidente da República, dos membros do Congresso Nacional, e de outras autoridades egrégias? Foi ao Supremo Tribunal Federal, cuja competência não poderá ser usurpada.

Por fim, é de se observar que, reforçando tal entendimento, o STF considera que, em tal caso, todos os atos investigatórios realizados pela autoridade policial serão considerados prova ilícita, sendo desprovidos de qualquer efeito para a formação do convencimento judicial em futura ação penal.⁴⁹ Em suma, haverá uma proibição de valoração de tais elementos de informação.

48. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, p. 136.

49. O STF decidiu, nesse ponto, que “A despeito da existência de jurisprudência na Corte no sentido de os vícios eventualmente ocorridos no inquérito policial não terem o condão de macular a ação penal (HC nº 83.921/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 27/8/04), devem ser consideradas imprestáveis as provas ilícitas

7. CONCLUSÕES

Nos casos autoridades com prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal, não só o processo deve se desenvolver originariamente perante o Tribunal, como também a instauração da investigação criminal depende de sua prévia autorização, ficando a tramitação sob a supervisão do Ministro a quem tenha sido distribuído o feito.

A autorização do Supremo Tribunal Federal para o início da investigação exige a presença de elementos de investigação concretos que a justifiquem. A jurisprudência, contudo, não é clara quanto ao grau de convencimento necessário sobre a materialidade e a autoria delitiva, para que seja autorizada a investigação.

No caso de uma investigação iniciada em primeiro grau, surgindo a simples notícia de que há investigado com foro por prerrogativa de função, a investigação deve ser remetida, em sua integralidade para o Supremo Tribunal Federal.

Havendo conexão ou continência, em que um dos investigados tenha foro por prerrogativa de função, recebida a investigação pelo STF, a ele caberá decidir se mantém reunida a investigação, com todos os investigados – inclusive os que não têm foro por prerrogativa – ou se ficará sob sua supervisão somente a investigação da autoridade com tal prerrogativa.

O indiciamento é um ato de imputação provisória, de atribuição a um investigado, da condição de indiciado, da prática criminosa. Em inquérito em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal, o indiciamento depende de requerimento do Procurador Geral da República e de deferimento pelo Ministro relator da investigação, determinando ou autorizando sua realização pela Autoridade Policial.

8. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 2.

obtidas de forma direta ou por derivação de outras (fruits of the poisonous tree), independentemente do momento em que forem produzidas. 4. Essas razões justificam que os elementos de prova formalmente produzidos nos Inquéritos ns^o 129/10 e 280/10 sejam desentranhados do caderno processual, aniquilando qualquer possibilidade de servirem de subsídio para fundamentar a condenação, sem prejuízo daquelas provas eventualmente produzidas de forma legítima e autônoma” (Rcl 12.484/DF, 1^a Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 29.04.2014, v.u.).

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*, 3. ed. São Paulo: RT, 2013.
- _____. *Juiz Natural no Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- _____. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- _____. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- BIELLI, Daniele. *Competenza per connessione*. Milano: Giuffrè, 1985 p. 85.
- CAVALCANTI, Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti. *A Investigação preliminar nos delitos de competência originária de tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- COSTA, Paula Bajer F. M da. *Ação penal condenatória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A natureza cautelar da decisão de arquivamento do inquérito policial. *Revista de Processo*. n. 70, abr.-jun., 1993.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Crime continuado e unidade processual. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão. (Org.). *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo: Método, 2001.
- DIEGO DíEZ, Luis-Alfredo de. *El Derecho al Juez Ordinario Predeterminado por la Ley*. Madrid: Tecnos, 1998.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974, v. I.
- DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio. El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por ley. *Revista Española de Derecho Constitucional*. n. 31, jan.-abr., 199.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2005, v. II.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação Criminal e Ação Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FOSCHINI, Gaetano. *La connessione*. Milano: Giuffrè, 1952.
- FRANCO, Cordero, Franco. *Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, 1966.
- _____. *Procedura Penale*, 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *A fase preliminar do processo penal*. Crises, misérias e novas metodologias investigativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Cerceamento do Direito à Prova da Defesa e A Violação da Garantia da Motivação. Comunicação em Congresso. Osasco: *Revista Mestrado em Direito*, ano 9, n. 1.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. v. II.
- _____. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. I.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa na ação penal*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- NOBILI, Massimo, Commentario art 25 comma 1.º. *Commentario alla Costituzione a cura di Giuseppe Branca. – arts 24-26, ‘rapporti civili*. Roma/Bologna: Zannichelli, 1981.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- PITOMBO, Sérgio Marco de Moraes. *Inquérito policial: Novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987.
- SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- SCAPARONE, Metello. *Elementi di procedura penale – i principi costituzionali*. Milano: Giuffrè, 1999.
- SCARANCA FERNANDES, Antonio. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- SÉRGIO SOBRINHO, Mario. *A identificação criminal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. I.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1 e 4.
- XAVIER ALBUQUERQUE. *Aspectos da Conexão*. Tese (Titular) – Faculdade de Direito do Amazonas. Manaus, 1956.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Competência penal *ratione functionae* do STF, de Diogo Malan – *RBCCrim* 106/113-135 (DTR\2014\294); e
- Da competência pela prerrogativa de função, de Fernando Tourinho Filho – *RT*809/397-410, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 1/1321-1340 (DTR\2003\162).

The background features a large, light gray circle on the right side, partially overlapping a grid of thin, light gray lines that extends from the bottom right towards the center. The overall aesthetic is clean and modern.

Entrevista



ENTREVISTA COM O ADVOGADO ARNALDO MALHEIROS

FLÁVIO LUIZ YARSHELL

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP.

Advogado

fly@ycadvogados.com.br

Até exercer a judicatura no Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, na classe jurista, entre 2007 e 2012, meu contato com aquela Justiça se resumia a breve menção, em aulas de teoria geral do processo, quando do exame da organização do Poder Judiciário brasileiro e da Justiça comum no confronto com as especializadas.

Se até então havia advogado em dois ou três casos eleitorais esparsos e de diminuta complexidade, constatei depois que a falta de experiência naquela área específica não me fizera grande falta como magistrado, por estranho que possa parecer; o que não significa dizer que os primeiros meses no exercício da função não tenham sido uma empreitada particularmente desafiadora, quer pela novidade da matéria, quer especialmente pela necessidade de conjugação com os afazeres da advocacia e da docência. Disso ficou para mim a experiência de que para julgar é preciso, antes de qualquer coisa, ter humildade, compromisso com a causa da justiça e disposição para trabalhar. O resto, estou hoje convencido, vem com o tempo e com a ajuda de outras pessoas; e, para quem está disposto a trabalhar, sempre haverá alguma forma de auxílio.

Foi no Tribunal Regional Eleitoral que conheci não apenas o Direito e o processo eleitoral, mas também as pessoas de carne e osso que dela fazem um braço da Justiça admirado por muitos, com fundadas razões. O processo eleitoral – aprendi com vários dos profissionais que ali atuaram – é inspirado pela lógica da consolidação do pleito. Se considerado o período eleitoral, a solução das controvérsias tem, grosso modo, data marcada para começar e terminar e isso exige um processo célere, marcado intensamente pela concentração dos atos processuais e pela preclusão. Como estudioso do processo, isso sempre me impressionou pelo relativo paradoxo que encerra: as controvérsias são ligadas ao interesse público – tanto que a legitimação ativa é preponderantemente extraordinária – e, no entanto, o ônus de alegação e prova é rigoroso, frente a relativamente pequenas possibilidades de exercício de poder de instrução oficial.

Aprendi que o processo eleitoral, na busca de preservar a legitimidade do pleito, deve repelir com energia todas as formas espúrias de interferência no processo de colheita da vontade popular; mas, ainda assim, ter o cuidado de não se tornar um fator de acirramento do conflito. Aprendi que o juiz eleitoral deve ter grande cuidado para não se tornar indevidamente um protagonista do embate que travam os candidatos e partidos. Lá aprendi um pouco sobre política e sobre os políticos brasileiros. Refleti sobre temas como fidelidade partidária, financiamento de campanha, crise de representatividade, dentre outros.

Esse aprendizado, como disse, foi proporcionado pelo convívio com profissionais de grande valor: serventuários, magistrados, membros do Ministério Público e, é claro, advogados; dentre os quais, tive a oportunidade de travar contato direto com um dos mais experientes e atuantes. Este texto contém a parte que reputo mais relevante da conversa que mantivemos em julho de 2016.

Antes de conhecer mais proximamente a militância eleitoral do advogado Arnaldo Malheiros, já conhecia o “pai do Arnaldo” (ou “Arnaldão”), isto é, pai do amigo Arnaldo Malheiros Filho, brilhante advogado criminal que há pouco tempo deixou nosso convívio, trazendo-nos uma tristeza que só mesmo a crença em algo Superior e a perspectiva de nosso futuro reencontro em outro plano da Existência ajudam a aliviar. Conversar com Arnaldo “pai” foi, portanto, uma experiência tocante e gratificante.

Encontramo-nos em seu escritório, numa tarde de sexta-feira. Eu, atrapalhado com o aplicativo do celular a ser usado para registrar nossa conversa, fui consolado gentilmente, entre risos:

“Eu estaria apanhando mais ainda...”

Falei um pouco mais sobre o espírito e o objetivo da entrevista. Ao ensejo de lembranças que tivéramos ainda aos nos cumprimentarmos, lembrei a importância de levar aos advogados – em particular aos mais jovens – e ao público em geral um pouco da vida dos colegas mais experientes; e, como ele, dos ícones da profissão. Senti-me, a exemplo do que já ocorrera na conversa anterior com Mário Sérgio Duarte Garcia, como uma espécie de candidato a curador de um precioso acervo: a memória de nossos mais ilustres e representativos advogados, a ser preservada num mundo em que tudo parece ser tão efêmero, em que as opiniões se expressam de forma tão rápida e irrefletida, disse eu.

Senti que, em meu entusiasmo àquela altura um tanto juvenil (talvez emocionado, pela razão já mencionada), estava falando demais. Buscando retomar o rumo adequado aos propósitos da conversa, procurei relacionar a volatilidade

da vida moderna e os rumos da advocacia, pedindo-lhe que falasse um pouco sobre isso e sobre sua trajetória profissional.

Então ele falou de sua precoce inclinação pelo Direito, por conta das raízes familiares:

“Meu pai foi funcionário do Tribunal de Justiça, desde rapazinho. Ele fez a carreira toda até chegar a Diretor. Mas, como os vencimentos de funcionário não eram suficientes para manter família e filhos em bons colégios – ele fez o sacrifício de nos manter no colégio São Luís – ele tinha outra atividade: trabalhou com o professor Noé Azevedo, que foi grande amigo da família, inclusive meu padrinho de casamento. Depois, por trabalhar com o doutor Noé, ele foi gerente da Empresa Gráfica Revista dos Tribunais que, tempos atrás, foi uma das principais gráficas do Brasil.”

Arnaldo então falou um pouco da trajetória da Editora Revista dos Tribunais, em cujas veias, como todos sempre soubemos, corria sangue dos Malheiros. Lembrou também de seu tio Lauro, “muito querido, que era meu padrinho e também trabalhava no escritório do Noé Azevedo”. E, de volta ao início, concluiu: “tudo isso me encaminhou para o Direito”, levando-o a ingressar na Faculdade em 1946. Lembrou-se das dificuldades – que qualificou como pequenas – decorrentes da circunstância de que nos quatro anos anteriores havia morado no Rio de Janeiro, por conta do fato de que o pai fora chefe de gabinete do então Ministro do Trabalho, Marcondes Filho. Isso levou a que, quando do ingresso na Faculdade, não tivesse “uma turma de amigos e colegas”.

“De antigos colegas do colégio só havia dois, sendo um dele o Aldo Raia, que você conheceu” – aqui esci: “irmão do Dr. Silvano”, disse eu. “O outro era o Caio Bruno Di Donato, que morreu no segundo ano, acho, quando nós estávamos na Faculdade. Depois, fui formando outros amigos: Tito Costa, Odir Porto (que presidiu o Tribunal de Justiça), Dagoberto Cunha Camargo, Hermínio Marques Porto (que foi procurador) e vários outros que se tornaram amigos mais próximos; alguns até hoje, como é o caso do Tito, que é um dos precursores do Direito Eleitoral. Eu costumo até dizer que sou, das pessoas de que eu me lembre, a mais antiga lidando na Justiça Eleitoral aqui em São Paulo. Comecei no Tribunal Eleitoral com dezoito (18) anos, em 1946. Era contratado, uma vez que o tribunal, naquela época, não tinha quadro de funcionários. Buscava-se gente que pudesse trabalhar, estudantes de preferência, porque era um salário muito pequeno. Depois de formado, cheguei a advogar um pouquinho de tempo. Na época só havia impedimento para advogar na Justiça eleitoral ou contra a Fazenda Pública. Eu podia advogar nas outras áreas. Mas, pouco tempo depois, fui nomeado Chefe de Seção e aí, nessa função, parei de advogar”.

Mencionando novamente a figura de Tito Costa – “decano dos advogados eleitorais de São Paulo, embora seja meu colega de turma” – Arnaldo lembrou que só começou a advogar depois de se aposentar.

“Em 1976 eu me aposentei e comecei a advogar um pouco na área eleitoral que conhecia bem, já que tinha sido Diretor da área judiciária do Tribunal. Fui editor do boletim eleitoral do TRE, criado em 1947 e que precedeu o do Tribunal Superior Eleitoral, que só veio depois de 1950.”

Ele lembrou que, nessa nova etapa profissional, teve um “lance de sorte”; o que me fez lembrar da frase: “quando o servidor está pronto, o serviço aparece”... Então, em 1978, em ambiente de bipartidarismo (ARENA e MDB), Paulo Maluf almejava ser governador:

“Naquele tempo, quem a ARENA escolhesse era o eleito, pois a eleição era indireta e o partido era majoritário na Assembléia. Mas havia uma disputa porque a indicação do governo federal era para o Laudo Natel, com quem eu tinha boa relação, inclusive por sermos ambos torcedores do São Paulo” – ao que não pude resistir e apartei: “ninguém é perfeito...” [risos]. “E o Paulo Maluf, sempre muito arguto nessas coisas, encarregou um advogado particular dele de procurar colega da área eleitoral para ficar de prontidão, para o defender se e quando houvesse algum problema. Aquele colega me procurou e ao Francisco Otávio Almeida Prado, que eu conhecia porque frequentávamos reuniões na casa do Geraldo Ataliba. Então, trabalhamos no caso, que, aliás, foi rumoroso na ocasião. Foi uma briga tremenda contra excelentes e famosos advogados, também amigos: perdemos aqui no tribunal de São Paulo e ganhamos no TSE.”

“Depois disso”, prosseguiu Arnaldo, “outras oportunidades foram surgindo:

Fomos procurados por José Gregori para advogarmos para o Fernando Henrique, que tinha sido aposentado compulsoriamente na Universidade de São Paulo e estava com os direitos políticos suspensos por prazo indeterminado. Nós fizemos um trabalho e sustentamos que não podia haver suspensão por tempo indeterminado; e que o prazo dele já tinha superado o normal das intervenções que a revolução militar tinha imposto. Nesse caso, ganhamos aqui em São Paulo, perdemos no Tribunal Superior Eleitoral e ganhamos por unanimidade no Supremo Tribunal Federal. Aliás, relator foi o Ministro Leitão de Abreu, que tinha sido Ministro da Justiça do governo militar; o que valorizou muito a vitória, pelo peso dele como jurista e pela circunstância de ter integrado o próprio governo que tinha imposto a penalidade ao Fernando Henrique.”

E a história seguiu:

“O Tito Costa tinha um escritório no mesmo prédio em que o Hely Lopes Meirelles trabalhava. O Francisco Otávio Almeida Prado colaborava no

escritório do Hely, que só elaborava famosos pareceres, sem atuar no contencioso. O Tito Costa havia sido eleito prefeito de São Bernardo e convidou o Francisco Otávio para permanecer no escritório dele. Ele não queria receber nada; nem participação, nem coisa nenhuma. Ele só queria que fossem mantidos um auxiliar muito prestimoso e uma secretária que já era antiga também, e que fossem pagas as despesas. O Francisco aceitou e me convidou para trabalharmos juntos. Aceitei e comecei a trabalhar com ele. Mais tarde criamos uma sociedade, a Malheiros e Almeida Prado Advogados. Esta, por sua vez, com o tempo sofreu várias alterações até chegar à atual: Malheiros, Penteadado, Toledo e Almeida Prado que agora não é mais o pai, mas o filho, que tem o mesmo nome. Um time de excelente gabarito. A partir daí viemos a ter muitos casos, fomos advogados de inúmeros candidatos a presidentes da República, governadores do estado, prefeitos...”

“Uma parte disso pude presenciar”, disse eu, referindo-me à minha curta experiência de juiz eleitoral. Foi o gancho para falarmos um pouco do papel dessa Justiça Especializada.

Expus a ele um pouco das considerações que constam da parte introdutória deste texto; com o que ele concordou, creio que por autêntica convicção e não por mera gentileza:

“Eu sempre achei que o tribunal tinha que evitar os conflitos entre os partidos e entre os candidatos dentro dos partidos.”

Isso levou a refletir sobre o papel regulamentar do TSE, que Arnaldo afirmou ser fundamental, mas que, segundo reconheceu, por vezes gera perplexidades, decorrentes do confronto entre o que dispõe a lei e o que determinam as Resoluções; como mais adiante viria a ilustrar com a disciplina que o TSE estabeleceu relativamente à perda de mandato por infidelidade partidária.

“Acho que a função da Justiça Eleitoral é muito mais educativa, de condução do processo político, de contenção para evitar desbordamentos, mas sem alguns exageros que foram sendo criados com o tempo, às vezes por decisões judiciais, às vezes por essas leis esparsas que beneficiam num momento um grupo determinado e depois perdem efeito.”

Isso me levou a tratar da repercussão política de algumas das decisões do Judiciário. Falamos – constatei depois que, novamente, estava falando muito mais do que cabia a mim naquelas circunstâncias – sobre as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, dentre as quais a que delimitou as normas para o processo de *impeachment*; que, depois da nossa conversa, acabou por se consumir. Falamos de suspensão do mandato do então presidente da Câmara (cuja cassação também veio a se consumir, posteriormente, pela própria Casa

legislativa). Isso levou à preocupação com decisões singulares de Ministros, divulgadas ao público como se fossem da Corte, muitas vezes controversas, a gerar perplexidade até para os advogados, completou Arnaldo. Foi inevitável tratar da então recente discussão sobre o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado. E, de novo, estava eu a falar demais, ao me insurgir contra decisões de enorme repercussão social, sem adequado e prévio debate:

“Por temas muito menos importantes o STF convoca audiências públicas”, acrescentou Arnaldo.

Voltamos à discussão do papel repressor ou educativo do sistema judiciário, não apenas eleitoral. Realista, ele comentou sobre a convicção fortemente disseminada de que a prisão dos acusados seria solução. E isso, no contexto atual, leva à busca de apoio popular para juízes; o que a nós dois pareceu ser um equívoco na medida em que cabe aos magistrados a aplicação do Direito, seja simpática ou antipática.

Falamos um pouco sobre a celeridade da Justiça Eleitoral. Sem negá-la, Arnaldo ponderou que ela já foi mais efetiva nesse quesito:

“Eu não sei se é o aumento muito grande no número de processos, mas há anos atrás, raramente sobravam feitos para julgamento após os pleitos...”

E, por falar em quantidade, ele lembrou a decisão do Supremo Tribunal Federal contra a cláusula de barreira; o que ele qualificou respeitosamente como uma “infelicidade total”:

“Eu não vejo inconstitucionalidade. Já existiu a cláusula de barreira antes, tinha sido suprimida e depois voltou... O resultado é que esse número enorme de partidos criou uma confusão geral, dando margem para distorções. Seria muito melhor que houvesse um número reduzido de partidos” – com o que concordei, lembrando a atual crise de representatividade. “Há oportunismo. Nem sei se alguém é capaz de dizer o nome de todos os partidos”, acrescentou.

Sobre as coligações, Arnaldo expressou a opinião de que só se justificam para eleição majoritária, mas não na proporcional:

“Não tem sentido. E acho que em nenhum lugar do mundo se faz isso. Então, fica um partido grande com dois, três, quatro pequenininhos lá para puxar e acaba dado na eleição de figuras desconhecidas e que nada têm a ver com o partido que o eleitor preferiu. Esse é um dos maiores, um dos defeitos grandes da legislação atual.”

Ocorreu-me falar mais sobre outras propostas que usualmente são debatidas, a propósito de reforma política, como a adoção do voto distrital ou distrital misto. Arnaldo lembrou o que defendera em textos feitos para colaboração que durante alguns anos – de 1954 a 1967 – deu ao jornal Folha de São Paulo,

em seção chamada Momento Eleitoral. Funcionou bem, dizendo ter recebido muitas cartas, com muita gente elogiando ou criticando...:

“Eu sempre defendi o voto distrital misto: vota-se num candidato, para a eleição pelo critério majoritário; mas o partido tem uma lista. O sistema que está aí é mais propício ao fisiologismo e à eleição de representantes de grupos, sindicatos, igrejas etc., infelizmente.”

Indaguei sobre o tema relativo ao financiamento de campanha. Segundo ele, houve um exagero ao se proibir a doação de pessoa jurídica:

“Eu acho que deveria ser permitido à pessoa jurídica doar, mas para um único partido, isso sim: se ela é a favor da orientação que tem determinado partido, vota e ajuda esse. Isso de distribuir contribuições entre todos ou quase todos, para ter boas ligações com quem quer que seja o ganhador da eleição, realmente é imoral. A gente sabe que isso não é uma coisa boa para a lisura das eleições. Mas, em vez de consertar, impediram totalmente as doações. Há muita gente que defende o financiamento público. Mas, já existe uma boa parte de financiamento público atualmente, com os programas gratuitos e os tributos que não são recolhidos. E ainda há uma enorme verba para o Fundo Partidário no orçamento da União. Isso representa uma vantagem para os grandes partidos, porque a distribuição é proporcional ao número de deputados que cada qual tem na Câmara Federal. Mas não concordo com financiamento público exclusivo. Pelo que se viu como funciona o governo, como funcionou o governo passado, por exemplo, como teria sido uma eleição com esse governo distribuindo verbas? Acho que seria deixar muito poder na mão do governo federal para interferir na campanha eleitoral.”

Senti que era momento de nos encaminharmos para o final. Pedi que ele falasse um pouco sobre o momento político que vivemos. Com franqueza e elegância, Arnaldo lamentou os antagonismos que se acirraram, isto é, a animosidade entre pessoas diferentes, a intolerância com a diversidade, o “nós e eles” – não resisti à tentação de ilustrar: “coxinhas x petralhas”... (risos). “Uma situação difícil de reverter”, ponderou ele; “e que se retroalimenta. Tenho a impressão de que vai demorar para sairmos dessa crise política. Não sei se vou viver o suficiente para ver paz neste país” [risos]. “Vai, vai sim, se Deus quiser”, disse eu.

E, para terminar, uma palavra aos advogados?

“A advocacia ainda é uma profissão bonita, nobre, às vezes muito difícil. Ninguém pense que basta um diploma para enriquecer advogando. Alguns poucos chegam a ter boas situações, mas não é fácil, ainda mais hoje, quando há a concentração de escritórios enormes, que são quase empresas e que

começaram a absorver muitos bacharéis. Não é só um trabalho, mas é um trabalho que a gente faz sabendo que está lutando para o bem, para o Direito, para a liberdade, para o respeito, a cidadania. No caso da advocacia eleitoral, a gente deve advogar com a esperança de que haja bons políticos, bons governantes, bons administradores, combater os fraudadores, evitar os males que surgem de dentro das campanhas. Os novos advogados vão encontrar uma certa dificuldade... Hoje estão se formando bacharéis em números gigantescos, mas advogados mesmo estão se formando muito menos. Enfim, os novos não devem desanimar. Sempre temos uma possibilidade de crescer sendo corretos e estando dispostos a defender os que precisam.”

Agradei e me perguntei: será que seremos capazes de transmitir esses valores às gerações vindouras? Quem viver verá...

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles in shades of light gray. A fine grid of thin lines is overlaid on the right side of the image, creating a subtle pattern. The overall aesthetic is clean and modern.

Jurisprudência Comentada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSOS REPETITIVOS

STJ – REsp 1.551.951/SP – 2.ª Seção – j. 24.08.2016 – v.u.
– rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – DJe 06.09.2016 –
Área do Direito: Processual; Civil; Consumidor.

LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – Restituição da comissão de corretagem na venda de unidades autônomas da incorporadora em regime de incorporação imobiliária – Incorporadora que, na condição de promitente-vendedora, responde pelos valores pagos nas demandas em que há abusividade na transferência dos encargos ao consumidor – Entendimento sujeito ao rito dos recursos repetitivos.

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2016\7680, JRP\2015\30590, JRP\2016\9753 e JRP\2016\6670.

REsp 1.551.951 – SP (2015/0216201-2).

Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

Recorrente: Topazio Brasil Empreendimento Imobiliario SPE Ltda. –

advogados: Carla Maluf Elias e outros, Danilo de Barros Camargo.

Recorrido: Carlos Tukamoto – advogados: Julio Cesar Alves Marcelo

de Andrade Tapai e outros – Sociedade de Advogados: Tapai Sociedade de Advogados e outros.

Interessados: Defensoria Pública da União – “Amicus Curiae” – advogado: Defensoria Pública da União; Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – Abrainc – “Amicus Curiae” – advogados: Flávio Luiz Yarshell, Elizandra Mendes de Camargo Da Ana; Potiguar de Defesa dos Consumidores – IPDCON – “Amicus Curiae” – advogados: Islaynne Grayce de Oliveira Barreto e Everton Medeiros Dantas; Indicatô da Indústria da Construção Civil da Grande Florianópolis – Sinduscon – Fpolis – “Amicus Curiae” – advogados:

Diogo Bonelli Paulo, Marcus Vinícius Motter Borges e outros, Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado De São Paulo – “Amicus Curiae” – advogado: Jose Carlos Baptista Puoli; Fazenda Nacional – “Amicus Curiae” – advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

*Ementa:*¹⁻² *Recurso especial repetitivo. Direito civil e do consumidor. Processual civil. Incorporação imobiliária. Venda de unidades autônomas em estande de vendas. Corretagem. Cláusula de transferência da obrigação ao consumidor. Alegação de abusividade. Teoria da asserção. Legitimidade passiva da incorporadora. Validade da cláusula. Serviço de assessoria técnico-imobiliária (Sati). Cobrança. Descabimento. Abusividade.*

1. Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015:

1.1. Legitimidade passiva ‘ad causam’ da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder pela restituição ao consumidor dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, nas demandas em que se alega prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor.

2. Caso concreto:

2.1. Aplicação da tese ao caso concreto, rejeitando-se a preliminar de ilegitimidade.

2.2. “Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem” (tese firmada no julgamento do REsp 1.599.511/SP).

2.3. “Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (Sati), ou atividade congênera, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel” (tese firmada no julgamento do REsp 1.599.511/SP).

2.4. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem e procedência do pedido de restituição da Sati.

3. Recurso especial provido, em parte.

-
1. Nota do Editorial: O inteiro teor deste acórdão está disponível no site do Tribunal [www.stj.jus.br], para os assinantes do RT Online [www.revistadotribunais.com.br], e na versão eletrônica disponível em Thomson Reuters ProView.
 2. Nota do Editorial: O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2.^a Sec. do STJ, por unanimidade, no caso concreto, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do art. 1.040 do nCPC foi fixada a seguinte tese:

“Legitimidade passiva “ad causam” da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder a demanda em que é pleiteada pelo promitente-comprador a restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, alegando-se prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor”. Os Srs. Min. Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencido, apenas quanto à tese repetitiva, o Sr. Min. Luis Felipe Salomão.

Sustentaram oralmente o Dr. Rubens Carmo Elias Filho, pelo Recorrente Topazio Brasil Empreendimento Imobiliário SPE Ltda, e o Dr. Marcelo de Andrade Tapai, pelo Recorrido Carlos Tukamoto.

Brasília, 24 de agosto de 2016. (data de julgamento). Min. Paulo de Tarso Sanseverino, relator.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino (relator):* Trata-se de recurso especial interposto por Topazio Brasil Empreendimento Imobiliário Spe Ltda em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado: Compromisso de venda e compra de imóvel novo – Atraso na entrega a ser ressarcido até o efetivo recebimento das chaves – Imposição unilateral de comissão de corretagem sem possibilidade de recusa pelo comprador – Venda casada configurada – De rigor o ressarcimento ao autor do valor desembolsado a este título – Ausência de contraio descritivo dos serviços que permitiriam cobrança de taxa de assessoria imobiliária – Devolução da quantia mantida – Inteligência do art. 39, 1, da Lei 8078-90 – Ilícito civil que determina a obrigação de pagar tal quantia ao consumidor com juros e correção monetária independentemente de ter sido o pagamento efetuado a outrem – Atraso deveras previsível e comum em negócios de tal natureza, já compensado pela indenização mensal – Dano moral indenizável não configurado – Litigantes que foram vencidos em substancial parte das pretensões – Manutenção da divisão das custas e despesas processuais e que cada qual remunere seus próprios patronos de rigor – Recurso do autor parcialmente provido para impor a devolução da taxa de corretagem com juros de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária pela tabela prática do TJSP a partir do desembolso e recurso da ré desprovido. (fl.)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls.).

Em suas razões, a recorrente alega violação dos arts. 14, 18 e 39, inc. I, do CDC, dos arts. 267, inc. VI, do CPC, e dos arts. 265, 724 e 725 do CC, além de divergên-

cia jurisprudencial, sob os argumentos de: (a) ilegitimidade passiva da incorporadora; (b) inexistência de solidariedade entre a construtora e a sociedade corretora; (c) inexistência de vício do produto ou fato do produto ou serviço; (d) existência de empreendimentos de outras corretoras no stand de vendas; (e) inocorrência de venda casada; (f) clareza da informação publicitária e contratual; (g) legalidade da transferência ao consumidor do encargo da comissão de corretagem; (h) “praxe comercial na venda de imóveis novos”; e (i) efetiva prestação dos serviços de corretagem e de assessorial técnico-imobiliária (SATI).

Aduz, também, divergência jurisprudencial, citando acórdãos dos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, de Minas Gerais e do Rio de Janeiro, bem como acórdão desta Corte Superior.

Contrarrazões às fls..

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal de origem como representativo da controvérsia (cf. fls.) e encaminhado a esta Corte Superior, tendo sido distribuído à minha relatoria.

Tendo em vista a multiplicidade de recursos identificados pelo Tribunal de origem com fundamento em idêntica controvérsia, decidi afetar o presente recurso à 2.^a Sec. para, nos termos do art. 543-C do CPC, uniformizar do entendimento sobre a legitimidade passiva da incorporadora (promitente vendedora) para responder pela restituição da comissão de corretagem e da taxa de serviço de assessorial técnico-imobiliária (SATI), sob o fundamento de abusividade da transferência desses encargos ao consumidor (tema 939).

Tendo em vista a multiplicidade de reclamações que estavam aportando nesta Corte Superior, determinei extensão do sobrestamento de recursos aos Juizados Especiais (cf. fl.).

Posteriormente, nos autos da MC 25.323/SP, o sobrestamento foi estendido para todas as ações pendentes sobre o tema.

Intervieram na lide recursal, na qualidade de amici curiae, a Defensoria Pública da União – DPU, a União – Fazenda Nacional, a Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliária – ABRAINCO, o Sindicato da Indústria da Construção Civil da Grande Florianópolis – SINDUSCON/FPOLIS e o Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo – SINDUSCON/SP. O Instituto Potiguar de Defesa dos Consumidores – IPDCON, embora admitido como amicus curiae, não se manifestou a respeito da questão afetada (cf. fl.).

A Defensoria Pública da União opinou pela legitimidade passiva das incorporadoras (cf. fls.).

A União opinou pela invalidade da cláusula que transfere ao consumidor a obrigação de pagar a comissão de corretagem (cf. fls.).

Por sua vez, a ABRAINCO (fls.) e o SINDUSCON – FPOLIS (fls.), opinaram pela ilegitimidade passiva das incorporadoras.

O SINDUSCON – SP manifestou pela legalidade da transferência da obrigação para o consumidor, pela legalidade da SATI e pela prescrição trienal da pretensão de restituição do valor pago a título de comissão de corretagem.

O Ministério Público Federal, como custos legis, ofereceu parecer sintetizado nos termos da seguinte ementa:

– Recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do CPC, e da Res. STJ 8/2008, que aponta violação aos arts. 256, 265, 724 e 725, todos do CC, 267, VI, do CPC, e dissídio jurisprudencial.

– Tese para os efeitos do art. 543-C, do CPC: “legitimidade passiva da incorporadora (promitente vendedora) para responder pela restituição da comissão de corretagem e da taxa de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), sob o fundamento da abusividade da transferência desses encargos ao consumidor”.

– Flexibilização dos requisitos de admissibilidade em atenção ao interesse público sobre a tese do recurso repetitivo, devendo ser mitigada a incidência das súmulas 5 e 7, do STJ, em análise preliminar.

– Acerca do caso concreto, verifica-se que o acórdão recorrido não infringiu o disposto no art. 535, do CPC, pois trouxe fundamentação clara e suficiente para dirimir a controvérsia integralmente, embora desfavorável aos interesses do Recorrente, o que não caracteriza prestação jurisdicional deficiente.

– Tese fixada: o dever de transparência obriga o vendedor a estabelecer explicitamente cláusula que obriga o consumidor a assumir quaisquer encargos, legais ou consensuais, mesmo que tais cobranças sejam praxe do mercado local, sendo ilegal a imposição do pagamento de comissão de corretagem e taxa de assessoria imobiliária (SATI) sobre contrato de serviços de corretagem do qual o consumidor não anuiu, requereu expressamente ou lhe foi diminuída a possibilidade de contestar, como se dá nos contratos de adesão, restando configurada a venda casada (prática abusiva) quando tais cobranças são condicionantes do negócio jurídico, sendo, nessas hipóteses, devida a restituição dos referidos encargos ao consumidor, pela construtora/incorporadora e pelo corretor/imobiliária, obrigados em solidariedade.

– Parecer pelo improvemento do recurso especial. (fls.) No dia 09.05.016, foi realizada audiência pública sobre o tema da presente afetação, tendo havido manifestação oral de 14 expositores, além do Ministério Público Federal (cf. fls., apenso 1).

Paralelamente a este recurso, encontra-se afetado ao rito dos recursos especiais repetitivos o REsp 1.551.986/SP, referente ao tema da ilegitimidade.

Referente ao mérito da controvérsia (tema 938), encontram-se afetados os seguintes recursos especiais representativos da controvérsia: 1.599.510/SP, 1.551.956/SP, 1.599.511/SP, 1.599.618/SC e 1.602.800/DF.

O recorrido Carlos Tukamoto apresentou nos autos parecer da lavra da Prof.^a Judith Maritins-Costa e do advogado Dr. Gustavo Haical (fls.).

Por sua vez, a recorrente Topázio Empreendimentos apresentou parecer da Prof.^a Cláudia Lima Marques (fls.).

Também houve apresentação dos seguintes pareceres em favor da tese das incorporadoras, nos autos do REsp 1.551.956/SP: Araken de Assis (fls.), ADA Pellegrini Grinover (fls.), Humberto Theodoro Jr. (fls.), Gustavo H. B. Franco (fls.).

O Ministério Público Federal ofereceu alegações finais às fls., reiterando o parecer de fls., exceto quanto à responsabilidade solidária dos corretores pela restituição do valor da comissão de corretagem, que entendeu não cabível.

É o relatório.

VOTO – O Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino (relator): Eminentes colegas. O presente processo, submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos, envolve questão de extrema relevância jurídica, social e econômica, que tem sido objeto de milhares de demandas no Poder Judiciário brasileiro.

Início analisando a questão afetada ao rito do art. 543-C do CPC (atuais arts. 1.036 ss. do CPC/2015), relativa à legitimidade passiva da incorporadora (promitente vendedora) para responder pela restituição da comissão de corretagem e da taxa de serviço de assessorial técnico-imobiliária (SATI), sob o fundamento de abusividade da transferência desses encargos ao consumidor.

Essa controvérsia diz respeito a uma das condições da ação, que se inserem na categoria dos pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional.

Segundo parte da doutrina processual brasileira, as condições da ação devem ser aferidas em abstrato, com base nas alegações deduzidas pelo autor ('in statu assertionis') na petição inicial, eventualmente acompanhada de documentos, aplicando-se a chamada teoria da asserção ou da prospecção (prospettazione, na Itália).

Essa teoria é esposada, no Brasil, por doutrinadores como Alexandre Freitas Câmara, Kasuo Watanabe e José Carlos Barbosa Moreira.

Por todos, basta transcrever a lição de Barbosa Moreira:

É conquista irreversível da moderna ciência do processo a distinção entre o mérito da causa e as chamadas 'condições da ação' (rectius: condições do legítimo exercício do direito de ação).

No estágio atual da evolução científica, pode reputar-se descabida qualquer confusão entre juízo de mérito – no qual se declara fundada ou infundada a pretensão do autor, procedente ou improcedente o pedido –, e o juízo preliminar, em que se apura a concorrência daquelas condições, entre as quais se inclui a legitimo ad causam.

Uma coisa é saber se o autor tem ou não tem, na verdade, o direito que postula; outra, bem diversa, é saber se ele está ou não habilitado a postulá-lo, a obter sobre

a matéria o pronunciamento do órgão judicial, em sentido favorável ou desfavorável ao que pretende.

Tal diferenciação não é apenas de ordem doutrinária: consagra-a – e é o que mais importa – o nosso direito positivo. Basta lançar os olhos ao art. 267, VI, do CPC [vide art. 485, VI, do CPC/2015], segundo o qual o processo se extingue, sem julgamento do mérito, ‘quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual’.

Para que o autor deva ser considerado parte legítima, não tem a menor relevância perquirir-se a efetiva existência do direito que ele alega. Nem será possível, aliás, antepor-se tal investigação ao juízo sobre a presença (ou ausência) do requisito da legitimidade, que é necessariamente, conforme se disse, preliminar. Averbando de ilegítima a parte, por inexistir o alegado direito, é inverter a ordem lógica da atividade cognitiva. A parte pode perfeitamente satisfazer a condição da ‘legitimatío ad causam’ sem que, na realidade, exista o direito, a relação jurídica material. Mais: não há lugar para a verificação dessa inexistência senão depois que se reconheceu a legitimidade da parte; só o pedido de parte legítima é que pode, eventualmente, ser repellido no mérito, isto é, julgado improcedente.

O exame da legitimidade pois – como o de qualquer das ‘condições da ação –, tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a ‘res in iudicium deducta’. Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica ‘in statu assertionis’, ou seja, à vista do que se afirmou. Tem ele de raciocinar como quem admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrado pela atividade instrutória.

Nada disso, aliás, representa novidade. Sob a vigência do Código anterior, e até em data mais recuada, já se sublinhava em sede doutrinária a necessidade de respeitar-se a sistemática acima descrita. Em clássica monografia, publicada pela primeira vez em 1939, prelecionava, com a clareza de sempre, MACHADO GUI-MARÃES: ‘Deve o juiz, aceitando provisoriamente as afirmações feitas pelo autor – ‘si vera sint exposita’ – apreciar preliminarmente as condições da ação, julgando, na ausência de uma delas, o autor carecedor de ação; só em seguida apreciará o mérito principal – isto é, a procedência ou a improcedência da ação’ (A instância e a relação processual, in Estudos de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro-S. Paulo, 1969, pág. 73).

A lição foi reiterada pelo inesquecível processualista, em trabalho referente à Carência de ação, onde recordava o ensinamento de LIEBMAN, contido em conferência que o mestre peninsular pronunciou quando de sua estada em nosso País, ‘verbis’: ‘... todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação ad causam, deve ser proposto e resolvido admitindo-se, provisoriamente e em via

hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse' (in *Carência de ação*, publicada conjuntamente com *Limites Objetivos do Recurso de Apelação*, Rio de Janeiro, 1961, pág. 19).

.....
Se quiséssemos recorrer aos subsídios da melhor doutrina estrangeira, verificaríamos sem dificuldade a perfeita coincidência das posições. Atente-se, v.g., neste passo eloquente de Ugo Rocco:

[...]. (Legitimação para agir. Indeferimento de petição inicial. in:

Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 199/201)

Em sentido oposto à teoria da asserção, outra corrente doutrinária igualmente respeitável, capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco, sustenta que as condições da ação podem ser analisadas em juízo de cognição plena, não ficando restrita às alegações deduzidas pelo autor na inicial. É a chamada teoria da apresentação ou da exposição.

Na jurisprudência desta Corte Superior, prevalece a teoria da asserção, como se verifica nos seguintes julgados:

Processual civil. Ação rescisória. Carência de ação não demonstrada.

– A ofensa à literalidade da lei confunde-se com o próprio mérito da rescisória. Havendo ofensa à literalidade da lei, o juízo é de procedência, e não de carência da ação.

– Apenas a ilegitimidade de partes, a falta de interesse processual e a impossibilidade jurídica do pedido permitem o juízo de carência da ação. Tais requisitos devem ser constatados 'in status assertionis', isto é, segundo aquilo que foi alegado na inicial, não estando demonstrados na hipótese.

Recurso Especial não conhecido.

(REsp 818.603/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.^a T., j. 19.08.2008, DJe 03.09.2008)

Processual civil e tributário. Ação coletiva. Sindicato. Interesse de agir. Causa de pedir. Exigência de descrição pormenorizada da situação de todos os substituídos. Descabimento.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Coletiva proposta por sindicato em favor de servidores públicos da Universidade Federal de Pernambuco para que lhes seja reconhecido o direito à incidência de Imposto de Renda sobre verbas remuneratórias recebidas de forma acumulada por força de decisão judicial, de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que deviam ter sido pagas, e à repetição do indébito.

2. O Tribunal a quo confirmou a sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito, por entender que não ficou comprovado o interesse de agir.

3. Inicialmente, constata-se que não se configura a ofensa ao art. 535 do CPC, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

4. É clássica a concepção de que o interesse de agir é identificado pela análise do binômio necessidade-utilidade. Em outras palavras, a aludida condição da ação se faz presente quando a tutela jurisdicional se mostrar necessária à obtenção do bem da vida pretendido e o provimento postulado for efetivamente útil ao demandante, proporcionando-lhe melhora em sua situação jurídica.

5. Tem prevalecido na jurisprudência do STJ o entendimento de que a aferição das condições da ação deve ocorrer in status assertionis, ou seja, à luz das afirmações do demandante (Teoria da Asserção).

Nesse sentido: AgRg no AREsp 205.533/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.^a T., *DJe* 08.10.2012; AgRg no AREsp 53.146/SP, rel. Min. Castro Meira, 2.^a T., *DJe* 05.03.2012; REsp 1.125.128/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.^a T., *DJe* 18.09.2012.

6. Em ações coletivas, é suficiente para a caracterização do interesse de agir a descrição exemplificativa de situações litigiosas de origem comum (art. 81, III, do CDC), que precisam ser solucionadas por decisão judicial.

7. A exigência de que o autor arrole todas as ações judiciais ajuizadas pelos substituídos, nas quais teriam ocorrido em tese a tributação indevida, é incompatível com o microsistema do processo coletivo, em que prevalece a repartição da atividade cognitiva em duas fases, caracterizada pela limitação da cognição, num primeiro momento, às questões fáticas e jurídicas comuns às situações dos envolvidos. Apenas posteriormente, em caso de procedência do pedido, é que a atividade cognitiva é integrada pela identificação das posições individuais de cada um dos substituídos (Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, Teori Albino Zavascki, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 162).

8. Portanto, é prescindível que a causa de pedir da ação coletiva propriamente dita (primeira fase cognitiva) contemple descrição pormenorizada das situações individuais de todos os servidores que supostamente foram submetidos a pagamento indevido de Imposto de Renda.

9. Recurso Especial provido.

(REsp 1.395.875/PE, rel. Min. Herman Benjamin, 2.^a T., j. 20.02.2014, *DJe* 07.03.2014, sem grifos no original)

Deve-se, portanto, analisar a questão da legitimidade das incorporadoras com base na teoria da asserção.

Nessa linha, considerando, em tese, as alegações dos consumidores, observa-se nesse tipo de demanda a afirmação de que o consumidor compareceu a um estande de vendas com o objetivo de comprar um imóvel, mas acabou sendo obrigado a ar-

car com os custos dos serviços de corretagem prestados por corretores escolhidos pela incorporadora.

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho da inicial dos presentes autos:

No dia em que o autor esteve presente no stand de vendas da ré, foi atendido por um vendedor, funcionário da Lopes, preposta da ré e responsável pela vendas das unidades, o qual apresentou o projeto do empreendimento, o preço e as formas de pagamento.

O vendedor da Lopes, de apelido Passarela, informou que a unidade estava à venda por R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), conforme documento 14, o que depois ele verificou não ser verdadeiro, pois conforme contrato o real valor da unidade era R\$ 487.175,00 (quatrocentos e oitenta e sete mil, cento e setenta e cinco reais – doc. 18), ou seja, havia uma diferença de R\$ 12.825,00 (doze mil, oitocentos e vinte e cinco reais).

Essa diferença é justamente o que a ré exigiu que o autor pagasse por um serviço de corretagem imobiliária que não foi contratado por ele, pois os corretores de plantão que lá estavam no stand de vendas nada mais são do que meros vendedores contratados pela empresa-ré (em relação de prestação de serviços) para realizarem a venda das unidades.

Nunca houve o pressuposto da intermediação para aquisição deste imóvel, pois o vendedor de nome Passarela, que atendeu o autor, nada mais é do que prestador de serviços da Lopes, empresa contratada pela Topázio (Lucio/Cyrela). (fls. 7

Analisando-se essas alegações, em tese, com base na teoria da asserção, cumpre indagar se, caso sejam verdadeiras as alegações do autor, a incorporadora poderia ser condenada a ressarcir os valores pagos a título de corretagem?

À primeira vista, pode parecer que caberia ao corretor figurar no polo passivo da relação processual, pois foi quem recebeu os valores diretamente do consumidor.

Contudo, analisando-se as alegações dos consumidores, não se observa nenhuma insurgência quanto à existência de um contrato de corretagem e à necessidade de se remunerar o corretor pelos serviços prestados.

A questão suscitada pelos consumidores se limita a estabelecer quem deve assumir o encargo dessa remuneração.

Sob a ótica dos consumidores, a corretagem foi contratada pela incorporadora, de modo que esta é quem deveria responder por esse encargo.

Por decorrência lógica, para que o encargo recaia sobre a incorporadora, deve-se admitir o ajuizamento da demanda contra esta, ou seja, reconhecer a legitimidade passiva ad causam.

Observe-se o raciocínio acima se limita à questão da legitimidade passiva, pois a análise da efetiva obrigação de ressarcir os consumidores é questão de mérito, a ser enfrentada em outra oportunidade.

De outra parte, com relação aos custos do serviço de assessorial imobiliária (SATI), os consumidores também alegam que se trata de serviço contratado pela incorporadora, mas com encargo transferido para consumidores.

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho da petição inicial destes autos:

E não foi só, pois além da imposição do pagamento de uma comissão de corretagem, fora imposto ao autor o pagamento de mais R\$ 2.397,30 (dois mil, trezentos e noventa e sete reais e trinta centavos), a título de SATI (Serviço de Assessoria Técnico imobiliária); serviço este como condição 'sine qua non' para celebração do negócio jurídico.

O autor chegou a questionar o pagamento dessas comissões de corretagem e da SATI, haja vista não ter contratado qualquer pessoa para encontrar esse empreendimento, mas como resposta foi informado que o pagamento das comissões de corretagem pelos compradores era uma praxe no mercado imobiliário, e que o pagamento da SATI era imprescindível para a concretização do negócio que seria firmado junto à ré, e que caso ele discordasse desse pagamento, não haveria continuidade no atendimento. (fl.)

As alegações deduzidas pelos consumidores com relação à SATI, portanto, são semelhantes, às afirmações feitas a respeito da comissão de corretagem, devendo-se adotar, portanto, a mesma solução, admitindo-se a legitimidade passiva da incorporadora.

Propõe-se, portanto, a consolidação da tese nos seguintes termos:

Legitimidade passiva 'ad causam' da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder pela restituição ao consumidor dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessorial técnico-imobiliária, nas demandas em que se alega prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor.

Não se incluiu na tese a legitimidade passiva solidária das construtoras, como sugerido pelo Ministério Público Federal, porque a afetação se limitou à responsabilidade das incorporadoras.

Ademais, nos casos em que a incorporadora contrata uma construtora autônoma (não integrante de seu grupo econômico) para executar a obra, seria questionável a legitimidade desta para responder pela restituição da comissão de corretagem, por ser fato completamente estranho ao serviço de construção civil prestado.

Também não se incluiu na tese a legitimidade passiva solidária da empresa imobiliária, do corretor ou do assessor que recebeu diretamente do consumidor os valores correspondentes à comissão de corretagem e à assessorial imobiliária.

Essa omissão atende aos limites do tema afetado, bem como às circunstâncias fáticas dos casos concretos submetidos a julgamento, pois, em nenhum dos dois recursos especiais paradigmas do tema da legitimidade, houve ajuizamento contra a imobiliária, o corretor ou o assessor.

Nada, impede, contudo, que os Tribunais de origem, verificando multiplicidade de recursos sobre as questões não abordadas neste voto, encaminhem novos recursos especiais representativos da controvérsia – RRC a esta Corte Superior, ou promovam a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR.

Fixada a tese, passo à análise do recurso especial interposto pela recorrente, Topazio Brasil Empreendimento Imobiliário Spe Ltda.

Inicialmente, aplica-se a tese firmada neste voto para se reconhecer a legitimidade da incorporadora para figurar no polo passivo da presente lide.

Quanto à polêmica central do presente recurso, aplicam-se as teses firmadas nesta sessão de julgamento, no REsp 1.599.511/SP (tema 939), abaixo transcritas:

1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

No caso, o juízo de origem havia determinado a restituição apenas do valor pago a título de SATI.

Na apelação do consumidor, o Tribunal de origem ampliou a procedência dos pedidos para determinar, também, a restituição da comissão de corretagem.

Esse entendimento do Tribunal a quo está em dissonância com a tese n. 1, acima listada, pois transferência do encargo da comissão de corretagem para o consumidor é válida, desde que cumprido o dever de informação.

Destarte, o parcial provimento do recurso especial da incorporadora é medida que se impõe, para que sejam restaurados os comandos da sentença.

Ante o exposto, voto no seguinte sentido:

(i) fixar a seguinte tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015:

Legitimidade passiva ‘ad causam’ da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder pela restituição ao consumidor dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, nas demandas em que se alega prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor.

(ii) dar parcial provimento ao recurso especial para restaurar os comandos da sentença.

É o voto.

VOTO-VENCIDO – O Sr. Min. Luis Felipe Salomão: Senhor Presidente, na questão da legitimidade, peço a Vossa Excelência que faça constar que fico vencido, entendendo que a questão se envolve com o mérito.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 2.^a Sec.; número do registro: 2015/0216201-2; processo eletrônico; REsp 1.551.951/SP; números de origem: 00377442220128260224, 2240120120377441, 377442220128260224; pauta: 24.08.2016; julgado: 24.08.2016; relator: Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Raul Araújo; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Maurício Vieira Bracks; Secretária: Bela. Ana Elisa De Almeida Kirjner.

AUTUAÇÃO – Recorrente: Topazio Brasil Empreendimento Imobiliario Spe Ltda – Advogados: Carla Maluf Elias e outros, Danilo de Barros Camargo – Recorrido: Carlos Tukamoto – Advogados: Julio Cesar Alves, Marcelo de Andrade Tapai e outros – Soc. De Adv.: Tapai Sociedade de Advogados e outros – Interessado: Defensoria Pública da União – “Amicus Curiae” – Advogado: Defensoria Pública da União – Interessado: Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliarias – ABRAIN – “Amicus Curiae” – Advogados: Flávio Luiz Yarshell, Elizandra Mendes de Camargo da Ana – Interessado: Instituto Potiguar de Defesa dos Consumidores – IPDCON – “Amicus Curiae” – Advogados: Islaynne Grayce de Oliveira Barreto, Everton Medeiros Dantas – Interessado: Sindicato da Indústria da Construção Civil da Grande Florianópolis – SINDUSCON – FPOLIS – “Amicus Curiae” – Advogados: Diogo Bonelli Paulo, Marcus Vinícius Motter Borges e outros – Interes. : Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas No Estado de São Paulo – “Amicus Curiae” – Advogado: Jose Carlos Baptista Puoli – Interessado: Fazenda Nacional – “Amicus Curiae” – Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Assunto: Direito Civil – Coisas – Promessa de Compra e Venda.

SUSTENTAÇÃO ORAL – Sustentaram oralmente o Dr. Rubens Carmo Elias Filho, pelo Recorrente Topazio Brasil Empreendimento Imobiliário SPE Ltda, e o Dr. Marcelo de Andrade Tapai, pelo Recorrido Carlos Tukamoto.

CERTIDÃO – Certifico que a egrégia 2.^a Sec., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, no caso concreto, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do art. 1.040 do NCPC foi fixada a seguinte tese: “Legitimidade passiva “ad causam” da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder a demanda em que é pleiteada pelo promitente-comprador a restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, alegando-se prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor”.

Os Srs. Min. Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencido, apenas quanto à tese repetitiva, o Sr. Min. Luis Felipe Salomão.

STJ – REsp 1.551.956/SP – 2.ª Seção – j. 24.08.2016 – v.u.
– rel. Paulo de Tarso Sanseverino – DJe 06.09.2016 – Área
do Direito: Processual; Civil; Consumidor.

PRESCRIÇÃO – Ocorrência – Incorporação imobiliária – Restituição dos valores pagos a título de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária sobre a venda de unidade autônomas em estande de vendas – Demanda proposta mais de três anos depois da celebração do contrato – Entendimento sujeito ao rito dos recursos repetitivos.

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2016\7644.

REsp 1.551.956 – SP (2015/0216171-0).

Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

Recorrente: Gafisa S/A – advogados: Renato Napolitano Neto e outros; Humberto Gordilho dos Santos Neto e outros; Daniel Russo Checchinato e outros.

Recorrida: Imara Assaf Andere – advogados: Fernando Cesar Hannel e outros.

Interessados: Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – Abrainc – “Amicus Curiae” – advogados: Flávio Luiz Yarshell e outros; Elizandra Mendes de Camargo da Ana; Defensoria Pública da União – “Amicus Curiae”; União – “Amicus Curiae”; Conselho Federal de Corretores de Imóveis – Cofeci – “Amicus Curiae” – advogada: Marli Aparecida Sampaio; Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – “Amicus Curiae” – advogados: Andrea Lazzarini Salazar e outros, Mariana Ferreira Alves, Cláudia de Moraes Pontes Almeida e outros; Instituto Potiguar de Defesa dos Consumidores – IPDCON – “Amicus Curiae” – advogados: Islaynne Grayce de Oliveira Barreto, Everton Medeiros Dantas, Sindicato da Indústria da Construção Civil

do Estado do Rio Grande do Norte – “Amicus Curiae” – advogados: Frederico Araújo Seabra de Moura e outros, Gabrielle Trindade Moreira de Azevedo, Sindicato das Empresas de Compra Venda Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo – “Amicus Curiae” – advogados: Luiz Rodrigues Wambier e outros, Associação Cidade Verde – ACV – “Amicus Curiae” – advogado: Gabriel de Moraes Correia Tomasete;

Camara Brasileira da Indústria da Construção – “Amicus Curiae” – advogados: Maria Luisa Barbosa Pestana Guimarães e outros, Sindicato da Indústria da Construção Civil da Grande Florianópolis – Sinduscon – Fpolis – “Amicus Curiae” – advogados: Diogo Bonelli Paulo e outros.

*Ementa:*¹⁻² *Recurso especial repetitivo. Direito civil e do consumidor. Incorporação imobiliária. Venda de unidades autônomas em estande de vendas. Corretagem. Serviço de assessoria técnico-imobiliária (Sati). Cláusula de transferência da obrigação ao consumidor. Prescrição trienal da pretensão. Enriquecimento sem causa.*

1. *Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015:*

1.1. *Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (art. 206, § 3.º, IV, CC).*

1.2. *Aplicação do precedente da Segunda Seção no julgamento do REsp 1.360.969/RS, concluído na sessão de 10/08/2016, versando acerca de situação análoga.*

2. *Caso concreto:*

2.1. *Reconhecimento do implemento da prescrição trienal, tendo sido a demanda proposta mais de três anos depois da celebração do contrato.*

2.2. *Prejudicadas as demais alegações constantes do recurso especial.*

3. *Recurso especial provido.*

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2.^a Sec. do STJ, por unanimidade, no caso concreto, dar provimento ao recurso especial para decretar a extinção do processo, com resolução do mérito, em face do reconhecimento do implemento da prescrição trienal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do art. 1.040 do NCPC foi fixada a seguinte tese:

“Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (art. 206, § 3.º, IV, CC)”. Os Srs. Min. Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco

1. Nota do Editorial: O inteiro teor deste acórdão está disponível no site do Tribunal [www.stj.jus.br], para os assinantes do RT Online [www.revistadotribunais.com.br], e na versão eletrônica disponível em *Thomson Reuters ProView*.

2. Nota do Editorial: O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram oralmente o Dr. Carlos Mário da Silva Velloso Filho, pela Recorrente Gafisa S/A, e o Dr. Fernando Cesar Hannel, pela Recorrida Imara Assaf Andere.

Brasília, 24 de agosto de 2016. (data de julgamento). Min. Paulo de Tarso Sanseverino, relator.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 2.^a Sec.; número do registro: 2015/0216171-0; processo eletrônico; resp 1.551.956/sp; números de origem: 00377442220128260224, 00507552920128260577, 01907347920128260100, 507552920128260577; pauta: 22.06.2016; julgado: 22.06.2016; relator: Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Raul Araújo; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Pedro Henrique Távora Niess; Secretária: Bela. Ana Elisa de Almeida Kirjner.

AUTUAÇÃO – Recorrente: Gafisa S/A – Advogados: Renato Napolitano Neto e outros, Humberto Gordilho dos Santos Neto e outros, Daniel Russo Checchinato e outros – Recorrido: Imara Assaf Andere – Advogado: Fernando Cesar Hannel e outros – Interes.: Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – Abrainc – “Amicus Curiae” – Advogados: Flávio Luiz Yarshell e outros, Elizandra Mendes de Camargo da Ana – Interessado: Defensoria Pública da União – “Amicus Curiae” – Interessado: União – “Amicus Curiae” – Interessado: Conselho Federal de Corretores de Imóveis – Cofeci – “Amicus Curiae” – Advogada: Kátia Vieira do Vale – Interessado: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – “Amicus Curiae” – Advogado: Andrea Lazzarini Salazar e outros – Advogada: Mariana Ferreira Alves – Interessado: Instituto Potiguar de Defesa dos Consumidores – Ipdcon – “Amicus Curiae” – Advogados: Islaynne Grayce de Oliveira Barreto, Everton Medeiros Dantas – Interessado: Sindicato da Industria da Construcao Civil do Estado do Rio Grande Do Norte – “Amicus Curiae” – Advogados: Frederico Araújo Seabra de Moura e outros, Gabrielle Trindade Moreira de Azevedo – Interessado: Sindicato das Empresas de Compra Venda Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo – “Amicus Curiae” – Advogado: Luiz Rodrigues Wambier e outros – Interessado: Associação Cidade Verde – Acv – “Amicus Curiae” Advogado: Gabriel de Moraes Correia Tomasete – Interessado: Camara Brasileira da Industria da Construcao – “Amicus Curiae” – Advogado: Maria Luisa Barbosa Pestana Guimarães e outros – Interessado: Sindicato da Indústria da Construção Civil da Grande Florianópolis – Sinduscon – Fpolis – “Amicus Curiae” – Advogado: Diogo Bonelli Paulo e outros.

Assunto: Direito do Consumidor – Responsabilidade do Fornecedor – Indenização por dano Material.

CERTIDÃO – Certifico que a egrégia 2.^a Sec., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado o julgamento conforme despacho proferido pelo Sr. Ministro Relator, com previsão de inclusão na pauta da sessão de 10.08.2016.

RELATÓRIO – O Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino (relator): Trata-se de recurso especial interposto por Gafisa S/A em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Compromisso de venda e compra de bem imóvel. Ação de indenização por danos materiais.

1.– Corretagem e taxa de “serviços de assessoria técnico-imobiliária” (SATI). Prescrição, quanto ao pedido de devolução dos valores, inócurre. Decurso do prazo de 05 (cinco) anos não operado entre o pagamento e a restituição das taxas. Incidência do disposto no art. 206, par. 5.º, inc. I, do CC.

2.– Cobrança da verba de corretagem e Taxa Sati. Inadmissibilidade.

Profissionais, na espécie, que se ocuparam da intermediação do negócio em benefício exclusivo da empreendedora. Não identificação, ainda, da natureza pessoal exigível para a cobrança intentada.

Autora, na hipótese, que desconhecia as condições técnicas dos profissionais responsáveis pelos esclarecimentos prestados.

Pagamento das verbas, portanto, de atribuição da compromissária-vendedora. Precedentes.

3.– Taxa de cartório. Cobrança dos valores. Possibilidade. Matéria reservada à liberdade contratual. Montante, ademais, de pequena expressão econômica quando comparado ao valor da transação.

Sentença em parte reformada. Apelo parcialmente provido. (fl.)

Em suas razões, a recorrente alega violação dos arts. 206, § 3.º, inc. IV, 427 e 724 do CC, além de divergência jurisprudencial, sob os argumentos de: (a) prescrição trienal; (b) existência de cláusula expressa atribuindo ao comprador o encargo da comissão de corretagem; (c) “praxe comercial na venda de imóveis novos”; (d) livre pactuação das cobranças de comissão de corretagem e de assessoria imobiliária (SATI).

Contrarrazões às fls..

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal de origem como representativo da controvérsia.

Tendo em vista a multiplicidade de recursos identificados pelo Tribunal de origem com fundamento em idêntica controvérsia, determinei a afetação do presente recurso à 2.^a Sec., para, nos termos do art. 543-C do CPC, uniformizar do entendimento sobre as seguintes questões jurídicas:

(i) prescrição da pretensão de restituição das parcelas pagas a título de comissão de corretagem e de assessoria imobiliária, sob o fundamento da abusividade da transferência desses encargos ao consumidor;

(ii) validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar comissão de corretagem e taxa de assessoria técnico-imobiliária (SATI).

Habilitaram-se como amici curiae nos presentes autos, em favor das incorporadoras: a Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – Abrainc, o Sindicato da Indústria da Construção Civil do Estado do Rio Grande do Norte – Sinduscon/Rn, a Câmara Brasileira da Indústria da Construção – Cbic, e o Sindicato da Indústria da Construção Civil da Grande Florianópolis – SINDUSCON – FPOLIS.

Em favor dos corretores e imobiliárias: o Sindicato das Empresas de Compra Venda Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo – Secovi/Sp e o Conselho Federal de Corretores de Imóveis – COFECI.

Em favor dos consumidores: a Defensoria Pública da União – Dpu, a União – Ministério das Cidades, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec, o Instituto Potiguar de Defesa dos Consumidores – Ipdcon e a Associação Cidade Verde – Acv.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer sintetizado nos termos da seguinte ementa:

– Recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do CPC (correspondente ao art. 1.036, do nCPC), e da Resolução STJ n.º 8/2008, que aponta violação aos arts. 206, inc. IV, § 3.º, 427 e 724, todos do CC/2002, além de dissídio jurisprudencial.

– Teses sugeridas para os efeitos do art. 543-C, do CPC (correspondente ao art. 1.036, do NCPC):

(i) ausente disposição específica do prazo prescricional da ação em que se discute o pagamento indevido da comissão de corretagem e da taxa SATI tanto no CDC quanto no CC/2002, deve-se aplicar o prazo geral decenal, previsto no art. 205, do CC/2002;

(ii) é nula, porque manifestamente abusiva, a cláusula prevista em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel que transfere ao promitente comprador a responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem e da taxa SATI, e, bem assim, é nulo eventual contrato de adesão, acessório àquele, que atribua ao consumidor a obrigação de arcar com tais pagamentos.

– Acerca do caso concreto, verifica-se que o recurso especial, no tocante à divergência jurisprudencial, não cumpriu as exigências previstas no art. 541, parágrafo único, do CPC (correspondente ao art. 1.029, § 1.º, do NCPC), e no art. 255, § 2.º, do RISTJ.

– No mérito, tem-se que a ação em que se busca a restituição de valor cobrado indevidamente do consumidor a título de comissão de corretagem e taxa SATI

sujeita-se ao prazo prescricional comum do art. 205, do CC/2002, a contar da data do desembolso, razão pela qual a pretensão da Recorrida não se encontra prescrita.

– Ademais, ainda que estipulado no instrumento de compra e venda do imóvel que o pagamento da comissão de corretagem e da taxa SATI é de responsabilidade da promitente compradora, a cláusula que assim dispõe revela-se manifestamente abusiva, portanto, nula de pleno direito, nos termos do art. 51, incs. I e IV, do CDC.

– Parecer pelo conhecimento parcial do presente recurso especial, e, na parte suscetível de conhecimento, no mérito, pelo seu não provimento. (fls. s.)

O Ministério Público do Estado de São Paulo requereu (fls.) intervenção no procedimento recursal, na qualidade de *amicus curiae*.

O requerimento foi indeferido (fl.), com base no princípio da unidade do Ministério Público, suscitado pelo parquet federal à fl..

Houve embargos de declaração (fls.), que se encontram pendentes de julgamento.

No dia 09.05.2016, foi realizada audiência pública sobre o tema da presente afetação, tendo comparecido quatorze (14) oradores, além do Ministério Público Federal, que expuseram seus posicionamentos, conforme registrado no apenso n. 2 destes autos.

O Ministério Público Federal, em alegações finais, reiterou as conclusões do parecer de fls. ss.

Paralelamente a este recurso, foram afetados conjuntamente ao rito dos recursos especiais repetitivos os seguinte recursos especiais representativos da controvérsia: 1.599.510/SP, 1.599.511/SP, 1.599.618/SC e 1.602.800/DF.

Relativamente ao tema da presente afetação, foram juntados aos autos pareceres de diversos doutrinadores.

Em favor da tese sustentada pelas incorporadoras: Araken de Assis (Fls.), Ada Pellegrini Grinover (Fls.), Humberto Theodoro Jr. (Fls.), Gustavo H. B. Franco (Fls.), Cláudia Lima Marques e Bruno N. B. Miragem (fls., do REsp 1.551.951/SP).

Em favor da tese sustentada pelos consumidores: Judith Martins-Costa e Gustavo Haical (fls., do REsp 1.551.951/SP).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino* (relator): Eminentes colegas, trago a julgamento pelo rito dos recursos especiais repetitivos questão de extrema relevância jurídica, social e econômica, que tem sido objeto de milhares de demandas no Poder Judiciário brasileiro.

Início analisando uma questão preliminar que é a insurgência do Ministério Público do Estado de São Paulo contra o indeferimento da intervenção como *amicus curiae*.

A questão da recorribilidade da decisão que indefere pedido de intervenção na qualidade de *amicus curiae* encontra-se pendente de julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no curso da ADI 3396/DF, rel. Min. Celso de Melo.

Porém, não é o caso de se aguardar o julgamento daquele recurso, pois a questão do recurso do *amicus curiae* será decidida *incidenter tantum*, não se tratando do mérito da ADI.

Desse modo, impõe-se firmar um posicionamento nesta sessão.

Por ora, proponho não se admitir recurso da decisão que indefere requerimento de intervenção como *amicus curiae*, na linha de julgado anterior da Corte Suprema, abaixo transcrito:

Constitucional e processual civil. 'Amicus curiae'. Pedido de habilitação não apreciado antes do julgamento. Ausência de nulidade no acórdão recorrido. Natureza instrutória da participação de 'amicus curiae', cuja eventual dispensa não acarreta prejuízo ao postulante, nem lhe dá direito a recurso.

1. O 'amicus curiae' é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsidies que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de 'amicus curiae' no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, conseqüentemente, um direito subjetivo processual do interessado. 2.

A participação do 'amicus curiae' em ações diretas de inconstitucionalidade no STF possui, nos termos da disciplina legal e regimental hoje vigentes, natureza predominantemente instrutória, a ser deferida segundo juízo do Relator. A decisão que recusa pedido de habilitação de *amicus curiae* não compromete qualquer direito subjetivo, nem acarreta qualquer espécie de prejuízo ou de sucumbência ao requerente, circunstância por si só suficiente para justificar a jurisprudência do Tribunal, que nega legitimidade recursal ao preterido. 3. Embargos de declaração não conhecidos. (ADI 3460 ED, rel Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 12.03.2015)

Acrescente-se que, no caso dos autos, houve ampla participação da sociedade, mediante a realização de audiência pública e a admissão de manifestações escritas, inclusive do Ministério Público do Estado de São Paulo, de modo que o indeferimento da intervenção não compromete a legitimidade do julgado a ser proferido por esta Corte Superior.

Destarte, voto no sentido de não conhecer dos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

Na sequência, passo à análise das teses afetadas.

1 – Teses:

As duas questões afetadas ao rito do art. 543-C do CPC (atuais arts. 1.036 ss. do CPC/2015) são abaixo transcritas:

(i) prescrição da pretensão de restituição das parcelas pagas a título de comissão de corretagem e de assessorial imobiliária, sob o fundamento da abusividade da transferência desses encargos ao consumidor;

(ii) validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar comissão de corretagem e taxa de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI).

Por se tratar de questão prejudicial, inicio a análise do presente recurso especial pela definição do prazo prescricional aplicável à espécie.

1.1. Prazo de prescrição:

O acórdão recorrido entendeu que o prazo prescricional aplicável seria o quinquenal (5 anos), previsto no art. 206, § 5.º, I, do CC, não se tendo implementado entre a data do pagamento e o momento da propositura da presente demanda.

A afirmação da incidência da prescrição quinquenal funda-se no fato de a comissão de corretagem possuir valor líquido, previsto em instrument particular, conforme previsto no art. 206, § 5.º, inc. I, abaixo transcrito:

Art. 206. Prescreve.

.....

§ 5.º Em cinco anos:

I – a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

.....

Essa hipótese de prescrição deve ser descartada de plano por não se tratar de uma pretensão de cobrança de comissão de corretagem ou do serviço de assessoria técnico-imobiliário (SATI), mas de uma pretensão restitutória relativa a um pagamento alegadamente indevido.

A parte demandante, ora recorrida, entende que o prazo prescricional aplicável é o decenal (10 anos), estabelecido pelo art. 205 do CC como prazo geral para as ações pessoais por inexistir norma específica a regular a presente situação.

As empresas recorrentes sustentam a incidência da prescrição trienal (3 anos), prevista no art. 206, § 3.º, inc. IV, do CC, pois a pretensão dos consumidores estaria fundada, em última análise, na alegação da ocorrência de enriquecimento sem causa ou de pagamento indevido, sendo o seguinte o enunciado normativo:

Art. 206. Prescreve.

.....

§ 3.º. Em três anos:

.....

IV – a pretensão de ressarcimento do enriquecimento sem causa;

.....

Deve-se, assim, estabelecer qual o prazo aplicável, constituindo questão bastante controvertida na doutrina e na jurisprudência desta Corte.

Esta Segunda Seção debateu profundamente essa questão no julgamento do REsp 1.360.969/RS (sessão de 10.08.2016, acórdão pendente de publicação) discutindo o prazo prescricional incidente sobre a pretensão de repetição do indébito formulada por consumidor contra empresas de planos de saúde, alegando-se a abusividade de cláusulas contratuais relativas ao reajuste de mensalidades.

Após longo e profícuo debate, concluído na sessão de 10 de agosto de 2016, prevaleceu o entendimento da maioria deste colegiado no sentido de ser hipótese de prescrição trienal (3 anos), aplicando-se a regra especial do art. 206, § 3.º, inc. IV, do CC, relativa a pretensão de ressarcimento do enriquecimento sem causa.

Embora tenha restado vencido, posicionando-me no sentido da aplicação do prazo geral de prescrição para as ações pessoais (10 anos), peço vênias para aderir a posição da maioria de molde a pacificar a questão no âmbito da Seção de Direito Privado.

Com efeito, apesar de as duas posições (prescrição trienal ou decenal) serem bastante razoáveis, o voto do Min. Marco Aurélio Bellizze conseguiu explicitar os motivos pelos quais a melhor solução é efetivamente a aplicação da prescrição trienal relativa a pretensão de ressarcimento do enriquecimento sem causa.

Tomo a liberdade de transcrever parte do seu voto proferido na sessão de julgamento, ressaltando que o acórdão ainda está pendente de publicação, verbis:

2. Qual o sentido do termo causa contido no instituto do enriquecimento sem causa?

Outro ponto que chama a atenção, o qual volta e meia exsurge para a nossa apreciação, e, por esse motivo, está a merecer uma melhor reflexão, é a discussão a respeito do enriquecimento sem causa, ora apresentado como princípio (norteador inclusive do exame da eficácia nos casos de anulação do negócio jurídico e da resolução dos contratos) ora como instituto jurídico (art. 884 e ss. do Código Civil de 2002).

A doutrina moderna aponta pelo menos três teorias para explicar o enriquecimento sem causa: a) a teoria unitária da deslocação patrimonial; b) a teoria da ilicitude; e, c) a teoria da divisão do instituto.

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, eminente civilista, professor da Universidade de Lisboa, explica os principais fundamentos de cada uma delas, em artigo publicado pela Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, do qual reproduzo os seguintes excertos:

3. Configuração dogmática do instituto

A configuração dogmática do enriquecimento sem causa tem suscitado, porém, certa controvérsia na doutrina, apontando-se as seguintes posições: a) teoria unitária da deslocação patrimonial; b) teoria da ilicitude; c) doutrina da divisão do instituto.

3.1. A teoria unitária da deslocação patrimonial

De acordo com a tradicional doutrina unitária da deslocação patrimonial, surgida quando da elaboração do Código Civil alemão, a cláusula geral de enriquecimento sem causa institui uma pretensão de aplicação direta, bastando para tal, única e simplesmente, a verificação de detenção injustificada de um enriquecimento à custa de outrem.

Essa concepção funda-se essencialmente na doutrina de Savigny, segundo a qual a pretensão de enriquecimento se constitui sempre ao se verificar uma deslocação patrimonial sem causa, diretamente entre o enriquecido e o empobrecido, independentemente da forma que se revista essa deslocação. Exigir-se-ia conseqüentemente que aquilo que produz o enriquecimento de uma pessoa tivesse pertencido anteriormente ao patrimônio de outra, só assim podendo esta recorrer à ação de enriquecimento. Tal regra valeria para todas as categorias de enriquecimento sem causa, uma vez que o fundamento comum a todas elas seria a restituição de tudo o que saiu de determinado patrimônio. Para os partidários dessa concepção, não haveria conseqüentemente base para a criação de uma tipologia de pretensões de enriquecimento.

Assim, de acordo com essa teoria, o fundamento comum a todas as pretensões de enriquecimento residiria na oposição entre a aquisição de uma vantagem e a legitimidade de sua manutenção.

Segundo tal concepção, os casos típicos de enriquecimento sem causa, especialmente previstos na lei, nada mais representariam do que uma mera enumeração de exemplos característicos. Fundamental em matéria de enriquecimento sem causa é antes o conceito unitário de deslocação patrimonial, entendida como uma transmissão de bem de uma pessoa para outra, efetuada diretamente mediante uma deslocação de valor entre dois patrimônios. (...)

3.2. A teoria da ilicitude

A tradicional doutrina unitária da deslocação patrimonial entra, porém, em crise após o surgimento da obra de Fritz Schulz, na qual o autor apresenta a questão jurídica da aplicação do instituto ao problema da intervenção em bens ou direitos alheios.

No entender de Schulz, a base do instituto do enriquecimento não reside na deslocação patrimonial sem causa jurídica, mas antes numa ação contrária ao direito, que o autor considera ser o conceito central na dogmática do instituto. A seu ver, existiria um princípio de aplicação geral de que ninguém deveria obter um ganho por intervenção ilícita num direito alheio, expressos em diversos preceitos do Código. Desse princípio resultaria que quem efetuasse uma intervenção objetivamente ilícita no direito alheio deveria restituir o resultado dessa intervenção. (...)

Assim, pela referência a um conceito de ilicitude delitual, dirigida à ação, Schulz aproxima o enriquecimento sem causa da responsabilidade civil, qualificando a obrigação de restituir o enriquecimento como uma sanção para todo o

tipo de comportamentos ilícitos. Entre eles incluir-se-iam o enriquecimento por prestação e o derivado de fato da natureza, existindo, no primeiro caso, uma ilícita aceitação ou detenção da coisa por parte do enriquecido e, no segundo caso, uma intromissão equiparada a um comportamento ilícito.

Na doutrina de Schulz, o enriquecimento sem causa deixa assim de ser visto como fundado nas deslocções patrimoniais sem causa e passa a ser considerado com base na violação de um direito alheio.

(...)

3.3. A doutrina da divisão do instituto

Outra concepção corresponde à doutrina da divisão do instituto do enriquecimento em categorias autônomas e distintas entre si. Essa doutrina tem essencialmente a sua origem nos trabalhos de Walter Wilburg e Ernst Von Caemmerer.

A tese principal desses autores reside na divisão do instituto do enriquecimento sem causa em duas categorias principais: uma relativa a situações de enriquecimento gerada com base em uma prestação do empobrecido e outra abrangendo as situações de enriquecimento não-fundadas na prestação, atribuindo-se, nesta última, papel preponderante ao enriquecimento por intervenção.

A doutrina da divisão do instituto rompe completamente com o tratamento dogmático unitário do enriquecimento sem causa, que deixa inclusive de ser considerado como sujeito a princípios comuns ou a uma mesma ordenação sistemática. Efetivamente, de acordo com essa nova concepção, o enriquecimento por prestação passa a ser visto como um anexo do Direito dos contratos, inserido no regime da transmissão dos bens, enquanto o enriquecimento por intervenção é visto antes como anexo a um prolongamento da eficácia do direito de propriedade, inserindo-se no âmbito da proteção jurídica dos bens.

Na opinião de Wilburg, nunca fora demonstrado que as restituições fundadas na realização de uma prestação sem causa e as baseadas num enriquecimento sem prestação tivessem o mesmo fundamento, existindo antes entre elas uma perfeita diferenciação de pressupostos, pelo que não haveria qualquer possibilidade de as reconduzir a um princípio genérico comum. O enriquecimento por prestação seria baseado num ato voluntário do seu autor, constituindo uma forma de impugnação jurídica desse ato, sendo a base de tal impugnação sobretudo o erro sobre a causa jurídica da sua prestação. Já o enriquecimento não-fundado numa prestação teria como fim a recuperação de um direito afetado pela aquisição do enriquecido (normalmente a propriedade), sendo, por isso, pretensão a um prolongamento da eficácia desse direito. (...)

A teoria de Wilburg veio a ser desenvolvida por Ernst Von Caemmerer, que parte do conceito central de “conteúdo de destinação” na sua construção da teoria do enriquecimento sem causa. O autor entende que a proibição do enriquecimento injustificado consiste apenas numa máxima de justiça comutativa que se encontra a um nível de abstração tal, que carece de preenchimento pelo julgador, efetuado

pela integração ao caso numa categoria específica de enriquecimento sem causa. Assim, apresenta uma tipologia de hipóteses de enriquecimento sem causa distinguindo entre o enriquecimento por prestação (*Leistungskondiktion*), enriquecimento por intervenção (*Eingriffskondiktion*), enriquecimento por liberação de uma dívida paga por terceiro (*Rückgriffskondiktion*) e enriquecimento resultante de despesas efetuadas em coisa alheia (*Verwendungskondiktion*). Essa tipologia não é, porém, fechada, na medida em que posteriores concretizações permitiriam o surgimento de novas categorias. Tal tipologia constituiria o ponto de partida para a construção de diversas pretensões de enriquecimento, que não apenas se distinguiriam pelo seu objeto, mas também pelo no seu conteúdo e extensão. (Revista CEJ. N. 25. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil Brasileiro. Brasília. Abr/Jun 2004. p. 25-27).

Pela leitura do artigo acima, percebe-se que a teorização do instituto, na moderna doutrina alemã, foi desenvolvida gradativamente, evoluindo à medida em que se aprofundava o conceito de causa.

Em primeiro plano, partindo-se da teoria de Savigny (1849), não se fazia distinção alguma (por isso chamada unitária), tendo causa uma conotação de fato natural (causa no sentido de causa de atribuição patrimonial), simples deslocamento de patrimônio.

Sucedeu-lhe a teoria da ilicitude de Schulz (1909), onde o instituto do enriquecimento sem causa pareceu ganhar uma feição de princípio jurídico geral, por meio do qual se sancionava a atuação contrária ao direito (causa no sentido de causa lícita, legal ou conforme o direito).

Seguiu-se a teoria da divisão, na qual, basicamente, reconhecidas as origens distintas das anteriores, a estruturação do instituto é apresentada de maneira mais bem elaborada, abarcando o termo causa de forma ampla, subdividido, porém, em categorias mais comuns (não exaustivas), a partir dos variados significados que o vocábulo poderia fornecer.

Inicialmente, na proposta de Wilburg (1934), numa subdivisão mais abrangente, onde o enriquecimento sem causa poderia ter origem em uma prestação (como dever anexo dos contratos) ou numa não-prestação do empobrecido (como anexo do direito de propriedade).

Posteriormente, desenvolvida por Caemmerer (1954), em quatro categorias ainda mais específicas (enriquecimento por prestação, enriquecimento por intervenção, enriquecimento resultante de despesas efetuadas por outrem, enriquecimento por desconsideração de patrimônio), num sistema aberto em que pretensões outras poderiam surgir a partir das diversas abordagens (de objeto, conteúdo e extensão) realizadas no universo do enriquecimento sem causa.

No Brasil, o instituto foi introduzido no projeto do Código Civil por obra do Prof. Agostinho Alvim, sistematizador do Livro das Obrigações e, por isso, responsável pela alteração substancial do título pertinente aos atos unilaterais, nele fazen-

do incluir o enriquecimento sem causa, o pagamento indevido e a gestão de negócios como fontes originárias de obrigações decorrentes da declaração unilateral da vontade (cf. Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil, itens 21 e 22, r).

Em artigo doutrinário de referência sobre o instituto, publicado em maio de 1957, ele destaca as diferenças centrais entre o sistema clássico, adotado pelo Código de 1916, e o moderno, defendido no seu Anteprojeto de Código de Obrigações (arts. 143 e ss.), que viria a ser o precursor dos atos unilaterais assim como dispostos no CC/2002.

Influenciado não só pelo direito alemão, como também pela doutrina suíça, francesa e italiana, para ele o conceito de causa, na teoria do enriquecimento, estaria vinculado à noção de contrapartida, contraprestação, ou seja, aquilo que pode explicar o enriquecimento (Revista dos Tribunais. V. 259. Ano 46. São Paulo. Maio de 1957. Do enriquecimento sem causa. p. 25).

Pela relevância dos seus fundamentos, inclusive históricos (para delimitar a compreensão do instituto que se delineava), é interessante a transcrição de alguns dos seus excertos principais:

Do enriquecimento sem causa.

1) A ação de enriquecimento, ou “actio de in rem verso”, não é de largo uso entre nós.

Isto deve-se, em parte, ao sistema do nosso Direito vigente, que permite até mesmo se negue a existência da ação de enriquecimento; e os que a admitem hão de concordar em que somente podem fundamentá-la em fonte subsidiária do direito objetivo, e na mais remota de todas: princípios gerais de direito.

Em muitos outros países, ainda quando não regulada por dispositivos especiais a condenação do enriquecimento injustificado, a literatura e a jurisprudência são mais abundantes, e a respectiva ação tem maior desenvolvimento. Todavia, pondera um civilista, esta teoria, “*apparement si prometteuse*”, não é panacéia para todos os casos.

2) Além do obstáculo, relativo ao nosso sistema, outro ainda existe a dificultar o desenvolvimento da ação de “in rem verso”, o qual reside na própria natureza da condenação do enriquecimento, pois os casos típicos, os casos legítimos, que autorizam a respectiva ação, não são freqüentes, suposta a imprescindibilidade de vários requisitos, exigidos pela disciplina da instituição.

E muitas das hipóteses, havidas como de enriquecimento, na realidade não o são e resolvem-se por outras regras.

3) A instituição, porém, considerada em si mesma, revela-se profundamente justa e cristã, porque visa a impedir o enriquecimento de alguém à custa de outrem, sem justa causa, enriquecimento este que constituirá uma fonte de opressão na ordem privada, se a lei não remediar os casos. Acrescente-se que esta instituição não apresenta a contrapartida existente no instituto da lesão, o que é debilitador do contrato.

4) O assunto relativo ao enriquecimento vem despertando interesse entre os juristas modernos. Não porque a condenação do locupletamento injustificado seja só dos nossos dias, certo, como é, que ela consta de muitos textos do Direito Romano largamente discutidos pelos monografistas, não sendo menos exato que o assunto preocupou filósofos e legisladores ainda mais antigos.

Todavia, a caracterização perfeita do enriquecimento sem causa, e, bem assim, a sua ampliação, o aproveitamento de toda a sua energia, cujo resultado prático é a ação, isto está sendo obra dos juristas modernos, assim no campo da elaboração da teoria, como no de suas aplicações.

Demogue, ao prefaciar a obra de ilustre monografista sobre o assunto, refere-se aos estudos dos juristas, neste setor, de vinte e cinco anos para cá, o que vale dizer, a partir do começo deste século, levando em consideração que a obra é de 1925.

O mesmo observa outro insigne civilista.

A fase moderna, porém, que se caracteriza pela condenação do enriquecimento sem causa, mediante um preceito legal de ordem genérica, começou um pouco antes, a saber com o Código Federal das Obrigações, 1881.

O Código Civil Alemão, promulgado em 1896, deu ao assunto grande importância e desenvolvimento. Daí o ser muito citado a respeito.

Mas é posterior, de quinze anos, àquele Código suíço, de 1881, que, no art. 70, rompera com a tradição, estatuindo, em fórmula genérica, a condenação formal do enriquecimento sem causa, com a conseqüente obrigação de restituir. (...)

O sistema clássico e as idéias renovadoras.

5) O sistema clássico, ainda vigente na maioria dos países, inclusive no nosso, também condena o enriquecimento injustificado, porém o faz casuisticamente, ou seja, procurando impedi-lo, onde quer que possa manifestar-se.

Ao sistema moderno filia-se o Código das Obrigações (suíço) promulgado em 1911, como complemento do Código Civil (livro quinto). O art. 62 mantém, com as mesmas palavras, o art. 70 do Código Federal das Obrigações, de 1881.

E ainda outros Códigos, como o alemão, arts. 812 e segs., o soviético, consagrando a regra no art. 399, o japonês, o mexicano (único, queremos crer, na América do Sul e Central).

Ao sistema moderno pertencem, também, o nosso Anteprojeto de Código das Obrigações, arts. 143 e segs., o Projeto de reforma do Código Civil Argentino, e o Projeto Franco-Italiano, de Código das Obrigações, anterior à guerra, e hoje abandonado.

6) Os Códigos que seguem o sistema tradicional procuram coibir o enriquecimento sem causa, onde quer que se apresente. Donde se pode dizer que tal proibição informa todo o sistema.

Exemplificam os civilistas, em geral, com os textos referentes a esses casos, dos quais podemos apontar alguns, tendo em vista o nosso Código.

O possuidor, ainda que de má-fé, tem direito às despesas de produção e custeio, o que impede o enriquecimento do proprietário reivindicante (Código Civil, art. 513). A solução contrária só se justificaria como pena imposta ao possuidor de má-fé, o que escaparia às atribuições normais do Direito Civil, entre as quais não se conta a de punir.

O possuidor, ainda que de má-fé, não responde pela perda da coisa, quando prove que ela do mesmo modo se perderia se estivesse em mãos do reivindicante (Código Civil, art. 515). A solução contrária produziria enriquecimento injustificado para este. Caso semelhante nos depara o art. 1.332, relativo à responsabilidade do gestor.

Idêntico é o ponto de vista do legislador ao estatuir sobre o pagamento indevido (Código Civil, arts. 964 e segs.), sobre a indenização por avulsão (Código Civil, art. 541), sobre a atribuição da propriedade do especificador, em certos casos de especificação irredutível, a fim de evitar que, com a espécie nova, se enriqueça o dono da matéria prima (Código Civil, art. 613). A lei aqui justifica a deslocação do direito, que passa do proprietário para o especificador, mas não justifica a deslocação patrimonial, uma vez que obriga este último a indenizar.

Ainda: o reembolso das despesas feitas pelo gestor (Código Civil, art. 1.329), as medidas contra o enriquecimento do incapaz, (Código Civil, art. 157, parte final), e inúmeros outros casos esparsos no Código Civil. (...)

7) Afora as hipóteses que a lei preveniu, onde o enriquecimento é vedado, os sistemas tradicionais regulam também a repetição do que foi pago, sem que o devesse ser, sendo esta a mais ampla defesa contra o enriquecimento injustificado, conquanto incompleta, aos olhos dos juristas modernos. (...)

8) O Código Civil Alemão chegou à fórmula do art. 812, após uma evolução através das “*conditiones*”, que constavam do Projeto.

Tratava este das várias “*conditiones*”, do Direito Romano, terminando por uma regra geral. Eram elas a “*condictio ob rem*” da qual a “*condictio indebiti*” era uma aplicação; a “*condictio ob causam finitam*”; a “*condictio ob turpem causa*” e, finalmente, a “*condictio sine causa*”.

O Código [alemão] contentou-se com esta, porque, “*sine causa*”, querendo dizer sem causa que justifique, tal “*condictio*” dispensava as demais.

Aliás, à “*condictio sine causa*” já se assinalava esta mesma função no Direito Romano.

O Código Civil alemão aceito a “*condictio sine causa*” no seu sentido mais desenvolvido de modo a que correspondesse a fórmula desejável para a condenação do enriquecimento sem causa.

A expressão “de qualquer outro modo” é muito compreensiva e ampla, pois abrange qualquer enriquecimento, abstração feita de um fato do empobrecido.

Quando fala na restituição, o Código evita a palavra coisa, cujo sentido é mais restrito.

Finalmente, emprega a locução “à custa de”, para o fim de alargar a compreensão do texto, porque, uma coisa é alguém enriquecer-se por fato de outrem (idéia restrita); outra, é enriquecer-se à custa de outrem, o que pode prescindir de um fato do empobrecido.

Esta é precisamente a razão por que a locução “à custa de” que não constava do Projeto, teve ingresso no Código.

Tal expressão está hoje consagrada: Código das Obrigações (suíço), art. 62, nosso Anteprojecto de Código de Obrigações, art. 143 e outros diplomas.

Em França, sempre que se cogita de enriquecimento, é essa a expressão corrente: “au dépens de”, a começar pela tradução do texto de Pomponio (“Digest”, 50, 17.206), que nos oferece o antigo autor.

9) É interessante notar que tem havido sempre aplicação no que concerne à condenação do enriquecimento sem causa.

A “*condictio sine causa*” já tinha, no Direito Romano, sentido muito amplo.

Os civilistas, porém, nas fórmulas de que usam, ligam muitas vezes o enriquecimento à aquisição de uma coisa.

M. I. Carvalho de Mendonça, que aliás pouco se ocupou do enriquecimento sem causa, alvitrou uma fórmula, que lhe pareceu muito larga.

Todavia, ela reporta-se a qualquer fato do homem, que traga enriquecimento a outrem.

Atualmente, porém, a fórmula desejável já não é essa, uma vez que o enriquecimento de alguém pode prescindir de um fato de outrem, razão por que os Códigos evitam de falar em fato de outrem, em suas fórmulas. (Revista dos Tribunais. V. 259. Ano 46. São Paulo. Maio de 1957. Do enriquecimento sem causa. p. 3-9).

Oportuno, também, o registro do pensamento do ilustre professor quando ele passa a comentar a ação *in rem verso* em face do Direito Positivo daquela época em contraste com o sistema moderno (ob. cit. p. 12-14):

Da “*actio de in rem verso*”. O fundamento da ação.

13) Começaremos a examinar o fundamento da ação de enriquecimento, já agora em face do Direito Positivo.

Diante dos sistemas que, através de uma regra geral, condenam, de modo explícito, o enriquecimento injustificado, como o suíço e outros, não há problema, neste particular.

Supostos os fatos que autorizam o pedido, o seu fundamento está no texto de lei, expresso a respeito.

Mas, qual o fundamento, quando não há texto, como sói acontecer, aliás, na grande maioria dos sistemas vigentes?

Essa questão separa os juristas em dois campos: uns, levados justamente por esta ausência de texto, negam a possibilidade de obter alguém aquilo com que outrem se tenha enriquecido à sua custa.

Negam a ação de enriquecimento, de caráter subsidiário.

E defendem o seu ponto de vista dizendo que o legislador, por meio de dispositivos expressos, fechou a porta ao enriquecimento, sempre que o quis impedir, tendo, assim, esgotado os casos que entendeu de repudiar.

Certamente, o enriquecimento se manifestará, aqui ou ali, além dos casos previstos; mas, se não estiver condenado de modo explícito, estará, só por isso, justificado.

Poderá haver obrigação moral de devolver; outros falam em obrigação natural; não obrigação jurídica, e, por isso mesmo, não haverá ação.

Aludindo a este ponto de vista, usa Ripert de uma imagem, figurando a condenação do enriquecimento como um rio subterrâneo, que ninguém vê, e cuja função é alimentar aqueles casos de enriquecimento, previstos pelo legislador.

E passa a examinar a tese.

São escassas as hipóteses previstas? Criam-se novas regras. For a daí, a devolução será cumprimento de obrigação natural.

14) Os que negam que possa alguém reclamar com fundamento no enriquecimento alheio, o fazem por entender que os casos de locupletamento encontram sempre remédio na lei, através destes ou daqueles institutos, destas ou daquelas normas explícitas. Se o caso não está previsto em lugar nenhum, é que o legislador o quis tolerar.

15) Em França, a doutrina dos antigos escritores sobre o enriquecimento injustificado era escassa e, segundo Planiol, foram Aubry et Rau os primeiros que procuraram sistematizar o assunto.

Quanto à jurisprudência, a ação era negada, até o célebre acórdão de 15 de junho de 1892 (Cassação), ao qual todos os civilistas se reportam, decisão essa que foi o ponto de partida da mudança de orientação.

16) Na Itália, a questão não era pacífica, sob o Código de 1865.

Por ocasião dos trabalhos preparatórios do Código de 1942, Piola Caselli, da Comissão da Assembléia Legislativa, falou de uma larguíssima corrente orientada no sentido da possibilidade da ação, o que deixa supor opiniões em contrário, às quais, aliás, se refere Ugolino Anichini, em trabalho posterior ao Código (ob. cit., pág. 204).

Igualmente, um notável professor da Universidade Católica de Milão, escrevendo depois que o Projeto, no art. 73, havia recomendado a ação de enriquecimento, ainda se manifestava contrário a considerar o enriquecimento injustificado como fonte autônoma de obrigação:

“O noi andiamo erratti o la contraria opinione sovverte tutto il sistema delle fonte delle obbligazioni”.

17) Entre nós, não obstante os precedentes dos Códigos suíço e alemão, seguidos tão de perto pelo Projeto Clovis, não quis o seu autor os imitar, neste ponto.

E nessa idéia ele se manteve, pois continuou sempre contrário a uma fórmula geral acerca do enriquecimento, por julgar isso desnecessário, como se vê da sua explanação sobre o assunto, em época bem posterior.

Em sua dissertação para concurso, à mesma conclusão chegou o Prof. Jorge Americano.

18) Todavia, o ponto de vista da existência da ação de “in rem verso”, com caráter subsidiário, é hoje, inquestionavelmente, o vencedor, ainda na ausência de texto expresso.

Assim é na França, na Espanha, na Argentina, e em outros países, entre os quais se inclui o nosso. (...)

Objecções contra a ação de enriquecimento.

19) Nenhuma objeção plausível existe contra a existência da ação de “in rem verso” em nosso sistema.

Dizer que o número de casos, que exigiria a ação, é exíguo, porque, em regra, há outras soluções, é fazer afirmação verdadeira, mas que redundará em negar o remédio para esses casos, embora raros. Será o inverso do “lex dat semper remedium”.

Por outro lado, o sentimento elementar de justiça reclama a “condictio sine causa” em termos amplos.

Não admiti-la seria emperrar o progresso do Direito no remediar as injustiças, e daí o reconhecê-la a doutrina e a jurisprudência, nos países onde não há texto expresso a respeito.

20) Também não deveria argumentar com a falta de fundamento para a ação, visto como a inexistência de fonte principal (a lei) é suprida, normalmente, pelas fontes subsidiárias, integrantes: a analogia, o costume e os princípios gerais.

21) Para pedir é indispensável mostrar que o direito subjetivo, de quem pede, tem assento no direito objetivo, seja a lei, seja uma fonte subsidiária.

Nos sistemas em que há dispositivo expresso, o fundamento é a própria disposição de lei.

Onde não há, como entre nós, é força recorrer às fontes supletivas, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil.

Como se vê, desde aquela época, ainda que inexistente regra que a contemplasse especificamente, já se defendia o cabimento da ação de enriquecimento sem causa no nosso ordenamento jurídico.

A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, desde cedo, também, foi no sentido de admitir o enriquecimento sem causa como fonte de obrigação, diante da vedação ao locupletamento ilícito, assegurada, por conseguinte, a ação correspondente.

Confira-se, exemplificativamente, o seguinte aresto:

Civil – Enriquecimento ilícito (ou sem causa) – Prescrição – Correção monetária.

I – Não se há negar que o enriquecimento sem causa é fonte de obrigações, embora não venha expresso no código civil, o fato é que o simples deslocamento de parcela patrimonial de um acervo que se empobrece para outro que se enriquece e o bastante para criar efeitos obrigacionais.

II – Norma que estabelece o elenco de causas interruptivas da prescrição incluiu também como tal qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do direito pelo devedor. Inteligência do art. 172 do CC.

III – recurso não conhecido.

(REsp 11.025/SP, 3.^a T., rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 24.02.1992).

Foi nesse contexto, seguindo os parâmetros traçados para o sistema moderno, que o Projeto de Código das Obrigações de Agostinho Alvim veio dar origem ao enriquecimento sem causa como fonte primária de obrigações no nosso atual Código Civil, especialmente pelo fato de ter sido expresso como preceito de ordem genérica, não exaustivo, em franca substituição ao modelo clássico anteriormente adotado pelo CC/1916.

A propósito, inegável a influência do art. 812 do Código Civil alemão no nosso CC/2002, especialmente na redação dos arts. 884 e 885, cujos textos podem ser adiante cotejados: BGB:

Art. 812. Quem quer que, em virtude de prestação feita por outra pessoa ou de qualquer outro modo, faz uma aquisição sem causa jurídica à custa desta outra pessoa, fica obrigado a restituir. Esta obrigação existe, igualmente, quando a causa jurídica desaparece ulteriormente, ou quando o resultado visado no momento da prestação, tal como ele resulta do conteúdo do ato jurídico, não se realiza. Considera-se, igualmente, prestação o reconhecimento contratual da existência, ou não, de uma relação obrigacional. CC/2002:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Veja-se que a locução “indevidamente auferido”, constante no art. 884, admite interpretação ampla, no sentido de albergar não só o termo causa como atribuição patrimonial (simples deslocamento patrimonial), mas também no sentido de causa negocial (de origem contratual, por exemplo), cuja ausência, na modalidade de enriquecimento por prestação, demandaria um exame subjetivo, a partir da não obtenção da finalidade almejada com a prestação, hipótese que me parece mais adequada à prestação decorrente de cláusula indigitada nula (ausência de causa jurídica lícita).

Percebe-se que a polissemia do termo *causa*, para a doutrina da divisão do instituto, permite uma acomodação maior dos casos concretos dentro das quatro categorias que exemplificativamente enuncia, a partir da vagueza e amplitude com que o enriquecimento sem causa veio a ser disposto no texto do novo Código Civil.

Segundo Menezes Leitão, naquele mesmo artigo aqui já mencionado, essa foi a teoria albergada pela novel codificação brasileira, consoante se observa a seguir (p. 28):

4. Posição adotada.

Entendemos, portanto, que a cláusula do enriquecimento sem causa, constante do art. 884 do Código Civil brasileiro, ao referir que aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários, apresenta-se como demasiado genérica, não permitindo o tratamento dogmático unitário do enriquecimento sem causa uma adequada subsunção aos casos concretos. Haverá de estabelecer uma tipologia de categorias que efetue, pela integração do caso em uma delas, a referida subsunção. Defendemos, por isso, a doutrina da divisão do instituto. Por esse motivo, distinguimos no âmbito do enriquecimento sem causa as seguintes situações: o enriquecimento por prestação; o enriquecimento por intervenção; o enriquecimento por despesas realizadas em benefício do outrem; e o enriquecimento por desconsideração de um patrimônio intermédio.

Quanto ao enriquecimento por prestação, que aqui nos interessa em particular, esclarece (p. 28):

4.1. Enriquecimento por prestação.

O enriquecimento por prestação respeita as situações em que alguém efetua uma prestação a outrem, mas se verifica uma ausência de causa jurídica para que possa ocorrer, por parte desse, a recepção dessa prestação. Nessa categoria, o requisito fundamental do enriquecimento sem causa é a realização de uma prestação, que se deve entender como uma atribuição finalisticamente orientada, sendo, por isso, referida a uma determinada causa jurídica, ou na definição corrente na doutrina alemã dominante como o incremento consciente e finalisticamente orientado de um patrimônio alheio.

Verifica-se, nesta sede, uma situação de enriquecimento sem causa se ocorre a ausência de causa jurídica para a recepção da prestação que foi realizada. A ausência de causa jurídica deve ser definida em sentido subjetivo, como a não-obtenção do fim visado com a prestação. Haverá, assim, lugar à restituição da prestação, quando for realizada com vista à obtenção de determinado fim, e tal fim não vier a ser obtido.

Apesar da reconhecida dificuldade para uma definição unívoca do termo, a versão do enriquecimento sem causa, pelo menos para o introdutor do instituto no CC/2002, referendada pela doutrina do Prof. Menezes Leitão, teve preponderante influência do conceito mais amplo, ligado à corrente mais moderna, baseada na

doutrina da divisão do instituto em categorias autônomas e distintas entre si, especialmente mediante a adoção de preceito genérico apto a contemplar as hipóteses não previstas especificamente no ordenamento jurídico, mas que nem por isso deixam de ostentar a natureza de locupletamento.

Por fim, quanto a esse tópico, uma última palavra a respeito da subsidiariedade decorrente do art. 886.

Para tanto, recorro novamente aos ensinamentos do Prof. Agostinho Alvim, vertidos no retrocitado artigo, como dito, datado dos idos da década de 50:

Nós entendemos que a ação tem caráter subsidiário, pois que o tem o próprio enriquecimento, como fonte de obrigação.

Basta atentar que, se a lei justifica certo enriquecimento, não haverá ação nenhuma.

E se, pelo contrário, repudia, a ação terá que ser aquela que no caso couber, como, *verbi gratia*, se o possuidor, ainda que de má-fé, tendo entregue o imóvel, quiser haver o que dispendeu com benfeitorias necessárias.

Em qualquer das duas hipóteses, não há um caso típico de enriquecimento, que interessa à teoria.

Quanto a lei não cogita do caso, nem de um modo nem de outro, e a figura do enriquecimento, por isso mesmo com caráter subsidiário.

Isto não que dizer que se alguém, dispondo de outra ação propuser a de enriquecimento, deva ser repellido.

No exemplo do possuidor, que acabamos de figurar, ele encontra na lei a condenação do enriquecimento, por isso injusto.

Mas se ele, abandonando a ação do Direito comum, propusesse a subsidiária, tomando sobre si o ônus de provar os seus requisitos, inclusive o injustificado do enriquecimento, não deveria ser repellido, só por isso.

Desse modo, ainda que considerado o caráter subsidiário da ação de enriquecimento sem causa, deve ser respeitada a opção do demandante por esse caminho processual, para o qual deverá arcar com o ônus da prova dos seus requisitos (i – existência de um enriquecimento; ii – obtenção desse enriquecimento à custa de outrem; iii – ausência de causa justificadora para o enriquecimento).

Sob esse prisma, nota-se que o exame de pretensões fundadas no enriquecimento sem causa não é novidade no âmbito desta Segunda Seção, consoante se constata dos seguintes precedentes que adiante colaciono, proferidos em âmbito de recurso especial repetitivo, nos quais a relação jurídica base estabelecida entre as partes também possuía natureza contratual e a demanda visava exatamente a declaração de nulidade de cláusula tida por abusiva, casos em que também foi aplicado o prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3.º, IV, do CC/2002:

Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Direito civil. Financiamento de plantas comunitárias de telefonia (PCTS). Ação de ressarcimento dos valores pagos. Prescrição.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: A pretensão de ressarcimento do valor pago pelo custeio de Plantas Comunitárias de Telefonia (PCTs), não existindo previsão contratual de reembolso pecuniário ou por ações da companhia, submete-se ao prazo de prescrição de 20 (vinte) anos, na vigência do Código Civil de 1916 (art. 177), e de 3 (três) anos, na vigência do CC/2002, por se tratar de demanda fundada em enriquecimento sem causa (art. 206, § 3.º, inc. IV), observada a fórmula de transição prevista no art. 2.028 do mesmo diploma legal.

2. No caso concreto, o pagamento que se alega indevido ocorreu em novembro de 1996, data a partir da qual se iniciou o prazo prescricional, que se encerrou em janeiro de 2006 (três anos, a contar da vigência do novo Código). O autor ajuizou a ação em fevereiro de 2009, portanto sua pretensão está alcançada pela prescrição.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1.220.934/RS, 2.ª Sec., rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* de 12.06.2013).

Financiamento de rede de eletrificação rural. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Custeio de obra de extensão de rede elétrica pelo consumidor. Ação de restituição dos valores aportados. Prescrição.

Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1. Nas ações em que se pleiteia o ressarcimento dos valores pagos a título de participação financeira do consumidor no custeio de construção de rede elétrica, a prescrição deve ser analisada, separadamente, a partir de duas situações: (i) pedido relativo a valores cujo ressarcimento estava previsto em instrumento contratual e que ocorreria após o transcurso de certo prazo a contar do término da obra (pacto geralmente denominado de “convênio de devolução”);

(ii) pedido relativo a valores para cujo ressarcimento não havia previsão contratual (pactuação prevista em instrumento, em regra, nominado de “termo de contribuição”).

1.2.) No primeiro caso (i), “prescreve em 20 (vinte) anos, na vigência do CC/1916, e em 5 (cinco) anos, na vigência do CC/2002, a pretensão de cobrança dos valores aportados para a construção de rede de eletrificação rural, [...] respeitada a regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/2002” (REsp 1.063.661/RS, 2.ª Sec., j. 24.02.2010);

1.3.) No segundo caso (ii), a pretensão prescreve em 20 (vinte) anos, na vigência do CC/1916, e em 3 (três) anos, na vigência do CC/2002, por se tratar de demanda fundada em enriquecimento sem causa (art. 206, § 3.º, inc. IV), observada, igualmente, a regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/2002.

2. No caso concreto, para o pedido de ressarcimento dos valores previstos no convênio de devolução, o prazo prescricional findaria em 11 de janeiro de 2008 (cinco anos, a contar da vigência do novo Código). Por outro lado, para o pedido de ressarcimento dos valores previstos no termo de contribuição, o prazo prescricional findaria em 11 de janeiro de 2006 (três anos, a contar da vigência do novo

Código). Tendo o autor ajuizado a ação em 15 de janeiro de 2009, a totalidade de sua pretensão está alcançada pela prescrição.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 1.249.321/RS, 2.^a Sec., rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 16.04.2013).

Com essas considerações, mais aprofundadas, pelo menos do ponto de vista teórico, aproveito para reiterar a minha opção pela doutrina mais ampla do conceito de causa (teoria da divisão do instituto), e reconhecer, com isso, o interesse para o ajuizamento de demanda fundada no enriquecimento sem causa (lícita; enriquecimento por prestação), ainda que entre as partes tenha havido acordo de vontades anterior (causa negocial).

Por conseguinte, pretensões dessa natureza (assim como todas aquelas decorrentes de atos unilaterais: promessa de recompensa, arts. 854 e ss.; gestão de negócios, arts. 861 e ss.; pagamento indevido, arts. 876 e ss.; e o próprio enriquecimento sem causa, art. 884 e ss.) devem se sujeitar ao prazo prescricional trienal, conforme art. 206, § 3.^o, IV, do CC/2002.

Acrescento apenas, na jurisprudência desta Corte, precedente da Terceira Turma, relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no âmbito do Direito do Consumidor, acerca de pedido de repetição do indébito formulado por consumidor alegando a cobrança indevida de valores por fornecedor, posicionando-se nessa mesma linha:

Consumidor e processual. Ação de repetição de indébito. Cobrança indevida de valores. Incidência das normas relativas à prescrição inculpidas no código civil. Prazo especial. Prescrição trienal. Pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa.

1. O diploma civil brasileiro divide os prazos prescricionais em duas espécies. O prazo geral decenal, previsto no art. 205, destina-se às ações de caráter ordinário, quando a lei não houver fixado prazo menor. Os prazos especiais, por sua vez, dirigem-se a direitos expressamente mencionados, podendo ser anuais, bienais, trienais, quadrienais e quinquenais, conforme as disposições contidas nos parágrafos do art. 206.

2. A discussão acerca da cobrança de valores indevidos por parte do fornecedor se insere no âmbito de aplicação do art. 206, §3.^o, IV, que prevê a prescrição trienal para a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa. Havendo regra específica, não há que se falar na aplicação do prazo geral decenal previsto do art. 205 do CDC. Precedente.

3. A incidência da regra de prescrição prevista no art. 27 do CDC tem como requisito essencial a formulação de pedido de reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço, o que não ocorreu na espécie.

4. O pedido de repetição de cobrança excessiva que teve início ainda sob a égide do CC/16 exige um exame de direito intertemporal, a fim de aferir a incidência ou não da regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/02.

5. De acordo com esse dispositivo, dois requisitos cumulativos devem estar presentes para viabilizar a incidência do prazo prescricional do CC/16: i) o prazo

da lei anterior deve ter sido reduzido pelo CC/02; e ii) mais da metade do prazo estabelecido na lei revogada já deveria ter transcorrido no momento em que o CC/02 entrou em vigor, em 11 de janeiro de 2003.

6. Considerando que não houve impugnação do dies a quo do prazo prescricional definido pelo Tribunal de Origem – data da colação de grau do recorrente, momento no qual ocorreu o término da prestação de service educacional –, e que, na espécie, quando o CC/02 entrou em vigor não havia transcorrido mais da metade do prazo prescricional previsto na lei antiga, incide o prazo prescricional trienal do CC/02, motivo pelo qual o acórdão recorrido não merece reforma. 7. Recurso especial não provido.

(REsp 1.238.737/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, 2.^a T., j. 08.11.2011, DJe 17.11.2011)

O presente caso é semelhante aos precedentes aludidos, pois a pretensão central da parte demandante é o ressarcimento das parcelas relativas à comissão de corretagem e ao serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), que teriam sido pagas indevidamente por serem abusivas as cláusulas que atribuíram esse encargo aos consumidores. Ou seja, a alegação é a ocorrência de enriquecimento sem causa como premissa fundamental da pretensão central de repetição do indébito.

Especificamente em relação ao prazo trienal, relembro a orientação firmada pela Turma de Uniformização do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que se firmou no seguinte sentido (AC 879.851):

Uniformiza-se o entendimento de que o prazo prescricional, nas ações que tenham por fundamento o enriquecimento sem causa, com pedido de devolução de taxa de corretagem é de 3 (três) anos.

Enfim, mostra-se bastante razoável a alegação de incidência da prescrição trienal aos pedidos de repetição do indébito referentes aos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), com fundamento no art. 206, § 3.º, IV, do CC.

Sugere-se, por isso, que seja fixada a seguinte tese:

Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (art. 206, § 3.º, IV, CC).

1.2. Caso concreto.

Estabelecida a primeira tese, passa-se ao exame do caso.

Conforme o relato feito na petição inicial, o contrato foi celebrado em 20 de setembro de 2009, enquanto a presente demanda apenas foi proposta em 16 de outubro de 2012.

Portanto, a pretensão da parte demandante já estava encoberta pelo manto da prescrição trienal, quando da propositura da demanda.

Destarte, merece provimento o recurso especial para se decretar a extinção do processo, com resolução de mérito, em face do reconhecimento do implemento da prescrição trienal (art. 485, II, do CPC/2015).

Com isso, fica prejudicado o exame da segunda questão afetada, que será objeto de análise em outro recurso especial afetado a esta Segunda Seção.

Ante o exposto, voto no seguinte sentido:

(i) fixar a seguinte tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015:

Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (art. 206, § 3.º, IV, CC).

(ii) dar provimento ao recurso especial, decretando a extinção do processo com o reconhecimento do implemento da prescrição trienal.

Custas e honorários advocatícios pela parte demandante, arbitrando-se os honorários em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

É o voto.

VOTO – Min. Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, quanto à prescrição trienal, eu gostaria de acompanhar o voto do Ministro Relator com a ressalva do meu ponto de vista já enfatizado em longo voto que ficou vencido no precedente citado.

Portanto, acolho a prescrição trienal em face do recentíssimo precedente da Seção.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 2.ª Sec.; número do registro: 2015/0216171-0; processo eletrônico; REsp 1.551.956/SP; números origem: 00377442220128260224, 00507552920128260577, 01907347920128260100, 507552920128260577; pauta: 24.08.2016; julgado: 24.08.2016; relator: Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Raul Araújo; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Maurício Vieira Bracks; Secretária: Bela. Ana Elisa de Almeida Kirjner.

AUTUAÇÃO – Recorrente: Gafisa S/A – Advogados: Renato Napolitano Neto e outros, Humberto Gordilho dos Santos Neto e outros, Daniel Russo Checchinato e outros – Recorrido: Imara Assaf Andere – Advogado: Fernando Cesar Hannel e outros – Interessado: Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINCA – “Amicus Curiae” – Advogados: Flávio Luiz Yarshell e outros, Elizandra Mendes de Camargo da Ana – Interessado: Defensoria Pública da União – “Amicus Curiae” – Interessado: União – “Amicus Curiae” – Interessado: Conselho Federal de Corretores de Imóveis – COFECI – “Amicus Curiae” – Advogado: Marli Aparecida Sampaio – Interessado: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – “Amicus Curiae” – Advogados: Andrea Lazzarini Salazar e outros, Mariana Ferreira Alves, Cláudia de Moraes Pontes Almeida e outros – Interessado: Instituto Potiguar de Defesa dos Consumidores – IPDCON – “Amicus Curiae” – Advoga-

dos: Islaynne Grayce de Oliveira Barreto, Everton Medeiros Dantas – Interessado: Sindicato da Industria da Construcao Civil do Estado do Rio Grande do Norte – “Amicus Curiae” – Advogados: Frederico Araújo Seabra de Moura e outros, Gabrielle Trindade Moreira de Azevedo – Interessado: Sindicato das Empresas de Compra Venda Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo – “Amicus Curiae” – Advogado: Luiz Rodrigues Wambier e outros – Interessado: Associação Cidade Verde – ACV – “Amicus Curiae” – Advogado: Gabriel de Moraes Correia Tomasete – Interessado: Camara Brasileira da Industria da Construcao – “Amicus Curiae” – Advogado: Maria Luisa Barbosa Pestana Guimarães e outros – Interessado: Sindicato da Indústria da Construção Civil da Grande Florianópolis – SINDUSCON – FPOLIS – “Amicus Curiae” – Advogado: Diogo Bonelli Paulo e outros.

Assunto: Direito do Consumidor – Responsabilidade do Fornecedor – Indenização por Dano Material.

SUSTENTAÇÃO ORAL – Sustentaram oralmente o Dr. Carlos Mário da Silva Velloso Filho, pela Recorrente Gafisa S/A, e o Dr. Fernando Cesar Hannel, pela Recorrida Imara Assaf Andere.

CERTIDÃO – Certifico que a egrégia 2.^a Sec., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, no caso concreto, deu provimento ao recurso especial para decretar a extinção do processo, com resolução do mérito, em face do reconhecimento do implemento da prescrição trienal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do art. 1.040 do NCPC foi fixada a seguinte tese: “Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (art. 206, § 3.º, IV, CC)”.

Os Srs. Min. Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

STJ – *REsp 1.551.968/SP* – 2.ª Seção – j. 24.08.2016 – v.u.
– rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – *DJe 06.09.2016* –
Área do Direito: Civil.

INDENIZAÇÃO – Corretagem – Incorporação imobiliária – Danos material e moral – Atraso da obra por período curto, caracterizando mero inadimplemento – Lucros cessantes encontram óbice na Súmula 7 do STJ – Verba indevida.

Jurisprudência em sentido contrário

- *RT 770/236* (JRP\1999\2055).

Veja também Jurisprudência

- *RT 847/198* (JRP\2006\884).

Veja também Doutrina

- O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor, de Melhim Namem Chalhub – *RDI 50/92-135* – *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor 4/1245-1296* – *Doutrinas Essenciais de Direito Registral 4/543-594* (DTR\2001\45).

REsp 1.551.968 – SP (2015/0216178-3).

Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

Recorrente: PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações – advogados: Marcelo Alexandre Lopes e outros, Murilo Macimo Rodrigues e outros; Francisco Paulo de Crescenzo Marino e outros; Jozi Uehbe e outros, Vanessa Alves da Silva, José Roberto De Castro Neves e outros.

Recorrentes: Adriana Carneiro, Mauricio Gabai Tanurcov – advogados: Vanessa Baggio Lopes de Souza e outros.

Recorrido: os mesmos.

Interessados: Defensoria Pública Da União – “Amicus Curiae” – Advogado: Defensoria Pública da União; Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – Abrainc – “Amicus Curiae” – advogados: Flávio Luiz Yarshell e outros, Elizandra Mendes de Camargo da Ana e outros; Instituto Potiguar de Defesa dos Consumidores – Ipdcon – “Amicus Curiae” – advogados: Islaynne Grayce de Oliveira Barreto e outros, Everton Medeiros Dantas e outros; Sindicato da

Indústria da Construção Civil da Grande Florianópolis – Sinduscon – FPOLIS – “Amicus Curiae” – advogados: Diogo Bonelli Paulo e outros, Marcus Vinícius Motter Borges e outros; Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo – “Amicus Curiae” – advogados: Jose Carlos Baptista Puoli e outros; Fazenda Nacional – “Amicus Curiae” – advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

*Ementa:*¹⁻² Recursos especiais repetitivos. Civil e processual civil. Admissibilidade pelo CPC/1973. Enunciado administrativo 2/STJ. Processamento pelo CPC/2015. Corretagem. Incorporação imobiliária. Rito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015.

I – Recurso especial da incorporadora. Legitimidade passiva ad causam. Teoria da asserção. Prescrição e caso fortuito. Alegação genérica. Óbice da Súmula 284/STF.

II – Recurso especial adesivo dos consumidores. Inocorrência de dano moral. Atraso da obra. Curto período. Mero inadimplemento. Indenização por lucros cessantes. Óbice da Súmula 7/STF. Repetição em dobro. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ.

III – Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015:

3.1. Legitimidade passiva ‘ad causam’ da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder a demanda em que é pleiteada pelo promitente-comprador a restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, alegando-se prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor.

IV. Recurso especial da incorporadora:

4.1. Aplicação da tese ao caso concreto, rejeitando-se a preliminar de ilegitimidade passiva.

4.2. Incidência do óbice da Súmula 284/STF no que tange às alegações de prescrição e de caso fortuito, tendo em vista o caráter genérico das razões recursais.

V. Recurso especial adesivo dos consumidores:

5.1. Inocorrência de abalo moral indenizável pelo atraso de alguns meses na conclusão da obra, em razão das circunstâncias do caso concreto.

1. Nota do Editorial: O inteiro teor deste acórdão está disponível no site do Tribunal [www.stj.jus.br], para os assinantes do RT Online [www.revistadotribunais.com.br], e na versão eletrônica disponível em Thomson Reuters ProView.
2. Nota do Editorial: O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

5.2. *Incidência do óbice da Súmula 7/STJ, no que tange à pretensão de condenação da incorporadora ao pagamento de indenização por lucros cessantes durante o curto período do atraso na entrega da obra.*

5.3. *Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo (Súmula 211/STJ).*

5.4. *Ausência de prequestionamento da questão referente à repetição em dobro dos valores da comissão de corretagem e do serviço de assessoria imobiliária.*

VI – *Recursos especiais desprovidos.*

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2.^a Sec. do STJ, No caso concreto, por unanimidade, negar provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do art. 1.040 do NCPC foi fixada a seguinte tese: “Legitimidade passiva “ad causam” da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder a demanda em que é pleiteada pelo promitente-comprador a restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, alegando-se prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor”. Os Srs. Min. Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencido, apenas quanto à tese repetitiva, o Sr. Min. Luis Felipe Salomão.

Sustentou oralmente o Dr. José Roberto de Castro Neves, pela Recorrente PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações.

Brasília, 24 de agosto de 2016. (data de julgamento). Min. Paulo de Tarso Sanseverino, relator.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 2.^a Sec.; número do registro: 2015/0216178-3; processo eletrônico; REsp 1.551.968/SP; números de origem: 00377442220128260224, 00507552920128260577, 01907347920128260100, 1907347920128260100; pauta: 22/06/2016; julgado: 22/06/2016; relator: Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Raul Araújo; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Pedro Henrique Távora Niess; Secretária: Bela. Ana Elisa de Almeida Kirjner.

AUTUAÇÃO – Recorrente: PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações – Advogados: Marcelo Alexandre Lopes e outros, Murilo Macimo Rodrigues e outros, Francisco Paulo de Crescenzo Marino e outros, Jozi Uehbe e outros, Vanessa Alves da Silva, José Roberto de Castro Neves e outros – Recorrentes: Adriana Carneiro, Mauricio Gabai Tanurcov – Advogado: Vanessa Baggio Lopes de Souza e outros – Recorrido: Os mesmos – Interessado: Defensoria Pública da União –

“Amicus Curiae” – Advogado: Defensoria Pública da União – Interessado: Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINCO – “Amicus Curiae” – Advogados: Flávio Luiz Yarshell e outros, Elizandra Mendes de Camargo da Ana e outros – Interessado: Instituto Potiguar de Defesa dos Consumidores – IPDCON – “Amicus Curiae” – Advogados: Islayne Grayce de Oliveira Barreto e outros, Everton Medeiros Dantas e outros – Interessado: Sindicato da Indústria da Construção Civil da Grande Florianópolis – SINDUSCON – FPOLIS – “Amicus Curiae” – Advogados: Diogo Bonelli Paulo e outros, Marcus Vinícius Motter Borges e outros – Interessado: Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo – “Amicus Curiae” – Advogado: Jose Carlos Baptista Puoli e outros – Interessado: Fazenda Nacional – “Amicus Curiae” – Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

CERTIDÃO – Certifico que a egrégia 2.^a Sec., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado o julgamento conforme despacho proferido pelo Sr. Ministro Relator, com previsão de inclusão na pauta da sessão de 10.08.2016.

RELATÓRIO – *O Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino* (relator): Trata-se de dois recursos especiais, um interposto por PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações e outro por Adriana Carneiro e outro, este na modalidade adesiva, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Ilegitimidade de parte. Passiva. Inocorrência. Pleito indenizatório. Demandada que ostenta legitimidade para figurar no pólo passivo, uma vez que faz parte do mesmo grupo econômico, de modo que responde pelos negócios jurídicos celebrados a partir da compra e venda. Parte legítima para figurar no pólo passivo da ação. Pretensão bem afastada no julgado. Sentença reformada. Recursos parcialmente providos.

Compromisso de compra e venda. Imóvel. Atraso na entrega das obras após encerrado o prazo suplementar de 180 dias. Apontada justificativa oriunda de caso fortuito que não se observou. Atraso comprovado. Autores, contudo, que se encontravam adimplentes apenas em relação as prestações que antecediam a entrega das chaves. Possibilidade de indenização por dano material correspondente ao valor locatício mensal pelo período de atraso, a considerar a cláusula de tolerância de 180 dias, válida e que não traduz abusividade. Valor mensal de referência usualmente fixado em 0,5% sobre o valor de mercado do imóvel. Quantia que incide desde a data em que findo o prazo de tolerância estipulado no contrato até a expedição do habite-se. Despesas condominiais, outrossim, que são efetivamente devidas a partir da instituição do condomínio, ainda que não recebidas as chaves. Descabimento da pretensão atinente à devolução da comissão de corretagem. Taxa sati, porém, comporta devolução, restando afastada a apontada prescrição. Lucros cessantes, por sua vez, não observados. Ausência, ainda, de abusividade no tocante a correção das parcelas que antecederam ao recebimento das chaves, sendo inviável o pretendido congelamento do saldo devedor. Dano moral, outrossim,

bem afastado. Sucumbência recíproca reconhecida. Sentença reformada. Recursos parcialmente providos. (fls. s.)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 473/480).

Em suas razões, PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações alega violação dos arts. 206, § 3.º, inc. IV, 393, 722, 724 e 725 do CC, bem como ao art. 267, inc. VI, 306, § 3.º, 334, inc. I, do CPC, sob os argumentos de: (a) ilegitimidade passiva ad causam para responder pela devolução da comissão de corretagem e da taxa de assessoria imobiliária; (b) prescrição; (c) descabimento da multa contratual, uma vez que o atraso na obra teria decorrido de caso fortuito.

Sem contrarrazões.

Por sua vez, Adriana Carneiro e outro sustentam violação aos arts. 187 e 402 do CC/2002, bem como art. 42, p. u., do CDC, sob os argumentos de: (a) ocorrência de abalo moral indenizável; (b) cabimento de indenização por lucros cessantes; (c) cabimento da repetição em dobro dos valores correspondentes à comissão de corretagem e ao serviço de assessoria imobiliária – SATI. Aduz, também, divergência jurisprudencial.

Contrarrazões às fls..

Os recursos especiais foram admitidos pelo Tribunal de origem como representativos da controvérsia (RRC), e encaminhados a esta Corte Superior, tendo sido distribuídos, inicialmente, à relatoria do Min. João Otávio Noronha, que determinou a redistribuição à minha relatoria, tendo em vista a conexão com o REsp 1.551.951/SP, também representativo da mesma controvérsia.

Por meio da decisão de fl., determinei a afetação do presente recurso ao rito do art. 543-C do CPC/1973, em conjunto com o REsp 1.551.951/SP, para a consolidação do entendimento desta Corte acerca da legitimidade passiva da incorporadora (promitente vendedora) para responder pela restituição da comissão de corretagem e da taxa de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), sob o fundamento de abusividade da transferência desses encargos ao consumidor.

Não foi admitido o ingresso de *amicus curiae* neste procedimento recursal, uma vez que a questão afetada é idêntica à do REsp 1.551.951/SP, no curso do qual houve participação diversos *amici curiae*.

Contudo, a título de memorial, admitiu-se a juntada de manifestações escritas apresentadas por Sindicato da Indústria da Construção Civil da Grande Florianópolis – SINDUSCON/FPOLIS (Fls.), Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas do Estado de São Paulo – SINDUSCON/SP (fls.).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu parecer sintetizado nos termos da seguinte ementa:

– Recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do CPC (correspondente ao art. 1.036, do NCPC), e da Res. STJ 8/2008.

– Tese sugerida para os efeitos do art. 543-C, do CPC (correspondente ao art. 1.036, do NCPD): a empresa incorporadora, por integrar a mesma cadeia produtiva responsável pela colocação do imóvel no mercado de consumo, é responsável passiva e solidariamente pela devolução da comissão de corretagem e da taxa de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), sob o fundamento da abusividade da transferência desses encargos ao consumidor.

– Acerca do caso concreto:

– Recurso especial interposto por PDG Realty S.A. Empreendimentos e Participações, fundado na alínea “a” do permissivo constitucional, que aponta violação aos arts. 267, inc. VI, do CPC; 206, § 3.º, inc. IV, 393 e 722, todos do CC/2002.

– Verificar a ocorrência de caso fortuito ou força maior como motivos justificadores do inadimplemento contratual pressupõe o revolvimento do substrato fático-probatório dos autos, providência, todavia, incompatível com a via especial, a teor da Súmula 7/STJ.

– O v. acórdão recorrido consignou que a Recorrente faz parte do mesmo grupo econômico ao qual pertence a construtora, razão pela qual é responsável passiva e solidariamente pela devolução da comissão de corretagem e da taxa de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI).

– Ausente disposição específica do prazo prescricional da ação em que se discute o pagamento indevido da comissão de corretagem e da taxa SATI tanto no CDC quanto no CC/2002, deve-se aplicar o prazo geral decenal, previsto no art. 205, do CC/2002.

– A cobrança da taxa de assessoria técnico-imobiliária, além de caracterizar a transferência de uma despesa que deve ser suportada exclusivamente pela fornecedora do produto ou serviço, representa indiscutível desvantagem entre as partes (art. 51, incs. I e IV, do CDC), uma vez que a função do profissional que presta aquela consultoria não é outra senão dar a aparência de legalidade às cláusulas e práticas impostas para a consecução do negócio.

Ademais, condicionar a concretização do negócio principal ao pagamento da taxa SATI, muitas vezes por meio de adesão do consumidor a contrato específico para tal desiderato, caracteriza a denominada “venda casada”, expressamente proibida pelo art. 39, inc. I, do CDC.

– Recurso especial (adesivo) interposto por Adriana Carneiro e Mauricio Gabai Tanurcov, fundado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, que aponta violação aos arts. 187 e 402, ambos do CC/2002, e 42, parágrafo único, do CDC, além de dissídio jurisprudencial.

– A análise da suposta ofensa ao art. 187, do CC/2002, está ligada ao reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se admite na via especial, a teor da Súmula 7/STJ.

– Além de o referido óbice sumular ser igualmente aplicável ao apelo nobre com esteio na alínea “c” do permissivo constitucional, verifica-se, também, que o

alegado dissídio jurisprudencial não se encontra demonstrado nos moldes exigidos pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC (correspondente ao art. 1.029, § 1.º, do NCPC), e 255, § 2.º, do RISTJ.

– De acordo com a jurisprudência do STJ, a ausência de entrega do imóvel na data acordada no contrato firmado entre as partes acarreta o pagamento de indenização por lucros cessantes, tendo em vista a impossibilidade de fruição do imóvel durante o tempo da mora.

– É nula, porque manifestamente abusiva, a cláusula prevista em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel que transfere ao promitente comprador a responsabilidade pelo pagamento tanto da comissão de corretagem quanto da taxa SATI, e, bem assim, é nulo eventual contrato de adesão, acessório àquele, que atribua ao consumidor a obrigação de arcar com tais pagamentos.

– “A aplicação do art. 42, parágrafo único, do CDC somente é justificável quando ficarem configuradas tanto a cobrança indevida quanto a má-fé do credor fornecedor do serviço.” (AgRg no REsp 1.200.821/RJ).

– Parecer pelo conhecimento parcial do recurso especial interposto por PDG Realty S.A. Empreendimentos e Participações, e, nesta parte, pelo seu não provimento, e pelo conhecimento parcial do recurso especial interposto por Adriana Carneiro e Mauricio Gabai Tanurcov, e, nesta parte, pelo seu parcial provimento. (fls., sem grifos no original)

No dia 09.05.2016, foi realizada audiência pública sobre o tema da presente afetação, tendo comparecido quatorze (14) oradores, além do Ministério Público Federal, que expuseram seus posicionamentos, conforme registrado no apenso n. 1 destes autos.

O Ministério Público Federal, em alegações finais, reiterou o entendimento apresentado no parecer de fls..

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino* (relator): Eminentes colegas. O presente processo, submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos, envolve questão de extrema relevância jurídica, social e econômica, que tem sido objeto de milhares de demandas no Poder Judiciário brasileiro.

Início analisando a questão afetada ao rito do art. 543-C do CPC (atuais arts. 1.036 ss. do CPC/2015), relativa à legitimidade passiva da incorporadora (promitente vendedora) para responder pela restituição da comissão de corretagem e da taxa de serviço de assessorial técnico-imobiliária (SATI), sob o fundamento de abusividade da transferência desses encargos ao consumidor.

Essa controvérsia diz respeito a uma das condições da ação, que se inserem na categoria dos pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional.

Forte corrente da doutrina processual brasileira sustenta que as condições da ação devem ser aferidas em abstrato, com base nas alegações deduzidas pelo autor

(*in statu assertionis*) na petição inicial, eventualmente acompanhada de documentos, aplicando-se a chamada teoria da asserção ou da prospecção (*prospettazione*, na Itália).

Essa teoria é esposada, no Brasil, por doutrinadores como Alexandre Freitas Câmara, Kasuo Watanabe e José Carlos Barbosa Moreira.

Por todos, basta transcrever a lição de Barbosa Moreira:

É conquista irreversível da moderna ciência do processo a distinção entre o mérito da causa e as chamadas ‘condições da ação’ (*rectius*: condições do legítimo exercício do direito de ação).

No estágio atual da evolução científica, pode reputar-se descabida qualquer confusão entre juízo de mérito – no qual se declara fundada ou infundada a pretensão do autor, procedente ou improcedente o pedido –, e o juízo preliminar, em que se apura a concorrência daquelas condições, entre as quais se inclui a *legitimatío ad causam*.

Uma coisa é saber se o autor tem ou não tem, na verdade, o direito que postula; outra, bem diversa, é saber se ele está ou não habilitado a postulá-lo, a obter sobre a matéria o pronunciamento do órgão judicial, em sentido favorável ou desfavorável ao que pretende.

Tal diferenciação não é apenas de ordem doutrinária: consagra-a – e é o que mais importa – o nosso direito positivo. Basta lançar os olhos ao art. 267, VI, do CPC [vide art. 485, VI, do CPC/2015], segundo o qual o processo se extingue, sem julgamento do mérito, ‘quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual’.

Para que o autor deva ser considerado parte legítima, não tem a menor relevância perquirir-se a efetiva existência do direito que ele alega. Nem será possível, aliás, antepor-se tal investigação ao juízo sobre a presença (ou ausência) do requisito da legitimidade, que é necessariamente, conforme se disse, preliminar. Averbear de ilegítima a parte, por inexistir o alegado direito, é inverter a ordem lógica da atividade cognitiva. A parte pode perfeitamente satisfazer a condição da *‘legitimatío ad causam’* sem que, na realidade, exista o direito, a relação jurídica material. Mais: não há lugar para a verificação dessa inexistência senão depois que se reconheceu a legitimidade da parte; só o pedido de parte legítima é que pode, eventualmente, ser repellido no mérito, isto é, julgado improcedente.

O exame da legitimidade pois – como o de qualquer das ‘condições da ação –, tem de ser feito com abstração das possibilidade que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *‘res in iudicium deducta’*. Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica *‘in statu assertionis’*, ou seja, à vista do que se afirmou. Tem ele de raciocinar como quem admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa, deixando

para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrado pela atividade instrutória.

Nada disso, aliás, representa novidade. Sob a vigência do Código anterior, e até em data mais recuada, já se sublinhava em sede doutrinária a necessidade de respeitar-se a sistemática acima descrita. Em clássica monografia, publicada pela primeira vez em 1939, prelecionava, com a clareza de sempre, Machado Guimarães: 'Deve o juiz, aceitando provisoriamente as afirmações feitas pelo autor – 'si vera sint exposita' – apreciar preliminarmente as condições da ação, julgando, na ausência de uma delas, o autor carecedor de ação; só em seguida apreciará o mérito principal – isto é, a procedência ou a improcedência da ação' (A instância e a relação processual, in Estudos de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro-S. Paulo, 1969, pág. 73).

A lição foi reiterada pelo inesquecível processualista, em trabalho referente à Carência de ação, onde recordava o ensinamento de Liebman, contido em conferência que o mestre peninsular pronunciou quando de sua estada em nosso País, 'verbis': '... todo problema, quer de interesse processual, quer de legitimação ad causam, deve ser proposto e resolvido admitindo-se, provisoriamente e em via hipotética, que as afirmações do autor sejam verdadeiras; só nesta base é que se pode discutir e resolver a questão pura da legitimação ou do interesse' (in Carência de ação, publicada conjuntamente com Limites Objetivos do Recurso de Apelação, Rio de Janeiro, 1961, pág. 19).

.....
Se quiséssemos recorrer aos subsídios da melhor doutrina estrangeira, verificaríamos sem dificuldade a perfeita coincidência das posições. Atente-se, v.g., neste passo eloquente de Ugo Rocco:

[...]. (Legitimação para agir. Indeferimento de petição inicial. in:

Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 199/201)

Em sentido oposto à teoria da asserção, outra respeitável corrente doutrinária, capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco, sustenta que as condições da ação podem ser analisadas em juízo de cognição plena, não ficando restrita às alegações deduzidas pelo autor na inicial. É a chamada teoria da apresentação ou da exposição.

Na jurisprudência desta Corte Superior, prevalece a teoria da asserção, como se verifica nos seguintes julgados:

Processual civil. Ação rescisória. Carência de ação não demonstrada.

– A ofensa à literalidade da lei confunde-se com o próprio mérito da rescisória. Havendo ofensa à literalidade da lei, o juízo é de procedência, e não de carência da ação.

– Apenas a ilegitimidade de partes, a falta de interesse processual e a impossibilidade jurídica do pedido permitem o juízo de carência da ação. Tais requisitos

devem ser constatados 'in status assertionis', isto é, segundo aquilo que foi alegado na inicial, não estando demonstrados na hipótese.

Recurso Especial não conhecido.

(REsp 818.603/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.^a T., j. 19.08.2008, *DJe* 03.09.2008).

Processual civil e tributário. Ação coletiva. Sindicato. Interesse de agir. Causa de pedir. Exigência de descrição pormenorizada da situação de todos os substituídos. Descabimento.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Coletiva proposta por sindicato em favor de servidores públicos da Universidade Federal de Pernambuco para que lhes seja reconhecido o direito à incidência de Imposto de Renda sobre verbas remuneratórias recebidas de forma acumulada por força de decisão judicial, de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que deviam ter sido pagas, e à repetição do indébito.

2. O Tribunal a quo confirmou a sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito, por entender que não ficou comprovado o interesse de agir.

3. Inicialmente, constata-se que não se configura a ofensa ao art. 535 do CPC, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

4. É clássica a concepção de que o interesse de agir é identificado pela análise do binômio necessidade-utilidade. Em outras palavras, a aludida condição da ação se faz presente quando a tutela jurisdicional se mostrar necessária à obtenção do bem da vida pretendido e o provimento postulado for efetivamente útil ao demandante, proporcionando-lhe melhora em sua situação jurídica.

5. Tem prevalecido na jurisprudência do STJ o entendimento de que a aferição das condições da ação deve ocorrer in status assertionis, ou seja, à luz das afirmações do demandante (Teoria da Asserção).

Nesse sentido: AgRg no AREsp 205.533/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.^a T., *DJe* 8.10.2012; AgRg no AREsp 53.146/SP, rel. Min. Castro Meira, 2.^a T., *DJe* 5.3.2012; REsp 1.125.128/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.^a T., *DJe* 18.9.2012.

6. Em ações coletivas, é suficiente para a caracterização do interesse de agir a descrição exemplificativa de situações litigiosas de origem comum (art. 81, III, do CDC), que precisam ser solucionadas por decisão judicial.

7. A exigência de que o autor arrole todas as ações judiciais ajuizadas pelos substituídos, nas quais teriam ocorrido em tese a tributação indevida, é incompatível com o microsistema do processo coletivo, em que prevalece a repartição da atividade cognitiva em duas fases, caracterizada pela limitação da cognição, num primeiro momento, às questões fáticas e jurídicas comuns às situações dos envolvidos. Apenas posteriormente, em caso de procedência do pedido, é que a atividade cognitiva é integrada pela identificação das posições individuais de cada um dos substituídos

(Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, Teori Albino Zavascki, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 162).

8. Portanto, é prescindível que a causa de pedir da ação coletiva propriamente dita (primeira fase cognitiva) contemple descrição pormenorizada das situações individuais de todos os servidores que supostamente foram submetidos a pagamento indevido de Imposto de Renda.

9. Recurso Especial provido.

(REsp 1.395.875/PE, rel. Min. Herman Benjamin, 2.^a T., j. 20.02.2014, DJe 07.03.2014, sem grifos no original)

Deve-se, portanto, analisar a questão relativa à legitimidade das incorporadoras com base na teoria da asserção.

Nessa linha, considerando, em tese, as alegações dos promitentes-compradores (consumidores), observa-se nesse tipo de demanda a afirmação de que o consumidor compareceu a um estande de vendas com o objetivo de comprar um imóvel, mas acabou sendo obrigado a arcar com os custos dos serviços de corretagem prestados por corretores escolhidos pela incorporadora.

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho da petição inicial dos presents autos: [...]. Foi quando compareceu em junho de 2008, no stand de vendas do “Condomínio Alpha Vita”, [...], sendo recebido pelo corretor da Empresa-ré.

O valor total do imóvel no contrato foi de R\$ 335.614,92 [...].

.....

Na ocasião da assinatura do contrato, a corretora da Empresa-ré pediu que os autores preenchessem várias cheques inominados com valores distintos, que totalizaram R\$ 19.591,40, onde a requerente entendeu se tratar do pagamento da entrada do empreendimento.

No entanto, ao receber a sua via do contrato algumas semanas depois, os autores descobriram que, na verdade, os cheques emitidos no ato da assinatura foram usados para o pagamento de uma indevida e abusiva taxa de corretagem e de SATI, conforme faz prova os documentos anexo.

A finalidade específica dos cheques era o pagamento da entrada do imóvel.

.....

Por que devemos pagar taxa de corretagem, se o Corretor trabalha para a PDG?

.....

Não somente isso, os autores dirigiram-se diretamente ao Stand de Vendas da Empresa-ré, não contratando para si serviço de corretores ou imobiliárias para intermediar a negociação que eles estavam realizando. Nunca obtiveram uma justificativa da empresa-ré sobre a indevida cobrança. (fls.)

Analisando-se essas alegações, em tese, com base na teoria da asserção, cumpre indagar se, caso sejam verdadeiras as alegações do autor, a incorporadora poderia ser condenada a ressarcir os valores pagos a título de corretagem?

À primeira vista, pode parecer que caberia ao corretor figurar no polo passivo da relação processual, pois foi quem recebeu os valores diretamente do consumidor.

Contudo, analisando-se as alegações dos consumidores, não se observa nenhuma insurgência quanto à existência de um contrato de corretagem e à necessidade de se remunerar o corretor pelos serviços prestados.

A questão suscitada pelos consumidores se limita a estabelecer quem deve assumir o encargo da restituição dessa remuneração.

Sob a ótica dos consumidores, a corretagem foi contratada pela incorporadora de modo que ela é quem deveria responder por esse encargo.

Por decorrência lógica, para que o encargo recaia sobre a incorporadora, deve-se admitir o ajuizamento da demanda contra esta, ou seja, reconhecer a legitimidade passiva *ad causam*.

Observe-se o raciocínio acima se limita à questão da legitimidade passiva, pois a análise da efetiva obrigação de ressarcir os consumidores é questão de mérito, a ser enfrentada em outra oportunidade.

De outra parte, com relação aos custos do serviço de assessorial imobiliária (SATI), os consumidores também alegam que se trata de service contratado pela incorporadora, mas com encargo transferido para consumidores.

Confira-se, a propósito, o seguinte trecho da petição inicial destes autos:

A taxa SATI (SAT, TI ou Assessoria Imobiliária) é a contratação – Pela Construtora – de serviço de assessorial técnico-imobiliária, normalmente cobrada no dia da assinatura do contrato ou quando da concessão do financiamento. Muitas vezes está camuflada com outra nomenclatura.

Tais ‘assessorias’ – bem como as ‘taxas de corretagem’ e demais serviços técnicos – devem ser pagos pela construtora que contratou os serviços, ou seja – pelo vendedor do imóvel – não devendo ser suportada pelo consumidor, muito embora seja essa a prática do mercado imobiliário, que, inobstante, se mostra totalmente ilegal. (fl.)

As alegações deduzidas pelos consumidores com relação à SATI, portanto, são semelhantes, às afirmações feitas a respeito da comissão de corretagem, devendo-se adotar, portanto, a mesma solução, admitindo-se a legitimidade passiva da incorporadora.

Propõe-se, portanto, a consolidação da tese nos seguintes termos:

Legitimidade passiva ‘*ad causam*’ da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder a demanda em que é pleiteada pelo promitente-comprador a restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, alegando-se prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor.

Não se incluiu na tese a legitimidade passiva solidária das construtoras, como sugerido pelo Ministério Público Federal, porque a afetação se limitou à responsabilidade das incorporadoras.

Ademais, nos casos em que a incorporadora contrata uma construtora autônoma (não integrante de seu grupo econômico) para executar a obra, seria questionável a legitimidade desta para responder pela restituição da comissão de corretagem, por ser fato completamente estranho ao serviço de construção civil prestado.

Também não se incluiu na tese a legitimidade passiva solidária da empresa imobiliária, do corretor ou do assessor que recebeu diretamente do consumidor os valores correspondentes à comissão de corretagem e à assessorial imobiliária.

Essa omissão atende aos limites do tema afetado, bem como às circunstâncias fáticas dos casos concretos submetidos a julgamento, pois, em nenhum dos dois recursos especiais paradigmas do tema da legitimidade, houve o ajuizamento da demanda contra a imobiliária, o corretor e/ou o assessor.

Nada, impede, contudo, que os Tribunais de origem, verificando multiplicidade de recursos sobre as questões não abordadas neste voto, encaminhem novos recursos especiais representativos da controvérsia – RRC a esta Corte Superior, ou promovam a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR.

Fixada a tese, passo à análise do caso concreto, iniciando pelo recurso especial interposto pela incorporadora, PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações.

Inicialmente, esclareça-se que houve uma sucessão empresarial entre a empresa ora recorrente a empresa que figurou no contrato como promitente vendedora, conforme constou na sentença (fl.) e no acórdão recorrido (fl.).

Desse modo, em virtude da sucessão empresarial, a ora recorrente responde por todas as obrigações da empresa sucedida, devendo ser tratada nos presentes autos como se promitente vendedora fosse.

Feito esse esclarecimento inicial, resta aplicar a tese firmada na primeira parte deste voto, rejeitando-se a preliminar de ilegitimidade passiva.

De outra parte, quanto à prescrição, observa-se que a parte recorrente, nas razões do recurso especial, limitou-se a alegar genericamente a tese de prescrição, sem ao menos apontar qual seria o prazo prescricional aplicável e qual seria o termo inicial da contagem desse prazo.

Tratando-se de alegação genérica, é de rigor a aplicação do óbice da Súmula 284/STF, abaixo transcrita:

Súmula 284/STF – É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

Relativamente à multa contratual por atraso na finalização da obra, o recurso especial também encontra óbice na Súmula 284/STF, pois a parte recorrente limitou-se a alegar genericamente a ocorrência de caso fortuito, sem ao menos especificar quais fatos, qualificados como fortuitos, teriam levado ao atraso da obra.

Esclareça-se que o juízo de admissibilidade do presente recurso é realizado com base nas normas do CPC/1973, por ser a lei processual vigente na data de

publicação do decisum ora impugnado (cf. Enunciado Administrativo 2/STJ), seguindo-se, quanto ao processamento, as regras do CPC/2015, após a data de entrada em vigor deste codex.

Desse modo, o recurso especial interposto pela incorporadora não merece ser provido.

Passo ao recurso interposto pelos consumidores, Adriana Carneiro e outro.

No que tange à indenização por danos morais, esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que o mero inadimplemento contratual não causa, por si só, abalo moral indenizável.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, específicos sobre inocorrência de abalo moral em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção, *litteris*:

Civil. Agravo regimental no recurso especial. Ação de obrigação c/c indenização por danos morais. Atraso na entrega de imóvel. Aborrecimento e dissabor. Exame das premissas fáticas do acórdão recorrido. Enunciado 7 da súmula do STJ. Não incidência. 1. O simples descumprimento contratual, por si, não é capaz de gerar danos morais, sendo necessária a existência de uma consequência fática capaz de acarretar dor e sofrimento indenizável pela sua gravidade. 2. A Corte local, para reformar a sentença e julgar procedente o pedido de indenização por danos morais, concluiu que o atraso na entrega do imóvel, de aproximadamente 9 (nove) meses, por si, frustrou a expectativa do casal de ter um lar, causando, consequentemente, transtornos por não ter domicílio próprio. Com efeito, o Tribunal de origem apenas superestimou o desconforto, o aborrecimento e a frustração da autora, sem apontar, concretamente, situação excepcional específica, desvinculada dos normais aborrecimentos do contratante que não recebe o imóvel no prazo contratual. 3. A orientação adotada na decisão agravada não esbarra no óbice contido no enunciado 7 da Súmula do STJ, tendo em vista que foram consideradas, apenas, as premissas fáticas descritas no acórdão recorrido. 4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.408.540/MA, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4.^a T., DJe 19.02.2015)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Imóvel. Compromisso de compra e venda. Entrega. Atraso. Descumprimento contratual. Dano moral. Inexistência. Precedentes. 1. Esta Corte tem firmado posicionamento de que o mero descumprimento contratual, caso em que a promitente vendedora deixa de entregar o imóvel no prazo contratual injustificadamente, embora possa ensejar reparação por danos materiais, não acarreta, por si só, danos morais. 2. Na hipótese dos autos, a construtora recorrida foi condenada ao pagamento de danos materiais e morais, sendo estes últimos fundamentados apenas na demora na entrega do imóvel, os quais não são, portanto, devidos. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 570.086/PE, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3.^a T., DJe 27.10.2015)

Excepcionalmente, em caso de atraso considerável, por culpa da incorporadora, é possível cogitar-se da ocorrência de abalo moral, tendo em vista a relevância do direito à moradia (cf. AgRg no AREsp 684.176/RJ e AgRg no AREsp 395.105/RJ, dentre outros).

No caso dos autos, porém, o atraso foi mínimo, de apenas três meses, pois o prazo para conclusão da obra se encerrara em setembro de 2011 (já computados os seis meses tolerância), e a efetiva conclusão, com a emissão do habite-se (cf. fl.), veio a ocorrer em dezembro do mesmo ano.

Não há falar, portanto, em abalo moral indenizável.

Quanto aos danos materiais, na modalidade lucros cessantes, o Tribunal origem entendeu que não estariam comprovados (cf. fl.), de modo que a inversão do julgado, quanto a esse ponto, encontra óbice na Súmula 7/STJ.

Por fim, no que tange ao pleito de repetição em dobro dos valores referentes à comissão de corretagem e ao serviço de assessoria imobiliária (SATI), cumpre observar que o tema da repetição em dobro encontra-se afetado ao rito dos recursos especiais repetitivos (cf. Tema 929, REsp 1.517.888/RN, de minha relatoria), pendente de julgamento.

Não é o caso, porém, de se aguardar o julgamento desse repetitivo porque, na hipótese dos autos, o tema carece de prequestionamento, fazendo-se incidir o óbice da Súmula 211/STJ, abaixo transcrita: Súmula 211/STJ – Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal 'a quo'. Destarte, o recurso especial dos consumidores merece ser provido tão somente quanto aos lucros cessantes.

Ante o exposto, voto no seguinte sentido:

(i) fixar a seguinte tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: Legitimidade passiva 'ad causam' da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder a demanda em que é pleiteada pelo promitente-comprador a restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, alegando-se prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor .

(ii) negar provimento aos recursos especiais.

É o voto.

VOTO-VENCIDO – O Sr. Min. Luis Felipe Salomão: Senhor Presidente, na questão da legitimidade, peço a Vossa Excelência que faça constar que fico vencido, entendendo que a questão se envolve com o mérito.

VOTO – Min. Maria Isabel Gallotti: Senhor Presidente, quanto ao julgamento do caso concreto no REsp 1.551.968/SP, observo que o acórdão recorrido não deferiu uma rubrica intitulada “lucros cessantes”, porque considerou que não estava comprovado o intuito lucrativo do imóvel, ou seja que seria o imóvel destinado a

aluguel. A fundamentação não está ideal, porque se lida apenas esta parte do acórdão, aparentemente, o autor não estaria sendo indenizado pelo período em que não pode utilizar o imóvel, após a data prevista para a entrega do bem, o que seria contrário à jurisprudência do STJ.

Pouco importa se o uso a ser dado ao imóvel seria aluguel ou residência do comprador. O fato é que ele ficou privado de fruir o bem e deve ser indenizado.

A leitura completa do acórdão permite verificar, todavia, que foi concedida uma multa compensatória de 1% (um por cento) ao mês do valor do imóvel, multa compensatória esta prevista no contrato exatamente para indenizar o prejuízo causado pela impossibilidade de uso do imóvel se não fosse entregue na data apazada.

O acórdão diz o seguinte:

“Assim, como decorrência do atraso da obra, de rigor a fixação de indenização por danos materiais decorrentes da incontroversa privação da utilização do bem pelos autores. Restando pactuado entre as partes que, ultrapassado o prazo complementar estabelecido no subitem VI, fica estabelecida a multa de 1% (um por cento) ao mês sobre o valor do bem à importância paga pela ré a título de compensação pelo atraso, de rigor a sua aplicação. Daí os autores fazem jus ao recebimento de alugueres indenizáveis que deve se ater ao percentual indicado, por mês, a incidir desde a data em que findo o prazo de tolerância estipulado no contrato até a data em que emitido o habite-se.”

Depois, na fl. 447, ao repelir o pedido de imposição cumulativa de outra multa, o acórdão se reporta de novo a essa cláusula contratual esclarecendo que é uma cláusula compensatória.

“Não há que se falar na pretendida aplicação da multa contractual prevista para os casos de inadimplemento dos promissários adquirentes à obrigação de pagamento. Isso porque, tendo sido observada e aplicada na hipótese a cláusula penal previamente ajustada a título de perdas e danos para o caso de descumprimento da vendedora em decorrência de atraso, certamente, a aplicação de outra...”.

Os autores postularam a aplicação da cláusula compensatória de 1% (um por cento) do valor do imóvel ao mês, o que foi atendido pelo acórdão; pediram ainda outra multa que é prevista no contrato para o caso de o comprador não pagar alguma prestação (negada), e eles ainda pediram lucros cessantes, corretamente indeferidos na origem, ao meu sentir, embora com fundamentação equivocada.

Registro que não foram comprovadas outras perdas e danos que não a mera privação do uso do imóvel. A privação do uso do imóvel, nesse caso, já está sendo indenizada pela cláusula penal compensatória de 1% (um por cento) do valor do imóvel por mês.

Não é o caso de deferir uma outra rubrica com o título de “lucros cessantes”, porque a cláusula penal compensatória, no caso, já cumpre essa função, constituindo uma prefixação contratual das perdas e danos.

Então, penso, data maxima venia, que aqui não se aplica a jurisprudência do Tribunal segundo a qual é possível a acumulação de multa moratória com perdas e danos, porque esta cláusula penal, tal como expressa no acórdão recorrido, já é compensatória.

Em face do exposto, neste caso concreto, nego provimento ao recurso especial dos autores, porque não cabe a indenização de lucros cessantes.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 2.^a Sec.; número do registro: 2015/0216178-3; processo eletrônico; REsp 1.551.968/SP; números de origem: 00377442220128260224, 00507552920128260577, 01907347920128260100, 1907347920128260100; pauta: 24.08.2016; julgado: 24.08.2016; relator: Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Raul Araújo; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Maurício Vieira Bracks; Secretária: Bela. Ana Elisa de Almeida Kirjner.

AUTUAÇÃO – Recorrente: PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações – Advogados: Marcelo Alexandre Lopes e outros, Murilo Macimo Rodrigues e outros, Francisco Paulo de Crescenzo Marino e outros, Jozi Uehbe e outros, Vanessa Alves da Silva, José Roberto de Castro Neves e outros – Recorrentes: Adriana Carneiro, Mauricio Gabai Tanurcov – Advogado: Vanessa Baggio Lopes de Souza e outros – Recorrido: Os mesmos – Interessado: Defensoria Pública da União – “Amicus Curiae” – Advogado: Defensoria Pública da União – Interessado: Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAIN – “Amicus Curiae” – Advogados: Flávio Luiz Yarshell e outros, Elizandra Mendes de Camargo da Ana e outros – Interessado: Instituto Potiguar de Defesa dos Consumidores – IPDCON – “Amicus Curiae” – Advogados: Islayne Grayce de Oliveira Barreto e outros, Everton Medeiros Dantas e outros – Interessado: Sindicato da Indústria da Construção Civil da Grande Florianópolis – SINDUSCON – FPOLIS – “Amicus Curiae” – Advogados: Diogo Bonelli Paulo e outros, Marcus Vinícius Motter Borges e outros – Interessado: Sindicato da Indústria da Construção Civil de Grandes Estruturas no Estado de São Paulo – “Amicus Curiae” – Advogado: Jose Carlos Baptista Puoli e outros – Interessado: Fazenda Nacional – “Amicus Curiae” – Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Assunto: Direito Civil – Coisas – Promessa de Compra e Venda.

SUSTENTAÇÃO ORAL – Sustentou oralmente o Dr. José Roberto de Castro Neves, pela Recorrente PDG Realty S/A Empreendimentos e Participações.

CERTIDÃO – Certifico que a egrégia 2.^a Sec., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

No caso concreto, a Seção, por unanimidade, negou provimento aos recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do art. 1.040 do NCPC foi fixada a seguinte tese: “Legitimidade passiva “ad causam” da incorporadora, na condição de promitente-vendedora, para responder a demanda em que é pleiteada pelo promitente-comprador

a restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem e de taxa de assessoria técnico-imobiliária, alegando-se prática abusiva na transferência desses encargos ao consumidor”.

Os Srs. Min. Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencido, apenas quanto à tese repetitiva, o Sr. Min. Luis Felipe Salomão.

STJ – *REsp 1.599.511/SP* – 2.ª Seção – j. 24.08.2016 – v.u.
– rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – *DJe* 06.09.2016 –
Área do Direito: Civil; Consumidor.

COMPRA E VENDA – Promessa de compra de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária – Restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula de transferência da obrigação ao consumidor – Inadmissibilidade – Abusividade da cobrança quando não informado previamente o preço total da aquisição, com o destaque do valor da comissão de corretagem – Entendimento sujeito ao rito dos recursos repetitivos.

Veja também Doutrina

- Pagamento de comissão de corretagem na compra e venda de imóvel: obrigação do fornecedor, de Héctor Valverde Santana – *RDC* 91/141-165 (DTR\2014\566).

REsp 1.599.511 – SP (2016/0129715-8).

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Recorrente: Perfil Santana Empreendimentos Imobiliários Ltda. – advogados: José Frederico Cimino Manssur e outros – Sp194746. Paula Marques Rodrigues – Sp301179, Matheus Alexandre Braz de Oliveira – Sp314393.

Recorridos: Roseli de Souza Marques Crestoni, Marco Aurelio Crestoni, Márcio Bernardes – SP242633.

*Ementa:*¹⁻² *Recurso especial repetitivo. Direito civil e do consumidor. Incorporação imobiliária. Venda de unidades autônomas em estande de vendas. Corretagem. Cláusula de transferência da obrigação ao consumidor. Validade. Preço total. Dever de informação. Serviço de assessoria técnico-imobiliária (Sati). Abusividade da cobrança.*

-
1. Nota do Editorial: O inteiro teor deste acórdão está disponível no site do Tribunal [www.stj.jus.br], para os assinantes do RT Online [www.revistadotribunais.com.br], e na versão eletrônica disponível em *Thomson Reuters ProView*.
 2. Nota do Editorial: O conteúdo normativo no inteiro teor do acórdão está disponibilizado nos exatos termos da publicação oficial no site do Tribunal.

I – Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015:

1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (Sati), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

II – Caso concreto:

2.1. Improcedência do pedido de restituição da comissão de corretagem, tendo em vista a validade da cláusula prevista no contrato acerca da transferência desse encargo ao consumidor.

Aplicação da tese 1.1.

2.2. Abusividade da cobrança por serviço de assessoria imobiliária, mantendo-se a procedência do pedido de restituição. Aplicação da tese 1.2.

III – Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO – Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2.^a Sec. do STJ, por unanimidade, no caso concreto, dar parcial provimento ao recurso especial para limitar a procedência do pedido à condenação da incorporadora a restituir os valores pagos a título de serviço de assessoria imobiliária, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do art. 1.040 do NCPC foram fixadas as seguintes teses: 1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem; 1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.” Os Srs. Min. Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Dr. Flavio Luiz Yarshell, pela Recorrente Perfil Santana Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Brasília, 24 de agosto de 2016. (data de julgamento). Min. Paulo de Tarso Sanseverino, relator.

RELATÓRIO – O Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino (relator): Trata-se de recurso especial interposto por Perfil Santana Empreendimentos Imobiliários Ltda em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

Compromisso de compra e venda – Pretensão dos apelados de verem a ré condenada na devolução em dobro dos valores desembolsados referentes à comissão de corretagem e taxa SATI – Serviços vinculados à compra e venda do imóvel sem oportunidade dos adquirentes de recusá-los ou de contratar outro prestador – Ausência de informação adequada aos consumidores – Contrato de adesão e operação casada – Caracterização – Infringência ao art. 39, I, do CDC – Devolução em dobro dos valores cobrados a maior, nos termos do art. 42 do CDC – Descabimento – Ausência de prova da má-fé na cobrança – Hipótese de devolução singela – Alegação de que seria indeterminado o pedido de repetição de indébito – Descabimento – Autores que expuseram os fatos, formularam pedido específico e instruíram a petição inicial com documentos elucidativos – Sucumbência recíproca – Recurso parcialmente provido para condenar a ré na devolução, de forma simples e não em dobro, dos valores pagos pelos autores referentes à comissão de corretagem e taxa SATI, e para repartir o ônus da sucumbência. (fl.)

Em suas razões, a recorrente alega violação dos arts. 422, 722, 723, 724 e 725 do CC, além de divergência jurisprudencial, sob os argumentos de: (a) efetiva prestação de serviço de corretagem; (b) contratação autônoma de corretagem; (c) existência de cláusula expressa atribuindo ao comprador o pagamento da comissão de corretagem; (d) violação ao *pacta sunt servanda*; (e) violação ao princípio da boa-fé objetiva; (f) eventualmente, responsabilidade subsidiária pela devolução da comissão de corretagem.

Contrarrazões às fls..

O recurso especial foi admitido pelo Tribunal de origem como representativo da controvérsia, em atendimento a despacho proferido nos autos do REsp 1.551.956/SP, por meio do qual se solicitou o encaminhamento de outros recursos representativos de uma das controvérsias descritas no tema 938, referente à validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar comissão de corretagem e taxa de assessoria técnico-imobiliária (SATI).

Não se admitiu a habilitação de amici curiae nos presentes autos, uma vez que já houve ampla participação de nos autos do primeiro recurso afetado sobre o tema, o REsp 1.551.956/SP, que também se encontra pautado.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer sintetizado nos termos da seguinte ementa:

– Recurso especial submetido ao regime dos recursos repetitivos, nos termos do art. 1.036, do NCP, e da Res. STJ 8/2008, que aponta violação aos arts. 422, 722, 723, 724 e 725, todos do CC/2002, além de dissídio jurisprudencial.

– Tese sugerida para os efeitos do art. 1.036, do NCPC: é nula, porque manifestamente abusiva, a cláusula prevista em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel que transfere ao promitente comprador a responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem e da taxa SATI, e, bem assim, é nulo eventual contrato de adesão, acessório àquele, que atribua ao consumidor a obrigação de arcar com tais pagamentos.

– Acerca do caso concreto, verifica-se que o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor específico em relação ao art. 422, do CC/2002, mesmo após o julgamento dos embargos de declaração, circunstância que impede a abertura da via especial, incidindo, no ponto, os óbices das Súmulas 211/STJ e 282/STF, esta última aplicada por analogia.

– No tocante à divergência jurisprudencial, não foram cumpridas as exigências previstas no art. 541, parágrafo único, do CPC/1973 (correspondente ao art. 1.029, § 1.º, do NCPC), e no art. 255, § 2.º, do RISTJ.

– Na parte em que a súplica especial desafia conhecimento, no mérito, revela-se abusiva a transferência do pagamento da comissão de corretagem e da taxa SATI aos promitentes compradores da unidade habitacional autônoma, pois, no caso, a aquisição do imóvel estava condicionada à aceitação de tais serviços para a efetivação do negócio, o que configura venda casada”, devendo ser reconhecida a sua nulidade, tal como procederam as instâncias ordinárias.

– Parecer pelo conhecimento parcial do presente recurso especial e, nesta parte, pelo seu não provimento. (fls. s.)

No dia 09.05.2016, foi realizada audiência pública sobre o tema da presente afetação, tendo comparecido quatorze (14) oradores, além do Ministério Público Federal, que expuseram seus posicionamentos, conforme registrado no apenso n. 2 dos autos do REsp 1.551.956/SP.

Paralelamente a este recurso, encontram-se afetados conjuntamente ao rito dos recursos especiais repetitivos os seguinte recursos especiais representativos da controvérsia: 1.599.510/SP, 1.551.956/SP, 1.599.618/SC e 1.602.800/DF.

Relativamente ao tema da presente afetação, foram juntados aos autos dos recursos especiais afetados pareceres de diversos doutrinadores.

Em favor da tese sustentada pelas incorporadoras: Araken de Assis (fls., do REsp 1.551.956/SP), Ada Pellegrini Grinover (fls., do REsp 1.551.956/SP), Humberto Theodoro Jr. (fls., do REsp 1.551.956/SP), Gustavo H. B. Franco (fls., do REsp 1.551.956/SP), Cláudia Lima Marques e Bruno N. B. Miragem (fls., do REsp 1.551.951/SP).

Em favor da tese sustentada pelos consumidores: Judith Martins-Costa e Gustavo Haical (fls., do REsp 1.551.951/SP).

É o relatório.

VOTO – *O Exmo. Sr. Min. Paulo De Tarso Sanseverino* (relator): Eminentes colegas, trago a julgamento pelo rito dos recursos especiais repetitivos questão de

extrema relevância jurídica, social e econômica, que tem sido objeto de milhares de demandas no Poder Judiciário brasileiro.

Analisarei, inicialmente, as duas teses a serem consolidadas para, em seguida, examinar especificamente o caso concreto.

1 – Teses:

A questão afetada ao rito do art. 543-C do CPC (atuais arts. 1.036 ss. do CPC/2015) no presente recurso especial diz respeito à validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar comissão de corretagem e o serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI).

Esclareço, desde logo, o desdobramento da questão afetada em duas teses distintas, sendo uma referente à comissão de corretagem e a outra ao serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), em face da natureza distinta de cada uma das parcelas.

Início pela análise da validade da cláusula de transferência do pagamento da comissão de corretagem ao promitente-comprador.

Após o exame da disciplina tradicional do contrato de corretagem no CC/2002, será analisada a sua nova feição nas vendas de imóveis em construção pelas incorporadoras em estandes situados no próprio terreno em que está sendo construído o edifício de apartamentos.

1.1. Disciplina do contrato de corretagem no Código Civil:

O contrato de corretagem foi regulado pelo CC/2002, tendo sido estabelecida pelo legislador a sua definição, litteris:

Art. 722. Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.

Em seguida, foram estatuídas regras acerca da comissão devida ao corretor eis que se trata de um contrato oneroso:

Art. 724. A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais.

Art. 725. A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes.

Relembre-se ainda o disposto no art. 3.º da Lei 6.530/78, ao regulamentar a profissão de corretor de imóveis, estatuindo o seguinte:

Art 3.º. Compete ao Corretor de Imóveis exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária.

Parágrafo único. As atribuições constantes deste artigo poderão ser exercidas, também, por pessoa jurídica inscrita nos termos desta lei.

Partindo dessas disposições legais, Araken de Assis conceitua o contrato de corretagem como o “negócio jurídico através do qual alguém se obriga a contatar possíveis interessados em contratar com outra pessoa, em geral, compra e venda” (Contratos nominados: mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte. 2ª ed. Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. Coord. por Miguel Reale e Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, 2005, p. 263).

Vale mencionar a existência de controvérsia na doutrina acerca do caráter isento ou parcial da atuação do corretor na sua atividade de intermediação.

Enquanto Pontes de Miranda afirma que o trabalho é parcial, residindo aí a diferença com a mediação, Orlando Gomes entende que o trabalho deve ser isento, orientado à concretização do negócio, sem favorecer qualquer das partes (ibid., p. 261).

A disposição do art. 723 do CC, com a redação dada pela Lei 12.236/2010, parece dar razão à afirmação de Orlando Gomes:

Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio. (Redação dada pela Lei 12.236, de 2010)

Parágrafo único. Sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência. (Incluído pela Lei 12.236, de 2010)

De todo modo, a solução da controvérsia posta no presente processo não se situa nesse ponto.

Outro tópico relevante consiste em estabelecer quem é o devedor da obrigação de pagar a comissão de corretagem?

Relembre-se que o contrato de corretagem é estabelecido entre o incumbente (ou comitente) e o corretor (ou empresa que atue no ramo de intermediação imobiliária), ao passo que o negócio jurídico principal é celebrado entre o incumbente e o terceiro interessado na realização do negócio.

Não há, portanto, relação contratual direta entre o terceiro interessado no negócio e o corretor.

Nesse sentido, confira-se a doutrina de Araken de Assis:

Os figurantes do contrato de corretagem são o incumbente e o corretor. O terceiro que o corretor põe em contato com o primeiro talvez passe a integrar, conforme o sucesso das tratativas, a relação jurídica formada por decorrência da atividade intermediadora, na qual o corretor é alheio. (Ibid., p. 274)

Desse modo, como não há relação contratual direta entre o corretor e o terceiro, quem deve arcar, em regra, com a remuneração do corretor é a pessoa com quem ele se vinculou, ou seja, o incumbente.

Trata-se de simples aplicação do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos.

Sobre esse ponto, confira-se outro trecho a obra supracitada, *litteris*: Respeitada a natureza do contrato de corretagem, que pressupõe a obrigação de o corretor obter para o incumbente determinado negócio (art. 722), desaparece toda dúvida acerca do devedor da comissão: trata-se da pessoa que contratou o corretor. Ao propósito, assentou a 1.^a T. do STF: “A comissão constitui obrigação a cargo de quem incumbe a realização da corretagem. Via de regra, a comissão do corretor é devida pelo vendedor” [STF, RE 77.800-RS, 1.^a T., rel. Min. Djaci Falcão, 26.11.1973, DJU 17.05.1974, p. 3.252].

No mesmo sentido, a 4.^a T. do STJ proclamou o seguinte: “Em princípio, quem responde pelo pagamento da comissão é aquele que contratou o corretor, ou seja, o comitente”. [STJ, REsp 188.324-BA, 4.^a T., rel. Min. Barros Monteiro, 07.03.2002, DJU 24.06.2002, p. 307].

Por óbvio, o assunto comporta cláusula de teor diferente, repartindo o valor da comissão – regra prevista, dispositivamente, no art. 64 do CCom, revogado pelo art. 2.045 do CC –, ou, então, exonerando o incumbente desta dívida. A inserção da cláusula – “*franco di mediazione*” –, no contrato, torna a corretagem gratuita. [Luigi Carraro. *La mediazone*, n. 19, p. 82]

Em caso de dissolução do contrato, a parte inocente, e que desembolsou a remuneração, reclamará ressarcimento do valor desembolsado, a título de comissão, do parceiro inadimplente.

[Carvalho Neto. *Contrato de mediação*. n. 56, p. 157]

(*Ibid.* p. 285, sem grifos no original)

Na jurisprudência dos Tribunais Superiores, segue-se de longa data esse entendimento de que a comissão é devida, em regra, pelo incumbente, conforme se verifica nos seguintes julgados desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, dois dos quais já mencionados na transcrição doutrinária acima aludida, *litteris*:

Corretagem em contrato de compra e venda civil. A comissão constitui obrigação a cargo de quem incumbe a realização da corretagem. Via de regra a comissão do corretor é devida pelo vendedor. Inaplicação do art. 64, ‘*in fine*’, do Código Comercial. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário provido. (RE 77.800, Relator(a): Min. Djaci Falcao, 1.^a T., j. 26.11.1973, DJ 17-05-1974 PP-03250 EMENT VOL-00947-02 PP-00539) Corretagem de imóvel. Contrato. Obrigação de pagar a comissão, se do adquirente ou do vendedor. Matéria de prova. – Em princípio, quem responde pelo pagamento da comissão é aquele que contratou o corretor, ou seja, o comitente. – Em sede de apelo especial não se reexamina matéria de natureza fático-probatória (Súmula 7-STJ). Recurso especial não conhecido. (REsp 188.324/BA, rel. Min. Barros Monteiro, 4.^a T., j. 07.03.2002, DJ 24.06.2002, p. 307)

Direito civil. Ação ordinária. Compra e venda de imóvel. Contrato verbal de corretagem. Comissão. Cabimento. Obrigação do comitente. Contratação do corretor pelo comprador.

1. Contrato de corretagem é aquele por meio do qual alguém se obriga a obter para outro um ou mais negócios de acordo com as instruções recebidas.

2. A obrigação de pagar a comissão de corretagem é daquele que efetivamente contrata o corretor.

3. É o comitente que busca o auxílio do corretor, visando à aproximação com outrem cuja pretensão, naquele momento, esteja em conformidade com seus interesses, seja como comprador ou como vendedor.

4. Recurso especial desprovido. (REsp 1.288.450/AM, rel. Min. João Otávio de Noronha, 3.^a T., j. 24.02.2015, *DJe* 27.02.2015)

Não há dúvida, portanto, de que cabe ao incumbente, em princípio, pagar a comissão de corretagem.

Naturalmente, como a questão situa-se no plano do Direito Privado, pode haver a transferência desse encargo, mediante cláusula expressa no contrato principal, à outra parte interessada no negócio jurídico.

O passo seguinte é identificar quem é o incumbente no contrato de compra e venda de imóvel: o comprador ou o vendedor?

Usualmente, na corretagem de imóveis, o incumbente é o vendedor por ser a pessoa que coloca no mercado um bem imóvel de sua propriedade.

Precisamente sobre esse ponto, confira-se a doutrina de Antônio C. M. Coltro, em que o autor faz referência, inclusive, a uma decisão do CRECI-SP, *litteris*:

Normalmente, quem solicita a interferência do corretor é o vendedor do imóvel e, ao fazê-lo, assume a obrigação pelo pagamento da corretagem. O Código Civil em vigor não disciplina, de forma específica, a questão, sendo possível entender, contudo e por lógica interpretação dos arts. 722 ss., caber tal incumbência àquele que tenha contratado o corretor.

Aliás e no Ementário das decisões do conselho pleno do Creci de São Paulo – 2.^a Reg., pode-se verificar ementa de Processo Disciplinar em que consta o seguinte:

“Pelo costume vigente, desde os primórdios do ano de 1970, por ocasião da aprovação do Regulamento na Mediação das Transações Imobiliárias, cabe ao vendedor arcar com os honorários devidos pela intermediação imobiliária concluída.”

Por vezes, é o interessado na compra a procurar um corretor, obrigando-se, perante ele, a responder pela comissão devida, se conseguir encontrar um imóvel conforme o solicitado ou se obtiver o acordo do proprietário para a venda de determinado imóvel e que é do interesse daquele que quer adquiri-lo. Nesse sentido, “sucede mesmo que já se tem sabido de casos em que o intermediário trabalha por conta do comprador, procurando negócio para este ou trabalha para si próprio, devendo a paga ser feita por quem encomendou o serviço” (RT, 172/742, voto ven-

cido do Des. Herotides da Silva Lima). Todavia, “para tornar o comprador responsável por tal pagamento, seria necessário que houvesse assumido inequivocamente a obrigação correspondente” (RT, 175/246).

Na doutrina alienígena, o mesmo leciona Turretini: “la rémunération du courtier incombe à celui qui recourt à ses services”.

.....

Assim, aquele que solicitou a intervenção do corretor fica obrigado a pagá-lo. A respeito, “A comissão constitui obrigação a cargo de quem incumbe a realização da corretagem” (RTJ, 69/584). Da mesma forma: “Quando o mediador consegue aproximar as partes, tem ele direito à remuneração pelos seus serviços; deve, no entanto, exigí-lo de quem lhe encomendou o trabalho” (RT, 98/190). (Contrato de corretagem imobiliária: doutrina, jurisprudência e regulamentação. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 162)

Conclui-se, assim, neste item, que, no contrato tradicional de corretagem disciplinado pelo Código Civil, a obrigação de pagar a comissão ao corretor é, em regra, do incumbente (ou comitente), o qual, usualmente, no Mercado imobiliário, é o vendedor, podendo, entretanto, ser transferida a outra parte interessada no negócio mediante cláusula contratual expressa no contrato principal.

1.2. Da corretagem na compra e venda de unidades autônomas em incorporação imobiliária:

Modernamente, a forma de atuação do corretor de imóveis tem sofrido modificações nos casos de venda de imóveis na planta, não ficando ele mais sediado em uma empresa de corretagem, mas, contratado pela incorporadora, em estandes situados no próprio local da construção do edifício de apartamentos.

O cenário fático descrito nos processos afetados é uniforme no sentido de que o consumidor interessado se dirige a um estande de vendas com o objetivo de comprar uma unidade autônoma de um empreendimento imobiliário.

No estande, o consumidor é atendido por um corretor previamente contratado pela incorporadora.

Alcançado êxito na intermediação, a incorporadora, ao celebrar o contrato de promessa de compra e venda, transfere para o promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem diretamente ao corretor, seja mediante cláusula expressa no instrument contratual, seja por pactuação verbal ou mediante a celebração de um contrato autônomo entre o consumidor e o corretor.

Esse cenário fático, aliás, é condizente com o que foi apurado nas fiscalizações realizadas pela Receita Federal do Brasil, conforme se constata na manifestação escrita da Fazenda Nacional, apresentada nos autos do REsp 1.551.591/SP, na condição de *amicus curiae*, abaixo transcrita:

8. Como a Receita Federal constatou em diversas fiscalizações, e como já mencionado alhures, há uma contratação prévia por parte da construtora, que repassa

toda a intermediação, em caráter exclusivo, à imobiliária, a qual realiza os serviços contratados mediante seus colaboradores. A intermediação é realizada, portanto, em função dos interesses da construtora e os corretores da imobiliária contratada ficam a serviço da construtora, inclusive para coletar informações sobre futuros clientes.

9. Tanto é assim que, em várias ocasiões, a Receita Federal apurou que, somente após a concretização da venda, é celebrado um contrato de intermediação (de corretagem) que contém, geralmente, um anexo denominado ‘Carta Proposta’, em que estão relacionados os valores de comissão devidos pelo comprador aos corretores envolvidos na venda ou à imobiliária. Ressalte-se que, somente após a ‘concretização’ da venda, o comprador (pessoa física) assina o contrato com o corretor, do que se infere que esse contrato de intermediação seria apenas um termo de transferência de responsabilidade pelo pagamento dos serviços, contratados inicialmente pela construtora e, em grande parte, já finalizados (captação, orientação e convencimento do cliente).

10. Não se nega que ambos (construtora e comprador) acabam usufruindo dos serviços do corretor, mas, como alguns doutrinadores manifestam-se pelo entendimento de que os serviços devem ser pagos pelo contratante, a Receita Federal, em geral, autua as imobiliárias e construtoras pelo não faturamento de tais valores e pelo não pagamento das contribuições previdenciárias referentes aos corretores.

11. Seguem os auditores, o entendimento, por exemplo, de Orlando Gomes no sentido de que se “somente uma das partes haja encarregado o corretor de procurar determinado negócio, incumbe-lhe a obrigação de remunerá-lo”. E ainda, “entre nós, quem paga usualmente a comissão é quem procura os serviços do corretor” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 382). (fls. s., dos autos do REsp 1.551.951/SP)

Esse quadro fático sintetiza a prática usual do mercado imobiliário brasileiro da utilização da corretagem em benefício do vendedor, pois toda a atividade desenvolvida, desde a divulgação até à contratação, tem por objetivo angariar clientes para a incorporadora (promitente-vendedora).

Aliás, na audiência pública, mencionou-se que a venda por meio de corretores (ou empresa imobiliária) é vantajosa para as incorporadoras, tanto do ponto de vista econômico como do ponto de vista administrativo, de modo que o interesse e a iniciativa de se utilizar do trabalho dos corretores parte das próprias incorporadoras.

Sobre a diferença entre corretagem para a venda e corretagem para a compra, confira-se o seguinte trecho do REsp 1.288.450/AM, rel. Min. João Otávio de Noronha, 3.ª T., já citado alhures, *litteris*:

Ressalte-se ainda que, quando o comprador vai ao mercado, pode ocorrer que seu interesse se dê por bem que está sendo vendido já com a intervenção de corretor. Aí, inexistindo convenção das partes, não lhe compete nenhuma obrigação

quanto à comissão de corretagem, pois o corretor já foi anteriormente contratado pelo vendedor.

Diferente é a hipótese em que o comprador, visando à aquisição de bem, contrate o corretor para que, com base em seu conhecimento de mercado, busque bem que lhe interesse.

Nessa situação, a tratativa inicial com o corretor foi do próprio comprador. [...].

Confira-se, também, a opinião de Judith Martins-Costa e Gustavo Haical, *litteris*:

A consequência lógica de o corretor ser um intermediário, “esta em que ele “só se vincula perante o interessado que a ele se vinculou.

Não tem deveres perante o outro”. Perante o incumbente o corretor tem direitos e deveres principais, secundários e laterais, pois com ele concluiu contrato de corretagem. Com o terceiro, por mais intensos e reiterados que sejam os contatos estabelecidos para que conclua o negócio jurídico com o incumbente, não há contrato de corretagem e, conseqüentemente, vínculo obrigacional. Conforme Arnoldo Wald: “[c]liente é aquele que contrata o corretor para realizar o negócio.

Esse contratante, caso seja efetivado o negócio pretendido, deve remunerar o corretor. A outra parte, que é aproximada, não se configura como cliente no contrato de corretagem e, por consequência, não tem a obrigação de pagar a comissão, que certos corretores exigem, recebendo duplamente”. Assim, considerado o regime legal atinente a atividade de corretagem, não existe, juridicamente, o alegado vínculo contratual entre o consumidor que adentra em ‘stands’ de vendas e vem a concluir compromisso de compra e venda, e o corretor que eventualmente o atendeu. (Parecer. Contrato de corretagem imobiliária. Elementos de existência, validade e eficácia. Revista dos Tribunais, vol. 966, ano 105, p. 261/303. São Paulo: RT, abril de 2016, sem destaques no original)

No âmbito da 1.^a T., a questão da diferença entre corretagem para a venda e para a compra também foi analisada, embora sob a ótica da tributação das seguradoras, tendo-se chegado à conclusão de que a comissão de corretagem é devida pelas seguradoras (incumbentes), ainda que o serviço tenha beneficiado ambas as partes, cf. REsp 519.260/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, 1.^a Sec., DJe 02.02.2009.

Esse julgado deu origem à Súmula 458/STJ, sobre a tributação das seguradoras, abaixo transcrita: Súmula 458/STJ – A contribuição previdenciária incide sobre a comissão paga ao corretor de seguros.

As seguradoras alegavam que o serviço era prestado diretamente ao consumidor (cf. REsp 699.905/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.^a T., DJe 13.11.2009), alegação semelhante à deduzida pelas incorporadoras no caso em análise.

Esse argumento das seguradoras, contudo, não prevaleceu.

No caso da presente afetação, os cenários fáticos são semelhantes, pois as incorporadoras, assim como as seguradoras, utilizam-se do serviço dos corretores para intermediarem a venda de seus produtos no mercado de consumo.

Conclui-se esse tópico, portanto, no sentido de que, na intermediação de unidades autônomas em estande de vendas, há prestação de serviço de corretagem para a venda de imóveis, sendo a contratação feita pelas incorporadoras.

O principal ponto controvertido, que é o cerne do presente recurso especial, é a verificação da possibilidade de transferência pelo vendedor (incorporadora) ao comprador (consumidor), mediante cláusula contratual, da obrigação de pagar a comissão de corretagem?

A questão é especialmente relevante, pois deve ser aferida a validade dessa cláusula na perspectiva do Direito do Consumidor, eis que se trata, em regra, de relação de consumo (arts. 2.º e 3.º do CDC).

Discute-se, em outras palavras, a possibilidade de assunção da dívida relativa à comissão de corretagem pelo consumidor.

A prática comercial tem evidenciado que as incorporadoras têm efetivamente transferido, expressa ou implicitamente, esse custo para o consumidor.

A principal vantagem para as incorporadoras é a terceirização desse serviço a profissionais da área de corretagem.

Relembre-se que a profissão de corretor de imóveis foi inicialmente regulada, no Brasil, pela Lei 4116/62. Atualmente, está regulada pela Lei 6530/78, regulamentada pelo Dec. 81.871/78, exigindo-se a aprovação em curso técnico de Transações Imobiliárias ou curso superior em Gestão Imobiliária, com registro no Conselho Regional de Corretores de Imóveis (CRECI).

Conforme dados informados pelo Conselho Nacional de Corretores de Imóveis (COFECI), autarquia federal que congrega 25 Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis (CRECI), formando o Sistema COFECI/CRECI, existem cerca de 360 mil profissionais registrados em todo o país habilitados a atuar na profissão, além de 40 mil empresas de intermediação de negócios imobiliários.

Outra vantagem dessa transferência para as incorporadoras seria a redução da base de cálculo dos tributos incidentes sobre a aquisição da unidade imobiliária, como salientado pela Fazenda Nacional em sua manifestação escrita, sob a conotação de evasão fiscal (cf. fl. do REsp 1.551.951/SP).

E a terceira vantagem seria a desnecessidade de restituição do valor da corretagem, em caso de desfazimento da promessa de compra e venda, uma vez que o pagamento passa a ser feito diretamente ao corretor.

Afasta-se, com isso, desde logo, a alegação de venda casada, pois ocorre apenas a terceirização dessa atividade de comercialização de unidades imobiliárias para profissionais do setor, concentrando-se a incorporadora na sua atividade de construção de imóveis.

Essas vantagens obtidas pelas incorporadoras, independentemente da verificação da sua licitude do ponto de vista fiscal, não causam prejuízo econômico para os consumidores, pois o custo da corretagem, mesmo nos contratos entre

particulares, é normalmente suportado pelo comprador, seja embutido no preço, seja destacado deste.

Essa é a lógica do mercado imobiliário, pois a venda só produz lucro a incorporadora se o preço final do imóvel superar os seus custos, como restou bastante claro na audiência pública.

Sobre esse ponto, Hector Miranda Valverde, embora ressaltando que todo custo deve estar embutido no preço, afirma que “o repasse ao consumidor dos custos do empreendimento é decorrência da lógica da economia “ (Pagamento da comissão de corretagem na compra e venda de imóvel: obrigação do fornecedor. Revista de direito do consumidor, v. 91. São Paulo: RT, 2014, p. 141-165).

Observe-se que o Direito do Consumidor, apesar de seu marcado caráter protetivo, não chega ao ponto de subverter a natureza onerosa das relações negociais no mercado de consumo, exigindo apenas transparência no seu conteúdo.

Desse modo, sob a ótica do repasse de custos e despesas (não de amostra grá-tis), chega-se diretamente à conclusão no sentido da inexistência de prejuízo aos consumidores com a assunção de dívida, pois, não fosse desse modo, o custo seria embutido no preço total da compra e venda.

Observe-se ser irrelevante para essa conclusão a controvérsia doutrinária acima aludida acerca do caráter isento ou parcial da corretagem.

Com efeito, mesmo em atividades caracterizadas pela parcialidade, como a advocacia, as partes podem pactuar que uma delas arcará com o pagamento dos honorários da outra, como ocorre frequentemente na hipótese de transação para terminar um litígio, muito comum no ambiente forense.

Pode-se, concluir, portanto, que, em princípio, é válida a cláusula que transfere para o consumidor a obrigação de pagar a comissão de corretagem, exigindo-se apenas transparência nessa atribuição.

A questão seguinte diz respeito ao dever de informação imposto ao fornecedor.

No âmbito das relações de consumo, a informação adequada sobre os produtos e serviços não é apenas um direito do consumidor, mas um dever imposto ao fornecedor, conforme se pode extrair, dentre outros (arts. 31, 46 e 52), dos seguintes enunciados normativos do CDC, *verbis*:

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

O dever de informação constitui um dos princípios consectários lógicos do princípio da boa-fé objetiva, positivado tanto no CC/2002 (art. 422), como no CDC (art. 4.º, III), consubstanciando os deveres de probidade, lealdade e cooperação, que deve pautar não apenas as relações de consumo, mas todas as relações negociais.

Esse dever de informação é de tal modo acentuado que, Segundo Alcides Tomasetti Jr., a relação de consumo estaria regida pela regra *caveat praeibitor* (acautele-se fornecedor), que impõe ao fornecedor uma obrigação de diligência na atividade de esclarecer o consumidor, sob pena de desfazimento do negócio jurídico ou de responsabilização objetiva por eventual dano causado, ao passo que, num sistema jurídico liberal, aplica-se a regra inversa, *caveat emptor* (acautele-se comprador), incumbindo ao comprador o ônus buscar as informações necessárias sobre o negócio jurídico que pretende celebrar (O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, out-dez/1992, p. 58).

O dever de informação referente ao preço na venda a crédito encontra-se regulamentado tanto pelo art. 52 do CDC, como pelo Dec. 5.903/2006, exigindo do fornecedor clareza acerca do preço total dos produtos e serviços, discriminando-se as principais parcelas que o integram.

Confira-se a propósito, o disposto no art. 3.º do referido Decreto ao regulamentar a venda mediante a outorga de crédito:

Art. 3.º. O preço de produto ou serviço deverá ser informado discriminando-se o total à vista.

Parágrafo único. No caso de outorga de crédito, como nas hipóteses de financiamento ou parcelamento, deverão ser também discriminados:

- I – o valor total a ser pago com financiamento;
- II – o número, periodicidade e valor das prestações;
- III – os juros; e
- IV – os eventuais acréscimos e custos que incidirem sobre o valor do financiamento ou parcelamento.

O preço total, como o próprio nome indica, representa o quanto o consumidor terá que pagar para adquirir o produto ou contratar serviço, sem nenhum acréscimo pecuniário.

No âmbito dos negócios jurídicos bancários, as normas do Dec. 5.903/2006 referentes ao preço total têm sido aplicadas com efetividade, pois o Conselho Monetário Nacional passou a exigir, por meio da Res. 3.517/2007, que o consumidor seja informado do Custo Efetivo Total – CET das operações bancárias.

Esse mesmo dever de clareza também está presente nos negócios jurídicos em questão.

Nessa linha, o Conselho Regional de Corretores de Imóveis do Estado de São Paulo, mediante a Portaria 5107/2014, é bastante elucidativa, estatuiu o seguinte acerca do dever de informação:

Art. 1.º – Os honorários de corretagem imobiliária, obedecida a tabela de honorários mínimos homologada pelo CRECI, podem ser cobrados pelo corretor de imóveis tanto do vendedor ou promitente vendedor quanto do comprador ou promitente comprador, ou de ambos, desde que previamente informados.

Parágrafo único – No caso de serem os honorários de corretagem cobrados do comprador ou promitente comprador, deve ser observado:

a) A publicidade de produto imobiliário levado a comercialização, qualquer que seja a sua modalidade, deve conter informação clara sobre o preço total da transação, que já contera os honorários de corretagem, a serem abatidos do preço total e pagos diretamente ao corretor, ou corretores, encarregados da mediação;

b) No documento da intermediação imobiliária deve conter cláusula que indique o preço total da transação e a informação de que o valor dos honorários de corretagem, já incluído no preço total da intermediação, será pago diretamente ao Corretor, ou Corretores, encarregado(s) da intermediação imobiliária.

c) Havendo mais de um corretor de imóveis envolvidos no trabalho de corretagem, cada um deles emitira, contra o pagador, seu próprio recibo de honorários ou nota fiscal, pelo valor do quinhão que lhe couber na divisão dos honorários.

Portanto, há o reconhecimento da necessidade de clareza e transparência na previsão contratual acerca da transferência para o comprador ou promitente-comprador (consumidor) do dever de pagar a comissão de corretagem.

Para cumprir essa obrigação, deve a incorporadora informar ao consumidor, até o momento celebração do contrato de promessa de compra e venda, o preço total de aquisição da unidade imobiliária, especificando o valor da comissão de corretagem, ainda que esta venha a ser paga destacadamente.

Conclui-se este tópico, portanto, no sentido de que o dever de informação é cumprido quando o consumidor é informado até o momento da celebração do contrato acerca do preço total da unidade imobiliária, incluído nesse montante o valor da comissão de corretagem.

Devem ser estabelecidos os efeitos da violação ao dever de informação.

A grande reclamação dos consumidores, nos processos relativos ao tema em análise, é a alegação da omissão da prestação dessa informação, conforme enfatizado na audiência pública.

Alega-se que somente após celebrado o contrato, com o pagamento do sinal, é que o consumidor vem a ser informado acerca do custo adicional da comissão de corretagem.

Essa estratégia de vendas contraria flagrantemente os deveres de informação e de transparência que devem pautar as relações consumo.

Em tais casos, o consumidor terá assegurado o direito de exigir o cumprimento da proposta pelo preço ofertado, não sendo admitida a cobrança apartada da comissão de corretagem, se não prevista no instrumento contratual.

Efetivamente, nos termos do disposto no art. 30 do CDC, toda informação ou publicidade suficientemente precisa vincula o fornecedor, conforme expresso em seu enunciado normativo:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Desse modo, uma vez ofertada à venda uma unidade autônoma, o fornecedor fica vinculado à proposta, que deve ser devidamente respeitada, inclusive integrando o que contrato posteriormente celebrado.

Na hipótese de recusa no cumprimento da proposta, o CDC assegura a possibilidade de se exigir o cumprimento forçado da proposta, dentre outras alternativas, abaixo transcritas:

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Como se verifica, a solução da controvérsia situa-se na fase pré-negocial, englobando as tratativas, a oferta e a aceitação, com ênfase no dever de informação acerca da transferência do dever de pagar a comissão de corretagem ao adquirente antes da celebração do contrato de compra e venda.

Propõe-se, assim, acerca da comissão de corretagem cobrada em estande de vendas de imóveis sob o regime da incorporação imobiliária a seguinte tese:

Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

1.3. Do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI)

O fornecedor, conforme já aludido, tem o dever de prestar ao consumidor informações claras, adequadas e precisas acerca de seus produtos e serviços.

Além do pagamento da comissão de corretagem, têm sido transferidos ao promitente comprador os custos do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), consistente na prestação de esclarecimentos técnicos e jurídicos acerca das cláusulas do contrato e das condições do negócio.

Na realidade, na alienação de unidades autônomas em regime de incorporação imobiliária, essa atividade de assessoria prestada ao consumidor por técnicos vinculados à incorporadora constitui mera prestação de um service inerente à celebração do próprio contrato, inclusive no que tange ao dever de informação, não constituindo um serviço autônomo oferecido ao adquirente, como ocorre com a corretagem.

Verifica-se, neste caso, uma flagrante violação aos deveres de correção, lealdade e transparência, impostos pela boa-fé objetiva, tendo em vista a cobrança, a título de serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), pelo cumprimento de deveres inerentes ao próprio contrato celebrado.

A abusividade dessa cláusula contratual deflui do disposto no art. 51, IV, do CDC.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

.....

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

Consideram-se, assim, nulas de pleno direito as cláusulas que obrigam o consumidor a pagar o serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou congêneres, *ex vi* do art. 51, IV, *in fine*, do CDC.

Ademais, essa assessoria é um serviço que envolve o elemento confiança (*intuitu personae*).

Assim, se o consumidor necessitar de alguma assessoria técnica ou jurídica para orientá-lo acerca do contrato ou de outros detalhes relativos à aquisição do imóvel, pode contratar diretamente um profissional ou advogado da sua confiança, e não alguém vinculado à incorporadora.

O próprio Conselho Federal de Corretores de Imóveis (COFECI), mediante a Res. 1.256/2012, estatuiu a seguinte norma proibitiva:

Art. 3.º – É vedado aos inscritos no Regional cobrarem de seus clientes, para si ou para terceiros, qualquer taxa a título de assessoria administrativa jurídica ou outra, assim como devem denunciar ao Regional a cobrança de tais taxas quando feitas pelo incorporador, pelo construtor ou por seus prepostos.

Manifesta, portanto, a abusividade de qualquer cláusula que estabeleça a cobrança desse serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI) ou atividade congêneres.

No caso dos autos, por exemplo, o consumidor assinou uma confissão de dívida no valor de R\$ 4.194,08 (quatro mil cento e noventa e quatro reais e oito centavos) referente a serviços de assessoria imobiliária (fl.).

Deve-se reconhecer a abusividade da cobrança da SATI, propondo-se a consolidação da seguinte tese:

Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

Ressalve-se, contudo, que a abusividade da SATI não deve implicar enriquecimento sem causa do consumidor de modo que eventual service específico prestado ao consumidor, como eventuais serviços de despachante ou a cobrança de taxas de serviços cartorários, podem ser efetivados.

2. Caso Concreto.

Estabelecidas as teses na primeira parte deste voto, a resolução do caso concreto se limita a uma operação de subsunção.

Com relação à comissão de corretagem, observa-se no “Pedido de Reserva”, documento juntado pelo próprio consumidor (fl.), que consta informação sobre o contrato de “prestação de serviços de corretagem imobiliária”, conforme valores discriminados na planilha de cálculos (Cláusula 6ª).

Na planilha de cálculos, documento assinado e trazido aos autos pelo consumidor, consta o valor do preço total sem juros de R\$ 447.050,80 (quatrocentos e quarenta e sete mil e cinquenta reais e oitenta centavos).

Esse também é o preço total que consta no quadro resumo de fls. 16/18, o qual é parte integrante do contrato de promessa de compra e venda.

Na planilha, constam também as comissões no valor total de R\$ 29.549,20 (vinte e nove mil quinhentos e quarenta e nove reais e vinte centavos) e SATI no valor de R\$ 4.194,06 (quatro mil cento e noventa e quatro reais e seis centavos).

Há também referência ao valor de R\$ 476.600,00 (quatrocentos e setenta e seis mil e seiscentos reais), correspondente à soma do valor do imóvel com a comissão de corretagem.

Analisando-se os documentos assinados pelo consumidor, observa-se que o adquirente foi devidamente informado acerca do valor efetivo do imóvel e do preço final com o acréscimo da comissão de corretagem.

Desse modo, impõe-se reconhecer a validade da Cláusula 6.ª do pedido de reserva do imóvel, reformando-se o acórdão recorrido quanto a esse ponto, com base na tese firmada.

Relativamente à taxa SATI, o Tribunal de origem decidiu em sintonia com a tese firmada no item 1.2 do presente voto, julgando procedente o pedido de restituição, devendo ser mantido o acórdão, nesse ponto.

Destarte, o recurso especial merece ser provido para limitar a procedência à devolução dos valores pagos a título de remuneração dos serviços de assessoria jurídica e técnico-imobiliária (SATI).

Ante o exposto, voto no seguinte sentido:

(i) fixar as seguintes teses para os fins do art. 1.040 do CPC/2015:

1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem;

1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.

(ii) dar parcial provimento ao recurso especial para limitar a procedência do pedido à condenação da incorporadora a restituir os valores pagos a título de serviço de assessoria imobiliária.

Custas e honorários advocatícios repartidos na proporção de 20% pela incorporadora e 80% pelo consumidor, arbitrando-se o montante dos honorários em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), vedada a compensação (cf. art. 85, § 14, do CPC/2015).

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 2.^a Sec.; número do registro: 2016/0129715-8; processo eletrônico; REsp 1.599.511/SP; número origem: 10636106220138260100; pauta: 24.08.2016; julgado: 24.08.2016; relator: Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Raul Araújo; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Maurício Vieira Bracks; Secretária: Bela. Ana Elisa De Almeida Kirjner.

AUTUAÇÃO – Recorrente: Perfil Santana Empreendimentos Imobiliarios Ltda – Advogados: José Frederico Cimino Manssur e outros, Paula Marques Rodrigues, Matheus Alexandre Braz de Oliveira – Recorrido: Roseli de Souza Marques Crestoni – Recorrido: Marco Aurelio Crestoni – Advogado: Márcio Bernardes.

Assunto: Direito Civil – Coisas – Promessa de Compra e Venda.

SUSTENTAÇÃO ORAL – Sustentou oralmente o Dr. Flavio Luiz Yarshell, pela Recorrente Perfil Santana Empreendimentos Imobiliários Ltda.

CERTIDÃO – Certifico que a egrégia 2.^a Sec., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, no caso concreto, deu parcial provimento ao recurso especial para limitar a procedência do pedido à condenação da incorporadora a restituir os valores pagos a título de serviço de assessoria imobiliária, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os efeitos do art. 1.040 do NCPC foram fixadas as seguintes teses: 1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem; 1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel.”

Os Srs. Min. Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão votaram com o Sr. Ministro Relator.

COMENTÁRIO

O STJ E A RECENTE DECISÃO, EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO, SOBRE A VALIDADE DA CLÁUSULA ENDEREÇANDO AO ADQUIRENTE DE IMÓVEL A RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DA CORRETAGEM (COMENTÁRIOS A RESPEITO DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS NOS "RECURSOS": RESP 1.551.951/SP, RESP 1.551.956/SP, RESP 1.551.968/SP E RESP 1.599.511/SP)

1. INTRODUÇÃO

Como é amplamente conhecido, a incorporação imobiliária caracteriza-se, resumidamente, pela realização de um conjunto de atividades necessárias à construção e venda de bens imóveis. Tal atividade é regulamentada pela Lei Federal 4.591/1964 que, no parágrafo único do art. 28, define o que é a incorporação imobiliária: "Para efeito desta lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas." Comentando tal instituto jurídico, Orlando Gomes afirma que: "O contrato de incorporação abrange os seguintes ajustes: a) de alienação, ainda que potencial, da fração ideal do terreno; b) de construção do edifício; c) do condomínio a ser constituído (...) Constitui obrigação indeclinável do incorporador (...) a de transmitir ao adquirente a propriedade dessa fração ideal, ou de se comprometer irremediavelmente a transferi-la".³ Outros doutrinadores poderiam ser mencionados. De comum entre eles haverá, sempre, a referência a um conjunto de atividades que pode ser resumido na responsabilidade pela

3. In, "Contratos", Forense, Rio de Janeiro, 2007, pág. 551.

entrega do imóvel edificado, individualizado e devidamente passível de transferência do domínio ao adquirente.

Deflui do acima exposto que incorporador não realiza intermediação imobiliária, função esta que, por sua vez, está ligada à busca de interessados, apresentação do bem a ser comercializado e à intermediação dos debates entre os interessados. Inclusive, o Código Civil define no que consiste a atividade do corretor de imóveis. Estes, os termos do art. 722 do CC: "Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas." Verifica-se, pois, que a figura do corretor de imóveis não se confunde com a posição do direto participante no negócio.

Feita esta breve distinção, importa salientar que, na maioria dos casos, a comercialização de imóveis objeto de incorporação imobiliária ocorre com a venda de um produto que ainda será construído, gerando situação que é conhecida, na gíria do dia a dia, como sendo uma compra ou venda "na planta". Nestes casos, e em vista da necessidade de dar suporte à comercialização de um imóvel ainda não construído, é comum que a incorporadora, que deseja vender as unidades imobiliárias do empreendimento por ela incorporado, realize a construção de estande de vendas em que se tem não apenas a apresentação do empreendimento (com exposição, por exemplo, de maquete e/ou outras imagens e informações), como também local para atuação de corretores de imóveis que, também ali, podem atender a pessoas interessadas na compra das unidades imobiliárias.

Quanto aos corretores de imóveis, em regra estes atuam nestas situações por intermédio de uma empresa de comercialização (doravante imobiliária), que, em grande quantidade de casos, é selecionada pelo incorporador visando realizar, com exclusividade, ou juntamente com outras imobiliárias (que também tenham firmado ajustes similares), a busca de interessados na compra e respectiva intermediação para a contratação de, como frequentemente ocorre, um compromisso de venda e compra.

Como não poderia ser diferente, a atuação do corretor, sendo fechado o contrato, deve ser remunerada, sendo certo que já há bastante tempo virou praxe no mercado imobiliário a realização de tal pagamento diretamente pelo comprador, que, de um lado, paga ao incorporador (vendedor) o sinal e princípio de pagamento ajustado (quanto ao preço do imóvel) e, no mesmo ato, paga diretamente à imobiliária e/ou ao corretor (es) envolvido (s) a remuneração devida pela intermediação.

Durante muito tempo este modelo de pagamentos e contratação funcionou sem questionamento. Contudo, de tempos para cá se verificou a disseminação da tentativa de impugnação a esta prática, sob argumento de que esse tipo de endereçamento da responsabilidade pelo pagamento ao corretor seria ilegal à vista do Código de Defesa do Consumidor, com importante movimentação de adquirentes de unidades imobiliárias ao Judiciário, ajuizando demandas para pedir o reconhecimento da, por eles, afirmada ilegalidade e a devolução de valores pagos por conta da corretagem.

O volume de demandas com tal questionamento repetitivo chegou a um enorme patamar, tendo inclusive se disseminado a polêmica, com decisões judiciais em sentidos opostos, ora acolhendo a alegação de ilegalidade, ora repelindo esse tipo de afirmativa e declarando a regularidade da sistemática acima mencionada. Fato é que essa enorme quantidade de processos fez também espalhar relevante insegurança jurídica, dando ensejo, como mais adiante descrito, à afetação do tema para julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, com aplicação do regime do Recurso Especial Repetitivo. Em 24 de agosto de 2016 houve o julgamento, pela Colenda Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça e relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, do mencionado Recurso Especial Repetitivo, com a fixação de três teses relativas ao tema, sendo o objetivo deste texto comentar o caso, o procedimento adotado e as relevantíssimas repercussões que tal julgamento

acarretou no mercado imobiliário e na criação de importante paradigma processual que ganha relevância, notadamente à vista da (ainda) recente eficácia do ("novo") Código de Processo Civil. É que passamos a fazer.

2. OS ARGUMENTOS DE LADO A LADO

Como mencionado acima, parte dos adquirentes de unidades imobiliárias passou a judicialmente questionar a cláusula contratual que endereçava a eles a responsabilidade pelo pagamento do montante correspondente à corretagem em caso de comercialização de unidade objeto de incorporação. Resumidamente, os defensores de tal entendimento afirmam que a exigência de se pagar pela corretagem corresponde a uma venda casada, eis que o adquirente não pode escolher corretor de sua preferência. Assevera-se, ainda, que o corretor estaria atuando apenas com vista a atender ao interesse da incorporadora que o contratou de forma que tal profissional por ela, incorporadora, teria de ser remunerado. Fala-se, também, que seria abusivo imputar ao adquirente o custo de serviço (a corretagem) que por ele não foi desejado nem contratado, dizendo-se, até mesmo, que, por ser o estande da incorporadora, os corretores seriam dela prepostos, o que até descaracterizaria a presença de intermediação. Diz-se, por fim, que não haveria informação clara a respeito das diferenças de natureza jurídica entre o valor pago diretamente ao incorporador e o montante pago ao corretor de imóveis. Tudo isso conduziria a uma abusividade que, aos olhos do CDC, acarretaria a nulidade da estipulação, bem como o direito de obter restituição aos adquirentes dos valores pagos a este título.

De outro lado, do ponto de vista das incorporadoras, demonstrou-se que os corretores que atuam no estande de vendas de empreendimentos imobiliários também atuam diretamente junto a clientes destes próprios corretores, ou seja, o estande é mais uma plataforma para buscar interessados, posto que os corretores também se utilizam de ferramentas próprias e de sua base de clientela individual para buscar vender as unidades do empreendimento, de forma que não é apenas a propaganda porventura realizada pela incorporadora que atrairá clientes para o estande de venda mas não é a única. Demonstrou-se, também, que a exclusividade antes mencionada, quando ocorre, se dá em mão única, de forma que os corretores continuam atuando na intermediação de outros imóveis (que não os da incorporadora) no período em que estiverem atuando junto do empreendimento. Ademais, demonstrou-se que, quando um interessado na aquisição da unidade imobiliária é atendido no estande, tal atendimento é feito com exibição de informações a respeito do imóvel e das condições de comercialização, conjunto em que se destaca a menção ao valor total do investimento necessário para adquirir o bem. Evoluindo as tratativas visando à contratação, a informação é detalhada, não apenas para o adquirente verificar a possibilidade de o pagamento ser parcelado (com ou sem previsão de financiamento bancário), mas também deixando claro os valores devidos a título de eventual sinal e princípio de pagamento, bem como os montantes devidos pela corretagem. Enfim, provou-se que a corretagem é um dentre vários insumos que se empregam no processo de produção/comercialização das unidades imobiliárias, de forma que o custo de tal insumo pode ser integrado ao preço do bem (como ocorre com inúmeros outros itens utilizados) ou pode ser cobrado em separado, de forma clara e transparente, não se caracterizando abusividade de qualquer espécie, notadamente porque o modo de pagamento (junto ou separadamente do preço) não acarreta repercussão econômica com elevação do valor final pago pelo adquirente.

Como mencionado na Introdução, o debate a respeito de tais argumentos gerou importante polêmica com decisões judiciais em ambos os sentidos, resultando em efetiva insegurança jurídica,

contexto que permitiu a utilização do mecanismo do recurso especial repetitivo, tal com será mencionado no próximo tópico.

3. A ENORME QUANTIDADE DE PROCESSOS JUDICIAIS REPETITIVOS VERSANDO SOBRE O TEMA E A AFETAÇÃO PARA PROCESSAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO

Como mencionado na Introdução, a discussão judicial a respeito desse tema fez com que houvesse verdadeira corrida ao Judiciário, a qual se verificou em todos os Estados da Federação. Para se ter uma ideia do alcance de tal litigiosidade, manifestação protocolada pelo Secovi – Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo (autos n. Resp 1.551.956/SP, e-STJ fls. 1895/1896) menciona que apenas uma empresa associada é ré em 5.204 demandas judiciais relativas a esta matéria, processos estes espalhados por diversos Estados da Federação. Eloquente este número, deixando entrever que, realmente, consideradas as inúmeras empresas que atuam no setor, foi enorme a quantidade de demandas ajuizadas, repetitivamente, com esse tipo de pedido. Foi, pois, em vista de tal volume, que o Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Desembargador Artur Marques da Silva Filho, em fins de maio de 2015, selecionou, como representativos da controvérsia, três processos que tramitavam naquele Tribunal, determinando que se processassem os recursos especiais naqueles autos interpostos em conformidade com o determinado pelo art. 543-C, § 1.º do CPC/1973.

Com a chegada destes três casos ao Superior Tribunal de Justiça houve o registro cabível, originando-se os Recursos Especiais 1.551.951/SP, 1.551.956/SP e REsp 1.551.968/SP. A este conjunto agregou-se, mais adiante, o REsp 1.599.511/SP e, observadas as regras legais, concentrou-se a relatoria nas mãos do já mencionado Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, tendo sido então proferida decisão afetando para julgamento perante a Segunda Seção do STJ as seguintes questões: (i) prescrição da pretensão de restituição das parcelas pagas a título de comissão de corretagem e de assessoria imobiliária, sob o fundamento da abusividade da transferência desses encargos ao consumidor; e (ii) validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar comissão de corretagem e taxa de assessoria técnico-imobiliária (SATI). E isto, na mesma esteira da decisão anteriormente proferida no Tribunal de São Paulo, visando o processamento nos termos do art. 543-C do CPC/1973,⁴ para uniformizar o entendimento sobre tais questões jurídicas. Foram, então, expedidos ofícios para os Tribunais de Justiça e Regionais Federais informando de tal afetação e determinando a suspensão do processamento de recursos especiais versando sobre tais temas. Determinou-se, ainda, a intimação da Defensoria Pública da União, para eventual manifestação, e outorgando-se prazo para que órgãos ou entidades com interesse na controvérsia se manifestassem, abrindo-se em seguida vista ao Ministério Público Federal.

Deu-se, assim, início à tramitação que, nos termos do próximo tópico será referida quanto aos eventos principais.

4. A TRAMITAÇÃO NO ÂMBITO DO STJ

Como visto na parte final do item anterior, houve a afetação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça das três teses acima referidas, com início da tomada dos atos processuais preconizados pelo

4. No CPC/2015, vide artigo 1036.

art. 543-C do CPC/1973, então vigente. Tal sistemática processual foi criada pela Lei 11.672/2008, com o objetivo de melhor gerenciar o julgamento e processamento de recursos repetitivos, permitindo houvesse, como havido no caso ora em comento (v. item anterior) a seleção de recursos representativos da controvérsia para julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, suspendendo-se o julgamento dos demais recursos que versassem sobre tais temas afetados e que estivessem em tramitação perante os Tribunais de Justiça e/ou Tribunais Regionais Federais.⁵ Com a criação de tal sistemática visou o legislador permitir um melhor gerenciamento dos processos repetitivos, fazendo com que houvesse o julgamento, no STJ, dos casos tidos como representativos da controvérsia, fixando-se tese a permitir alternativas simplificadas de julgamento para os demais recursos versando sobre idêntico tema.

De outro lado, visando ampliar o debate, e como já referido, foi permitida a manifestação, nas palavras da lei, de "pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia", de forma que, concretamente houve a admissão, como *amicus curiae* de diversas entidades, tanto em representação ao polo dos adquirentes de unidades imobiliárias, como no polo das incorporadoras. Tais entidades puderam apresentar manifestações escritas e/ou memoriais levando informações e/ou argumentos com o objetivo de ampliar o material a ser analisado para formação da convicção dos Ministros da Segunda Seção do STJ.

Além disso, e utilizando-se outra autorização conferida por tal sistemática, foi determinada a realização de audiência pública, com participação (em revezamento) dos Ministros integrantes da Segunda Seção, oportunidade na qual houve exposição oral de representantes de algumas das entidades que atenderam ao chamado do STJ e levaram, reiterar-se pelos dois polos de interesse existentes no caso, elementos de convicção para o julgamento.

Colheu-se, ainda, o parecer do Ministério Público Federal, tendo então ficado os autos em termos para que os Ministros pudessem estudar a temática e realizar o julgamento que, por fim, ocorreu no último dia 24 de agosto.

5. A DECISÃO NOS RECURSOS ESPECIAIS, A FIXAÇÃO DAS TESES E A REPERCUSSÃO DISTO QUANTO À PACIFICAÇÃO DA POLÊMICA

Como mencionado acima, em 24.08.2016 ocorreu o julgamento dos recursos especiais de que trata este texto, tendo sido, então, pela unanimidade de votos, fixadas as seguintes teses jurídicas: (i) "Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a

-
5. Tal suspensão, inclusive, foi ampliada para atingir todos os processos versando sobre o mesmo tema, em conformidade com o decidido, em 16/12/2015, nos autos da Medida Cautelar nº 25.323/SP, a qual foi assim ementada: "Medida Cautelar. Pedido de sobretempamento de todos os processos em que se discutem as questões de direito que foram objeto da afetação no REsp N.º 1551956/SP, submetido ao regime do art. 543-C, do CPC. Viabilidade. Número expressivo de ações em trâmite nas instâncias ordinárias. Necessidade de garantia da homogeneidade de soluções para situações iguais. Risco de prejuízo às partes demonstrado, providência, ademais, que confere maior efetividade ao sistema de julgamento de recursos representativos de controvérsia. Precedentes. Pedido deferido". A respeito da mesma, e ampla, possibilidade de suspensão do andamento dos processos, vide, no CPC/2015, artigo 1.037, II.

comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem."; (ii) "Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel."; e (iii) "Incidência da prescrição trienal sobre a pretensão de restituição dos valores pagos a título de comissão de corretagem ou de serviço de assistência técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere (art. 206, § 3.º, IV, CC)".

Para além do acima exposto, importa mencionar que no meio-termo da tramitação dos recursos especiais repetitivos houve a entrada em eficácia efetiva do novo Código de Processo Civil, Lei 13.256/2015, que, mesmo com as alterações realizadas por força da Lei 13.256/2016, tem como um de seus principais objetivos o de formar um sistema brasileiro de precedentes que, nos termos, do disposto no art. 927 do CPC preconiza, dentre outras hipóteses, que os juízes observarão "III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos".

Em vista disso, verifica-se que, s.m.j., com a entrada em vigor do CPC/2015, a importância da decisão tomada pela Colenda Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça ampliou-se ainda mais, eis que, por força do novo comando legal, os efeitos da decisão se realizam em maior âmbito do que aquele contido na sistemática do CPC de 1973. Com efeito, parece claro que o legislador quer, agora, que os juízes das demais instâncias se vinculem ao decidido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em caso de estar decidida questão infraconstitucional, processada, como ocorreu na espécie em Recurso Especial Repetitivo.

Mas não é só. É que, nos termos do art. 311, II, do CPC, eventual demanda judicial nova que venha a ser ajuizada com pedido que esteja contemplado por uma das teses fixadas no caso em epígrafe poderá ser objeto de pedido e deferimento de "tutela da evidência", de forma que, sem necessidade da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, possa desde logo obter o julgamento favorável. E vai além, eis que, em sentido contrário, nos termos do art. 332, II, do mesmo CPC, sendo ajuizada demanda nova, cujo pedido contrarie uma das teses fixadas em julgamento de Recurso Especial Repetitivo ter-se-á hipótese de haver julgamento decretando liminarmente improcedente o pedido.

Verifica-se, assim, a enorme amplitude da repercussão do julgamento em comento, posto que, de um lado, em termos materiais, as teses vencedoras foram devidamente fixadas, enquanto que, de outro lado, com a entrada em vigor da nova lei processual, tem-se por potencializados os mecanismos processuais para aplicação do sentido do decidido no julgamento de recursos especiais repetitivos ora em análise, não apenas aos processos judiciais pendentes, mas também aos novos processos que versem sobre idêntica tese jurídica.

6. CONCLUSÃO

Ante o acima exposto, verifica-se que a decisão contida no julgamento de Recurso Especial Repetitivo realizado quanto ao contido nos Resp 1.551.951/SP, Resp 1.551.956/SP, REsp 1.551.968/SP e REsp 1.599.511/SP, confere, quanto ao relevante tema objeto deste texto, fundamental dose de segurança jurídica, finalizando debate e robusta polêmica que, com a mencionada decisão, é posta de lado, com condições para mais rápida e uniforme decisão para casos pendentes e, inclusive, aplicabilidade para novos processos que venham a ser ajuizados a este respeito.

Fica, assim, realçada não apenas a solução do caso específico, de especial interesse para os negócios imobiliários, como também fica evidenciada a força que, perante a nova lei processual, reveste as decisões desse tipo, fazendo com que a Advocacia fique atenta e se prepare para enfrentar estas novas modalidades de solução para casos repetitivos, posto que isso irá por certo alterar, e muito, o modo de o advogado orientar seus clientes, quando de fase extrajudicial, bem como no tocante à condução de casos que possam, por ventura, enquadrar-se em julgamento desse tipo.

Era o que cumpria comentar para apreciação pela Comunidade Jurídica.

São Paulo, setembro de 2016.

MARCELO TERRA

Advogado.

JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI

Advogado.

josepuoli@dgcgt.com.br

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A *seleção* de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e condições da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais e seus sucessores oucessionários, por todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais de Autor, previsto na Lei Autoral brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando autorizada a incluir esse Conteúdo Editorial,

nos meios de divulgação impressos ou digitais, *online*, Intranet, via Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e serviços de informação eletrônica, em servidores próprios, de terceiros ou de clientes, podendo distribuí-la comercialmente e comercializá-la, por todos os meios eletrônicos existentes ou que venham a ser criados futuramente, inclusive através de armazenamento temporário ou definitivo em memória ou disco dos usuários ou clientes, em aparelhos móveis ou fixos, portáteis ou não, cabendo à Editora Revista dos Tribunais determinar todas as suas características editoriais e gráficas, preço, modos de distribuição, disponibilização, visualização, acesso, *download*, venda e revenda aos distribuidores, portais de Internet, banco de dados, bem como promoções, divulgação e publicidade. Como contrapartida financeira pela cessão onerosa o Autor receberá um exemplar da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria, dando quitação à Editora Revista dos Tribunais pelo valor de consideração correspondente ao preço de capa praticado com o consumidor final na data da primeira distribuição comercial da Revista. A Editora Revista dos Tribunais fica autorizada a proceder modificações e correções para a

adequação do texto às normas de publicação.

3. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicados nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.
4. O material recebido e não publicado não será devolvido.
5. Os Conteúdos Editoriais devem atender a todas as normas de publicação. A Editora Revista dos Tribunais não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira), que ficam à elaboração exclusiva do Autor do artigo.
6. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *aval.artigo@thomsonreuters.com*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).
7. Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Porém, para publicação na *Revista dos Tribunais*, os trabalhos deverão ter um mínimo de 15 laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques) e de no máximo 25. Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os pará-

grafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar a *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

8. O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo:
Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.
9. Os Conteúdos Editoriais deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês.
10. Deverão ser destacadas as *Palavras-chave* (com o mínimo de cinco), que são palavras ou expressões que sintetizam as ideias centrais do texto e que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho; elas também devem aparecer em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês, a exemplo do *Resumo*.

11. As *referências bibliográficas* deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). As referências devem ser citadas em *notas de rodapé* ao final de cada página, e não em notas de final. Não aceitamos sistema referência autor/data.
 12. Todo *destaque* que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o negrito ou o sublinhado. Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado (“destaque do original”).
 13. As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites* de Internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.
-

Diagramação eletrônica:
TCS - Tata Consultancy Services - CNPJ 04.266.331/0001-29
Impressão e encadernação:
Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.

