



REVISTA
BRASILEIRA DA
ADVOCACIA

Ano 2 • vol. 4 • jan.-mar. / 2017

REVISTA
BRASILEIRA DA
ADVOCACIA

Ano 2 • vol. 4 • jan.-mar. / 2017

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 2 • vol. 4 • jan.-mar. / 2017

DIRETORIA

Presidente - **MARCELO VIEIRA VON ADAMEK**

Vice-Presidente - **LUIZ PÉRISSÉ DUARTE JUNIOR**

1º Secretário - **RENATO JOSÉ CURY**

2º Secretária - **VIVIANE GIRARDI**

1º Tesoureiro - **MÁRIO LUIZ OLIVEIRA DA COSTA**

2º Tesoureiro - **EDUARDO FOZ MANGE**

Diretora Cultural - **FÁTIMA CRISTINA BONASSA BUCKER**

Diretor Adjunto - **ROGÉRIO DE MENEZES CORIGLIANO**

CONSELHO DIRETOR DA AASP

André Almeida Garcia, Eduardo Foz Mange, Elaine Cristina Beltran Camargo, Fátima Cristina Bonassa Bucker, Flávia Hellmeister Clito Fornaciari Dórea, José Alberto Clemente Junior, Juliana Vieira dos Santos, Luiz Périssé Duarte Junior, Marcelo Vieira von Adamek, Mário Luiz Oliveira da Costa, Pedro Ernesto Arruda Proto, Renata Mariz de Oliveira, Renato José Cury, Ricardo de Carvalho Aprigliano, Ricardo Pereira de Freitas Guimarães, Roberto Timoner, Rodrigo Cesar Nabuco de Araujo, Rogério de Menezes Corigliano, Ruy Pereira Camilo Junior, Sílvia Rodrigues Pereira Pachikoski, Viviane Girardi.

COORDENAÇÃO

Flávio Luiz Yarshell

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 2 • vol. 4 • jan.-mar. / 2017

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.

Diagramação eletrônica: TCS - Tata Consultancy Services - CNPJ 04.266.331/0001-29
Impressão e encadernação: Orgráfic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.

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: [03-2017]
Professional
Fechamento desta edição: [08.02.2017]



REVISTA BRASILEIRA DA ADVOCACIA

Ano 2 • vol. 4 • jan.-mar. / 2017

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 Administrativos Editoriais: Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

Produção, Qualidade Editorial e Revisão
Coordenação
LUCIANA VAZ CAMEIRA

Analistas de Operações Editoriais: André Furtado de Oliveira, Bryan Macedo Ferreira, 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

Estagiários: Larissa Gonçalves de Moura e Sthefany Moreira Barros

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

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

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

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 DESTAQUE

Jurídico da AASP – Quadro comparativo do Regimento interno do TJSP	19
--	----

DIREITO ADMINISTRATIVO

A PPP municipal <i>The local government PPP</i> MARCOS AUGUSTO PEREZ	43
--	----

Contribuição no interesse das categorias: natureza jurídica e a função delegada <i>Contribution to interest of categories: legal nature and the delegated function</i> IVES GANDRA DA SILVA MARTINS	63
---	----

DIREITO CIVIL

A prescrição trienal para a responsabilidade contratual: uma controvérsia dispensável <i>Three year – statute of limitation for contractual liability: a dispensable controversy</i> WANDERLEY FERNANDES e ALEX SILVA DOS SANTOS	83
--	----

DIREITO CONSTITUCIONAL

Origens e perspectivas dos recursos excepcionais no Brasil: do mero controle da legalidade e da constitucionalidade à função paradigmática dos precedentes judiciais

Origins and perspectives of exceptional resources in Brazil: from mero control of legality and constitutionality to the paradigmatic function of judicial precedents

LUIZ ANTONIO SAMPAIO GOUVEIA e MARIA EDITH CAMARGO RAMOS SALGRETTI... 109

DIREITO EMPRESARIAL

O direito de propriedade intelectual das empresas montadoras de autopeças, a proteção do consumidor e o direito antitruste

The right of assembly companies on their industrial designs and consumer protection

MARISTELA BASSO 135

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O novo Código de Processo Civil e a prova no Processo do CADE

The new Code of Civil Procedure and the proof in CADE's Proceedings

MAURO GRINBERG, LEONOR CORDOVID e BEATRIZ CRAVO 163

Alienação da coisa ou do Direito Litigioso no Novo CPC

Alienation of Litigious Property or Right in The New Civil Procedure Code

SILAS SILVA SANTOS 181

DIREITO PENAL

Acordos de leniência e de colaboração premiada no direito brasileiro: admissibilidade, polêmicas e problemas a serem solucionados

Leniency agreements and plea bargain agreements under Brazilian Law: some legal controversies

ROGÉRIO FERNANDO TAFFARELLO 211

DIREITO PENAL ECONÔMICO

Direito antitruste e Direito Anticorrupção: pontes para um necessário diálogo

Antitrust and anticorruption Law: bridges for a necessary dialogue

ANA FRAZÃO 235

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**

**INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – In-
denização por danos morais decorrente de atraso de entrega
de unidades autônomas em construção aos consumidores**

Comentário por Rodolfo de Camargo Mancuso 265

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA... 301

PALAVRA DO COORDENADOR

O presente volume da *Revista Brasileira da Advocacia – RBA* mantém-se fiel à proposta de ser um veículo atualizado e diversificado; para que, dessa forma, o leitor tenha em mãos um recurso que, ao mesmo tempo em que o mantém informado, também pode servir de subsídio para lidar com os desafios profissionais.

Atenta às repercussões do novo Código de Processo Civil, a equipe da Associação dos Advogados de São Paulo – AASP se esmerou em trabalho que redundou na comparação entre a versão atual e a precedente do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo. Todos somos sabedores de que o campo de regulação dos Regimentos dos tribunais é – ou deveria ser – relativamente pequeno, diante do primado da lei e das competências constitucionalmente estabelecidas; dentre as quais avulta a exclusiva da União para legislar em matéria processual. Mas, para além da constatação de que isso nem sempre é seguido à risca (basta ver o Regimento do Supremo Tribunal Federal), é forçoso reconhecer que o novo diploma processual também abriu razoável margem de normatização para os tribunais. Portanto, quer para reflexão de ordem acadêmica, quer pelo prisma estritamente pragmático, é preciso estar atento a tais alterações.

Ainda na esteira das reformas processuais civis, o volume traz artigos dedicados aos respectivos desdobramentos: dois deles são voltados à técnica de formação de precedentes, como mecanismo para lidar com a litigiosidade que se repete, com especial interesse pelo âmbito recursal. De forma complementar, há relevante comentário de jurisprudência, que trata justamente de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) instaurado perante o Tribunal de Justiça de São Paulo; mas que é relevante não apenas para o estudo de temas processuais, uma vez que ali são discutidas inúmeras teses de grande relevância para o direito (material) imobiliário.

Das repercussões do novo Código também tratou outro artigo, com foco no assim chamado processo concorrencial, isto é, aquele que tem lugar perante o CADE; tema que, aliás, também é objeto de outra pertinente e atual reflexão, voltada à relação ao direito antitruste e ao combate à corrupção, tema tão em voga por conta das recentes alterações legislativas e, naturalmente, pelo momento que vive o país. E por falar nisso, não poderia faltar trabalho dedicado ao tema das delações premiadas e aos acordos de leniências.

Enfim, outros relevantes trabalhos, da pena de eminentes juristas, e em áreas diversificadas (inclusive as acima mencionadas) completam o conteúdo de mais este volume, fruto de trabalho de dedicada equipe, a quem, como sempre, fica feito o registro de sincero agradecimento; extensivo, naturalmente, a todos os autores que se dispuseram a dar sua relevante contribuição e, assim, abrilhantar mais esta edição da RBA.

FLÁVIO LUIZ YARSELL

Professor Titular na Faculdade de Direito da USP. Advogado.

fly@ycadvogados.com.br

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.

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 destaque



JURÍDICO DA AASP – QUADRO COMPARATIVO DO REGIMENTO INTERNO DO TJSP

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
Art. 2º Compõem o Tribunal: VII – as Seções de Direito Criminal, de Direito Privado e de Direito Público; VIII – as Turmas Especiais das Seções de Direito Criminal, de Direito Privado e de Direito Público; IX – os Presidentes das Seções de Direito Criminal, de Direito Privado e de Direito Público;	Art. 2º Compõem o Tribunal: VII – as Seções Criminal, de Direito Privado e de Direito Público; VIII – as Turmas Especiais das Seções Criminal, de Direito Privado e de Direito Público; IX – os Presidentes das Seções Criminal, de Direito Privado e de Direito Público;
Art. 13. Compete ao Órgão Especial: I – processar e julgar, originariamente: g) as arguições de impedimento ou suspeição de desembargador; i) os agravos internos e regimentais em processos de sua competência; m) proposições de enunciados de súmulas, incidentes de assunção de competência e incidentes de resolução de demandas repetitivas referentes à matéria de sua competência ou à matéria de competência não exclusiva de uma das Turmas Especiais de suas Seções. II – em matéria administrativa: w) processar e julgar a representação contra desembargador por excesso de prazo previsto na lei processual civil (art. 235 do CPC);	Art. 13. Compete ao Órgão Especial: I – processar e julgar, originariamente: g) as exceções de suspeição e impedimento opostas a desembargador; i) os agravos regimentais em processos de sua competência; II – em matéria administrativa: w) processar e julgar a representação contra desembargador por excesso de prazo previsto na lei processual civil (arts. 198 e 199 do CPC);
Art. 26. Compete ao Presidente do Tribunal: I – Em matéria jurisdicional: d) officiar como relator: 1) nos incidentes de suspeição e impedimento de desembargador; 2) com voto, nos agravos internos e regimentais de suas decisões; II – Em matéria administrativa: o) officiar como relator: 3) nos procedimentos contra desembargadores, por excesso de prazo para decisão, na forma da lei processual civil (art.235, <i>caput</i> , do CPC);	Art. 26. Compete ao Presidente do Tribunal: I – Em matéria jurisdicional: d) officiar como relator: 1) nas exceções de suspeição e impedimento de desembargador; 2) com voto, nos agravos regimentais de suas decisões; II – Em matéria administrativa: o) officiar como relator: 3) nos procedimentos contra desembargadores, por excesso de prazo para decisão, na forma da lei processual civil (art. 199 do CPC);

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
<p>Art. 30. O Tribunal é composto por uma Seção de Direito Criminal, uma de Direito Privado e uma de Direito Público, representadas por seus Presidentes e constituídas pelas Turmas Especiais, pelos Grupos de Câmaras, pelas Câmaras ordinárias, especializadas, reservadas e pelos desembargadores, bem como, no âmbito administrativo, por comissões permanentes e temporárias. Haverá também uma Câmara Especial, com competência prevista neste Regimento, desvinculada das Seções.</p>	<p>Art. 30. O Tribunal é composto por uma Seção Criminal, uma de Direito Privado e uma de Direito Público, representadas por seus Presidentes e constituídas pelas Turmas Especiais, pelos Grupos de Câmaras, pelas Câmaras ordinárias, especializadas, reservadas e pelos desembargadores, bem como, no âmbito administrativo, por comissões permanentes e temporárias. Haverá também uma Câmara Especial, com competência prevista neste Regimento, desvinculada das Seções.</p>
<p>Art. 31. As Turmas Especiais são compostas pelos dois desembargadores mais antigos de cada Câmara da mesma Seção ou Subseção ou, havendo recusa, pelos seguintes na ordem de antiguidade, sucessivamente. É vedada a recusa que comprometer a representação da Câmara. § 1º (...) § 2º (...) § 3º Para fins de rejeição ou ratificação virtual de enunciados de teses jurídicas decorrentes de incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência, as Turmas Especiais serão compostas por todos os desembargadores da respectiva Seção.</p>	<p>Art. 31. As Turmas Especiais são compostas pelos dois desembargadores mais antigos de cada Câmara da mesma Seção ou Subseção ou, havendo recusa, pelos seguintes na ordem de antiguidade, sucessivamente. É vedada a recusa que comprometer a representação da Câmara. § 1º (...) § 2º (...)</p>
<p>Art. 32. Compete às Turmas Especiais: I – a uniformização da jurisprudência, por súmulas ou por incidentes de resolução de demandas repetitivas referentes à matéria de competência exclusiva de sua Seção; II – a assunção de competência prevista na lei processual civil (art. 947 do CPC) referente à matéria de competência exclusiva de sua Seção;</p>	<p>Art. 32. Compete às Turmas Especiais: I – a uniformização da jurisprudência; II – a assunção de competência prevista na lei processual civil (art. 555, § 1º, do CPC);</p>
<p>Art. 33. A Câmara Especial, presidida pelo Vice-Presidente do Tribunal, é integrada pelos Presidentes das Seções e pelo Decano. Parágrafo único. Competirá à Câmara Especial processar e julgar: I – Os incidentes de suspeição e impedimento de juiz de primeiro grau;</p>	<p>Art. 33. A Câmara Especial, presidida pelo Vice-Presidente do Tribunal, é integrada pelos Presidentes das Seções e pelo Decano. Parágrafo único. Competirá à Câmara Especial processar e julgar: I – as exceções de suspeição e impedimento de juiz de primeiro grau;</p>

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
<p>Art. 35. As Câmaras julgam os recursos das decisões de primeiro grau, os embargos declaratórios opostos a seus acórdãos, as ações rescisórias, as reclamações por descumprimento de seus julgados, os agravos internos e regimentais, <i>habeas corpus</i>, mandados de segurança e demais feitos de competência originária.</p>	<p>Art. 35. As Câmaras julgam os recursos das decisões de primeiro grau, os embargos infringentes, os embargos declaratórios opostos a seus acórdãos, as ações rescisórias, as reclamações por descumprimento de seus julgados, os agravos regimentais, <i>habeas corpus</i>, mandados de segurança e demais feitos de competência originária.</p>
<p>Art. 37. A competência que exceder à das Câmaras cabe aos Grupos, ressalvada a das Turmas Especiais e a do Órgão Especial, conforme dispuserem a legislação e este Regimento. § 1º O Grupo julgará os mandados de segurança e os <i>habeas corpus</i> de atos das Câmaras e de seus relatores, inclusive os do próprio Grupo; as ações rescisórias, as revisões criminais, as reclamações por descumprimento de seus julgados e os embargos de declaração, além dos demais feitos que, pela natureza, forem de sua competência.</p>	<p>Art. 37. A competência que exceder à das Câmaras cabe aos Grupos, ressalvada a das Turmas Especiais e a do Órgão Especial, conforme dispuserem a legislação e este Regimento. § 1º O Grupo julgará os mandados de segurança e os <i>habeas corpus</i> de atos das Câmaras e de seus relatores, inclusive os do próprio Grupo; as ações rescisórias, as revisões criminais, as reclamações por descumprimento de seus julgados, os embargos de declaração e os infringentes de seus acórdãos, além dos demais feitos que, pela natureza, forem de sua competência.</p>
<p>Art. 39. Os feitos de competência do Órgão Especial e das Turmas Especiais são julgados por um relator e pelos demais integrantes do respectivo órgão.</p>	<p>Art. 39. Os feitos de competência do Órgão Especial e das Turmas Especiais são julgados por um relator, um revisor, quando for o caso, e pelos demais integrantes do respectivo órgão.</p>
<p>Art. 40. Os feitos de competência dos Grupos são julgados por: II – um segundo juiz sendo o seguinte ao relator em ordem decrescente de antiguidade no Grupo e que não tenha participado do julgamento anterior; IV – como vogais, seguida a ordem de antiguidade do segundo juiz, tantos juizes que não tenham participado do julgamento anterior, quantos se fizerem necessários à complementação dos seguintes quóruns: a) na ação rescisória de acórdão proferido pela Câmara em apelação, em um total de sete juizes; b) na ação rescisória de acórdão proferido pela Câmara em outra ação rescisória, no total de sete juizes; c) nos demais feitos que tenham por objeto ato ou acórdão proferido pela Câmara ou por seus relatores, no total de</p>	<p>Art. 40. Os feitos de competência dos Grupos são julgados por: II – um revisor, quando for o caso, sendo o seguinte ao relator em ordem decrescente de antiguidade no Grupo e que não tenha participado do julgamento anterior; IV – como vogais, seguida a ordem de antiguidade do revisor, tantos juizes que não tenham participado do julgamento anterior, quantos se fizerem necessários à complementação dos seguintes quóruns: a) na ação rescisória de acórdão proferido pela Câmara em apelação, em um total de sete juizes; b) na ação rescisória de acórdão proferido pela Câmara em embargos infringentes, no total de sete juizes; c) na ação rescisória de acórdão proferido pela Câmara em outra ação rescisória, no total de sete juizes; d) nos demais</p>

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
<p>sete juízes; d) nos demais feitos que tenham por objeto ato ou acórdão proferido pelo Grupo ou por seus relatores, no total de nove juízes. V – como vogais, seguida a ordem de antiguidade do relator, tantos juízes que não tenham participado do julgamento anterior não unânime, quantos se fizerem necessários à complementação dos seguintes quóruns: a) de acórdão proferido pelo Grupo em ação rescisória, de acórdão proferido pela Câmara em apelação, no total de nove juízes;</p> <p>b) nos julgamentos não unânimes de acórdão proferido pelo Grupo em ação rescisória de acórdão proferido pela Câmara em ação rescisória, no total de nove juízes.</p>	<p>feitos que tenham por objeto ato ou acórdão proferido pela Câmara ou por seus relatores, no total de sete juízes; e) nos embargos infringentes de acórdão proferido pelo Grupo em ação rescisória de acórdão proferido pela Câmara em apelação, no total de nove juízes; f) nos embargos infringentes de acórdão proferido pelo Grupo em ação rescisória de acórdão proferido pela Câmara em embargos infringentes, no total de nove juízes; g) nos embargos infringentes de acórdão proferido pelo Grupo em ação rescisória de acórdão proferido pela Câmara em ação rescisória, no total de nove juízes; h) nos demais feitos que tenham por objeto ato ou acórdão proferido pelo Grupo ou por seus relatores, no total de nove juízes.</p>
<p>Art. 41. Os feitos de competência das Câmaras são julgados por turma de três desembargadores, ou, em se tratando de julgamento realizado na forma do art. 942 do CPC, pelos cinco integrantes da Câmara, preferencialmente na mesma sessão ou em sessão a ser designada.</p>	<p>Art. 41. Os feitos de competência das Câmaras são julgados por turma de três desembargadores, ou, em se tratando de embargos infringentes, pelos cinco integrantes da Câmara. Parágrafo único – Nos embargos infringentes julgados pela Câmara, a escolha do relator recairá num dos dois desembargadores restantes da Câmara, que não hajam participado do acórdão recorrido. Em caso de afastamento de qualquer deles, aplicar-se-á o disposto no art. 105,</p> <p>§ 1º, deste Regimento Interno.</p>
<p>Art. 42. Nos casos dos arts. 39, 40 e 41, quando necessário à composição da turma julgadora ou ao desempate, serão convocados o desembargador mais antigo que ainda não tenha votado, dentro do órgão julgador; na impossibilidade, convocar-se-á o desembargador com maior antiguidade de outro órgão da mesma Seção, Subseção ou Grupo, conforme o caso.</p>	<p>Art. 42. Nos casos dos arts. 40 e 41, quando necessário à</p> <p>composição da turma julgadora ou ao desempate, será convocado o desembargador mais antigo que ainda não tenha votado, dentro do órgão julgador; na impossibilidade, convocar-se-á o desembargador com</p> <p>maior antiguidade de outro órgão da mesma Seção, Subseção ou Grupo, conforme o caso.</p>
<p>Art. 45. Compete aos Presidentes das Seções: IV – processar os recursos especial e extraordinário relativos a feitos da respectiva Seção, decidindo os incidentes;</p>	<p>Art. 45. Compete aos Presidentes das Seções: IV – processar os recursos especial e extraordinário relativos a feitos da respectiva Seção, decidindo os incidentes, inclusive as cautelares;</p>

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
<p>Art. 68. Nos casos de remoção ou permuta, o Desembargador assumirá o acervo da nova cadeira, continuando vinculado, nas Turmas Especiais, no Grupo ou na Câmara de origem, aos feitos em que houver lançado visto, com remessa à mesa para julgamento. Parágrafo único. No Órgão Especial, cessada a investidura do Desembargador (classe antiguidade e eleição), o seu sucessor assumirá os processos vinculados à cadeira, salvo, quanto aos dessa última classe, os com voto já lançado nos autos, sendo-lhe facultado, se entender necessário, mandar repetir ou complementar provas já produzidas.</p>	<p>Art. 68. Nos casos de remoção ou permuta, o Desembargador assumirá o acervo da nova cadeira, continuando vinculado, nas Turmas Especiais, no Grupo ou na Câmara de origem, aos feitos em que houver lançado visto, com remessa à mesa para julgamento. Parágrafo único. No Órgão Especial, cessada a investidura do Desembargador (classe antiguidade e eleição), os processos de seu acervo, bem como os distribuídos a seu antecessor, suplente ou substituto, salvo os enviados à mesa, serão redistribuídos a todos os integrantes do Colegiado, facultada a adoção do disposto no art. 132, do Código de Processo Civil, nos casos de procedimento administrativo.</p>
<p>Art. 70. O desembargador afastado, licenciado ou em férias permanecerá vinculado ao acervo que lhe cabe no Órgão Especial, nas Turmas Especiais, no Grupo e na Câmara. § 1º Os casos urgentes serão apreciados pelo segundo juiz e, na impossibilidade, pelos demais integrantes da Câmara, Grupo, Turma Especial ou Órgão Especial;</p>	<p>Art. 70. O desembargador afastado, licenciado ou em férias permanecerá vinculado ao acervo que lhe cabe no Órgão Especial, nas Turmas Especiais, no Grupo e na Câmara. § 1º Os casos urgentes serão apreciados pelo revisor ou segundo juiz e, na impossibilidade, pelos demais integrantes da Câmara, Grupo, Turma Especial ou Órgão Especial.</p>
<p>Art. 72. Quando, em decorrência de afastamento definitivo do desembargador relator, remanescerem feitos remetidos à Mesa, serão eles redistribuídos ao segundo juiz ou ao juiz com visto nos autos, compensando-se.</p>	<p>Art. 72. Quando, em decorrência de afastamento definitivo do desembargador relator, remanescerem feitos remetidos à Mesa, serão eles redistribuídos ao revisor ou ao juiz com visto nos autos, compensando-se.</p>
<p>Art. 88. Salvo risco à incolumidade pessoal ou outro motivo de relevante interesse público, só poderão requerer permuta os juizes com mais de um ano de efetivo exercício na entrância e que não estiverem inscritos em concurso de promoção. § 1º – Depois de remoção ou permuta, o juiz deverá cumprir novo estágio de um ano de efetivo exercício no cargo para concorrer a outra. § 2º – Na entrância final, é vedada a permuta se algum dos permutantes estiver em condição de se promover para o segundo grau ou de se remover para o cargo de substituto de segundo grau.</p>	<p>Art. 88. Salvo risco à incolumidade pessoal ou outro motivo de relevante interesse público, só poderão requerer permuta os juizes com mais de um ano de efetivo exercício na entrância e que não estiverem inscritos em concurso de promoção. Parágrafo único. Depois de remoção ou permuta, o juiz deverá cumprir novo estágio de um ano para concorrer a outra.</p>

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
<p>Art. 105. A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados.</p> <p>§ 1º (...)</p> <p>§ 2º (...)</p> <p>§ 3º O relator do primeiro recurso protocolado no tribunal terá a competência preventa para os recursos subsequentes no mesmo processo ou em processos conexos, enquanto compuser ou auxiliar a Câmara ou o Grupo, segundo a cadeira do tempo da distribuição.</p>	<p>Art. 105. A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventa para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados. § 1º O afastamento dos juizes que participaram do julgamento anterior não rompe a prevenção, sendo o novo processo distribuído a quem os substituir ou assumir a cadeira vaga. § 2º O Presidente da respectiva Seção poderá apreciar as medidas de urgência, sempre que inviável a distribuição e encaminhamento imediatos do processo ao desembargador sorteado.</p>
<p>Art. 108. Será juiz certo: II – o desembargador que tenha tomado parte num julgamento, para o novo a que se proceder, em virtude de conversão em diligência e, sempre que possível embargos de declaração, qualquer que seja a razão da cessação de sua participação no órgão julgador; III – o relator do acórdão suscitante, para uniformização da jurisprudência, por proposições de súmulas ou por incidente de resolução de demandas repetitivas, e para assunção de competência; IV – o relator do acórdão para reexame das decisões na forma do art. 1.040, inciso II, do CPC;</p>	<p>Art. 108. Será juiz certo: II – o desembargador que tenha tomado parte num julgamento, para o novo a que se proceder, em virtude de conversão em diligência ou oposição de embargos infringentes e, sempre que possível, embargos de declaração, qualquer que seja a razão da cessação de sua participação no órgão julgador; III – o relator do acórdão suscitante, para uniformização da jurisprudência ou assunção de competência; IV – o Relator do acórdão para reexame das decisões na forma do § 3º do art. 543-B e do § 7º, inciso II, do art. 543-C, ambos do CPC.</p>
<p>Art. 109. Deixará de ser juiz certo no processo o desembargador que vier a afastar-se, a qualquer título, por período superior a sessenta dias, depois da aposição de visto nos autos ou do pedido de adiamento; ele, seu substituto ou sucessor, no entanto, continuam como juiz certo dos processos</p>	<p>Art. 109. Deixará de ser juiz certo no processo o desembargador que vier a afastar-se, a qualquer título, por período superior a sessenta dias, depois da aposição de visto nos autos ou do pedido de adiamento; ele, seu substituto ou sucessor, no entanto, continuam como juiz certo dos processos que vierem a ser</p>

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
<p>que vierem a ser distribuídos por prevenção. § 1º O segundo juiz ou o seguinte na ordem de antiguidade, substituirá o relator afastado ou impedido, nos embargos de declaração, uniformização de jurisprudência, assunção ou dúvida de competência. § 2º Em uniformização de jurisprudência, por proposição de súmula ou por incidente de resolução de demandas repetitivas e nos casos de assunção ou de dúvida de competência, o relator afastado ou impedido, salvo no Órgão Especial, será substituído pelo segundo juiz do acórdão suscitante, caso seja integrante do órgão julgador.</p>	<p>distribuídos por prevenção. § 1º O revisor ou o segundo juiz, ou o seguinte na ordem de antiguidade, substituirá o relator afastado ou impedido, nos embargos de declaração, uniformização de jurisprudência, assunção ou dúvida de competência. § 2º Nos incidentes de uniformização da jurisprudência, assunção ou de dúvida de competência, o relator afastado ou impedido, salvo no Órgão Especial, será substituído pelo revisor ou segundo juiz do acórdão suscitante.</p>
<p>Art. 111. No incidente de impedimento ou suspeição de juiz, distribuído no órgão fracionário competente, o relator, se verificar falta de fundamento ou dos requisitos legais, proporá o arquivamento. § 2º Acolhido o incidente, o juiz será comunicado incontinenti, independentemente da lavratura do acórdão e, no caso de erro inescusável, condenado nas custas, remetendo-se os autos ao substituto legal.</p>	<p>Art. 111. Na exceção de impedimento ou suspeição de juiz, distribuída no órgão fracionário competente, o relator, se verificar falta de fundamento ou dos requisitos legais, proporá o arquivamento. § 2º Acolhida a exceção, o juiz será comunicado incontinenti, independentemente da lavratura do acórdão e, no caso de erro inescusável, condenado nas custas, remetendo-se os autos ao substituto legal.</p>
<p>Art. 113. O Presidente mandará arquivar a petição de suspeição, se manifesta sua inconsistência; da decisão caberá agravo interno para o Órgão Especial.</p>	<p>Art. 113. O Presidente mandará arquivar a petição de arguição de suspeição, se manifesta sua inconsistência; da decisão caberá agravo regimental para o Órgão Especial.</p>
<p>Art. 114. Processado o incidente, a petição será juntada aos autos, que serão conclusos ao desembargador; aceitando a arguição, remeterá o feito ao substituto legal ou à redistribuição; recusando, apresentará as razões de discordância e continuará nele oficiando.</p> <p>§ 2º Produzidas provas reputadas necessárias, o Presidente assinará o prazo de quarenta e oito horas para a manifestação sucessiva do requerente e do requerido, remetendo os autos, em seguida, para julgamento pelo Órgão Especial.</p>	<p>Art. 114. Processada a exceção, a petição será juntada aos autos, que serão conclusos ao desembargador; aceitando a arguição, remeterá o feito ao substituto legal ou à redistribuição; recusando, apresentará as razões de discordância e continuará nele oficiando.</p> <p>§ 2º Produzidas provas reputadas necessárias, o Presidente assinará o prazo de quarenta e oito horas para a manifestação sucessiva do arguente e do arguido, remetendo os autos, em seguida, para julgamento pelo Órgão Especial.</p>

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
<p>§ 3º Aceita a petição ou declarado procedente o incidente pelo Tribunal, os atos decisórios praticados pelo requerido serão considerados inválidos, caso não venham a ser ratificados pelo substituto legal.</p>	<p>§ 3º Aceita a arguição ou declarada pelo Tribunal, os atos decisórios praticados pelo arguido serão considerados inválidos, caso não venham a ser ratificados pelo substituto legal.</p>
<p>Art. 116. As sessões realizar-se-ão no período compreendido entre nove e dezessete horas dos dias úteis, podendo haver prorrogação sempre que o serviço o exigir.</p> <p>§ 2º No período de 20 de dezembro a 20 de janeiro, inclusive, suspenso o curso dos prazos processuais, não serão realizadas audiências nem sessões de julgamento e o expediente, no Foro Judicial de primeira e segunda instâncias do Estado e na Secretaria do Tribunal de Justiça, será, até o dia 6 de janeiro, pelo sistema de plantões judiciários, na forma da Resolução 8, de 29.11.2005, do Conselho Nacional de Justiça. § 4º A Presidência do Tribunal de Justiça adotará as providências para, no período de que trata a Resolução 8, de 29.11.2005, aumentar o número de Magistrados plantonistas previsto nas escalas normais de primeira instância, de modo a garantir a adequação do atendimento e o caráter ininterrupto da atividade jurisdicional, de acordo com o disposto no art. 93, inciso XII da Constituição Federal, observando-se, de 06 a 20 de janeiro, o expediente regular em todas as unidades judiciais.</p>	<p>Art. 116. As sessões realizar-se-ão no período compreendido entre nove e dezessete horas dos dias úteis, podendo haver prorrogação sempre que o serviço o exigir. § 2º No período de 20 de dezembro a 06 de janeiro, o expediente, no Foro Judicial de primeira e segunda instâncias do Estado e na Secretaria do Tribunal de Justiça, será pelo sistema de plantões judiciários, na forma da Resolução 8, de 29.11.2005, do Conselho Nacional de Justiça. § 4º A Presidência do Tribunal de Justiça adotará as providências jurisdicional, de acordo com o disposto no art. 93, inciso XII da Constituição Federal, para, nesse período, aumentar o número de Magistrados plantonistas previsto nas escalas normais de primeira instância, de modo a garantir a adequação do atendimento e o caráter ininterrupto da atividade.</p>
<p>Art. 126. Ressalvados os casos previstos na legislação, na elaboração da ordem do dia, as classes atenderão à natureza dos feitos e observarão a seguinte preferência: I – feitos do Órgão Especial: f) incidentes de suspeição e impedimento; g) agravos internos e regimentais; k) uniformização de jurisprudência, por proposição de súmula; l) incidente de assunção de competência; m) incidente de resolução de demandas repetitivas; n) processos de outra natureza. II – feitos das Turmas Especiais: b) agravos</p>	<p>Art. 126. Ressalvados os casos previstos na legislação, na elaboração da ordem do dia, as classes atenderão à natureza dos feitos e observarão a seguinte preferência: I – feitos do Órgão Especial: f) exceções de suspeição e impedimento; g) agravos regimentais; k) uniformizações de jurisprudência; l) processos de outra natureza; II – feitos das Turmas Especiais: b) agravos regimentais; c) assunção de competência (art. 555, § 1º do CPC); d) uniformizações de jurisprudência; e) processos de outra natureza; IV – feitos cíveis, disciplinares</p>

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
internos e regimentais; c) incidente de asunção de competência (art. 947 do CPC); d) uniformização de jurisprudência, por proposição de súmulas; e) incidente de resolução de demandas repetitivas; f) processos de outra natureza. IV – feitos cíveis, disciplinares e especiais: c) agravos internos e regimentais; f) incidentes de suspeição e de impedimento; m) processos de outra natureza.	e especiais: c) agravos regimentais; f) exceções de suspeição e de impedimento; m) embargos infringentes;
Art. 127. A pauta de julgamento será publicada, pelo menos, cinco dias antes da data da sessão correlata, sua cópia será afixada à porta da sala da sessão, com antecedência mínima de quinze minutos, e entregue a cada desembargador.	Art. 127. Cópia da pauta de julgamento será afixada à porta da sala da sessão, com antecedência mínima de quinze minutos, e entregue a cada desembargador.
Art. 128. Haverá preferência na inscrição e na ordem do dia: I – dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, sobre os demais feitos, exceto os que envolvam réu preso e os pedidos de <i>habeas corpus</i> ; II – dos processos de falência e de recuperação judicial de empresa e seus incidentes em relação aos outros da mesma classe.	Art. 128. Os processos de falência e de recuperação judicial de empresa e seus incidentes preferem aos outros da mesma classe, na inscrição e na ordem do dia.
Art. 134. Nenhum feito será julgado na ausência do relator, ainda que já tenha proferido voto, salvo se, iniciado o julgamento, vier ele a se afastar, computando-se os votos proferidos. Parágrafo único. A ausência ocasional de vogal não acarretará adiamento, se for possível substituição por outro juiz.	Art. 134. Nenhum feito será julgado na ausência do relator, ainda que já tenha proferido voto, salvo se, iniciado o julgamento, vier ele a se afastar, computando-se os votos proferidos. § 1º A ausência do revisor que ainda não tenha votado acarretará o adiamento do julgamento, salvo se seu afastamento for superior a quarenta dias, quando será substituído. § 2º A ausência ocasional de vogal não acarretará adiamento, se for possível substituição por outro juiz.
Art. 135. Feito o pregão e chamados os advogados inscritos para sustentação oral, o relator fará a exposição da causa, sem manifestar o voto. § 2º Reiniciado o julgamento, será dada a palavra ao desembargador que pediu o adiamento, seguindo-se a retomada dos votos anteriormente proferidos, a começar pelo do relator; se algum desembargador modificar seu voto,	Art. 135. Feito o pregão e chamados os advogados inscritos para sustentação oral, o relator fará a exposição da causa, sem manifestar o voto. § 1º Concluído o relatório e a sustentação oral, se houver, o relator e os demais membros da turma julgadora preferirão voto, ressalvada a possibilidade de adiamento. § 2º Se houver revisor, proferirá ele o voto; se não, passar-se-á à discussão,

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
<p>será reaberta a discussão, reiniciando-se a votação. § 3º Da discussão podem participar todos os desembargadores do órgão julgador, ainda que não tenham voto. § 4º Cada desembargador poderá falar duas vezes sobre toda a matéria do feito em julgamento e mais uma para justificar eventual modificação do voto já proferido; nenhum deles falará sem que o presidente lhe conceda a palavra, nem interromperá quem estiver no uso dela, sem o consentimento do orador. § 5º O disposto no parágrafo anterior não se aplica ao relator, que poderá usar da palavra sempre que necessário, para apreciação de votos já proferidos. § 6º As questões de ordem, preliminares e prejudiciais serão apreciadas antes do mérito.</p>	<p>coihendo-se os votos, em seguida. § 3º Reiniciado o julgamento, será dada a palavra ao desembargador que pediu o adiamento, seguindo-se a retomada dos votos anteriormente proferidos, a começar pelo do relator; se algum desembargador modificar seu voto, será reaberta a discussão, reiniciando-se a votação. § 4º Da discussão podem participar todos os desembargadores do órgão julgador, ainda que não tenham voto. § 5º Cada desembargador poderá falar duas vezes sobre toda a matéria do feito em julgamento e mais uma para justificar eventual modificação do voto já proferido; nenhum deles falará sem que o presidente lhe conceda a palavra, nem interromperá quem estiver no uso dela, sem o consentimento do orador. § 6º O disposto no parágrafo anterior não se aplica ao relator, que poderá usar da palavra sempre que necessário, para apreciação de votos já proferidos. § 7º As questões de ordem, preliminares e prejudiciais serão apreciadas antes do mérito.</p>
<p>Art. 144. Além das prioridades legais, terão preferência os julgamentos: IV – com pedido de preferência, apresentado até o início da sessão de julgamento, presente advogado ou estagiário.</p>	<p>Art. 144. Além das prioridades legais, terão preferência os julgamentos: IV – com pedido de preferência, presente advogado ou estagiário.</p>
<p>Art. 146. Ressalvado o direito ao adiamento, o advogado, pretendendo fazer sustentação oral em sessão já designada, deverá comunicar o oficial de câmara até o início dos trabalhos e no local de sua realização, devendo observar-se a ordem dos pedidos. § 2º Ressalvada disposição legal em sentido contrário, não haverá sustentação oral nos julgamentos de embargos declaratórios, incidente de suspeição, conflito de competência, arquivamento de inquérito ou representação criminal, e agravo, exceto no de instrumento referente às tutelas provisórias de urgência ou da evidência, e no interno</p>	<p>Art. 146. Ressalvado o direito ao adiamento, o advogado, pretendendo fazer sustentação oral em sessão já designada, deverá comunicar o oficial de câmara até o início dos trabalhos e no local de sua realização, devendo observar-se a ordem dos pedidos. § 2º Ressalvada disposição legal em sentido contrário, não haverá sustentação oral nos julgamentos de agravo, embargos declaratórios, reclamação, arguição de suspeição, arquivamento de inquérito ou representação criminal.</p>

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
referente à extinção de feito originário previsto no art. 937, VI, do CPC. § 3º A sustentação oral por meio de videoconferência ou outro meio similar (art. 937, § 4º, do CPC) será feita conforme o recurso tecnológico regulamentado pelo Tribunal de Justiça, desde que o advogado a requeira até o dia anterior ao da sessão.	
Art. 150. É permitida a renovação da sustentação oral sempre que o feito retorne à Mesa, após o cumprimento de diligência ou, quando oficie novo juiz, em julgamento adiado, ou que tenha prosseguimento em outra sessão, no caso do art. 942 do CPC.	Art. 150. É permitida a renovação da sustentação oral sempre que o feito retorne à Mesa, após o cumprimento de diligência ou, quando oficie novo juiz, em julgamento adiado.
Art. 152. Após o voto do relator serão tomados os votos dos demais julgadores em ordem de antiguidade. Parágrafo único. Na uniformização de jurisprudência e em casos em que tenha havido julgamento anterior, os desembargadores que dele participaram serão chamados a votar logo após o relator.	Art. 152. Após os votos do relator e do revisor, se houver, serão tomados os votos dos demais julgadores em ordem de antiguidade. Parágrafo único. Na uniformização de jurisprudência e em casos em que tenha havido julgamento anterior, os desembargadores que dele participaram serão chamados a votar logo após o relator e o revisor, se houver.
Art. 155. Vencido o relator no mérito ou na questão principal, ainda que em parte, caberá ao desembargador designado redigir o acórdão. § 2º Publicado o acórdão, cessa a vinculação do relator designado para redigi-lo, salvo em relação aos embargos de declaração.	Art. 155. Vencido o relator no mérito ou na questão principal, ainda que em parte, caberá ao desembargador designado redigir o acórdão. § 2º Publicado o acórdão, cessa a vinculação do relator designado para redigi-lo, salvo em relação aos embargos de declaração e ao juízo de admissibilidade dos infringentes.
Art. 156. O desembargador que discordar dos votos vencedores fará declaração de voto, ainda que restrita aos fundamentos, constando da tira de julgamento uma ou outra circunstância.	Art. 156. O desembargador que discordar dos votos vencedores poderá fazer declaração de voto, ainda que restrita aos fundamentos, constando da tira de julgamento uma ou outra circunstância; será obrigatória a declaração, se a hipótese comportar embargos infringentes.
Art. 168. O relator é o juiz preparador do feito e decidirá as questões urgentes, liminares, incidentes e aquelas que independem do colegiado, nos termos da legislação, oficiando, ainda, como instrutor, sendo	Art. 168. O relator é o juiz preparador do feito e decidirá as questões urgentes, liminares, incidentes e aquelas que independem do colegiado, nos termos da legislação, oficiando, ainda, como instrutor, sendo facultada a

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
facultada a delegação de diligências a juiz de primeiro grau. § 2º Diante da relevância da questão, o relator, em qualquer feito, poderá submeter diretamente ao colegiado a apreciação da liminar ou tutela provisória de urgência.	delegação de diligências a juiz de primeiro grau. § 2º Diante da relevância da questão, o relator, em qualquer feito, poderá submeter diretamente ao colegiado a apreciação da liminar ou medida antecipatória.
Art. 169. Recebidos, os autos serão imediatamente conclusos ao relator, que depois de elaborar o voto, os remeterá, com relatório, à Mesa.	Art. 169. Incumbe ao revisor representar ao relator, sugerindo a retificação do relatório, a juntada de petição, a realização de diligência, e lançar visto nos autos, remetendo-os à Mesa.
Art. 172. O prazo para exame dos autos e elaboração de voto pelo relator é de trinta dias, quando outro não for estabelecido.	Art. 172. O prazo para exame dos autos e elaboração de voto pelo relator e pelo revisor é de sessenta dias, quando outro não for estabelecido.
Art. 183. Feita a distribuição, os autos serão imediatamente conclusos ao relator.	Art. 183. Feita a distribuição, os autos serão enviados ao relator no prazo máximo de três dias.
Art. 184. Salvo disposição legal ou regulamentar, os feitos serão distribuídos nas seguintes classes: I – no Órgão Especial: e) incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência; f) outros feitos. II – no Conselho Superior da Magistratura: a) representações por excesso de prazo imputado a juiz, de acordo com a lei processual civil (art. 235 do CPC); III – nas Turmas Especiais: a) dúvidas de competência, reclamações, uniformização de jurisprudência, por súmulas ou por incidentes de resolução de demandas repetitivas, e assunção de competência (art. 947 do CPC); IV – nas Seções de Direito Privado e Público, segundo a competência de cada uma: e) apelações e reexames necessários; V – na Seção de Direito Criminal:	Art. 184. Salvo disposição legal ou regulamentar, os feitos serão distribuídos nas seguintes classes: I – no Órgão Especial: e) outros feitos; II – no Conselho Superior da Magistratura: a) representações por excesso de prazo imputado a juiz, de acordo com a lei processual civil (arts. 198 e 199 do CPC); III – nas Turmas Especiais: a) dúvidas de competência, reclamações, uniformização de jurisprudência e assunção de competência (art. 555, § 1º do CPC); IV – nas Seções de Direito Privado e Público, segundo a competência de cada uma: e) embargos infringentes, apelações e reexames necessários; V – na Seção Criminal:
Art. 190. A uniformização de jurisprudência será por súmulas, por enunciado de jurisprudência pacificada ou por enunciado de tese jurídica fixada em incidente de resolução de demandas repetitivas. § 1º As súmulas serão aprovadas pelo Órgão	Art. 190. O incidente de uniformização da jurisprudência, nos termos da lei, será apreciado pelas Turmas Especiais ou pelo Órgão Especial, neste, quando se tratar de matéria constitucional ou de sua competência e se houver divergência entre as Seções. O relator

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
<p>Especial, que as editará, com exclusividade; os enunciados, pelas Turmas Especiais ou pelo Órgão Especial, neste, quando se tratar de matéria constitucional, ou de sua competência, ou de competência não exclusiva de uma das Turmas Especiais de suas Seções, ou, ainda, se houver divergência entre as Seções. § 2º O relator, nestes casos, sempre que possível, será o do acórdão que lhe deu origem, quando ele também for integrante do órgão julgador competente para a uniformização da jurisprudência; ou, então, por livre distribuição, no Órgão Especial, entre seus membros, e, nas Turmas Especiais, entre seus membros que integram as Câmaras cuja competência seja correlata à matéria a ser discutida. § 3º As súmulas e os enunciados indicarão a tese de direito aprovada, a situação a que se aplicam, e, conforme cada tipo de uniformização, as circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua edição, os fundamentos determinantes e os dispositivos normativos relacionados. § 4º As súmulas e os enunciados aprovados serão numerados segundo sua espécie, cuidando o Presidente do Tribunal de organizá-los e providenciar sua divulgação, bem como de comunicar ao Conselho Nacional de Justiça a instauração e o julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas. § 5º A revisão ou a alteração de súmula e de enunciado será pelo mesmo órgão e pelas mesmas formas procedimentais e decisórias de sua aprovação, observadas as prescrições e ressalvas legais. § 6º Em caso de divergência entre súmulas ou enunciados da Turma de Uniformização dos Juizados Especiais e súmulas, enunciados ou jurisprudência dominante das Seções do Tribunal de Justiça, o Órgão Especial deliberará sobre ela, dirimindo a controvérsia após ser provocado pelo Presidente do Tribunal de Justiça, pelo Presidente da Turma de Uniformização ou por qualquer dos Presidentes de Seção.</p>	<p>do incidente, sempre que possível, será o do acórdão que lhe deu origem.</p>

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
<p>Art. 191. A aprovação de súmula, de enunciado de jurisprudência pacificada ou de enunciado de tese jurídica de incidente de resolução de demandas repetitivas dependerá de decisão por maioria absoluta dos membros do respectivo órgão de julgamento, em todas as suas esferas ou fases, quando houver mais de uma. § 1º O presidente da sessão votará apenas para o desempate, ressalvada previsão regimental diversa. § 2º Nas Turmas Especiais das Seções de Direito Público e de Direito Privado, a aprovação dos enunciados se desdobrará em três fases, prejudicando-se a subsequente, se não houver aprovação na antecedente:</p> <p>I – na primeira, a Turma Julgadora é composta apenas pelos desembargadores da Turma Especial que integram as Câmaras cuja competência seja correlata à matéria em discussão;</p> <p>II – na segunda, apenas para ratificar ou rejeitar o enunciado de jurisprudência pacificada e o enunciado de tese jurídica de incidente de resolução de demanda repetitiva aprovada na fase antecedente, votam os demais desembargadores que compõem a Turma Especial;</p> <p>III – na terceira, apenas para ratificar ou rejeitar o enunciado de jurisprudência pacificada ou o enunciado de tese jurídica de incidente de resolução de demanda repetitiva aprovado na fase antecedente, votam, em meio digital e com assinatura eletrônica, no prazo de cinco dias, todos os desembargadores da respectiva Seção que compõem Câmaras ou Grupos cuja competência seja correlata à matéria do enunciado. § 3º Havendo necessidade, para composição da Turma Julgadora (§ 1º, I) – a ser integrada, no mínimo, por três desembargadores –, ou, então, para desempate, se o caso, participará do julgamento o Presidente da Turma, e, se preciso, o desembargador</p>	<p>Art. 191. O julgamento poderá ser objeto de súmula ou enunciado, se a decisão for tomada por maioria absoluta, e se desdobrará em três fases: exame da ocorrência da divergência, apreciação das teses em conflito e edição de súmula ou enunciado, se for o caso. § 1º Na primeira fase, o julgamento dar-se-á por maioria simples; nas demais, por maioria absoluta. O presidente da sessão, em qualquer fase, só votará para o desempate. § 2º A súmula ou enunciado indicará a tese de direito aprovada e a situação a que se aplica. § 3º Serão aprovados pelo Órgão Especial, que os editará com exclusividade, quando, independentemente de incidente de uniformização, houver proposta dele próprio, das Turmas Especiais, da Turma de Uniformização do Sistema de Juizados Especiais ou da Comissão de Jurisprudência. § 4º Em caso de divergência entre súmulas da Turma de Uniformização dos Juizados Especiais e súmulas ou jurisprudência dominante das Seções do Tribunal de Justiça, o Órgão Especial deliberará sobre ela, dirimindo a controvérsia, após ser provocado pelo Presidente do Tribunal de Justiça, pelo Presidente da Turma de Uniformização ou por qualquer dos Presidentes de Seção. § 5º Serão numerados, cuidando o Presidente do Tribunal de organizá-los e providenciar sua divulgação.</p>

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
<p>integrante da Turma que for mais antigo no Tribunal. § 4º Na primeira fase (§ 1º, I), as votações de aprovação de enunciados de teses jurídicas serão por representação do entendimento majoritário da Câmara na qual o julgador tem assento, e, para tanto, ele ouvirá, previamente, sobre a matéria, os desembargadores que a compõe. § 5º Quando a Turma Julgadora se identificar com a Turma Especial, haverá apenas duas fases de julgamento. A primeira observando os incisos I e II do § 2º e a segunda fase a hipótese do inciso III do mesmo parágrafo.</p>	
<p>Art. 192. O procedimento de cada tipo de uniformização de jurisprudência seguirá as prescrições legais e regimentais específicas, podendo cada órgão julgador, nos limites de sua competência, suprir as eventuais lacunas. § 1º As proposições de súmulas poderão ser apresentadas ao Órgão Especial por seus desembargadores, pelas Turmas Especiais ou pela Comissão de Jurisprudência, indicando os precedentes e suas circunstâncias fáticas que podem motivar sua edição. § 2º As proposições de enunciados de jurisprudência pacificada poderão ser apresentadas ao Órgão Especial ou à Turma Especial, conforme a competência de cada um, por desembargador do respectivo órgão, ou pela Comissão de Jurisprudência, indicando as teses jurídicas divergentes, seus respectivos precedentes, o entendimento majoritário e a redação do enunciado proposto, com seus fundamentos determinantes e os dispositivos normativos relacionados. § 3º Os incidentes de resolução de demandas repetitivas, instaurados, processados e julgados conforme as normas do CPC (arts. 976 e 987), no Órgão Especial ou nas Turmas Especiais, conforme as normas regimentais, também observarão as seguintes regras procedimentais:</p>	<p>Art. 192. Só por relevante razão de direito, assim reconhecida pelo Órgão Especial ou pela Turma Especial, a questão poderá ser submetida a nova uniformização.</p>

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
<p>I – Protocolizado o pedido de instauração do incidente dirigido ao Presidente do Tribunal, será, imediatamente, distribuído ao órgão competente e encaminhado ao relator, que o encaminhará à Mesa para o juízo de admissibilidade pela Turma Julgadora (art. 191, § 2º, I);</p> <p>II – Admitido, o incidente é considerado instaurado, para fins de registro em banco eletrônico de dados do Tribunal, divulgação, comunicação ao Conselho Nacional de Justiça e demais fins legais (art. 982 do CPC);</p> <p>III – O relator presidirá a instrução, decidirá as eventuais questões correlatas, e, concluídas as diligências, encaminhará o feito à Mesa para a exposição da causa, sustentações orais e julgamento do incidente e da causa pela Turma Julgadora (art. 191, § 2º, I);</p> <p>IV – O enunciado da tese jurídica fixada pela Turma Julgadora (art. 191, § 2º, I) será submetido à ratificação ou rejeição dos demais desembargadores que compõem a Turma Especial para este fim (art. 191, § 2º, II e III, e seu § 5º);</p> <p>V – Havendo rejeição, a tese jurídica é considerada não aprovada nem fixada pelo Tribunal e seu enunciado não terá a eficácia do art. 985 do CPC;</p> <p>VI – Havendo ratificação, a tese jurídica é considerada fixada pelo Tribunal e, ao seu enunciado aprovado, dar-se-á ampla divulgação e publicidade, sem prejuízo das comunicações necessárias.</p>	
<p>Art. 193. O incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público será suscitado pelo órgão julgador fracionário do Tribunal, de ofício ou a requerimento do interessado, para apreciação do Órgão Especial, nos termos da Constituição Federal e da lei processual civil.</p>	<p>Art. 193. O incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público será suscitado pelo órgão julgador fracionário do Tribunal, de ofício ou a requerimento do interessado, para apreciação do Órgão Especial, nos termos da Constituição Federal e da lei processual civil. Parágrafo único. Nos incidentes de inconstitucionalidade não caberão embargos infringentes.</p>

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
Art. 195. A reclamação contra autoridade judiciária, para preservar a competência do Tribunal, garantir a autoridade de suas decisões ou a observância de suas súmulas, ou de seus enunciados de precedentes proferidos em julgamento de casos repetitivos, ou em incidentes de assunção de competência, será processada na forma da legislação vigente.	Art. 195. A reclamação contra autoridade judiciária, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões, será processada na forma da legislação vigente (Lei 8.038, de 28.05.1990).
Art. 197. O relator poderá negar seguimento a reclamação manifestamente improcedente ou prejudicada, cabendo agravo interno para o órgão julgador competente.	Art. 197. O relator poderá negar seguimento a reclamação manifestamente improcedente ou prejudicada, cabendo agravo regimental para o órgão julgador competente.
Art. 202. O relator poderá requisitar informações, ouvir as partes, mediante intimação pela imprensa, e o Ministério Público, quando for o caso (art. 178 do CPC).	Art. 202. O relator poderá requisitar informações, ouvir as partes, mediante intimação pela imprensa, e o Ministério Público.
Art. 204. O relator poderá, liminarmente, decidir o conflito de competência, quando sua decisão se fundar em: I – súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio Tribunal; II – tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência. Parágrafo único. Cabe agravo interno da decisão que, liminarmente, decidir o conflito de competência.	Art. 204. O relator poderá, liminarmente, decidir o conflito de competência, quando já tenha sido firmado entendimento sobre a matéria, caso em que caberá agravo regimental.
Art. 232. As medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal e as tutelas de urgência, cautelar ou antecipada, disciplinadas no Código de Processo Civil, serão processadas pelo relator da ação originária ou do recurso pendente de julgamento no Tribunal, observado o disposto no art. 45, IV.	Art. 232. As medidas assecuratórias previstas no Código de Processo Penal e as ações cautelares disciplinadas no Código de Processo Civil, quando urgentes e de manifesto cabimento, serão processadas pelo relator da ação originária ou do recurso pendente de julgamento no Tribunal, observado o disposto no art. 45, IV.
Art. 235. Ajuizada a ação rescisória, a Secretaria, entre outras providências: I – comunicará o fato ao distribuidor de primeira instância, em se cuidando de rescisória de decisão;	Art. 235. Ajuizada a ação rescisória, a Secretaria, entre outras providências: I – comunicará o fato ao distribuidor de primeira instância, em se cuidando de rescisória de sentença;
Art. 236. No Órgão Especial, não servirá como relator desembargador que tenha integrado, nessa qualidade, a turma julgadora do acórdão rescindendo.	Art. 236. No Órgão Especial, não servirá como relator ou revisor desembargador que tenha integrado, nessa qualidade, a turma julgadora do acórdão rescindendo.

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
<p>Art. 237. Se o autor tiver cumulado pedido de rescisão com novo julgamento do processo (art. 968, I, do CPC), este, se a hipótese comportar, será procedido pelo mesmo órgão julgador que rescindiu a decisão questionada; se não tiver competência legal para reapreciar a matéria, ao desconstituir o julgado, remeterá os autos ao órgão competente.</p>	<p>Art. 237. Se o autor tiver cumulado pedido de rescisão com novo julgamento da causa (art. 488, I, do CPC), este, se a hipótese comportar, será procedido pelo mesmo órgão julgador que rescindiu a decisão questionada; se não tiver competência legal para reapreciar a matéria, ao desconstituir o julgado, remeterá os autos ao órgão competente.</p>
<p>Art. 238. Acolhida a ação rescisória por maioria de votos, aplica-se a técnica de julgamento prevista no art. 942 do CPC, elevando-se, no Grupo, a composição do órgão julgador para nove juízes, e, nas Câmaras, para cinco juízes.</p>	<p>Art. 238. Acolhida a ação rescisória por maioria de votos, caberão embargos infringentes nos limites da divergência (art. 530 do CPC).</p>
<p>Art. 241. Não havendo conciliação, far-se-á imediato sorteio do relator no Órgão Especial, que ouvirá o suscitado em cinco dias e poderá determinar diligências. § 1º Em seguida, ouvido o Ministério Público, em cinco dias, o relator, em dez dias, remeterá os autos à Mesa.</p>	<p>Art. 241. Não havendo conciliação, far-se-á imediato sorteio do relator no Órgão Especial, que ouvirá o suscitado em cinco dias e poderá determinar diligências. § 1º Em seguida, ouvido o Ministério Público, em cinco dias, o relator, em dez, remeterá os autos ao revisor, que, em cinco dias, pedirá data para julgamento.</p>
<p>Art. 250. No agravo de instrumento, em caso de impedimento ocasional do relator, o pedido de atribuição de efeito suspensivo ou de antecipação de tutela da pretensão recursal será apreciado por um dos demais integrantes do órgão julgador, segundo a ordem de antiguidade.</p>	<p>Art. 250. No agravo de instrumento, em caso de impedimento ocasional do relator, o pedido liminar será apreciado por um dos demais integrantes do órgão julgador, segundo a ordem de antiguidade. Parágrafo único. Os autos do agravo convertido em retido ou julgado em definitivo serão remetidos ao juízo de origem e apensados aos principais.</p>
<p>Art. 253. Salvo disposição em contrário, cabe agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de quinze dias, das decisões monocráticas que possam causar prejuízo ao direito da parte. § 1º Esse recurso também terá cabimento em matéria administrativa prevista em lei e em questões disciplinares envolvendo magistrado. § 2º A petição conterà, sob pena de indeferimento liminar, as razões do pedido de reforma da decisão agravada.</p>	<p>Art. 253. Salvo disposição em contrário, cabe agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, das decisões monocráticas que possam causar prejuízo ao direito da parte. § 1º Esse recurso também terá cabimento em matéria administrativa prevista em lei e em questões disciplinares envolvendo magistrado. § 2º Não cabe agravo regimental na hipótese do art. 269 e na fase de exame da admissibilidade ou de processamento de recurso extraordinário ou especial. § 3º A petição conterà, sob pena de indeferimento liminar, as razões do pedido de reforma da decisão agravada.</p>

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
<p>Art. 254. Na falta de peça ou comprometida a admissibilidade do agravo, por algum vício, o relator concederá o prazo de cinco dias ao agravante para complementar a documentação ou sanar o vício. § 1º Em recurso interposto por fac-símile ou similar, as peças devem ser juntadas no momento de protocolo da petição original. § 2º Em se tratando de processo eletrônico, dispensam-se as peças obrigatórias e a declaração referida no art. 1.017, II, do CPC, facultando-se ao agravante anexar os documentos que entender necessários.</p>	<p>Art. 254. O agravo, processado nos próprios autos, será julgado pelo órgão competente para a apreciação do feito originário ou de eventual recurso na causa principal.</p>
<p>Art. 258. Julgado o recurso paradigma e juntada cópia do acórdão nos autos, o Presidente do Tribunal ou da Seção competente, após o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário ou especial, cumprirá o disposto nos arts. 1.040 e 1.041 do CPC.</p>	<p>Art. 258. Julgado o recurso paradigma e juntada cópia do acórdão nos autos, o Presidente do Tribunal ou da Seção competente, após o juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário ou especial, cumprirá o disposto nos arts. 543-B, §§ 3º e 4º, e 543-C, §§ 7º e 8º, do CPC.</p>
<p>Art. 269. Das decisões do Presidente do Tribunal, nos pedidos de sequestro, não caberá agravo interno.</p>	<p>Art. 269. Das decisões do Presidente do Tribunal, nos pedidos de sequestro, não caberá agravo regimental.</p>
<p>Art. 280. A estrutura e a nomenclatura das Secretarias do Tribunal serão definidas por ato do Presidente. § 1º Haverá, no Tribunal, Coordenadorias (a) da Infância e Juventude e (b) Criminal e de Execuções Criminais, cada uma delas composta por dois desembargadores, designados pelo Presidente, sendo um o Coordenador e o outro Vice-Coordenador, e juizes de entrância final, da mesma forma designados, com reconhecido conhecimento na área de atuação de cada uma, definindo-se suas estruturas por resolução. § 2º Às Coordenadorias, aplicam-se, no que couber, as disposições referentes às Comissões. § 3º Haverá uma Ouvidoria Geral do Tribunal, composta por seu titular e o substituto. § 4º Para as novas atribuições de feição administrativa ou de adaptação técnica das existentes,</p>	<p>Art. 280. A estrutura e a nomenclatura das Secretarias do Tribunal serão definidas por ato do Presidente. § 1º Haverá, no Tribunal, Coordenadorias (a) da Infância e Juventude e (b) Criminal e de Execuções Criminais, cada uma delas composta por dois desembargadores, designados pelo Presidente, sendo um o Coordenador e o outro Vice-Coordenador, e juizes de entrância final, da mesma forma designados, com reconhecido conhecimento na área de atuação de cada uma, definindo-se suas estruturas por resolução. § 2º Às Coordenadorias, aplicam-se, no que couber, as disposições referentes às Comissões. § 3º Haverá uma Ouvidoria Geral do Tribunal, composta por seu titular e o substituto.</p>

RITJSP NOVO	RITJSP ANTIGO
<p>por decorrência da Lei 13.015/2015 (CPC), referentes à criação e gestão de cadastros e de controle de credenciamento (arts. 156, § 2º, 167, 169, § 2º, 880 e 1.050, do CPC) ou ao sistema de automação, disponibilização de equipamentos, divulgação e gestão do processo eletrônico (arts. 193 a 199 do CPC), o Presidente, contando com o apoio de Comissões, Coordenadorias e Núcleos, se preciso, além do apoio técnico das Secretarias do Tribunal de Justiça, conforme cada caso, promoverá as medidas necessárias à implantação, adaptação e gestão eficiente.</p>	

ASSENTO REGIONAL N. 39711 NOVO	ASSENTO REGIONAL N. 39711 ANTIGO
<p>Art. 2.º – Compete à Câmara Especial de Presidentes julgar os agravos internos ou regimentais interpostos contra decisões da Presidência do Tribunal, da Vice-Presidência e das Presidências das Seções, que: I – neguem seguimento a recurso extraordinário ou a recurso especial, na forma do art. 1.030, I, <i>a</i> e <i>b</i> do Código de Processo Civil; II – deliberem o sobrestamento de recursos extraordinário ou especial com fundamento no art. 1.030, III, do Código de Processo Civil; III – Indeferiram requerimentos de exclusão de sobrestamento de recursos extraordinário ou especial</p> <p>na forma dos arts. 1.035, §§ 6º e 7º, e 1.036, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil.</p> <p>§ 1º – À Câmara Especial de Presidentes competirá ainda o julgamento dos agravos regimentais interpostos contra as decisões dos Presidentes de Seção proferidas na execução dos acórdãos relativos a feitos ou ações de competência originária das respectivas Turmas Especiais, Grupos e Câmaras, em conformidade com o inciso V do art. 42 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo.</p> <p>§ 2º – Salvo impedimento, o relator do agravo interno ou regimental será o Desembargador que proferiu a decisão impugnada.</p>	<p>Art. 2.º – Compete à Câmara Especial de Presidentes: I – julgar os agravos regimentais, assim determinados pelo STF, interpostos contra decisões da Presidência do Tribunal, da Vice-Presidência e das Presidências das Seções, que não admitem ou declaram prejudicado o recurso extraordinário, na forma dos §§ 2.º e 3º, do art. 543-B, do Código de Processo Civil; II – julgar os agravos regimentais, assim determinados pelo STJ, interpostos contra decisões da Presidência do Tribunal, da Vice-Presidência e das Presidências das Seções, que não admitem ou declaram prejudicado o recurso especial, na forma do § 7º, do art. 543-C, do Código de Processo Civil. Parágrafo único – Salvo impedimento, o relator do agravo regimental será o Desembargador que proferiu a decisão impugnada.</p>
<p>Art. 3º – Os julgamentos da Câmara Especial de Presidentes poderão ser realizados de forma virtual (Resolução 549/2011).</p>	<p>Art. 3.º – Os julgamentos da Câmara Especial de Presidentes poderão ser realizados de forma virtual (Resolução 549/2011), e de suas decisões não caberá recurso.</p>

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.

Direito Administrativo



A PPP MUNICIPAL

THE LOCAL GOVERNMENT PPP

MARCOS AUGUSTO PEREZ

Professor Doutor de Direito Administrativo da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
perez@manesco.com.br; marcos.perez@usp.br

ÁREA DO DIREITO: Administrativo; Financeiro e Econômico

RESUMO: Nos municípios brasileiros há um terreno fértil para o desenvolvimento de projetos e contratos de PPP e de outras espécies de concessão. O Brasil tem leis que regulamentam a PPP e um histórico de casos práticos, no âmbito municipal e de serviços, como saúde pública, educação, água e esgotos, resíduos sólidos, habitação, entre outros, que podem ser estudados como base comparativa para a formulação de novos projetos. As PPP tendem a aumentar a eficiência dos gastos públicos. As PPP e demais formas de concessão são contratos mais complexos, que contam com um planejamento e um processo de formação mais longos, mas, em compensação, são contratos que possibilitam a realização de investimentos em modernização, ampliação ou universalização que, de outra forma, simplesmente deixariam de ser feitos.

PALAVRAS-CHAVE: Parcerias público-privadas – Município – Serviços públicos – Tratamento e distribuição de água e esgotos – Destinação de resíduos sólidos – Educação – Habitação – Saúde pública – Iluminação pública.

ABSTRACT: Brazilian municipalities are a fertile ground for the development of projects and contracts of PPP and other concession species. Brazil has solid regulation about PPP and a track record of cases on local government scope and of utilities like public health, education, water and sewage, solid waste, housing, among others, that can be studied as a bench market basis for the formulation of new projects. PPP tend to increase the efficiency of public spending. PPP and other forms of concession are more complex contracts, which have a longer planning and discussion process, but, in compensation, PPP are contracts that make viable the realization of investments in modernization, expansion or universalization that, otherwise, simply would not to be made.

KEYWORDS: Public-private partnerships – Municipality – Local government – Public utilities – Treatment and distribution of water and sewage – Solid waste disposal – Education – Housing – Public health – Public lighting.

SUMÁRIO: 1. As parcerias público-privadas (PPP) como fenômeno global e local. 2. A PPP no direito brasileiro. 3. A autonomia municipal e a competência para realizar PPP. 4. Exemplos e experiências com PPP nos Municípios brasileiros. 4.1. Saneamento: tratamento de esgotos. 4.2. Resíduos sólidos urbanos. 4.3. Transporte coletivo. 4.4. Educação. 4.5. Habitação, saúde, iluminação e centro de compras populares. 5. O futuro da PPP municipal: maior qualidade ou custo-benefício aos gastos públicos. 6. Referências bibliográficas.

1. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP) COMO FENÔMENO GLOBAL E LOCAL

Inicia-se¹ no final da década de 1970 um intenso movimento de renovação dos instrumentos de prestação do serviço público. Seja inspirado pelo receituário Thatcheriano ou pelo mal falado “Consenso de Washington”,² seja como resultado da necessidade de redesenhar-se a intervenção estatal na economia, de modo a reforçá-la ou reposicioná-la,³ o fato é que há um movimento global de revalorização dos contratos de concessão de serviço público e da chamada gestão delegada de serviços públicos.

As concessões tiveram, com efeito, a partir desse período, a função de atrair tanto investimentos quanto a sapiência gerencial privada para a expansão, eficiência e modernização das redes de serviços públicos.⁴ Mais e melhores serviços públicos passaram a constituir não só a garantia de oferecimento aos cidadãos de prestações estatais que concretizam seus direitos fundamentais sociais, como também a possibilitar que as empresas privadas ganhassem eficiência e produtividade para competir no mercado global. Melhores estradas, ferrovias, portos e aeroportos, para movimentação da produção; energia a baixo custo e telecomunicações de qualidade são exemplos de serviços que, se bem oferecidos, incrementam a performance de todos os agentes econômicos em um dado país, acelerando o seu desenvolvimento econômico.

Mas, ao lado de se conformar como um fenômeno global, a PPP é em grande medida um fenômeno local, pois é por intermédio dos municípios ou da chamada administração local que se concretiza a maior parte das PPP.

1. Utilizarei neste artigo a sigla PPP para simplificar a referência às parcerias público-privadas. PPP, desse modo, refere-se tanto a parceria público-privada, no singular, como a parcerias público-privadas, no plural.
2. Cf. STIGLITZ, Joseph E.. *Globalization and Its Discontents*. Nova York: W. W. Norton, 2002, p. 53.
3. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Nova Regulação dos Serviços Públicos*. In RDA, n. 228. Rio de Janeiro: Renovar, Abr/Jun, 2002, p. 13.
4. Cf. PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 42.

As PPP não se tornariam o que hoje são, não se transformariam em uma das principais e mais frequentemente utilizadas armas contra a ineficiência administrativa, só por meio de empreendimentos bilionários e de abrangência nacional como ferrovias, portos, usinas de geração elétrica, entre outros. Ao contrário disso, foram os serviços locais os maiores e mais frequentemente beneficiados pelos diferentes contratos de parceria, justamente porque a menor abrangência das atividades, em que pese a sua importância para o bem-estar da coletividade, e a também menor dimensão dos investimentos torna as contratações locais mais simples, menos arriscadas e, portanto, mais viáveis.

Assim, os exemplos mais frequentes de PPP mundo afora serão encontrados nos serviços educacionais; saneamento e limpeza pública; saúde; transporte coletivo; entre outros de evidente interesse local. Na Grã-Bretanha, talvez o país que mais experiência desenvolveu em torno das parcerias público-privadas, noticia-se atualmente 116 projetos na área de saúde; 166 em serviços de educação; além de muitas dezenas nas áreas de transporte; habitação; limpeza urbana; iluminação de ruas e corpo de bombeiros.⁵ Outros países europeus, como França e Portugal, também têm se utilizado da PPP para serviços locais, tais como hospitais, assistência médica, museus, teatros, educação infantil.⁶ A Índia é outro exemplo de intensa utilização local das PPP com projetos na área de educação e desenvolvimento urbano,⁷ o mesmo ocorrendo com a Austrália, em projetos de construção de novas escolas; serviços de saúde e hospitais e saneamento⁸ e, já no continente americano, com o Canadá em setores como tratamento de água; resíduos sólidos; habitação e transporte público.⁹

Seria possível encontrar exemplos em muitos outros países, tais como Chile, México, Espanha, EUA e o próprio Brasil, mas o importante, até aqui, é simplesmente constatar que o Município é um local propício para a utilização da PPP e, de modo mais geral, da concessão. Os projetos municipais, reitera-se, tendem a conter menos riscos embutidos, por terem dimensões menores, o que favorece a atratividade econômica e a viabilidade técnica e econômico-financeira desses projetos.

-
5. Disponível em: [http://www.eib.org/epec/resources/publications/epec_uk_england_public_en.pdf]. Acesso em 15.02.2016.
 6. Cf. RAYMUNDIE, Olivier, p. 66 e 89 e AMARAL, Diogo Freitas do et. Al. 2002, p. 51.
 7. Disponível em: [http://www.ifimbschool.com/management_review/downloads/ppp_projects_in_India.pdf]. Acesso em 15.02.2016.
 8. Disponível em: [http://www.treasury.nsw.gov.au/ppp/nsw_projects]. Acesso em: 15.02.2016.
 9. Disponível em: [<http://www.p3canada.ca/en/about-p3s/project-map/?q2=D0BBFAE6-2DBA-4808-A96B-7AB6A3ABD65A>]. Acesso em 16.02.2016.

2. A PPP NO DIREITO BRASILEIRO

Muito embora tenha atentado para essa realidade um pouco tardiamente, por motivos que não convém cogitar nos estreitos limites deste ensaio, o direito brasileiro não deixou de ser influenciado por essa tendência global, o que se evidencia principalmente pela aprovação da Lei 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões) e, alguns anos depois, da Lei 11.079/2004 (Lei Geral de Parcerias Público Privadas).

Ainda que em determinados setores, relacionados à prestação de serviços públicos específicos, como, por exemplo, nos transportes e saneamento, existam legislações específicas¹⁰ que complementam ou derogam as disposições das duas referidas leis gerais, pode-se afirmar que a Lei 8.987/1995 e a Lei 11.079/2004 são os diplomas legais que estabelecem, no direito brasileiro, as principais regras aplicadas às concessões de serviço público e às parcerias público-privadas, estabelecendo as formas contratuais básicas para a delegação da gestão de serviços públicos, os regimes de remuneração e os processos de seleção de propostas.

Em linhas conceituais, a concessão de serviço público é um instrumento de delegação da gestão de serviços e obras públicas, calcado em um projeto de financiamento de longo prazo.¹¹ De modo ainda mais amplo, a concessão de serviços afigura-se como uma espécie do gênero *concessão*, instrumento pelo qual a Administração atribui ou delega “um conjunto de direitos e obrigações ao particular para que ele os exerça dentro de certos quadrantes”.¹²

Esse instrumento de delegação, nos termos da legislação acima referida, reitera-se, é um contrato, o contrato administrativo de concessão de serviço público, o qual se subdivide em algumas modalidades ou espécies. A partir da edição da Lei 11.079/2004, as concessões de serviço reguladas pela Lei 8.987/1995 passaram a ser chamadas de concessões comuns (art. 2º, § 3º), em contraste com as concessões administrativas (art. 2º, § 2º) e patrocinadas (art. 2º, § 1º) reguladas pela própria Lei 11.079/2004. Como a Lei 8.987/1995 divide os contratos que regula entre concessões de serviço público (art. 2º, II) e concessões de serviço público precedidas da execução de obra pública

10. Lei 12.857/2012 (política nacional de mobilidade urbana) e Lei 11.445/2007 (diretrizes nacionais para o saneamento básico).

11. Cf. PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 91.

12. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 121.

(art. 2º, III), o direito brasileiro passou a contemplar em termos gerais quatro tipos de contratos de concessão de serviço: os contratos de concessão comum: divididos entre as concessões de serviço em sentido estrito e as concessões de serviço precedidas de obra pública; as concessões administrativas e as concessões patrocinadas.¹³

A diferença fundamental entre essas espécies contratuais é o modo pelo qual o concessionário se remunera.¹⁴ Na concessão comum o parceiro privado retira sua remuneração da tarifa paga pelo usuário e das chamadas receitas ancilares ou acessórias – “receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados” como expresso textualmente pelo art. 11, da Lei 8.987/95 –, já nas concessões administrativas ou patrocinadas a remuneração do concessionário advém total (administrativa) ou parcialmente (patrocinada) do poder concedente, havendo possibilidade, como no caso da concessão comum, da exploração de receitas ancilares tanto em um caso como no outro.

Não se pode esquecer que, muito embora não se enquadre perfeitamente no conceito de remuneração, no conjunto de receitas recebidas pelo concessionário pode estar o chamado “aporte de recursos” (art. 6º, § 2º, da Lei 11.079/04). O aporte de recursos nada mais é que um ressarcimento de investimentos realizados pelo concessionário em bens do poder concedente.¹⁵ Sua finalidade é reduzir os encargos financeiros do concessionário e tornar viável economicamente a concessão, especialmente quando o período entre o início da implantação ou da construção dos sistemas e bens reversíveis e o início da operação for demasiadamente longo.

-
13. Faz-se aqui, tendo em conta o objetivo central deste estudo, uma simplificação da realidade normativa brasileira, uma vez que há muitas outras formas de concessão reguladas pela legislação nacional, muitas delas relacionadas a serviços públicos específicos outras relacionadas a atividades administrativas distintas, não necessariamente serviços públicos, e.g. as concessões no serviço de transporte aéreo; de radiodifusão; de portos; de telecomunicações; de energia; as concessões de obra; de direito real de uso; de exploração de recursos minerais; de florestas, urbanísticas e de exploração da produção de óleo e gás.
 14. Observe-se que a remuneração nos contratos de concessão é a que permite ao concessionário amortizar os investimentos em bens e serviços realizados ao longo do contrato e extrair uma taxa de retorno pelo capital assim aplicado.
 15. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e ZAGO, Marina Fontão. O Aporte de Recursos: Evolução na Busca de Maior Eficiência para as PPP. In JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.), *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 427.

A fixação da remuneração do parceiro privado é sempre um tema complexo nas concessões, seja nas concessões comuns, seja nas PPP em sentido estrito. Isso se dá porque, além de ser proveniente de estudos econômicos prévios que resultam de prognósticos geralmente intrincados sobre a projeção da demanda e das necessidades de investimento ao longo de décadas futuras, durante as quais a execução do serviço restará delegada a um particular, é por meio do sistema de remuneração que a Administração conseguirá realizar boa parte dos estímulos para que o concessionário imprima maior eficiência, maior produtividade e maior qualidade aos serviços prestados.¹⁶

Tanto as concessões comuns como as PPP devem ser precedidas de estudos de viabilidade (art. 21, da Lei 8.987/95 e art. 10, I a IV, da Lei 11.079/04), mas é certo que, no caso das PPP, o legislador foi mais explícito em relação tanto a esta obrigação como aos requisitos que esses estudos devem observar. Segundo o art. 10 da Lei 11.079/04, a contratação de PPP deverá ser precedida de estudos que demonstrem: “a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e con-

-
16. Há dois modelos mais frequentes para a fixação da remuneração do concessionário: o “custo do serviço” e o “*price cap*”, além de modelos que apresentam certo hibridismo entre essas duas formas e outros que optam pela predominância de um modelo, sem adesão total ao mesmo. Se a remuneração do concessionário se baseia no modelo clássico de “*custo do serviço*”, garante-se ao mesmo uma remuneração que variará de maneira proporcional aos custos suportados ao longo do contrato. Em determinadas circunstâncias a adoção deste modelo pode levar o concessionário a deixar de se preocupar com a eficiência de sua operação, na medida em que terá garantido para si uma compensação pelos maiores custos que vier a suportar em sua atividade. O modelo de “*price cap*” (preço máximo) tenta estimular a busca de maior eficiência pelo concessionário, pois prefixa a tarifa ao longo do tempo por meio de uma curva decrescente, de modo a compelir o parceiro privado a reduzir custos. Quanto antes o concessionário atingir a meta de eficiência, mais se apropriará dos ganhos gerados por essa eficiência e, portanto, maior será seu lucro. O cuidado nesses casos deve ser com a fixação precisa de níveis de qualidade para o serviço, sob pena de, ao reduzir custos, o concessionário reduzir também a qualidade na prestação dos serviços. No Brasil, as concessões mais atuais, em sua grande maioria, têm adotado sistemas híbridos que tentam combinar o ressarcimento de custos com o estímulo à eficiência.

dições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato”. Além disso, os estudos devem compreender estimativas do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de PPP e do fluxo de recursos públicos para o pagamento das obrigações que serão contratadas pela Administração, estudos e projetos ou anteprojetos de engenharia, quando for o caso, e estudos jurídicos que justifiquem as opções de conformação do contrato e da licitação que o antecede.

Forma-se assim uma ampla fase pré-licitatória, obrigatória, a qual culmina com institutos participativos de consulta (art. 10, VI, da Lei 11.079/04) e audiência pública (art. 39, da Lei 8.666/93). Muitas decisões tomadas nesta fase são fulcrais para o sucesso da contratação tanto sob o prisma de sua atratividade como do cumprimento dos objetivos da concessão. As garantias oferecidas ao parceiro privado; a divisão e a mitigação de riscos; os indicadores de desempenho escolhidos e seu eventual impacto na remuneração do concessionário; os sistemas de revisão da remuneração, da tarifa ou de aspectos tecnológicos relacionados ao desenvolvimento do contrato ou o sistema de solução de litígios são exemplos de escolhas discricionárias que a Administração realiza na fase pré-licitatória e que devem ser justificadas e motivadas por estudos profundos e coerentes com a decisão tomada. A submissão dessas decisões, ademais, ao escrutínio público em audiência e consulta pública é essencial para que seja medida a sensibilidade do mercado à repercussão delas. Afinal, de nada adianta um esplêndido projeto e um ótimo contrato, que em tese atenda a todos os interesses da Administração, pelo qual nenhum particular se interesse, que ninguém enfim queira firmar.

Nesse ponto, deve-se destacar a importância do art. 21, da Lei 8.987/95, também aplicável às PPP por força do art. 11, da Lei 11.079/03. É que, por meio do art. 21, o legislador tentou modernizar a legislação nacional possibilitando uma interação maior entre a Administração e os potenciais parceiros privados, de modo a autorizar que estes realizem e ofereçam para a Administração estudos prévios, projetos e propostas para a delegação de serviços públicos. Contratos administrativos complexos como os de PPP são mundo afora precedidos de amplas negociações entre a Administração e os potenciais atores privados interessados.¹⁷ Isso acontece porque a viabilidade de fato de uma PPP depende muitíssimo da percepção do mercado em relação

17. Cf. SOUSA, Luís Verde. *A Negociação nos Procedimentos de Adjudicação*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 73 e ss.

aos riscos do empreendimento e, mais especificamente, do arranjo contratual que lhe propõe a Administração. Daí ser mais eficiente, para se lograr o objetivo de contratar, que a Administração mostre-se permeável aos *imputs* ou contribuições trazidas pelos particulares, evitando assim enorme perda de tempo gerada pela repetição de licitações desertas e a realização de certames com pouca competitividade.

O art. 21 é, na prática, o fundamento de procedimentos participativos, prévios à licitação, que a legislação brasileira tem chamado pelas siglas PMI ou MIP, procedimento de manifestação de interesse (Decreto 8.428/15) ou manifestação de interesse da iniciativa privada (Decreto 57.289/11, do Estado de São Paulo).¹⁸ Por intermédio desses procedimentos, a Administração estimula que particulares interessados lhe apresentem soluções, anteprojetos e, enfim, estudos técnicos, econômico-financeiros e jurídicos, com maior ou menor abrangência, que lhe auxiliem na realização dos estudos de viabilidade da concessão. A realização de um PMI não elide a necessidade de crítica e deliberação da Administração acerca dos estudos que lhe forem endereçados pelos diferentes interessados, mas facilita em muito esse processo decisório, pois a Administração pode partir sua discussão de uma hipótese que já é considerada viável por um ou mais particulares. Além disso, o PMI oferece à Administração a oportunidade de receber projetos sem a realização imediata de despesas, pois, como estabelece o art. 21, recebidos os estudos, os custos pela sua realização serão ressarcidos pelo vencedor da futura e eventual licitação do contrato de concessão.

Em que pese ser um modo rápido e de baixo custo para a produção de estudos de viabilidade, o que é mais importante no PMI é a instrumentalização de um imprescindível diálogo entre a Administração e os particulares potencialmente interessados no contrato de concessão. Esse diálogo é essencial quando se tem em conta o objetivo de realizar opções técnicas, econômico-financeiras e contratuais com melhor relação custo-benefício.

Quando as opções discricionárias da Administração estão claramente equacionadas e plenamente justificadas, o processo de modelagem da PPP encontra-se concluído, iniciando-se a fase externa da licitação com a publicação do edital na modalidade de concorrência. Dois detalhes merecem destaque nesse ponto, eis que diferenciam a licitação de concessões da maioria dos demais

18. Cf. LIMA, Mário Márcio Saadi. *O Procedimento de Manifestação de Interesse à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 91 e ss.

processos licitatórios realizados comumente no Brasil: os critérios e a forma de julgamento da licitação e a possibilidade de inversão de fases.

Nas licitações regidas pela Lei 8.987/95 (art. 15) os critérios de julgamento podem ser baseados: (1) no valor da tarifa exclusivamente; (2) em oferta de ônus de outorga pelo particular interessado; (3) na combinação desses dois critérios; (4) na melhor proposta técnica, com valor da tarifa fixado ou de oferta fixados no edital; (5) na combinação de menor tarifa com melhor proposta técnica; (6) na combinação de maior oferta com melhor proposta técnica. Além disso, o inciso VII, ao ser combinado com os incisos I ou II, do art. 15, da Lei 8.987/95, admite que haja fase de qualificação de propostas técnicas, seguida de julgamento pelo critério de melhor oferta de pagamento pela outorga ou menor tarifa.¹⁹

Nas licitações reguladas pela Lei 11.079/04 (art. 12), por seu turno, os critérios de julgamento podem ser baseados: (1) menor tarifa ou combinação de menor tarifa com melhor proposta técnica; (2) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração ou combinação de menor contraprestação com melhor proposta técnica. Também aqui a lei menciona a possibilidade de o julgamento ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, de caráter eliminatório.

Tanto o art. 18-A, da Lei 8.987/95, quanto o art. 13, da Lei 11.079/04, preveem regras semelhantes quanto à chamada inversão de fases. É comum que as licitações se processem tendo início com a fase de habilitação, na qual se analisam as condições jurídicas, fiscais, técnicas e econômico-financeiras de todos os proponentes. Nesses casos, somente terá sua proposta aberta e julgada, em fase subsequente, o licitante que conseguir superar a fase de habilitação. Quando a licitação se processa com inversão de fases, por outro lado, procede-se inicialmente à abertura e à classificação das propostas. Após encerrada a fase de classificação (com ou sem oferecimento de lances, conforme o caso) é que se procede a fase de habilitação, mediante abertura do envelope que contém

19. As regras referidas não são totalmente claras, para alguns (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 256) ao mencionar a fase de qualificação de propostas técnicas o legislador se refere simplesmente ao julgamento em caráter eliminatório da “*metodologia de execução*” apresentada pelo licitante, diante da ausência de uma solução técnica única predeterminada e escolhida pela Administração. Há dúvida, no entanto, sobre a possibilidade de formar-se uma fase de pré-qualificação, para julgamento da metodologia de execução, aos moldes do que fixa o art. 114 combinado com os §§ 8º e 9º, do art. 30, da Lei 8.666/93.

os documentos do licitante mais bem classificado. Somente quando o licitante mais bem classificado for inabilitado é que serão analisados os documentos do licitante classificado em segundo lugar e assim sucessivamente, até que um licitante classificado venha a atender às condições fixadas no edital.

Como há uma tradição entre nós de litigiosidade entre os licitantes na fase de habilitação, editais de concessão mais recentes têm optado pela inversão de fases, como uma tentativa de abreviar a duração e reduzir a litigiosidade desses certames. A justificativa para tanto encontra-se no fato de que, estando as propostas abertas e, em decorrência disso, encontrando-se expostas suas vantagens e desvantagens econômicas, os competidores derrotados teriam maior dificuldade e menor disposição de litigar contra o proponente vencedor.

Como se vê, concessões são contratos complexos, de longa duração, voltados à realização de investimentos em bens e serviços públicos, bem como a sua respectiva operação. Esses contratos passam por um longo processo de formação, seja em razão dos estudos de viabilidade; da necessidade de diálogo prévio entre a Administração e os particulares que sejam potenciais interessados na contratação; seja, por fim, em razão das particularidades da licitação que antecede a celebração do contrato.

3. A AUTONOMIA MUNICIPAL E A COMPETÊNCIA PARA REALIZAR PPP

Vale dizer que o Município tem ampla autonomia para realizar PPP nas matérias que sejam de sua competência material.

A Constituição Federal (CF), além de estabelecer a autonomia federativa do Município, por meio de seu art. 18, estatui serviços públicos e outras atividades de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23) e, por fim, competências próprias dos Municípios (art. 30). Com isso, pode o Município, em tese, realizar PPP em diferentes áreas, tais como: (1) conservação do patrimônio público; (2) saúde e assistência pública; (3) proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural; (4) cultura; (5) educação; (6) desenvolvimento tecnológico; (7) habitação popular (art. 23, I, II, III, V e IX, e art. 30, VI, VII e IX); (8) transporte coletivo e (9) demais serviços de interesse local (art. 30, V) como os de coleta de resíduos sólidos domiciliares, tratamento e fornecimento de água e tratamento de esgotos.

Além disso, pode o Município suplementar a legislação federal de concessões e PPP (art. 30, II) no que couber, fixando, por exemplo, normas sobre PMI, criando programas, prioridades ou incentivos próprios na área de concessão de serviços.

Observe-se que não é imprescindível que o Município edite uma legislação suplementar sobre PPP para que possa realizá-las. A legislação federal na matéria já é suficientemente abrangente para possibilitar a realização de concessões comuns ou PPP em sentido estrito, sem a necessidade de suplementação. Mas a possibilidade de suplementação normativa, por meio da edição de leis e regulamentos específicos, desde que obviamente não contrariem o disposto na legislação federal, é uma faculdade derivada da autonomia federativa municipal.

De qualquer forma, uma questão sempre relevante no âmbito da competência municipal para a realização de concessões é a necessidade de autorização legal específica para a abertura de licitação e realização do respectivo contrato. O fato é que diversas leis orgânicas municipais acabam vinculando a realização de concessões à prévia autorização da câmara de vereadores. Além disso, a Lei 9.074/95 estatui em seu art. 2º a vedação à realização de concessões “sem lei que lhes autorize e fixe os termos”, ressalvados os serviços de saneamento e outros que já estejam previstos constitucionalmente.

Ora, a exigência de autorização legal para a execução de serviços públicos mediante delegação, fora dos casos indicados expressamente na CF (art. 49, XII e XVII, por exemplo), é absolutamente inconstitucional, por violar a separação de poderes e permitir ao Legislativo invadir esfera claramente reservada pela CF ao juízo de conveniência e oportunidade do Administrador. No entanto, é necessário reconhecer que há uma tendência clara na legislação nacional de se exigir mais e mais autorizações legislativas previamente à licitação dessas contratações. A própria Lei 11.079/04 acaba por incidir nesse erro, no § 3º de seu art. 10, ao estabelecer que “As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica”. *Contrario sensu* interpreta-se esta norma no sentido de que nos casos em que não se esteja diante de uma concessão patrocinada, como também nos de concessão patrocinada em que a Administração arque com 70% ou menos da remuneração do concessionário não há necessidade de autorização legal, até porque, se a autorização legal prévia é uma exceção, esta não pode comportar interpretação ampliativa.²⁰

Insista-se, entretanto, que o operador do direito deverá observar em cada caso como dispõe a legislação municipal, especialmente a lei orgânica, uma vez que, até que haja declaração formal de inconstitucionalidade desses diplomas legais, são os mesmos que bem ou mal regularão a obrigação do Executivo de buscar uma autorização prévia do Legislativo para licitar e contratar as várias espécies de concessão.

20. Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 271.

Observe-se que, em alguns casos, o Município pode vir a ter a sua iniciativa para a realização de PPP contida em razão da limitação imposta pelo art. 2º, § 4º, da Lei 11.079/04, segundo o qual é vedada a contratação de PPP cujo valor contratual seja inferior a R\$ 20.000.000,00. Essa disposição objetivamente pode impedir que municípios de menor porte venham a trocar contratos antigos, regulados pela Lei 8.666/93, que não possibilitem a realização de investimentos amortizados em longo prazo, por contratos de concessão. Mas a limitação pode vir a ser contornada pela realização da gestão associada de serviços públicos, por meio de convênios de cooperação interfederativa ou de consórcios públicos – regulados pelo art. 241 da CF e pela Lei 11.107/05 –, em razão dos quais pequenos e médios Municípios podem unir esforços e eventualmente realizar uma única PPP que os beneficie simultaneamente. Pode-se imaginar a colaboração interfederativa e.g. para a celebração de PPP na área da destinação final de resíduos ou de iluminação pública.

4. EXEMPLOS E EXPERIÊNCIAS COM PPP NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

Deve-se ressaltar, aliás, que, para além de ser uma forma contratual prevista como hipótese legal, geral, abstrata e teorizada pelos doutrinadores do direito, a PPP municipal já é uma realidade concreta entre nós. Muitos Municípios brasileiros têm se utilizado da PPP e da concessão comum como forma de promover investimentos, modernizar e ampliar serviços públicos municipais.

Vale a pena, para os objetivos do presente trabalho, passar a descrever algumas dessas experiências, para ilustrar e orientar meus futuros leitores.

4.1. *Saneamento: tratamento de esgotos*

Já há vários casos no Brasil em que Municípios procuram solver os problemas históricos de investimento nos serviços públicos de saneamento básico e a eliminar passivos ambientais provocados pelo depósito de efluentes de esgoto diretamente nos rios e no oceano, sem prévio tratamento. São exemplos desse tipo de iniciativa os Municípios de Serra (ES); Guarulhos (SP); Rio Claro (SP); Rio das Ostras (RJ) e Rio de Janeiro (RJ).

No caso de Serra, realizou-se uma *concessão administrativa* para a ampliação e manutenção do sistema de esgotamento sanitário, com vigência de 30 anos, no valor de aproximadamente R\$ 600.000.000,00.²¹

21. Disponível em: [<http://www.ppp.es.gov.br/projetos/26-projetos-em-execucao>]. Acesso em 10.02.2016.

O caso de Guarulhos é também bastante significativo. Após a realização de um acordo substitutivo de sanção (ajustamento de conduta) com o Ministério Público do Estado de SP, o Município voltou-se para a concretização das metas ajustadas utilizando-se de um contrato de PPP. Licitou-se, dessa forma, e se contratou PPP voltada à delegação dos serviços de transporte, tratamento e destinação final de esgotos sanitários da área urbana do município de Guarulhos, compreendendo a obtenção e utilização dos recursos financeiros para tanto necessários, a execução de obras e a complementação, operação e manutenção de parcela do sistema de esgotamento sanitário do município. A concessão administrativa é de 30 anos e tem valor estimado em aproximadamente R\$ 1.200.000.000,00.²²

O caso de Rio das Ostras envolve igualmente a concessão administrativa para a ampliação e operação do sistema de esgotamento sanitário do Município. Com investimentos menores que os anteriores, o contrato tem prazo total de 17 anos, aproximadamente.²³

Já no caso do Rio de Janeiro, o contrato se viabilizou por força de um convênio firmado entre a companhia estadual de saneamento (CEDAE) e o Município do Rio de Janeiro, que possibilitou a este último licitar e contratar em regime de concessão comum os serviços de esgotamento sanitário na chamada Área de Planejamento-5, a região urbana mais populosa do Município na atualidade, situada na região oeste da cidade e que, até então, despejava seus efluentes de esgoto sem qualquer tratamento na Baía da Guanabara. Os investimentos do contrato representam cerca de R\$ 2.400.000.000,00, o que faz este contrato configurar-se como o maior projeto de concessão de coleta e tratamento de esgoto do Brasil.²⁴

4.2. Resíduos sólidos urbanos

Outra área de competência do Município em que a concessão comum e a PPP têm sido utilizadas é a da coleta e destinação final de resíduos urbanos. Após a experiência pioneira de São Paulo (SP), com a utilização da concessão

22. Disponível em: [<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/tr%C3%AAs-grupos-disputam-licita%C3%A7%C3%A3o-de-ppp-de-saneamento-em-guarulhos>]. Acesso em 10.02.2016.

23. Disponível em: [<https://www.radarppp.com/resumo-de-contratos/sistema-de-esgotamento-sanitario-rio-das-ostras/>]. Acesso em 10.02.2016.

24. Disponível em: [<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4290214/4105677/01.AnoIEDITAL.pdf>]. Acesso em 10.02.2016.

comum subsidiada,²⁵ anteriormente à própria edição da Lei 11.079/04, muitos outros Municípios aderiram ao caminho da concessão, especialmente com o impulso dado pela vigência da referida lei de PPP.

Pode-se citar como exemplo os Municípios de Jacareí (SP);²⁶ Itu (SP);²⁷ Salto (SP);²⁸ Piracicaba (SP);²⁹ São Bernardo do Campo (SP);³⁰ Ribeirão Preto (SP)³¹ e Caruaru (PE).³² Em todos esses casos, celebrou-se uma PPP – concessão administrativa –, tendo como objeto principal os serviços públicos de limpeza urbana, de manejo de resíduos, tratamento, destinação e disposição final de resíduos sólidos urbanos, de resíduos de serviços de saúde e de resíduos da construção civil. Os prazos contratuais variam, de acordo com o ritmo de amortização dos investimentos, entre 20 e 30 anos.

Os investimentos realizados por meio desses contratos de concessão, os quais dificilmente seriam realizados em contratos de curto prazo, compreendem de forma geral a implantação de mecanismos de coleta mecanizada, o rastreamento dos veículos utilizados, a aquisição de equipamentos em geral, a instalação de contêineres nas vias públicas e condomínios, a implantação de coleta seletiva, implantação, encerramento, ampliação ou modernização de aterros sanitários; a implantação de usinas de processamento de lixo com recuperação de energia etc.

25. Cf. PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 70.

26. Disponível em: [<http://www.jacarei.sp.gov.br/noticia/meio-ambiente/2010/01/15/jacarei-se-torna-referencia-com-novo-sistema-de-limpeza-publica/8210>]. Acesso em: 10.02.2016.

27. Disponível em: [<https://www.radarppp.com/resumo-de-contratos/limpeza-urbana-e-manejo-de-residuos-solidos-itu/>]. Acesso em: 10.02.2016.

28. Disponível em: [<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/munic%C3%ADpio-de-salto-publica-licita%C3%A7%C3%A3o-de-ppp-de-res%C3%ADduos-s%C3%B3lidos>]. Acesso em: 10.02.2016.

29. Disponível em: [<http://www.piracicabaredecemporcento.com.br/solucao-da-ppp/>]. Acesso em: 10.02.2016.

30. Disponível em: [<http://www.saobernardo.sp.gov.br/edital-de-concessao-ppp>]. Acesso em: 10.02.2016.

31. Disponível em: [<https://www.ribeiraopreto.sp.gov.br/sadm/aud/i25consulta.php>]. Acesso em: 10.02.2016.

32. Disponível em: [<http://pt.slideshare.net/gabinetedigitalcaruaru/apresentao-ppp-de-manejo-de-resduos-slidos-e-limpeza-urbana>]. Acesso em: 11.06.2016.

Todos esses contratos, ademais, estabelecem indicadores de desempenho que buscam avaliar a qualidade dos serviços prestados pelo concessionário e o atingimento de metas fixadas contratualmente, muito embora nem todos vinculem a remuneração do concessionário a esses indicadores (no caso do Município de Jacareí, por exemplo, optou-se por vincular os indicadores a um sistema de multas).

Os indicadores contemplados, por sua vez, têm com objetivo em termos genéricos a medição da performance do concessionário por meio de critérios operacionais (adequação, pontualidade, efetividade, zelo à segurança da população e trabalhadores, entre outros), ambientais (aspectos sanitários, emissões e poluições, aproveitamento de materiais, emissão de gases que provocam efeito estufa, educação ambiental, compatibilização de equipamentos com a paisagem urbana, interação social, entre outros), administrativos (adequação aos quesitos legais e contratuais, atendimento às normas de saúde e segurança do trabalho, atendimento às exigências dos órgãos ambientais, entre outros), e do cumprimento de metas (prazos para universalização da coleta, da varrição, da coleta seletiva, entre outros).

4.3. Transporte coletivo

Na área do transporte coletivo, a utilização da PPP tem ficado mais adstrita a investimentos estaduais: as linhas 4,³³ 6³⁴ e 18³⁵ do Metrô de São Paulo (SP) foram contratadas no modelo de PPP, sendo que as linhas 6 e 18 têm a realização da obra (implantação) incluída no objeto da PPP. O mesmo ocorreu com as linhas 1 e 2 do Metrô de Salvador BA).³⁶ O VLT (Veículo Leve sobre Trilhos) de Goiânia (GO)³⁷ também é um investimento capitaneado pelo Estado.

33. Disponível em: [<https://www.radarppp.com/resumo-de-contratos/metro-de-sao-paulo-linha-4-amarela-estado-de-sao-paulo/>]. Acesso em: 11.02.2016.

34. Disponível em: [<http://www.metro.sp.gov.br/noticias/consorcio-move-sao-paulo-vence-licitacao-da-parceria-publica-privada-da-linha-6-de-metro.fss>]. Acesso em: 11.02.2016.

35. Disponível em: [<http://www.stm.sp.gov.br/index.php/parcerias-publico-privadas-ppp/linha-18-sao-paulo-abc>]. Acesso em: 11.02.2016.

36. Disponível em: [http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/projeto_metro.htm]. Acesso em: 11.02.2016.

37. Disponível em: [<http://www.projetos.goias.gov.br/metropolitana/post/ver/147759/vlt-de-goiania-sera-a-primeira-ppp-com-aporte-do-governo>]. Acesso em: 11.02.2016.

Os Municípios têm se utilizado com maior frequência da concessão comum com ou sem subsídios que, no caso do transporte coletivo, é regulada não só pela Lei 8.987/95, mas também pela já anteriormente referida Lei 12.857/2012 (política nacional de mobilidade urbana). É o caso de Belo Horizonte (MG); Rio de Janeiro (RJ); São Paulo (SP) e mais recentemente do Município de Sorocaba, o qual se encontra a licitar uma concessão para a construção e operação de um sistema de corredores de ônibus (BRT) no modelo da concessão com tarifa subsidiada.³⁸

Em ambos os modelos, como PPP ou como concessão comum, a tendência é a utilização de indicadores de desempenho relacionados ao intervalo médio entre os veículos, manutenção, conforto, nível de reclamações, entre outros.

Dentre os investimentos, além dos veículos, sistemas de segurança, controle e bilhetagem, há, como se pode desconfiar, em determinados casos, a inclusão de estações, estações de integração, pontos de parada e abrigos. Há uma tendência também crescente na exploração mais efetiva de receitas acessórias com a implantação de centros de compra junto às estações.

4.4. Educação

Na área da educação, o Município pioneiro no Brasil a realizar investimentos por intermédio de uma PPP foi Belo Horizonte (MG). Nesse caso, o Município licitou e celebrou contrato de concessão administrativa para a realização de obras, serviços de engenharia e prestação de serviços de apoio, *não pedagógicos*, relativos a 51 unidades de ensino da rede municipal de educação básica, sendo 46 unidades municipais de ensino infantil e 5 escolas de ensino fundamental.³⁹

4.5. Habitação, saúde, iluminação e centro de compras populares

Em que pese menos numerosas, há também experiências municipais em outras áreas, tais como habitação, saúde, iluminação e, até mesmo, na criação de centros de compras populares.

O Jardim Mangueiral, no Distrito Federal, muito embora não seja em termos estritos municipal, é a primeira PPP brasileira na área de habitação social. Trata-se de concessão administrativa para a realização de empreendimento

38. Disponível em: [<http://www.sorocaba.sp.gov.br/ppp/brt-onibus-rapido/>]. Acesso 11.02.2016.

39. Disponível em: [<http://www.inovabh.com.br/>]. Acesso em: 11.02.2016.

imobiliário, que engloba a construção de 8.000 unidades domiciliares econômicas e unidades comerciais, além da execução de infraestrutura urbana, de áreas verdes a prestação de serviços de gestão, operação e manutenção do empreendimento imobiliário.⁴⁰

Na saúde, a iniciativa pioneira, no plano municipal, é a do Hospital Metropolitano de Belo Horizonte (MG), uma PPP administrativa em que o concessionário tem a missão de completar a construção e implantação do hospital (iniciada pelo regime de empreitada de obra pública regulado pela Lei 8.666/93) e operar todos os serviços não diretamente ligados ao atendimento médico dos pacientes (a chamada *bata cinza*) o que compreende serviços de alimentação, segurança, fornecimento e manutenção de equipamentos em geral, farmácia, limpeza, lavanderia, estacionamento, recepção, entre muitos outros.⁴¹

A remuneração do parceiro privado encontra-se atrelada ao seu sucesso em atingir os maiores patamares de qualidade na prestação do serviço, segundo avaliação baseada em indicadores de desempenho, os quais são aferidos por um *verificador independente*, empresa contratada pelas partes para o acompanhamento e avaliação do desempenho do concessionário.

Mais recentemente, o Município de Sorocaba (SP) vem também envidando esforços para a construção e operação de um hospital municipal pelo regime de PPP.⁴²

Outra atividade municipal interessante, em relação a qual se inicia agora a utilização da PPP é a de iluminação pública. O consumo de energia nos Municípios, por força da rede pública de iluminação é geralmente gigantesco. A realização de investimentos na troca do padrão tecnológico da iluminação pode gerar ganhos econômico-financeiros e ambientais muito significativos em decorrência do menor consumo de energia que propiciam. Entretanto, para que se realize a troca dessa matriz tecnológica são necessários grandes investimentos, os quais podem ser amortizados em longo prazo caso a Administração opte pela realização de um contrato de PPP.

40. Disponível em: [<http://www.segeth.df.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/item/2476-jardins-mangueiral.html>]. Acesso em: 12.02.2016.

41. Disponível em: [http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade.do?evento=portlet&pIdPlc=ecpTaxonomiaMenuPortal&app=acessoinformacao&lang=pt_BR&pg=10125&tax=39102]. Acesso em: 23.02.2016.

42. Disponível em: [<http://www.sorocaba.sp.gov.br/ppp/hospital-de-clinicas-de-sorocaba/>]. Acesso em: 23.02.2016.

Dentre os grandes municípios brasileiros, São Paulo tende a ser o primeiro a realizar esse tipo de contratação, diante da recente publicação do edital de licitação para a concessão administrativa da atividade.⁴³

Por fim, o fomento ao turismo de compras e ao comércio popular, como forma de alavancar o desenvolvimento econômico local, também pode se dar com a utilização de concessões. Recentemente, o Município de São Paulo trouxe um exemplo significativo nesse caso, ao licitar e contratar uma *concessão de obra pública* com o objetivo de realizar investimentos em um grande terminal para cerca de 350 ônibus rodoviários, combinado com a construção e operação de um centro de compras populares com mais de 4.000 pequenas lojas. A ideia é que por meio do investimento se organize o gigantesco comércio popular, que geralmente se instala nas ruas e na chamada “feira da madrugada” situada no antigo bairro do Brás. A iniciativa, que ganhou o nome de *circuito de compras*, compreende ainda a revitalização de um prédio histórico, construção de um prédio comercial de escritórios e a implantação de um hotel e de diversas comodidades para turistas compradores que chegam à cidade de São Paulo.⁴⁴

5. O FUTURO DA PPP MUNICIPAL: MAIOR QUALIDADE OU CUSTO-BENEFÍCIO AOS GASTOS PÚBLICOS

Como se vê, nos Municípios há um terreno fértil para o desenvolvimento de projetos e contratos de PPP e de outras espécies de concessão. O Brasil tem leis que regulamentam com certa modernidade a PPP e há casos práticos, no âmbito municipal, que podem ser estudados como base comparativa para a formulação de novos projetos.

Além disso, em tempos de restrições orçamentárias, a PPP pode ser uma saída para que a Administração aumente a eficiência dos gastos públicos que ordinariamente realiza. Serviços que já são prestados diretamente pela Administração ou que são total ou parcialmente terceirizados, mediante contratos de simples prestação de serviços regidos normalmente pela Lei 8.666/93, podem ser objeto de concessão, fato que, além de viabilizar a realização de investimentos de longo prazo, pode levar à obtenção de mais e melhores serviços com os mesmos recursos financeiros já hoje gastos.

43. Disponível em: [http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/servicos/participacao_social/consultas_publicas/index.php?p=182594]. Acesso em: 23.02.2016.

44. Disponível em: [http://www3.prefeitura.sp.gov.br/saffor_bueiros/FormsPublic/serv-15FeiraPari.aspx]. Acesso em: 23.02.2016.

Esse é o destino da PPP Municipal! O futuro da PPP nos Municípios é tornar-se o veículo que gradativamente possibilitará à Administração trocar a execução direta ou a terceirização de atividades por meio da empreitada e da prestação de serviços, regidas pela Lei 8.666/93, que no mais das vezes não possibilitam a realização de maiores investimentos, a transferência de riscos ao particular e a obtenção de ganhos mais significativos de eficiência (uma vez que estes ganhos estão geralmente atrelados à necessidade de realização de investimentos e modernização e a impulsos econômicos que os contratos regulados pela Lei 8.666/93 dificilmente trazem), por contratos de PPP e concessão comum, conforme o caso.

As PPP e demais formas de concessão são de fato contratos mais complexos, que contam com um planejamento e um processo de formação mais longos. Mas, em compensação, são contratos que possibilitam a realização de investimentos em modernização, ampliação ou universalização que, de outra forma, simplesmente deixariam de ser feitos. São contratos que podem manejar estímulos, por meio do sistema de remuneração ou de indicadores de desempenho, para a constante busca de eficiência pelo parceiro privado. Por fim, são contratos que tendem a dar aos gastos públicos maior eficiência e que, especialmente quando utilizados pelos Municípios na perspectiva da modernização de serviços que atualmente já são executados em outro regime, tendem a oferecer uma melhor relação de custo-benefício aos referidos gastos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- LIMA, Mário Márcio Saadi. *O procedimento de manifestação de interesse à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e ZAGO, Marina Fontão. O aporte de recursos: evolução na busca de maior eficiência para as PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *RDA*, n. 228. Rio de Janeiro: Renovar, abr.-jun. 2002.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.
- PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.
- RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SOUSA, Luís Verde. *A negociação nos procedimentos de adjudicação*. Coimbra: Almedina, 2010.

STIGLITZ, Joseph E. *Globalization and its discontents*. Nova Iorque, W. W. Norton, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Parcerias público-privadas: a assunção do controle da sociedade de propósito específico pelo Poder Público, de Ana Carolina Annunziato Inojosa de Andrade – *RTNE* 3/17-62 (DTR\2014\2132); e
- Saneamento básico e direito urbanístico: aproximações, de Giuliano Savioli Deliberador – *RTSP* 5-6/47-70 (DTR\2014\18604).

CONTRIBUIÇÃO NO INTERESSE DAS CATEGORIAS: NATUREZA JURÍDICA E A FUNÇÃO DELEGADA

*CONTRIBUTION TO INTEREST OF CATEGORIES:
LEGAL NATURE AND THE DELEGATED FUNCTION*

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército-ECEME, Superior de Guerra-ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e Rio Grande do Sul, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO-SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária – CEU-Escola de Direito/Instituto Internacional de Ciências Sociais – IIICS.
igm@gandramartins.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Tributário; Constitucional

RESUMO: Neste artigo, o autor analisa o procedimento administrativo ao qual a instituição sindical estaria sujeita para realizar a cobrança da contribuição sindical rural a que tem direito. Na análise, considera, por um lado, que a jurisprudência do TST entende ser obrigatório seguir o que determinou o CTN (arts. 142 e 145) e, por outro lado, aborda o fato de que a Suprema Corte não examina a matéria sob a alegação de que o objeto da divergência diz respeito a conflitos exegeticos de natureza legal e não constitucional. Diante deste estudo, o autor critica tais posicionamentos e fundamenta as razões pelas quais a matéria merece reexame pelo STF.

PALAVRAS-CHAVE: Entidade sindical – Capacidade arrecadatória delegada – Tributo no interesse das categorias.

ABSTRACT: In this article, the author analyzes the administrative procedure to which the union would be subject to collect the rural union contribution to which it is entitled. In the analysis, it considers, on the one hand, that the case law of the TST considers it compulsory to follow what the CTN determined (articles 142 and 145) and, on the other hand, it addresses the fact that the Supreme Court does not examine the matter under the allegation that the object of divergence concerns exegetical conflicts of a legal and non-constitutional nature. Faced with this study, the author criticizes such positions and grounds the reasons why the matter deserves reconsideration by the STF.

KEYWORDS: Trade union entity – Delegated collection capacity – Tribute in the interest of the categories

SUMÁRIO: 1. Contribuição no interesse das categorias: natureza jurídica e a função delegada.

1. CONTRIBUIÇÃO NO INTERESSE DAS CATEGORIAS: NATUREZA JURÍDICA E A FUNÇÃO DELEGADA

A jurisprudência do TST hospeda a tese¹ de que a cobrança da contribuição sindical rural (art. 8º, inciso IV da Constituição Federal),² só pode ser feita nos moldes do procedimento conformado pelos arts. 142 e 145 do CTN³ e a tese da Suprema Corte trabalhista não é examinada pelo Pretório Excelso, sob o fundamento de que a matéria é uma questão concernente à legalidade e não, constitucionalidade. Se inconstitucionalidade houvesse, seria ela apenas indireta, pois o que se discute é diretamente questão legal.⁴

1. “Recurso DI embargos em recurso de revista, interposição sob a égide da lei 11.496/2007. Ação de cobrança de contribuição sindical rural. Notificação pessoal do devedor. Necessidade. Art. 145 do CIN. Acórdão embargado em consonância com a jurisprudência reiterada desta Corte Superior, no sentido de ser necessária ao lançamento da contribuição sindical rural a notificação pessoal do sujeito passivo, a teor do art. 145 do CTN, *não sendo suficiente a publicação de editais em jornais de grande circulação*. Precedentes desta SDI-I. Recurso de embargos conhecido e não provido”. (TST-E-RR-364-47.2010.5.05.0651, rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, julgamento em 15.05.2014, SDI-1, DJE de 22.05.2014) (grifos meus).
2. O art. 8º inciso IV da CF tem a seguinte dicção:
“Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
(...)
IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei; (...)”
3. Estão os arts. 142 e 145 do CTN assim redigidos:
“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.
Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”
“Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:
I – impugnação do sujeito passivo;
II – recurso de ofício;
III – iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.”
4. Ag.reg. no recurso extraordinário com agravo 927.118. Distrito Federal. relator: Min. Celso de Mello Agte.(s): Confederação da agricultura e pecuária do Brasil – CNA Adv.

Em outras palavras, a aplicação ou não do CTN seria debate de natureza legal e só indiretamente constitucional, razão pela qual tem negado, a Suprema Corte, exame da matéria. Com o devido respeito aos ínclitos membros da Suprema Corte, parece-me que não têm razão.

É de se lembrar que a referida contribuição tem uma longa história legislativa, revestida que foi de variada forma, desde seu nascimento, conforme as Constituições Brasileiras foram se sucedendo com a alteração do perfil das obrigações tributárias.⁵

Ora, à luz da Constituição de 1967 e sua emenda abrangente nº 1/69, os tributos foram reduzidos apenas a impostos, taxas e contribuições de melhoria, tendo a jurisprudência entendido que as contribuições especiais, nas suas três configurações, deixaram de ter o caráter tributário, em face de uma deslocação topográfica, no texto maior, do artigo 43 do pretérito diploma supremo, cujo inciso I falava na competência legislativa para impor tributos e o inciso X, em contribuições sociais, sem menção às duas outras espécies (no interesse das categorias e de intervenção no domínio econômico). Eis a redação dos dois incisos:

“Art. 43. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente:

I – tributos, arrecadação e distribuição de rendas;

(...)

(a/s): Manoel Rodrigues Lourenço Filho Adv.(a/s): Luiz Antonio Muniz Machado Agdo.(a/s): Maria Amélia Ferrari Fanton Adv.(a/s): Donizete José Mellado.

Ementa: Recurso extraordinário com agravo (Lei 12.322/2010) – Alegada violação a preceitos constitucionais – Ofensa indireta à constituição – Contencioso de mera legalidade – Recurso improvido – A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Brasília, 15 de dezembro de 2015. Celso de Mello – Relator (STF, 15.12.2015, Segunda turma).

5. Enumero: 1) o Decreto 19.770/31; 2) Decreto 19.398/30; 3) Decreto 24.694/34; 4) Decreto-lei 1.402/39; 5) Decreto-lei 2.377/40; 6) Decreto-lei 4.298/42; 7) Decreto-lei 7.038/44; 8) Decreto-lei 8.127/45; 9) Lei 4.214/63; 10) Lei 4.504/64; 11) Lei 4.755/65; 12) Decreto-lei 27/66; 13) Decreto-lei 789/69; 14) Decreto-lei 1.166/71 e 15) Lei 5.889/73, os quais, de variada forma, ao regularem o Sistema Sindical brasileiro cuidaram de sua forma de manutenção com contribuições próprias, constitucionais, legais ou subvenções.

X – contribuições sociais para custear os encargos previstos nos artigos 165, itens II, V, XIII, XVI e XIX, 166, § 1º, 175, § 4º e 178”.⁶

Com base nesta imperfeição linguística e numa interpretação meramente gramatical, contra a qual diversos eminentes juristas e este velho advogado rebelaram-se, firmou-se entendimento oficial e a jurisprudência no sentido de que todas as contribuições especiais não seriam tributos.⁷

Na audiência pública de que participei, a pedido dos Constituintes, ao tempo da elaboração da nova Carta, mostrei meu inconformismo com tal inteligência, advogando a tese do texto anterior, de resto defendida por outros mestres que, também convidados, participaram de audiências. Eram audiências de quase um dia, em que somente um tributarista era ouvido por sessão. Prevaleceu entre os legisladores supremos de 88 o entendimento de reincluir, entre as normas gerais (arts. 145 a 149), as referidas contribuições no sistema tributário.⁸

6. É bem verdade que o artigo 21, § 2º, faria menção aos três tipos de contribuição:

“Art. 21, § 2º: A União pode instituir:

“1 – contribuições, observada a faculdade prevista no item 1 deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social.”

7. Escrevi: “O que nos parece, todavia, de relevo reside em sua inclusão, como n. X do art. 43. As contribuições sociais assim consideradas como categoria autônoma não perdem a característica de tributo, na medida em que o n. 1 do mesmo dispositivo cuida dos tributos em geral, mas jungidos apenas à arrecadação e distribuição de rendas entre os poderes tributantes. Ora, o n. X do mesmo dispositivo, que poderia estar inserido, como complemento do n. 1, cuida de tributos exclusivamente dedicados ao custeio de determinados encargos, refugindo à clássica distribuição de rendas.

Assim sendo, não pretendeu o constituinte com tal declaração afirmar que as contribuições sociais não são tributos, mas contrariamente declarar, como a doutrina e o direito comparado sempre afirmaram, que tais imposições são tributos com vinculação específica, diversa dos tributos em geral, representando um pleonasma enfático no concernente à natureza tributária, mas com características distintivas no que diz respeito à sua destinação” (*Manual de contribuições especiais* – Manuais de Direito Tributário 2. São Paulo: Ed. RT, 1987, p. 30).

8. Assim se referiram os parlamentares da Subcomissão à colaboração dos juristas que a assessoraram no primeiro anteprojeto: “Atendendo à sugestão do Constituinte Mussa Demis, vou apenas registrar notável esforço que esta Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas realizou, ao longo das últimas três semanas, no sentido de ouvir e receber subsídios e sugestões de todos os segmentos da sociedade

Minha satisfação maior – Acompanhei toda a evolução da conformação do sistema tributário no novo texto, não só pela exposição, mas pelo permanente contato com os encarregados de promover a mudança, entre eles Dornelles, Patury, Mussa Demis, Fernando Bezerra — foi ver albergada a tese que defendi na 2ª Reunião Regional Latino Americana de Direito Tributário, realizada em Porto Alegre, no ano de 1976, de que haveria uma divisão quinquipartida dos tributos, e não apenas a tripartida do art. 5º do CTN⁹. Com efeito, além dos impostos, taxas e contribuição de melhoria, foram hospedados no art. 145, os empréstimos compulsórios, no art. 148, e as contribuições especiais, no art. 149.¹⁰

brasileira interessada em um novo desenho do Capítulo sobre o Sistema Tributário Nacional.

Cumprindo prazo regimental, apresentamos proposta de anteprojeto ao texto da futura Carta Constitucional que, não tendo a pretensão de ser algo perfeito e acabado, deverá sofrer aprimoramentos através das emendas que os membros desta Subcomissão certamente haverão de apresentar.

Necessário se faz assinalar a valiosa contribuição oferecida a esta Subcomissão pelas autoridades e entidades aqui recebidas em audiência pública: os Profs. e Técnicos Fernando Rezende, Alcides Jorge Costa, Geraldo Ataliba, Carlos Alberto Longo, Pedro Jorge Viana, Hugo Machado, Orlando Caliman, *Ives Gandra da Silva Martins*, Edvaldo Brito, Souto Maior Borges, Romero Patury Accioly, Nelson Madalena, Luís Alberto Brasil de Souza, Osiris de Azevedo Lopes Filho, o Secretário da Receita Federal, Dr. Guilherme Quintanilha.”

9. *Ives Gandra da Silva Martins, As Contribuições Especiais numa Divisão Quinquipartida dos Tributos*, coed. ABDF/OAB-RS/IARS/Fac. de Dir. da UFRS/Inst. Int. de Dir. Público. e Intern., Ed. Resenha Tributária, São Paulo, 1976.
10. O art. 5º do CTN está assim redigido:
“Art. 5º Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria”, as *caputs* dos arts. 145 e 149 têm as seguintes dicções:
“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
I – impostos;
II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;
III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.”;
“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos artigos 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo”, estando o art. 148 está assim redigido:

A partir deste texto, não mais se sustentou a tese de que as contribuições especiais não seriam tributos, passando a Lei Suprema a falar em “impostos, taxas e contribuições”, no art. 150 § 6º, e “imposto ou contribuição”, no art. 150 § 7º.¹¹

Hoje, pacificado está que as contribuições no interesse das categorias são tributos, pois assim determina o art. 149 da Lei Suprema. No Capítulo dos princípios gerais (145 a 149), de rigor, tem-se apenas três:

O princípio das espécies tributárias, a saber: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais (arts. 145, 148 e 149);

O princípio da lei complementar (art. 146);¹²

“Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b”.

11. Os textos ganharam a seguinte redação:

“§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional 3, de 1993);

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (Incluído pela Emenda Constitucional 3, de 1993)”.

12. O art. 146 está assim veiculado:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

O princípio da capacidade contributiva (art. 145 § 1º).¹³

Não cuido do art. 147, pois o Brasil não tem territórios e, pela dificuldade de voltar a existirem – a meu ver, de impossível criação – O sistema impositivo desta figura de ficção científica não comporta estudo.¹⁴

Ora, no que concerne às contribuições de interesse das categorias, a contribuição corporativa tem seu perfil definido no art. 8º, inciso IV, da Lei Suprema, nestes termos:

“ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
(...)

IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confedera-

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional 42, de 19.12.2003)

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: (Incluído pela Emenda Constitucional 42, de 19.12.2003)

I – será opcional para o contribuinte; (Incluído pela Emenda Constitucional 42, de 19.12.2003)

II – poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III – o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento; (Incluído pela Emenda Constitucional 42, de 19.12.2003)

IV – a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes. (Incluído pela Emenda Constitucional 42, de 19.12.2003)”.

13. O § 1º do artigo 145 tem o seguinte discurso:

“§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

14. O artigo 147 foi elaborado com esta versão:

“Art. 147. Competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais.”

tivo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

(...)”¹⁵

A característica dessa contribuição é que, embora a competência impositiva seja da União, a capacidade arrecadatória pertence a tais entidades sindicais, havendo, pois, uma delegação constitucional para que seja ela exercida pelos entes integrantes do sistema corporativo brasileiro.

Este é um ponto relevante para o deslinde da questão fulcral desta análise, ou seja, a inteligência de que têm, por força da lei maior, tais entidades, capacidade arrecadatória, *não sendo órgãos da administração pública*.¹⁶

A delegação de capacidade arrecadatória de tais contribuições torna a imposição tributária, neste ponto, diversa das demais espécies conhecidas, ou seja, impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico e empréstimos compulsórios.

Em todas estas imposições o Estado tem competência impositiva e capacidade arrecadatória, mesmo quando delega suas funções – matéria ainda de perfil discutível — pois que, nestas hipóteses, após um processo normal de

15. Escrevi:

“Já o inciso IV, embora não mencione categoria econômica, pressupõe que para elas também é destinado. Ao dizer: ‘a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional’, está declarando que dos integrantes das duas categorias (profissionais e econômicas) cobrar-se-á a contribuição, mas, para as categorias profissionais, indica a forma pela qual será feita a cobrança da *contribuição confederativa*, independentemente da contribuição prevista em lei.

Há, pois, para esta imposição, uma delegação constitucional legislativa impositiva do Poder Público para os Sindicatos, que se tornaram, pois, inspetores de uma contribuição que lhes permite *existir e atuar*” (Revista do TST, vol. 81, n. 1, jan.-mar. 2015).

16. Contribuição confederativa e contribuição sindical:

“Constitucional. Sindicato. Contribuição instituída pela Assembleia Geral. Caráter não tributário. Não compulsoriedade. Empregados não sindicalizados. Impossibilidade de desconto. CF, art. 8º, IV. *Contribuição confederativa, instituída pela assembleia geral* — CF, art. 8º, IV — *Distingue-se da contribuição sindical, instituída por lei, com caráter tributário* — CF, art. 149 — *Assim compulsória*. A primeira é compulsória apenas para os filiados do sindicato” (STF — 2ª T. — R. Extr. 187.537-2/SP — Rel. p/ Acórdão Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 31 out.1997, p. 55-562). No mesmo sentido: STF — “A contribuição confederativa, instituída pela assembleia geral distingue-se da contribuição sindical, instituída por lei, com caráter tributário CF, art. 149 assim compulsória apenas para os filiados do sindicato” (STF — 2ª T. — R. Extr. 198.092-1 — Rel. Min. Carlos Velloso). (grifos meus).

constituição de crédito tributário, nos termos do art. 142 do CTN¹⁷, advogados recebem procuração do Poder Impositivo para executar, judicialmente, tais créditos.

Exerce, pois, o Poder Público, sua dupla função de competência e capacidade de arrecadação em todas as espécies tributárias, menos naquela no interesse das categorias.¹⁸

Nesta, o próprio interesses das categorias é o elemento relevante, lembrando que objetiva a manutenção de um regime jurídico capaz de ofertar condições para que cada categoria econômica possa, na sua dupla função empregador-empregado, atuar na defesa do segmento social produtivo, com contribuição

17. O artigo 142 do CTN tem a seguinte dicção, que repito:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

18. Alexandre de Moraes ensina:

“Pinto Ferreira define a contribuição sindical, antes denominada de imposto sindical, como uma contribuição parafiscal, afirmando que “na verdade é uma norma de tributo”; e, citando Amauri Mascaro Nascimento, diz que a contribuição sindical é “um pagamento compulsório, devido por todo trabalhador ou empregado, em benefício do respectivo sindicato, pelo fato de pertencerem à categoria econômica ou profissional ou a uma profissão liberal.”

Assim, nenhuma entidade sindical poderá cobrar a contribuição assistencial daquele que se recusou a filiar-se ou permanecer filiado, porém, a contribuição sindical, que a Constituição Federal assegura, desde que prevista em lei, é obrigatória e devida pelos que *participam das categorias econômicas ou profissionais ou da profissão liberal representada pelas referidas entidades.*

Dessa forma, a contribuição sindical definida em lei é obrigatória, mesmo para os profissionais liberais não filiados, enquanto qualquer outra contribuição assistencial/confederativa é facultativa, e somente pode ser cobrada com autorização por parte do empregado ou trabalhador.

Portanto, inobstante a separação dos sindicatos da esfera de intervenção do Ministério do Trabalho, a contribuição sindical foi preservada pela nova Constituição Federal, pelo que remanesce seu disciplinamento pela CLT, e os recursos da “conta especial emprego e salário” são descontados a título de contribuição sindical, para finalidade definida em lei, entre elas a própria subsistência e independência sindical, conforme entendimento do STF” (grifos meus) (*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2013, p. 504).

ao país e à sociedade, assim como no seu direito reivindicatório de prerrogativas da categoria.

É, pois, uma contribuição não destinada ao Estado e ao exercício de suas funções vinculadas (todas as espécies) ou não (impostos), mas destinada ao interesse das categorias. É bem verdade que 20% são recolhidos à Conta Especial Emprego e Salário, com o que o Poder Público se auto outorga o direito de atender indiretamente as categorias. Defendi, nos *Comentários à Constituição do Brasil* (volume VI, tomo I) e no livro *Sistema Tributário na Constituição de 1988*, ambos editados pela Saraiva, que se os tributos vinculados tem esta característica, qualquer destinação diversa à vinculação violaria a Lei Suprema. A matéria, todavia, ainda está no campo de reflexão acadêmica. Taxa destinada a cobrir serviço público específico e divisível só deveria cobrir o custo do serviço, que não é o que ocorre com a taxa judiciária, e contribuição no interesse das categorias só deveria ser destinada às categorias.

Neste ponto, há de se destacar aspecto relevante, *de natureza constitucional*, que perfila as contribuições no interesse das categorias, ou seja, que a delegação da capacidade arrecadatória para as entidades sindicais é constitucional, de resto reiterada por variada legislação já atrás citada, nas suas diversas formas e denominações, à luz dos diversos textos maiores, desde sua criação.¹⁹

19. Bernardo Ribeiro de Moraes em relação à pretérita Constituição entendia que as “contribuições profissionais” eram tributo, ao dizer:

“Em relação às espécies tributárias, foi reservado um capítulo especial (o capítulo V o Título 1) para tratar ‘do sistema tributário’, admitindo as seguintes figuras específicas: a. – Impostos (artigos 18, 21, 22,23 e 24), onde incluímos os ‘impostos extraordinários’ (art. 22);

b. – Taxas (art. 18, 1), limitado o seu conceito a duas causas jurídicas: o exercício regular do poder de polícia e a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

c. – Contribuição de melhoria (art. 18, II), arrecadada dos proprietários de imóveis valorizados por obras públicas;

d. – Empréstimo compulsório (art. 18 § 30; art. 21 § 20, II), para atender casos especiais, definidos em lei complementar;

e. – Contribuições especiais (art. 21, § 20, 1), limitado o seu campo às seguintes espécies: Contribuições de domínio econômico, instituídas tendo em vista a intervenção da União no domínio ou o monopólio de determinada indústria ou atividade (art. 163) e destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos;

Contribuições previdenciárias, instituídas para atender diretamente a parte da União no custeio dos encargos da previdência social (Emenda Constitucional n. 8, de 14 de abril de 1977, artigo único); e Contribuições profissionais, instituídas tendo em vista o interesse de categorias profissionais, e destinadas ao custeio da atividade dos órgãos

Ora, tal diferencial é que lhe dá, na delegação constitucional da capacidade arrecadatória, o poder de arrecadar, que, *necessariamente*, há de ser *semelhante*, mas não *igual* aquele relativo aos demais tributos pelo Código Tributário Nacional e legislação posterior.

Com efeito, os arts. 142 a 150 do CTN são artigos destinados *exclusivamente* a *agentes públicos*, agentes dos erários dos diversos entes com poder impositivo.

A própria leitura do art. 142, assim mais uma vez transcrito determina que a *autoridade pública* dê início ao *lançamento, ato administrativo de sua competência exclusiva*:²⁰

“Art. 142. Compete *privativamente* à *autoridade administrativa* constituir o *crédito tributário* pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação cor-

sindicais e profissionais, bem como para a execução de programas de interesse das respectivas categorias (art. 166, § 1º)”. (Caderno de Pesquisas Tributárias vol. 2, Ed. Resenha Tributária, 1991, *Contribuições Especiais Fundo PIS-PASEP*, coordenação de Ives Gandra Martins, p. 63-64).

20. Escrevi:

“Entendo que o lançamento é ato final de procedimento preparatório. É, pois, um ato e um procedimento, explicitando o artigo 142 as linhas mestras do que seja o ato e do que seja o procedimento que no ato se encerra.

O discurso legislativo principia com a afirmação de que a constituição do crédito tributário faz-se pelo lançamento.

O lançamento é, portanto, ato final que reconhece a existência da obrigação tributária e constitui o respectivo crédito, vale dizer, cria, no universo administrativo, o direito à exigência da obrigação nascida, no mais das vezes, preteritamente.

O artigo 139 oferta a dimensão exata da realidade, posto que, identificando sua natureza jurídica, considera, todavia, o crédito decorrencial da obrigação.

O reconhecimento da existência de obrigação, através da constituição do crédito, nos termos legislativos complementares, acontece após procedimento em que se verifica a ocorrência de seu fato gerador, determina-se a matéria tributável, calcula-se o montante do tributo, identifica-se o sujeito passivo e propõe-se a aplicação da penalidade cabível.

Pelo direito posto, portanto, lendo-se o que escrito está, a autoridade administrativa, necessariamente singular, *produz o lançamento, atividade exclusiva e indelegável, que é ato final de procedimento anterior, este podendo ser conduzido por grupos ou colegiados*.

Não é, pois, o lançamento que gera o procedimento, mas este que se encerra no ato do lançamento, ato que prescinde, por força de lei, de participação extrafuncional” (grifos não constantes do texto) (*Caderno de Pesquisas Tributárias* – vol. 12, *Do lançamento*, coordenação Ives Gandra Martins, Ed. Resenha Tributária/Centro de Extensão Universitária-CEU, São Paulo, 1987, p. 32/35).

respondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional” (grifos meus).

Ora, tal exigência é impossível de ser assumida por dirigentes sindicais, na medida em que não são *agentes públicos*, de tal maneira que o art. 142 do CTN, com as responsabilidades e pertinência privativa dos servidores do estado, é de impossível aplicação a qualquer outra pessoa que não os próprios agentes.

Tenho há décadas defendido que a obrigação tributária, para sua exigência, impõe ao contribuinte regras de direito tributário e de direito administrativo. Lembro que as obrigações acessórias determinadas por lei ao contribuinte para auxílio da fiscalização, embora assemelhados a procedimentos administrativos, transformam-se em obrigações principais, no descumprimento por parte do sujeito passivo da relação tributária, se a penalidade aplicável for pecuniária. Só, então, ganha caráter tributário. Estão as obrigações sindicais excepcionadas pela lei maior, visto que não são arrecadadas por força de competência e capacidade do ente público tributante.

Tais obrigações auxiliares, repito, só ganham relevância tributária e administrativa pela cobrança pecuniária, se descumpridas, pois, a partir deste momento, quando detectado o descumprimento, cabe à *autoridade administrativa* exigi-la, ganhando, a partir deste momento, a mesma conformação de uma obrigação tributária principal correspondente à exigência de tributo ou penalidade.²¹

Nenhuma semelhança com a contribuição sindical corporativa do art. 8º, inciso IV, da CF/88, exigida e cobrada pela entidade sindical. Tanto a definida por lei, quanto a propriamente sindical.

21. O art. 113 do CTN tem esta dicção:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.”

Quando fiz menção à *semelhança* e não *igualdade* do arts. 142 e 145 do CTN, fi-lo porque o princípio geral constitucional que rege os arts. 142 e 145, ou seja, a notificação da exigência do tributo, se descumprida a obrigação, é comum a todos tributos, inclusive à contribuição corporativa, cuja obrigação tem que ser notificada ao devedor.²²

Ora, o princípio decorrencial do art. 145 do CTN, que repito:

“Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I – impugnação do sujeito passivo;

II – recurso de ofício;

III – iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149”, de notificação do contribuinte devedor é um princípio inerente a qualquer cobrança tributária, algo que, de resto, a CNA tem se utilizado para cientificar o contribuinte da obrigatoriedade de recolhimento da contribuição, com fixação de prazo para pagamento e citação para atualização dos dados que possibilitem a cobrança. Nisto está à *semelhança*, mas não a *igualdade*, *em face, repito, da impossibilidade de notificação do lançamento privativo de autoridades*.

Por isto, para que se cobre o fato notificado, não pode, no que corresponde à forma de constituição do crédito tributário, ser idêntica à do art. 142 *apenas aplicável a autoridade fiscal*. Os poderes que têm as autoridades fiscais de apreensão de livros, de invasão de estabelecimentos, de imposição de atos de infração etc., não os têm as entidades sindicais, por seus agentes. Ora, no momento em que a Justiça Trabalhista impõe um regime de cobrança *não implicitamente constante do inciso IV do art. 8º da Lei Suprema* – de resto de impossível aplicação, à falta de poderes, que os agentes sindicais não têm –, afronta o direito assegurado pela Lei Suprema, no que concerne à capacidade arrecadatória das entidades sindicais.

Em outras palavras, não há como impor-se a aplicação de dispositivo (art. 142 do CTN) *apenas aplicável às autoridades públicas com poderes superior-*

22. Os incisos LIV e LV do art. 5º da CF estão assim redigidos:

“LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;(...)”.

res aos que têm os dirigentes sindicais, pois disposição tributária-administrativa, por não possuírem tais poderes os agentes sindicais.²³

Há, portanto, na decisão do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, em que pese a excelência de seus Ministros, uma clara afronta à Lei Suprema, que delegou às entidades sindicais a capacidade arrecadatória, como entes sindicais e não como autoridades administrativas, oficialmente sendo apenas necessária, para constituir o seu direito a receber o tributo, a notificação pessoal ou por edital, *mas não um lançamento privativo promovido por autoridades públicas*, conforme determinado pelo art. 142 do CTN para todos os outros tributos.

É de se lembrar, inclusive, que, à época em que o CTN foi promulgado – sou dos poucos sobreviventes que conviveram com os autores do anteprojeto do Código que este ano comemora 50 anos —, os próprios tributos eram os do art. 5º, ou seja, impostos, taxas e contribuições de melhoria, apenas para estes *sendo aplicável o art. 142 do CTN*. As contribuições no interesse das categorias, com outra denominação, tinham cobrança diversa da determinada pelo art. 142.

Parece-me, pois, que, com o respeito que merecem os eminentes magistrados do Colendo TST, sua tese não procede, sendo inaplicável o art. 142 do CTN para cobrança da contribuição sindical, que poderá continuar sendo exigida, como sempre o foi, tendo em vista a capacidade arrecadatória delegada constitucionalmente às próprias entidades, desde que prevalecendo o princípio da notificação ao contribuinte devedor ou citação nos casos em que o contribuinte deixou de atualizar os dados fiscais que possibilitem a cobrança.

23. É de se lembrar que o art. 142 cuida de um ato administrativo. É Gilberto de Ulhôa Canto, um dos autores do CTN, que esclarece:

“Em se tratando de ato administrativo vinculado, a necessidade de motivação universalmente reconhecida. E que o lançamento e o procedimento que nele resulta são atos administrativos vinculados, está claramente dito no parágrafo único do art. 142 do CTN como se observou em I.3. retro, além de ser reconhecido pela doutrina nacional e pela estrangeira (ver, por interessante, o artigo de Angelo Dus, publicado na ‘Revista de Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze’, ed. Giuffrè, Milano, vol. XIX, I@ parte, págs. 238, em que o autor destaca como discricionárias para o Fisco poucas opções, como as de realizar ou não inspeção fiscal em relação a determinado contribuinte, ou qual o âmbito da inspeção que deseja realizar, ficando no plano da vinculação tudo que possa afetar ou onerar financeiramente o sujeito passivo).” (*Caderno de Pesquisas Tributárias* – vol. 12, Do lançamento, coordenação Ives Gandra Martins, Coed. Resenha Tributária/Centro de Extensão Universitária-CEU, São Paulo, 1987, p. 11-12).

Entendo mesmo que, constitucionalmente, *por ser tributo no interesse das categorias*, a CF outorgou aos interessados o direito de cobrá-lo, sendo tardia a legislação que apenas em 1997 permitiu-lhes tal direito pela lei maior concedido.²⁴

E, neste particular, entendo, agora de forma perfunctória, em face dos esclarecimentos retro apresentados, que a inteligência da Corte Maior para questões trabalhistas fere diretamente a Constituição, visto que impõe regime de cobrança de tributo não previsto no art. 8º, inciso IV, da Lei Suprema, ao pretender considerar que a definição constitucional de capacidade de arrecadação às entidades sindicais deveria seguir regime próprio dos entes tributantes, algo *decididamente* não conformado na Lei Suprema.

Trata-se de tributo no interesse das categorias, endereçado às categorias, pois é contribuição *vinculada* à ordem sindical.

24. Em estudo a que tive acesso de Manuel Rodrigues Lourenço Filho lembra o autor que:

“A partir de 1 de janeiro de 1997, a situação é diferente, visto que a legislação federal, que afastou a autoridade fazendária e possibilitou à Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA prosseguir com sua cobrança, interpretada conforme a Constituição, não alterou a regra geral de competência para o lançamento, cuja disciplina é reservada à lei complementar por força do art. 146, inciso III, alínea b, da Constituição Federal.

Justamente por isso, a atividade realizada dentro no seu âmbito, para exigir a contribuição sindical rural, não obstante efetuada nos estritos termos da lei, pois, como tributo, submete-se ao princípio da legalidade, difere do lançamento, não constituindo o respectivo crédito tributário.

Repise-se que a atividade administrativa do lançamento consistente em verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível, compreende também o ato final de constituição do crédito tributário, para o qual os demais atos ou operações lógicas e mentais estiveram orientados.

Nesse contexto, relegado o crédito tributário da contribuição sindical rural a partir de 1º de janeiro de 1997, não pode subsistir o entendimento espelhado na ementa oriunda da Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais-SDI-I, proferido no julgamento do TST-E-RR-364-47.2010.5.05.0651, de ‘ser necessária ao lançamento da contribuição sindical rural a notificação pessoal do sujeito passivo, a teor do art. 145 do CM, alto sendo suficiente a publicação de editais em jornais de grande circulação’, sob pena de se impedir o legítimo direito da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil-CNA de exigir receita tributária que lhe pertence, destinada constitucionalmente para a consecução de seus fins, em flagrante violação ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal”.

A única semelhança com os outros tributos é ser instituída por lei, mas, ao contrário dos outros, não pressupõe interesse direto do Fisco, pois a verdadeira destinatária é a categoria, ressalvando-se apenas a destinação dos 20% à Conta de Emprego e Salário, a meu ver, de duvidosa constitucionalidade para um tributo vinculado.²⁵

Não se trata, portanto, de inconstitucionalidade indireta, mas de inconstitucionalidade direta, visto que foi outorgada à delegação de capacidade arrecadatória dos sindicatos regime jurídico que a Constituição não previu. Foi, repito, exigido, para tributo no interesse das categorias, regime arrecadatório próprio das *autoridades públicas*, quando a lei suprema pressupõe regime próprio das entidades sindicais, na cobrança de imposição *no interesse de suas categorias* e apenas, indiretamente, no interesse do Estado, para manutenção de ordem pública.

Ora, tal regime sugerido jurisprudencialmente pelo Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, é de impossível aplicação por agente *não público*, ferindo a lei suprema, que pressupõe um tributo vinculado diretamente ao interesse das categorias e não do Estado, pela delegação constitucional de capacidade arrecadatória às entidades beneficiárias.

É de se lembrar, inclusive, que à época em que o próprio Poder Público arrecadava o tributo, *por delegação legislativa auto outorgada*, a quase totalidade do produto da arrecadação era transferido para as entidades sindicais. Ora, no momento em que o princípio constitucional da delegação tal qual estabelecido na Lei Suprema foi implementado pela Lei Ordinária (1997), ou seja, que caberia à entidade sindical a arrecadação, não se colocou na lei a questão ora levantada junto ao TST.²⁶ Desta forma, tal capacidade não decorre nem de lei ordinária, nem de lei complementar, mas de implícita delegação constitucional de capacidade arrecadatória para as entidades sindicais.

Parece-me, pois, que a questão deveria ser reexaminada pela Suprema Corte, pois há uma violação direta à lei suprema na pretendida aplicação do regime

25. Ferrara alertara que não cabe ao intérprete colocar na lei o que na lei não está, por preferência pessoal ou dela excluir o que nela estiver por discordância (*Interpretação e aplicação das Leis*, 2ª. Ed., Coimbra, p. 129). Não vejo como adotar o regime do art. 142 que não está no princípio constitucional, nem em qualquer lei sobre a matéria.

26. Cessou a cobrança da contribuição sindical rural pela SRF em 31.12.1996, por força do art. 24, inciso I, da Lei 8894/94, com a celebração do Convênio autorizado pelo art. 17, inciso II, da Lei 9393/96, com a CNA passando a exercer a capacidade arrecadatória sem os entraves ora cobrados pelo TST.

arrecadatório do art. 142 do CTN, ao direito assegurado pela Constituição Federal às entidades sindicais de exigir o tributo seguindo regime próprio.

Não desconheço a jurisprudência firmada pelo TST e não aceita pelo Supremo Tribunal Federal de recursos objetivando reformular as decisões daquela Corte sob a alegação de que haveria uma inconstitucionalidade apenas indireta, por ser um conflito exclusivamente de legalidade.²⁷

Participei ativamente do processo constituinte, no concernente ao sistema tributário. Algumas sugestões foram hospedadas pela lei suprema, principalmente aquela que salvou parte considerável do CTN, ao conseguir dos constituintes a transformação de *numerus clausus*, na lista de matérias próprias de legislação complementar, em lista exemplificativa, sugerindo e obtendo dos contribuintes a introdução do advérbio *especialmente* no art. 146, mesmo após a aprovação do texto pela Subcomissão de Tributos.²⁸

Estou convencido de que o constituinte, ao aceitar a reinclusão das contribuições especiais no sistema tributário (art. 149) e ao determinar que aquelas no interesse das categorias, seriam de capacidade arrecadatória das entidades sindicais, com regime próprio e não idêntico ao dos outros tributos, afastou qualquer procedimento administrativo para sua cobrança. Tais diretrizes constitucionais foram desconsideradas pelo TST, com o que a implicitude dos princípios constitucionais das contribuições no interesse das categorias, ficou maculado. E esta maculação atingiu diretamente o determinado no art. 8º, inciso IV, da Lei Suprema.

Creio que, à luz destes argumentos, pode a questão ser reaberta na Suprema Corte, pois ao regime de cobrança das contribuições do art. 8º, inciso IV, não se aplica o art. 142 do CTN e a jurisprudência do Egrégio Tribunal Superior do

27. Norberto Bobbio em *A era dos direitos*, ao afirmar que o Século XX seria o século da enunciação dos direitos, mas suas garantias seria a característica maior do Século XXI realça o papel dos Poderes e, principalmente, do Judiciário em consagrá-las. A revisão da jurisprudência parece essencial para que não se tenha um direito de impossível exercício por impossibilidade material de ter-se regime exclusivo do agente público aplicado a entidades sindicais.

28. O texto inicial dispunha no artigo 14 “lei complementar disporá sobre...”. Consegui que Dornelles, que, creio, presidia a Subcomissão de Tributos colocasse o advérbio “especialmente”, mesmo após a aprovação pela Subcomissão do texto, mostrando-lhe que não fora intenção da Subcomissão incinerar parte substancial do CTN. Disse-lhe que se deveria esclarecer que o acréscimo decorreu de revisão gramatical pela Comissão de Redação.

Trabalho feriu diretamente a lei suprema, regulando matéria constitucional de forma diversa da adotada pelo constituinte.

Merece tal jurisprudência, pois, revisão pelo Pretório Excelso.²⁹

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2015\161066, JRP\2016\75372 e JRP\2016\54529.

29. A Lei Complementar apenas pode explicitar a Lei Suprema, mas não dispor diversamente do que a Lei Suprema estabeleceu. Leia-se do Ministro Moreira Alves: “E, a meu ver, está absolutamente correto. Porque não é possível se admitir que uma lei complementar, ainda que a Constituição diga que ela pode regular limitações à competência tributária, possa aumentar restrições a essa competência. Ela pode é regulamentar. – Se é que há o que regulamentar em matéria de imunidade, no sentido de ampliá-la ou reduzi-la. Porque isso decorre estritamente da Constituição. Quando se diz, por exemplo, ‘para atender às suas finalidades essenciais’ não é a lei que vai dizer quais são as finalidades essenciais. Quem vai dizer quais são as finalidades essenciais é a interpretação da própria Constituição. Porque Constituição não se interpreta por lei infraconstitucional, mas a lei infraconstitucional é que se interpreta pela Constituição. De modo que, obviamente, tanto fazia ser lei complementar, como ser lei ordinária, como ser decreto-lei, enfim, qualquer tipo de norma infraconstitucional. O Ministro Soares Muñoz não estava dizendo: ‘Não. Não pode, porque não é lei complementar.’ Mas dizia: ‘Esse decreto-lei impõe uma restrição que não está no texto constitucional.’” (*Pesquisas Tributárias Nova Série – 5*, Processo Administrativo Tributário, coordenação Ives Gandra Martins, Coed. CEU/Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 31-32).

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 pattern. The overall aesthetic is clean and modern.

Direito Civil



A PRESCRIÇÃO TRIENAL PARA A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL: UMA CONTROVÉRSIA DISPENSÁVEL

*THREE YEAR – STATUTE OF LIMITATION FOR CONTRACTUAL LIABILITY:
A DISPENSABLE CONTROVERSY*

WANDERLEY FERNANDES

Advogado. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela University of Illinois at Champaign-Urbana – College of Law. Professor da FGV Direito SP.
wanderley@nascimentomourao.adv.br

ALEX SILVA DOS SANTOS

Advogado. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: O artigo aborda a multiplicidade de entendimentos jurisprudenciais contraditórios acerca do prazo prescricional incidente sobre pretensão de reparação civil decorrente de responsabilidade contratual, por meio do confronto analítico da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, da análise da doutrina especializada e das possíveis soluções ao impasse com foco na segurança jurídica e econômica. O estudo propõe que prevaleça o entendimento no sentido de se aplicar o prazo prescricional de três anos previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, independentemente da natureza aquiliana ou contratual da pretensão de reparação civil.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição – Responsabilidade civil – Inadimplência contratual – Responsabilidade contratual.

ABSTRACT: This paper analyses multiple contradictory Court decision regarding the term of the statute of limitation applicable to claims of civil compensation arising out breach of contract through the exam of recent decisions taken by the Brazilian Superior Court of Justice, together with study of specialized doctrine, and possible solutions to provide legal and economic stability. This study proposes that the three year term set forth in section 206, § 3º, item V, of the Brazilian Civil Code should prevail, regardless the tort or contractual nature of the civil compensation.

KEYWORDS: Statute of limitation – Civil compensation – Breach of contract – Contractual liability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade contratual e extracontratual. 3. A jurisprudência do STJ. 4. Interpretação e consequentialismo judicial. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O debate sobre o prazo prescricional incidente na pretensão de reparação civil oriunda de relações contratuais atingiu um novo patamar de relevância no cenário jurídico pátrio, após recentíssima e louvável guinada de posicionamento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema, quando do julgamento do REsp 1.360.969/RS (julgado em 10.08.2016, *DJe* de 19.09.2016), no sentido de afastar a equivocada distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual para tais fins, promovendo a equivalência e uniformidade do prazo temporal. Trata-se de sinalização positiva, de uma efetiva reconciliação do tribunal com o quanto defendido pela comunidade jurídica brasileira, o que decerto trará inúmeros benefícios à segurança jurídica e à economia, sobretudo diante da atual e sombria conjuntura.

Antes de tal mudança, desde os primeiros anos que se sucederam até o início de vigência do atual Código Civil, diante da regra de transição estabelecida pelo art. 2.028, e a partir de uma suposta interpretação literal do art. 206, ambos do Código Civil, o STJ proferiu reiterados julgados no sentido de aplicar à responsabilidade contratual o injustificável e longo prazo de prescrição de dez anos, o qual está previsto em caráter residual no art. 205 do Código Civil como regra geral.

Segundo tal posicionamento, o qual infelizmente ainda é defendido em recentes arestos proferidos pela maioria dos ministros que compõem a Quarta Turma julgadora do STJ, a expressão “reparação civil” do inciso V, § 3º, do referido art. 206, denotaria sua aplicação à responsabilidade aquiliana apenas, aplicando-se à responsabilidade contratual a regra geral do já mencionado art. 205. Infelizmente, os fundamentos para tal interpretação não são claramente elaborados nas referidas decisões, de maneira que, neste artigo, teremos que, além daqueles expressamente declarados, supor possíveis argumentos a favor dessa tese que, a nosso ver, não se sustenta e justifica a recente modificação de entendimento pela Segunda Seção do STJ sobre a matéria.

Além da análise dos possíveis fundamentos, os autores irão analisar algumas decisões colhidas em ambos os sentidos, ou seja, de aplicação do prazo de prescrição trienal e decenal, de modo a expor a importância do tema por conta da insegurança jurídica decorrente da ausência de uniformização jurisprudencial, bem como explorar os efeitos práticos da interpretação que tem se consolidado perante o STJ.

2. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

Muito se tem discutido a respeito da inexistência de distinção ontológica entre a responsabilidade contratual e extracontratual. Gilmore chega mesmo a referir-se a um novo sistema de responsabilidade designado *contorts*, com a fusão, ou confusão, entre o direito dos contratos (*contracts*) e da responsabilidade civil *stricto sensu* (*torts*).¹ Embora questionável, pois, nos diversos sistemas jurídicos a legislação prescreve regimes jurídicos diversos, a tese não deixa de ter seus méritos, pois, afinal, o que se busca é compensar um dano decorrente de ação ou omissão resultante em violação de um dever decorrente de norma jurídica ou de convenção contratual. Ou seja, da prática de um ato ilícito ou do inadimplemento contratual. Ambos demandam reparação do dano sofrido pela vítima. Reparação de natureza civil, ou seja, entre particulares.

Sem nos estendermos sobre o tema que já foi abordado por clássicos do direito civil,² podemos identificar três distinções entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual (aquiliana):

o dever contratual, ou seja, dar, fazer ou não fazer, constituído em uma prestação concreta, é específico e determinado ou determinável pela vontade das partes, enquanto que a responsabilidade aquiliana envolve um dever geral de diligência que somente se concretizará no dano-evento,³ resulta da clássica fórmula *neminem laedere*; portanto a responsabilidade contratual resulta da quebra de um dever específico, enquanto que a responsabilidade aquiliana decorre de um dever geral de diligência;

consequentemente, a responsabilidade contratual decorre da quebra de um dever para com um sujeito específico, ou seja, o credor, enquanto que a responsabilidade extracontratual tem natureza *erga omnes*. O motorista tem o dever de cuidado para não atropelar nenhum pedestre, enquanto que o devedor contratual deve uma prestação em favor de um sujeito específico que é o credor. O processo contratual, portanto, é dirigido à satisfação dos interesses do credor.

1. GILMORE, Grant. *The death of contract*. 2. ed. Columbus, USA: Ohio State University Press, 1995.
2. CHIRONI, G. P. *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*. v. I. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1903. CHIRONI, G. P. *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1897. JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. v. II. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1933.
3. “Na conceituação do que seja dano moral é necessário distinguir entre o dano-evento e o dano-prejuízo; o primeiro é a lesão a algum bem; o segundo é a consequência dessa lesão.” AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

os danos têm natureza diversa, ou seja, a vítima de um ato ilícito deve ser colocada na situação em que se encontrava, não tivesse ocorrido o dano-evento, enquanto que a responsabilidade contratual demanda a satisfação da utilidade pretendida, tivesse havido o adimplemento da obrigação. Ou seja, de maneira geral, teríamos, então, a responsabilidade aquiliana socorrida pelo remédio da satisfação do interesse negativo e, no caso da responsabilidade contratual, do interesse positivo.

Em trabalho anterior, o autor Wanderley Fernandes⁴ explorou a qualificação da responsabilidade pré-contratual para concluir que o interesse a ser satisfeito, mesmo na responsabilidade pré-contratual, poderá ser o interesse positivo ou negativo, diversamente do modelo clássico desenvolvido por Rudolf Jhering. O mesmo se pode falar a respeito da distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual. Na responsabilidade contratual, “existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito”.⁵

Vejamos o exemplo da empreitada. O art. 623 do Código Civil estipula que encerrada ou suspensa a construção pelo dono da obra (contratante), o empreiteiro terá direito aos custos incorridos para a sua execução, o lucro relativos aos serviços já prestados, além de indenização em montante proporcional ao que razoavelmente esperava receber, se concluída a obra. Claramente, o Código Civil está regulando a reparação do interesse positivo.

Disso poder-se-ia concluir, precipitadamente, que a responsabilidade contratual estaria associada ao interesse positivo. Isso não é correto. O exemplo acima diz respeito a contrato de execução que se protraí no tempo, mas em alguns contratos, embora estipulem a prestação futura, esta não tem natureza continuada. Um contrato de compra e venda de soja para entrega futura, se inadimplido, poderá ter remédios diversos. Poderá o comprador exigir a entrega, mediante execução específica, ou poderá resolver o contrato pelo inadimplemento do devedor e buscar alternativa no mercado. Nesse caso, o comprador poderá pleitear os danos para colocá-lo no *status quo ante*, como se não tivesse ocorrido contrato algum, ou poderá, resolvido o contrato, buscar alternativa no mercado para o inadimplemento do devedor. Tomando-se o exemplo

4. FERNANDES, Wanderley. O processo de formação dos contratos. *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. FERNANDES, Wanderley (coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

5. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27.

da soja, o credor poderá pagar preço maior ou menor do que o contratado originalmente. Se o preço for menor, não haverá dano algum a ser indenizado, aplicando-se somente a cláusula penal, se convencionada. Se o preço for maior, o credor poderá pleitear a indenização pela diferença.

Paulo Mota Pinto⁶ explorou de maneira profunda a questão do interesse positivo e negativo e, tal como já tivemos a oportunidade de nos manifestar, a questão está associada ao dano efetivo experimentado pela parte, seja quanto ao interesse positivo ou negativo, materializado em responsabilidade contratual ou extracontratual. Ou seja, a realidade determinará qual o interesse a ser satisfeito, se negativo ou positivo, retirando o foco do agente causador do dano para o interesse social de reparação da vítima, seja da quebra de um dever contratual ou extracontratual.

Essa distinção tem reflexos importantes, como, por exemplo, a possibilidade de limitação convencional da responsabilidade civil contratual e extracontratual. Nesse sentido, a responsabilidade extracontratual somente poderá ser limitada se houver relação jurídica anterior entre as partes envolvidas.⁷ Suponhamos que um indivíduo saia de casa e afixe nos para-brisas de seu carro a seguinte mensagem: “Prezado senhor pedestre, na hipótese remota de que venha a atropelá-lo, pagarei indenização limitada a R\$ 50.000,00”. A hipótese bizarra serve para demonstrar uma impossibilidade lógica da limitação da responsabilidade aquiliana. Por outro lado, tribunais brasileiros admitem a exclusão da responsabilidade extracontratual em caso de danos causados entre condôminos.⁸ Suponhamos que em dado condomínio edilício, os moradores convençam que os danos causados por crianças no parque infantil, como a quebra de uma vidraça, por exemplo, seria suportado por aquele que sofreu o dano. Note-se que, embora a convenção tenha natureza contratual, o dano decorre de um ato ilícito e da responsabilidade objetiva dos pais pelos atos dos filhos. Nesse caso, diversamente do caso hipotético envolvendo o pedestre, há uma relação jurídica prévia (ser condômino), que permite aos moradores prever e aceitar o risco.

Por outro lado, é possível que haja cumulação de responsabilidade contratual e extracontratual.⁹ Por exemplo, durante uma obra há um acidente e, em

6. PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

7. FERNANDES, Wanderley. Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 158.

8. Apelação Cível 4.177/89, 1ª C TJ/RJ, rel. Carlos Alberto Menezes Direito; Apelação Cível 2.050/89, rel. Doreste Batista; Apelação Cível 4.322/87, rel. Barbosa Moreira.

9. FERNANDES, Wanderley. *Op. cit.*, p. 171.

decorrência do acidente, o devedor não adimple a obrigação assumida no contrato. Ou ainda, há o acidente, mas, apesar dele, o devedor termina a obra. Essa hipótese tem algumas soluções possíveis. Podemos partir da cumulação de responsabilidade contratual e extracontratual ao considerarmos que o acidente decorre de mora, ou seja, a prestação foi cumprida de modo inadequado, ou, importando conceitos alienígenas, aplicar-se-ia a teoria da violação positiva do contrato. Em qualquer hipótese, temos um dano que decorre da existência de um contrato. Nesse caso, se considerarmos a incidência de responsabilidade contratual pelo inadimplemento e extracontratual pela negligência, mantido prazo prescricional decenal, conforme orientação de alguns acórdãos, seríamos vistos na despropositada condição de, em razão do mesmo dano-evento, termos prazos prescricionais diversos.

Em conversa informal com o Ministro Eduardo Ribeiro, ex-integrante do Superior Tribunal de Justiça, ele formula hipótese que ilustra de maneira simples e objetiva o paradoxo da jurisprudência que se formou no STJ e que foi objeto de recente revisão. Em caso de acidente de atropelamento de pedestre por um ônibus de transporte coletivo o pedestre sofre lesão física e, ao mesmo tempo, em razão de freada brusca, um passageiro também é ferido. Mantida a solução defendida pela antiga jurisprudência do STJ, o pedestre, que possivelmente terá lesões mais severas, teria três anos para propor a ação de reparação (talvez cinco anos, se equiparado à condição de consumidor, pela aplicação conjunta dos arts. 14, 17 e 27 do Código de Defesa do Consumidor), enquanto que o passageiro teria dez anos. Hipótese que evidencia a fragilidade da jurisprudência sob análise que, à despeito da violação ao princípio da isonomia, estava se consolidando na mais alta corte em matéria de direito civil.

Todas as hipóteses acima exemplificam a dificuldade de se estipular limites para a natureza do dano sofrido, seja em razão do inadimplemento contratual ou da prática de um ato ilícito. A pretensão de reparação civil, seja por dano decorrente de ato ilícito, seja por inadimplemento contratual, seja por interesse positivo ou negativo, não tem distinção ontológica que justifique ser tratada de maneira uniforme no que concerne à limitação temporal de seu exercício pelo titular do direito violado.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

É cediço que a prescrição consiste em um instituto jurídico que limita o exercício da pretensão de um direito no tempo, tendo por base a necessidade de estabilização das relações jurídicas. Yussef Said Cahali, em sua obra clássica *Prescrição e Decadência*, indica de forma correta que “modernamente, porém,

há certo consenso no sentido de explicá-la por interesses de ordem social: a segurança do comércio jurídico recomenda a consolidação das situações jurídicas pelo decurso do tempo”.¹⁰

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, a prescrição é “indispensável à estabilidade e consolidação de todos os direitos; sem ela, nada seria permanente; o proprietário jamais estaria seguro de seus direitos”.¹¹ Citando a autoridade acadêmica Camara Leal, Gonçalves expõe as seguintes bases jurídicas para a existência da prescrição: “o interesse público, a estabilização do direito e o castigo à negligência”.¹² Além disso, a lei não pode beneficiar o pleiteante que é negligente em proteger seus próprios direitos (*dormientibus non succurrit jus*).

A tese da prescrição decenal à reparação civil decorrente de inadimplência contratual, recentemente subjugada pela maioria dos ministros do STJ, mas ainda defendida em julgados da Quarta Turma, tem por base o argumento de que não há previsão específica em lei para tal hipótese, de modo a se aplicar a regra geral do art. 205 do Código Civil, em caráter residual. Seria, em outras palavras, um inoportuno resquício metodológico do Código Civil de 1916.

De fato, sob a égide do Código Civil de 1916, não havia previsão legal específica de prazo prescricional incidente sobre a pretensão de reparação civil, fosse ela decorrente de ato ilícito (extracontratual) ou de inadimplência contratual, razão pela qual a jurisprudência da época era pacífica no que concerne à aplicação da regra geral do art. 177 do revogado diploma legal, qual seja, o prazo de prescrição de 20 anos:

“Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas”.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em meados de 1990, a análise da prescrição da reparação civil ganhou novos contornos por conta do prazo prescricional de 5 anos previsto no art. 27 do CDC, específico para o exercício da pretensão de reparação de danos decorrentes de fato (defeito) de produto ou serviço. Desde então, mesmo diante de inequívoca pretensão de reparação civil, há de se analisar se a relação jurídica existente entre as partes se enquadra (ou não) no conceito legal de relação de consumo. Não sendo

10. CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 22

11. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, v. I, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 513.

12. *Idem, ibidem*.

o caso, mantinha-se, então, a aplicação da prescrição vintenária prevista como regra geral pelo art. 177 do Código Civil de 1916, conforme aresto proferido pelo STJ em meados de abril de 2001, cuja ementa segue abaixo transcrita:

“Responsabilidade civil – Seguradora que não providenciou baixa de veículo sinistrado junto ao DETRAN, causando danos ao autor da ação de indenização – Prescrição – Artigo 177, *caput*, do CC X, artigo 27 do CDC.

I – A ação de reparação de danos por fato do serviço decorre dos chamados ‘acidentes de consumo’, ou seja, quando a deficiente prestação do serviço é capaz de gerar danos ao consumidor. In casu, houve desídia da empresa Recorrente em providenciar a baixa devida junto ao DETRAN, fato que causou danos ao Recorrido. Não se trata, portanto, de vício do serviço ou mesmo responsabilidade civil decorrente de inadimplemento contratual, o que faz com que se aplique à espécie o prazo prescricional regulado no art. 177, *caput*, do CC, isto é, de vinte anos, e não o disposto no art. 27 do CDC.

II – Recurso Especial não conhecido.

(REsp 254.413/RJ, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 19.02.2001, DJ 16.04.2001, p. 107)”

A celeuma jurisprudencial sobre o tema em comento se iniciou, conforme já antecipado, com o advento do então “novo” Código Civil de 2002 (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) o qual, em caráter manifestamente inovador, reduziu drasticamente os prazos prescricionais previstos na legislação anterior ao fixar, expressamente, a hipótese legal de prescrição da pretensão de reparação civil, conforme redação do art. 206, § 3º, inciso V. Afinal, na atual sociedade da informação, tudo é de fácil aprendizagem, acesso e realização, de modo que o legislador pátrio modificou substancialmente a regras sobre prescrição com o claro propósito de afastar a inércia e a indefinição de situações jurídicas dela decorrentes.

Como regra geral, o art. 205 do Código Civil estabelece que, salvo disposição contrária prevista em lei, o prazo de prescrição é de 10 (dez) anos a contar da data de violação do direito (no antigo Código Civil de 1916, o prazo era de 20 anos), prazo esse aplicável em caráter excepcional e subsidiário para as ações pessoais e reais. Além dessa regra geral, o Código Civil e outras leis estabelecem prazos de prescrição reduzidos a depender do tipo de direito violado. Em outras palavras, o direito brasileiro prevê diferentes prazos prescricionais para determinadas pretensões.

O já mencionado art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil fixa o período-limite de três anos para o exercício de pretensão de reparação civil, que consiste em uma compensação de dano, sem nenhuma referência específica sobre responsa-

bilidade contratual ou não contratual (aquiliana). Em outras palavras, pode-se afirmar que a expressão “reparação civil”, literalmente, abrange a reparação decorrente de responsabilidade civil de natureza contratual e não contratual.

Como regra de interpretação, Carlos Maximiliano observa que “aplica-se a regra geral aos casos especiais, se a lei não determina evidentemente o contrário. *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*: Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir”.¹³

Nessa linha, e antevendo os possíveis equívocos na análise e aplicação do instituto da prescrição aos casos concretos, Pontes de Miranda discorreu sobre as cautelas e cuidados que o operador do direito deveria ter ao se deparar diante da possibilidade de incidência da prescrição ao caso concreto:

“O primeiro cuidado que há de ter o intérprete, ou o juiz, ao ter de verificar se está prescrita a pretensão, ou a ação, é o de verificar a classe de pretensões, ou ações, na qual se inclui a pretensão, ou ação, de que se trata. Sem rigorosa e precisa discriminação, tudo que disser, ainda com as aparências de raciocínio perfeito, é arriscado. Tanto mais quanto, muitas vezes, sob o nome que se deu à pretensão, ou à ação, jazem pretensões e ações diferentes, umas prescritíveis, outras, não, umas pessoais, outras reais. Tem-se de atender a cada pretensão, quiçá a cada uma das ações, classificá-la, ver-lhe a regra jurídica de prescrição, medir o tempo corrido, examinar se houve, ou não, suspensão, ou interrupção, e qual foi ou quais fora: somente depois é dado decidir sobre a prescrição da pretensão, ou da ação, de que se trata”.¹⁴

Tais cautelas, contudo, não foram aparentemente observadas em um primeiro momento pelo STJ, quando da análise de casos concretos sujeitos à regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil. Tal regra de transição deu origem ao entendimento outrora recorrente na jurisprudência do STJ no sentido de que a prescrição trienal da reparação civil somente seria aplicável nos casos de responsabilidade extracontratual, e de que a responsabilidade contratual deveria ser submetida à regra geral de prescrição decenal do art. 205 do Código Civil.

13. MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 201.

14. PONTES DE MIRANDA. *Exceções, direito mutilados, exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções, prescrição*. In: PONTES DE MIRANDA (atualizado por Tilman Quarch, Jefferson Carús Guedes, Otavio Luiz Rodrigues Junior). *Coleção Tratado de Direito Privado: parte geral*; 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 457-458.

Há fortes indícios de que tal tese seja resultado de uma interpretação equivocada do quanto decidido pela Segunda Seção do STJ, quando do julgamento do REsp 976.968 (DJ 20.11.2007), a qual fixou o prazo de prescrição de 10 (dez) anos para a pretensão de cumprimento de obrigação contratual:

“Civil. Pretensão à subscrição de ações. Prescrição. Havendo pluralidade de pedidos, o prazo de prescrição deve ser definido à luz da pretensão mais favorecida pelo tempo. A pretensão ao cumprimento de obrigação contratual está sujeita à regra geral do art. 205 do Código Civil, que fixa o prazo de prescrição em dez anos. Recurso especial não conhecido. (REsp 976.968/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 10.10.2007, DJ 20.11.2007, p. 214)”

Nos termos do voto do Ministro Relator Ari Pargendler, afastou-se o prazo prescricional de três anos previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil pela simples razão de que a pretensão exercida no caso concreto não dizia respeito à reparação civil, mas, sim, à tutela específica para cumprimento de obrigação contratual não adimplida. Note-se que não há, no mencionado precedente, nenhuma distinção de origem e natureza de dano que dê lastro à pretensão de reparação civil, seja decorrente de ato ilícito ou de inadimplência contratual, tampouco subsunção da responsabilidade contratual à regra geral de prescrição decenal do Código Civil. Veja:

“A preliminar de prescrição, suscitada na contestação, sustenta que os aludidos pedidos têm em comum a pretensão à reparação de dano, e por isso estariam sujeitos à norma contida no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, in verbis: ‘Art. 206 – Prescreve: § 3º – Em três anos: V – a pretensão de reparação civil’. 2. Ao examinar a petição inicial, o juiz concede ‘ao autor um máximo de credibilidade’ (Galeno Lacerda, Despacho Saneador, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1990, 3ª edição, p. 78). O efeito disso é o de que, havendo pluralidade de pedidos, qualquer deles pode ser julgado procedente. Se assim é, segue-se que o prazo de prescrição deve ser definido à luz da pretensão mais favorecida pelo tempo. Ainda que se admita que possam a pretensão à indenização (alínea “d” do pedido) e a pretensão aos dividendos (alínea “e” do pedido) ser enquadradas na expressão “pretensão à reparação civil” contida no art. 206, § 3º, V, do Código Civil, esse não é o caso da pretensão ao cumprimento do contrato sub judice (alínea “c” do pedido); indubitavelmente, não se trata aí de ‘pretensão à reparação civil’. A pretensão ao cumprimento do contrato está, por isso, sujeita à regra geral do art. 205 do Código Civil, a saber: ‘Art. 205 – A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. Conseqüentemente, a prescrição não operou na espécie”.

Tal posicionamento foi reproduzido, inicialmente de forma intacta, em alguns julgados sucessivos do STJ (v.g., REsp 1121243,¹⁵ DJe 05.10.2009), merecendo destaque o REsp 995995 (DJe: 16.11.2010), cuja controvérsia consistia em determinar qual o prazo prescricional aplicável à ação civil pública em que se discutia a ocorrência de prática abusiva (vantagem manifestamente excessiva), caracterizada na exigência de reajuste de plano de saúde no percentual de 165% para o caso de beneficiários que atingissem a faixa etária de 60 anos. No referido caso, a Terceira Turma do STJ decidiu pela incidência da prescrição decenal (regra geral do art. 205 do Código Civil) para a pretensão de reconhecimento de abusividade de cláusula contratual, ainda que diante de relação de consumo, permitindo a aplicação subsidiária do Código Civil em favor do consumidor, conforme trechos abaixo transcritos:

“Em outras palavras, essa permeabilidade do CDC, voltada para proteger o sujeito dos direitos fundamentais, ou seja, o consumidor, permite que o CC, ainda que lei geral, encontre aplicação nas relações de consumo, quando importante para a consecução dos objetivos da norma consumerista. (...) Dessa forma, frente à lacuna existente, tanto na Lei 7.347/85, quanto no CDC, no que concerne ao prazo prescricional aplicável em hipóteses em que se discute a abusividade de cláusula contratual, e, considerando-se a subsidiariedade do CC às relações de consumo, deve-se aplicar, na espécie, o prazo prescricional de 10 (dez) anos disposto no art. 205 do CC”.

Importante ressaltar que tal precedente permitiu a incidência do prazo prescricional decenal para a pretensão de revisão contratual (de natureza declaratória/desconstitutiva) para afastamento de cláusula abusiva, a qual não se confunde com a pretensão de reparação civil (de cunho condenatório). Ocorre que a partir de tal aresto, tal posicionamento passou a ser adotado por sucessivos julgados do STJ,¹⁶ mas, dessa vez, de forma desvirtuada e forçosamente esten-

15. Civil e processual. Ação de ressarcimento de danos. Nulidade do acórdão. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Prescrição. Inocorrência. Juros de mora. Inadimplemento contratual. Termo inicial. Data da citação. Precedentes.

I. Quando resolvidas todas as questões devolvidas ao órgão jurisdicional, o julgamento em sentido diverso do pretendido pela parte não corresponde a nulidade.

II. A pretensão autoral, de direito pessoal, obedece ao prazo prescricional decenal.

III. Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros incidirão a partir da citação.

IV. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

(REsp 1121243/PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 25.08.2009, DJe 05.10.2009).

16. Dentre inúmeros, apenas para exemplificar: AgRg no AREsp 477.387/DF, Quarta Turma, Relator o Ministro Raul Araújo, DJe de 13.11.2014; REsp 1.326.445/PR,

dida às pretensões de reparação civil de danos decorrentes de inadimplência contratual, em um verdadeiro efeito “telefone sem fio”, conforme se observa nas ementas abaixo:

Recurso especial. Plano de saúde. Ação de ressarcimento. Cirurgia cardíaca. Descumprimento de cláusula contratual. Prazo prescricional decenal.

1. Em se tratando de ação objetivando o ressarcimento de despesas realizadas com cirurgia cardíaca para a implantação de “stent”, em razão da negativa do plano de saúde em autorizar o procedimento, a relação controvertida é de natureza contratual.

2. Não havendo previsão específica quanto ao prazo prescricional, incide o prazo geral de 10 (dez) anos, previsto no art. 205 do Código Civil, o qual começa a fluir a partir da data de sua vigência (11.01.2003), respeitada a regra de transição prevista no art. 2.028.

3. Recurso Especial provido.

(REsp 1176320/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 19.02.2013, *DJe* 26.02.2013)

Conforme trecho abaixo destacado do voto do Ministro Relator Sidnei Beneti, equiparou-se, equivocadamente e na contramão dos precedentes supracitados, a pretensão de cumprimento de obrigação contratual e de revisão contratual com a pretensão de reparação civil decorrente de inadimplência contratual, de modo a justificar o afastamento da regra do art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil e aplicação da regra geral do art. 205 do mesmo diploma legal:

“Com efeito, o caso em análise versa sobre ação de ressarcimento por despesas que só foram realizadas em razão de suposto descumprimento do contrato de prestação de serviços de saúde, hipótese sem previsão legal específica, o que, na esteira dos precedentes colacionados, faz atrair a incidência do prazo de prescrição geral de 10 (dez) anos, previsto no art. 205 do Código Civil, e não o de 3 (três) anos, arrolado no art. 206, § 3º, V, cujo prazo começa a fluir a partir da data de sua vigência (11.01.2003), respeitada a regra de transição prevista no art. 2.028”.

Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, *DJe* de 17.02.2014; AgRg no AREsp 426.951/PR, Quarta Turma, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, *DJe* de 10.12.2013; AgRg no Ag 1.401.863/PR, Quarta Turma, Relator o Ministro Antonio Carlos Ferreira, *DJe* de 19.11.2013; AgRg no AREsp 14.637/RS, Quarta Turma, Relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, *DJe* de 05.10.2011; AgRg no REsp 1.057.248/PR, Terceira Turma, Relator o Ministro Sidnei Beneti, *DJe* de 04.05.2011; REsp 1.033.241/RS, Segunda Seção, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, *DJe* de 05.11.2008.

Dentre outros elementos, o argumento defendido no aresto em comento tem por base a suposta discrepância entre performance específica e compensação por danos, a qual não é sustentável. Sob tal prisma, considerando que a performance específica no caso de inadimplência contratual estaria sujeita à regra geral de dez anos de prazo prescricional, a lei seria inconsistente se um prazo distinto (três anos) fosse fixado para pretensão decorrente de compensação por perdas e danos em conexão com a mesma inadimplência contratual.

E esse não é um argumento consistente por duas razões. Primeiro, tal discrepância não existe, tampouco é certo que tal performance específica possa ser obstaculizada apenas após passados dez anos. Conforme mencionado anteriormente, a expressão “reparação civil” consiste em uma solução para os casos de inadimplência contratual, seja por meio de performance específica ou perdas e danos como modalidades diferentes de reparação. Segundo, mesmo se tal discrepância existisse, ela não seria consistente com o atual Código Civil brasileiro. Em análise cautelosa do quanto disposto no art. 206 do Código Civil, possível verificar uma série de hipóteses de responsabilidade contratual sujeitas a prazos prescricionais inferiores e expressamente fixados. Com efeito, o art. 206, § 1º, inciso I, estipula prazo de prescrição de um ano para pretensões de hóspedes e clientes contra hotéis e restaurantes; o art. 206, § 1º, inciso II, prevê a prescrição anual para demandas do segurado contra a seguradora; o art. 206, § 3º, incisos I, III e IX, prevê o prazo prescricional de três anos para demandas relacionadas a contratos de locação, pagamento de juros, e de segurados contra seguradoras nos casos de seguro obrigatório; e finalmente, o § 5º, inciso II, prevê o prazo de cinco anos para exercício de pretensão contra profissionais liberais (tais como advogados e médicos).

Como acima mencionado, o propósito legal da prescrição é pacificar conflitos, promovendo estabilidade e segurança para relações jurídicas e econômicas. Por que o Código Civil reduziria de 20 (vinte) para 3 (três) anos o prazo de prescrição para um pedestre acidentado e daria 10 (dez) anos para uma poderosa sociedade empresária pleitear reparação civil por inadimplência contratual? Deveria ser exatamente o oposto. Em relações comerciais, ou em contratos, as partes, estando em posição de avaliar e alocar riscos entre si, deveriam ser mais diligentes e tomar cuidado com seus negócios. Tendo em mente seus propósitos econômicos e sociais, a melhor interpretação para a disposição do Código Civil é no sentido de que um prazo prescricional inferior incida sobre negócios jurídicos. Afinal, estabilidade e segurança são necessários para uma boa performance do mercado.

Com efeito, o Enunciado 419 da V Jornada de Direito Civil de 2011, promovida pelo Conselho de Justiça Federal (CJF), em uma tentativa de harmonizar a construção de provisões sobre o então recente promulgado Código Civil brasileiro, definiu que “o prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual”.

Tal entendimento vai ao encontro de recentíssimo precedente da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (*REsp 1360969, DJe: 19.09.2016*) que, em sede de recurso especial repetitivo, propondo uma verdadeira reflexão sobre o tema naquele tribunal, equiparou e uniformizou a aplicação da prescrição trienal tanto para pretensões de enriquecimento sem causa quanto para pretensão de reparação civil de natureza contratual e extracontratual, como fundamento para fixação da tese:

“1. Recurso especial representativo de controvérsia. Civil. Contrato de plano ou seguro de assistência à saúde. Pretensão de nulidade de cláusula de reajuste. Alegado caráter abusivo. Cumulação com pretensão de restituição dos valores pagos indevidamente. Efeito financeiro do provimento judicial. Ação ajuizada ainda na vigência do contrato. Natureza continuativa da relação jurídica. Decadência. Afastamento. Prazo prescricional trienal. Art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002. Pretensão fundada no enriquecimento sem causa.

2. Caso concreto: entendimento do tribunal a quo converge com a tese firmada no repetitivo. Prescrição trienal. Enriquecimento sem causa.

Pedido de reconhecimento da prescrição anual prevista no art. 206, § 1º, II do CC/2002. Afastamento. Recurso especial a que se nega provimento.

1. Em se tratando de ação em que o autor, ainda durante a vigência do contrato, pretende, no âmbito de relação de trato sucessivo, o reconhecimento do caráter abusivo de cláusula contratual com a consequente restituição dos valores pagos indevidamente, torna-se despicienda a discussão acerca de ser caso de nulidade absoluta do negócio jurídico – com provimento jurisdicional de natureza declaratória pura, o que levaria à imprescritibilidade da pretensão – ou de nulidade relativa – com provimento jurisdicional de natureza constitutiva negativa, o que atrairia os prazos de decadência, cujo início da contagem, contudo, dependeria da conclusão do contrato (CC/2002, art. 179). Isso porque a pretensão última desse tipo de demanda, partindo-se da premissa de ser a cláusula contratual abusiva ou ilegal, é de natureza condenatória, fundada no ressarcimento de pagamento indevido, sendo, pois, alcançável pela prescrição. Então, estando o contrato ainda em curso, esta

pretensão condenatória, prescritível, é que deve nortear a análise do prazo aplicável para a perseguição dos efeitos financeiros decorrentes da invalidade do contrato.

(...)]

3. Cuidando-se de pretensão de nulidade de cláusula de reajuste prevista em contrato de plano ou seguro de assistência à saúde ainda vigente, com a consequente repetição do indébito, a ação ajuizada está fundada no enriquecimento sem causa e, por isso, o prazo prescricional é o trienal de que trata o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.

(...)

8. Tanto os atos unilaterais de vontade (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.) como os negociais, conforme o caso, comportam o ajuizamento de ação fundada no enriquecimento sem causa, cuja pretensão está abarcada pelo prazo prescricional trienal previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil de 2002.

(...)

10. Para os efeitos do julgamento do recurso especial repetitivo, fixa-se a seguinte tese: Na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002.

11. Caso concreto: Recurso especial interposto por Unimed Nordeste RS Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda. a que se nega provimento.

(REsp 1360969/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 10.08.2016, *DJe* 19.09.2016)”.

Embora decerto extenso, pede-se vênica para transcreever importantes trechos do voto-vencedor de Marco Aurélio Bellizze, pelos quais há clara e didática explanação das razões que conduzem à equivalência e uniformidade na aplicação do prazo de três anos para prescrição da reparação civil sob a égide do Código Civil de 2002, sem distinção de responsabilidade aquiliana ou contratual, e no mesmo sentido do quanto defendido por este estudo:

“Assim como para o enriquecimento sem causa, não havia, no regime do Código Civil de 1916, fixação de prazo prescricional específico para as pretensões decorrentes de reparação civil. Logo, tinha incidência a regra geral de

prescrição para as ações pessoais, de vinte anos, estabelecida no art. 177 do diploma revogado. Essa nova perspectiva do Código Civil/2002 – de equivalência do prazo prescricional da pretensão relativa ao ressarcimento por enriquecimento sem causa com aquele referente à reparação civil (seja ela contratual ou extracontratual, inclusive a decorrente de dano moral) – conduz à uniformidade de aplicação do lapso temporal prescricional trienal, impedindo que esse critério de fixação possa ficar ao talante exclusivo do autor, tópico que será abordado especificamente mais adiante (item 6).

Portanto, a par das disposições legais especiais (v.g. o acidente de consumo, cuja pretensão estará sujeita ao prazo quinquenal do art. 27 do CDC), qualquer outra hipótese de reparação civil inespecificamente considerada, seja ela decorrente de responsabilidade contratual (inadimplemento) ou extracontratual (risco ou dano, inclusive moral), deverá observar como regra o prazo prescricional trienal da pretensão a ela relativa (art. 206, § 3º, V, do CC/2002).

A propósito, trago à colação os comentários do Prof. Gustavo Tepedino, a respeito da novel pretensão de reparação civil, prevista no art. 206, § 3º, V, do CC/2002: ‘Inova o CC ao dispor, nos prazo especiais de prescrição, sobre a pretensão de reparação civil. Na ausência de prazo específico no CC 1916, o prazo prescricional para a pretensão por perdas e danos decorrente de responsabilidade civil era vintenária, salvo lei especial dispendo sobre a matéria, consoante disposto no art. 177 do CC 1916. Verifica-se, com isso, uma redução brutal do prazo prescricional que antes era de vinte anos e agora passa a ser de apenas três anos. Importante notar que o dispositivo tem incidência tanto na responsabilidade civil contratual como extracontratual, haja vista a dicção ampla do preceito. (Tepedino, Gustavo et alli. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. V. I. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2014. p. 411)’.

Nesse compasso, seja a reparação civil decorrente da responsabilidade contratual (arts. 389 a 405) ou extracontratual (arts. 927 a 954), ainda que exclusivamente moral (art. 186, parte final) ou conseqüente de abuso de direito (art. 187), a prescrição das pretensões dessa natureza originadas sob a égide do novo paradigma do Código Civil de 2002 deve observar o prazo comum de 3 (três) anos, mercê do art. 206, § 3º, V.

(...)

É importante perceber que a sistemática adotada pelo Código Civil de 2002 foi a de redução dos prazos prescricionais, visando sobretudo a garantir a segurança jurídica e a estabilização das relações jurídicas em lapso temporal mais condizente com a dinâmica natural das situações contemporâneas.

Seguindo essa linha de raciocínio não parece coerente com a lógica estabelecida pelo Código Civil de 2002 deixar prevalecer, como se regra fosse, o prazo prescricional decenal (art. 205), de caráter tão alongado, para as reparações civis decorrentes de contrato, e somente entender aplicável o lapso temporal trienal para a parte veicular judicialmente as pretensões de reparação civil no âmbito extracontratual ou de enriquecimento sem causa (art. 206, § 3º, IV e V)”.

É de se notar, ademais, que nem mesmo o Código de Defesa do Consumidor, editado no idos de 1990 – o qual tem como objetivo maior a tutela dos direitos de vulneráveis postos no mercado de consumo, primando, assim, pela assimetria inerente às relações jurídicas estabelecidas entre o consumidor e o fornecedor –, concede tanta elasticidade ao prazo prescricional para que o interessado busque sua pretensão de reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço, que, ao final, também é derivada de relação contratual. O art. 27 estabelece o lapso de cinco anos para o ajuizamento de demanda fundada em acidente de consumo, o qual é exatamente a metade do prazo previsto no art. 205 do Código Civil de 2002.

Então, por que o Código Civil de 2002 – editado mais de uma década após o CDC – que trouxe a tônica de prazos prescricionais reduzidos e que, em regra, regula relações jurídicas em que há paridade entre os sujeitos, admitiria interpretação no sentido de fazer preponderar o prazo prescricional de dez anos para reparação de danos atinentes a contratos que nem sequer envolvem parte vulnerável?

Nesse contexto, considero que a melhor interpretação é, pois, aquela que, observando a lógica e a coerência do sistema estabelecido pelo Código de 2002 para as relações civis, dá tratamento unitário ao prazo prescricional quer se trate de reparação civil fundada em responsabilidade civil contratual ou extracontratual ou em enriquecimento sem causa, reconhecendo, assim, em caráter uniforme o prazo prescricional trienal para todas essas espécies de pretensões.

A fundamentação acima é impecável, pois evidencia não haver qualquer motivo para a indevida distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual para efeito de aplicação do prazo prescricional. Merece destaque a referência ao prazo prescricional reduzido do Código de Defesa do Consumidor, não se justificando a concessão de prazo alongado em contratos que “nem sequer envolvem parte vulnerável”.

Com base em tal precedente, a Terceira Turma do STJ tem proferido reiterados arestos nesse sentido, de forma a contribuir com a consolidação do novo e correto entendimento de aplicação da prescrição trienal à pretensão de reparação civil, tanto de responsabilidade aquiliana quanto de responsabilidade extracontratual, conforme exemplo abaixo de recentíssimo julgado prolatado sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

Civil e processo civil. Recurso especial. Ação reparatória com base na garantia da evicção. Interesse de agir configurado. Prazo prescricional trienal. Dever de indenizar. Honorários advocatícios. Revisão. Impossibilidade.

(...)

4. *Independentemente do seu nomen juris, a natureza da pretensão deduzida em ação baseada na garantia da evicção é tipicamente de reparação civil decorrente de inadimplemento contratual, a qual se submete ao prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/02.*

(REsp 1577229/MG, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 08.11.2016, DJe 14.11.2016) (sem grifos no original)

Em que pese a retidão e coerência dos argumentos acima expostos para justificar essa uniformização dos prazos prescicionais para reparação civil, há de se ressaltar, contudo, que tais precedentes ainda não confirmam a existência de uniformidade de interpretação do tema pela jurisprudência brasileira. Isso porque há esparsos, porém recentes julgados da Quarta Turma do STJ que, inadvertidamente, insistem em ignorar o quanto fixado pela Segunda Seção ao aplicar o antigo entendimento de prescrição decenal para a pretensão de reparação civil oriunda de responsabilidade contratual:

Civil e processual civil. Agravo interno no agravo regimental no agravo em recurso especial. Prescrição. Não ocorrência. Regra de transição do CC/2002. Aplicabilidade. Reparação civil por violação dos deveres anexos do contrato. Natureza contratual. Reexame de provas e de cláusulas contratuais. Desnecessidade na espécie. Decisão mantida.

(...)

2. Tratando-se de responsabilidade civil derivada do não cumprimento dos chamados “deveres anexos do contrato”, sua natureza é contratual, a ensejar a aplicação da norma residual do art. 205 do CC/2002. Precedentes.

3. Para se aferir a ocorrência da prescrição, o exame dos fatos e datas narrados na petição inicial, no ponto não controvertidos na peça de defesa, não exige incursão sobre elementos probatórios dos autos.

4. Agravo interno que se nega provimento.

(AgInt no AgRg no AREsp 267.726/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 18.10.2016, DJe 24.10.2016)

Considerando que o Código Civil brasileiro é relativamente recente, a prolação de decisões judiciais contraditórias é constatada com certa frequência. Especificamente com relação ao tema da prescrição da pretensão de reparação civil, observa-se uma perigosa tendência de polarização de entendimentos entre a Terceira e Quarta Turmas do STJ, sendo imprescindível o aprofundamento

da matéria e a consolidação da tese por meio da criação de Súmula específica ou via incidente de recurso repetitivo, no intuito de se promover a uniformização da jurisprudência.

É inadmissível que regras que têm por objetivo pacificar as relações jurídicas, trazendo segurança ao mercado, sejam aplicadas, concomitantemente, de maneira absolutamente contraditória, conforme se vê acima, uma decisão foi proferida em 18.10.2016 e outra, em sentido oposto, em 08.11.2016.

Além dessa contradição, como noticiado por José Fernando Simão,¹⁷ alguns tribunais, incluindo o STJ, chegaram mesmo a aplicar a *supressio*, em caso de demora no exercício da ação, mesmo em curso o prazo prescricional, criando uma terceira via que, fosse adotada pelo nosso Judiciário, levaria-nos à insegurança absoluta sem que se pudesse definir prazos prescricionais no Brasil, que ficariam ao “prudente arbítrio” do juiz reconhecer o momento em que se opera a perda do direito de pretensão pela *supressio*.

Este artigo tem por objetivo sensibilizar nossos tribunais a dar solução consistente, pois o alongamento do prazo decenal para a responsabilidade contratual é fonte de insegurança e aumento de custos ao agentes econômicos, conforme se verá no próximo capítulo.

4. INTERPRETAÇÃO E CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL

Em uma operação de fusão e aquisição, o que a advocacia dos grandes e globalizados escritórios denominam M&A, um dos maiores custos de transação diz respeito ao chamado *due diligence*, ou auditoria da empresa a ser adquirida. São centenas de horas de trabalho, entre advogados, contadores, auditores e profissionais da área financeira. Por esse procedimento, o comprador avalia todas as contingências, sejam elas de natureza tributária, trabalhista, ambiental, regulatória e, claro, riscos contratuais relacionados a eventuais deveres de indenizar em razão do inadimplemento ou cumprimento imperfeito do contrato.

Essa análise tem impacto sobre o elemento fundamental de qualquer operação, qual seja, o preço a ser pago pelo comprador. A depender do arranjo contratual e das condições negociais, o preço poderá ser reduzido ou valores poderão ser retidos até que decorridos os prazos prescricionais. Ou seja, a análise jurídica dos riscos são determinantes para a formação do preço ou sua condição de pagamento. Em um país com tantas incertezas e taxas de juros tão voláteis, o tempo tem efeito essencial. Maior a exposição ao risco, menor será

17. *Prescrição e decadência*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 194 e seguintes.

o valor dos ativos, pois o comprador oferecerá um preço cuja taxa de desconto deverá refletir o risco assumido.

Ou seja, se um comprador de uma empresa no Brasil estiver sujeito ao risco contratual por dez anos, tal risco será precificado para redução do valor da empresa ou parte do preço ficará retida até que o risco seja superado. Dinheiro que permanecerá em garantia e estático, sem a criação de valor no seu emprego em atividade produtiva, resultando em retenção de lucros e menor geração de empregos.

Embora não seja diretamente relacionado ao assunto, a perpetuação de insegurança jurídica provoca a constituição de contingências nos balanços das empresas. Em palestra do Centro de Debates de Políticas Públicas, Eurico Martins, professor de direito tributário da FGV Direito SP, apresentou a desconcertante informação de que o sistema tributário caótico provoca a constituição de contingências nos balanços das empresas de capital aberto no valor estratosférico em centenas de bilhões de reais e, recentemente, o jornal *O Globo* informou que somente as empresas estatais listadas na BOVESPA têm contingências acima de R\$ 23.000.000,00 e somente Vale, Bradesco, Oi e Itaú somam mais de R\$ 26.900.000,00.¹⁸ Dinheiro que poderia estar em circulação gerando riqueza e empregos.

O parágrafo acima tem natureza tributária, mas é evidente o seu reflexo sobre qualquer área do direito.

Desde o teorema de Ronald Coase,¹⁹ a economia reconheceu o efeito dos custos de transação e as observações acima o comprovam. Em uma empresa de longo histórico no mercado, mantida a prescrição de dez anos, o comprador teria que realizar auditoria em milhares de contratos para avaliar os riscos incorridos. Ou, ainda que admitidas as técnicas de materialidade e relevância dos procedimentos de auditoria, o comprador teria que aplicar um fator β para o risco assumido. Em suma, a prescrição decenal aumenta os custos de transação e reduzem o valor dos ativos brasileiros. Em um país de incertezas e corrupção, o Poder Judiciário acrescenta mais um item de insegurança jurídica, contribuindo para que estrangeiros adquiram nossos ativos por preços baixíssimos e aumentando consideravelmente o risco-país.

Outro aspecto corriqueiro diz respeito aos custos de preservação de provas e documentos. Recentemente, os autores deste texto mudaram o *layout* do escritório e um assunto importante, quase determinante da mudança, era: onde deixar o arquivo morto?

18. Disponível em: [<http://oglobo.globo.com/economia/estatais-tem-disputas-fiscais-de-mais-de-23-bilhoes-3136995>].

19. *The firm, the market, and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

Qualquer advogado sabe o custo que há em manter arquivos de um escritório. O passado vai dominando o presente e ocupando os espaços para desenvolvimento de novos negócios e oportunidades. Como manter provas por tanto tempo? O Código de Processo Civil alterou o Código Civil para admitir prova testemunhal como subsidiária ou complementar a documentos escritos, independentemente do valor. Note-se, no entanto, que, salvo eventos muito marcantes, é impossível acreditar que um indivíduo preserve a memória de atos contratuais por dez anos. O CPC menciona caráter subsidiário e adicional, o que significa que, para segurança das partes, é preciso preservar os documentos escritos. Portanto, seja em arquivo físico ou virtual, quanto maior o prazo de prescrição, maior os custos de preservação das provas.

Ademais, é incompreensível que um pedestre seriamente ferido em um atropelamento tenha o prazo de três anos e um empresário tenha dez anos para perseguir seus interesses. Estamos no campo das relações civis em que pode ou não haver vulnerabilidade de uma das partes, mas é sob o Código Civil que se governam as operações econômicas, por vezes de bilhões, entre empresas sofisticadas e em paridade de condição negocial, o que justifica dar tratamento preferencial a um empresário e prejudicial à vítima de um acidente?

Oliver E. Williamson²⁰ apontou os efeitos que regras e normas têm como incentivo dentro das empresas e, o direito exerce papel relevante, como instituição que condiciona o modo como as operações econômicas ocorrem no mercado. Nesse sentido, a fixação de prazo trienal funciona como incentivo a que os agentes econômicos não mantenham incertas as relações por tanto tempo. Isso permite, inclusive, que as informações devidas pelas empresas ao mercado, por intermédio de demonstrações financeiras publicadas sejam mais transparentes, permitindo aos administradores, acionistas, empregados, fisco e a comunidade que tenham melhor conhecimento das condições efetivas nas empresas. Recentemente, temos visto o quanto a manipulação de balanços e demonstrações financeiras podem ter efeito perverso sobre o mercado e as empresas.

Uma das formas clássicas de “contabilidade criativa” diz respeito, exatamente, à manipulação de riscos e contingências e a prescrição decenal certamente contribui para que o maior período de exposição ao risco aumente ainda mais o nível de pouca transparência e confiabilidade dos balanços.

20. WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

5. CONCLUSÕES

Estamos diante de uma valiosa oportunidade de consolidação do posicionamento acerca da prescrição trienal da pretensão de reparação civil, sem distinções anômalas entre responsabilidade aquiliana (extracontratual) e responsabilidade contratual. Competirá ao STJ exercer sua função institucional de forma plena, dando sequência à manutenção desse novo entendimento fixado recentemente pela Segunda Seção e, assim, uniformizar a correta interpretação da legislação federal e a jurisprudência, sempre com norte na segurança jurídica e econômica.

As tentativas de retomada do posicionamento anterior, capitaneadas até o presente momento pela maioria dos membros da Quarta Turma, deverão ser objeto de direcionamento específico e respeitoso, com ênfase na demonstração das consequências danosas de sua aplicação prática, mormente a extensão da indefinição de situações jurídicas em aberto e dos custos de contingenciamento a ela inerentes. Para tanto, não se poderá ignorar o espírito inovador do Código Civil de 2002 em reduzir e uniformizar o prazo prescricional das pretensões relacionadas à reparação civil, com o claro objetivo de modernizar e otimizar a resolução de possíveis e iminentes conflitos jurídicos, sempre com lastro na isonomia e segurança jurídica.

Os autores deste trabalho esperam ter contribuído para o debate, com a esperança de que o Superior Tribunal de Justiça unifique o entendimento a respeito do prazo prescricional para a responsabilidade contratual.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- CHIRONI, G. P. *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*. v. I. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1903.
- CHIRONI, G. P. *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1897.
- DUARTE, Nestor. Direito Intertemporal e prescrição no direito civil. In: CIANCI, Mirna (coord.). *Prescrição no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. I, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JOSSERAND, Louis. *Cours de droit civil positif français*. v. II. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1933.
- MARTINS, Alan. *Prescrição e decadência no direito civil*. Alan Martins, Antonio Borges Figueiredo. São Paulo: IOB Thomson. 3. ed., 2005.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.
- PONTES DE MIRANDA. Exceções, direito mutilados, exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções, prescrição. In: PONTES DE MIRANDA (atualizado por Tilman Quarch, Jefferson Carús Guedes, Otavio Luiz Rodrigues Junior). *Coleção Tratado de Direito Privado: parte geral*; 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- SIMÃO, José Fernando. *Prescrição e decadência*. São Paulo: Atlas, 2013.
- WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press, 1985.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O prazo prescricional aplicável nas ações revisionais de contrato, de Arthur Mendes Lobo e Antonio Evangelista de Souza Netto – *RDPriv* 57/143-157 (DTR\2014\1486); e
- Prescrição trienal e reparação civil, de Athos Gusmão Carneiro – *RDB* 49/15 e *Doutrinas Essenciais de Direito Civil* 5/193 (DTR\2010\649).

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.

Direito Constitucional



ORIGENS E PERSPECTIVAS DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS NO BRASIL: DO MERO CONTROLE DA LEGALIDADE E DA CONSTITUCIONALIDADE À FUNÇÃO PARADIGMÁTICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

*ORIGINS AND PERSPECTIVES OF EXCEPTIONAL RESOURCES IN BRAZIL:
FROM MERO CONTROL OF LEGALITY AND CONSTITUTIONALITY TO THE PARADIGMATIC
FUNCTION OF JUDICIAL PRECEDENTS*

LUIZ ANTONIO SAMPAIO GOUVEIA

Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP; Especialista em Administração Contábil e Financeira pela Escola de Administração de Empresas da FGV e em Direito Penal Econômico pela GVlaw; Conselheiro do IASP; Conselheiro do Consea/FIESP; ex-Conselheiro da OAB/SP e da AASP; Graduado pela Universidade de São Paulo (USP); Sócio do Sampaio Gouveia Advogados Associados. sampaiogouveia@uol.com.br

MARIA EDITH CAMARGO RAMOS SALGRETTI

Pós-Graduada em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra, Portugal; Graduada e Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelas Faculdades Metropolitanas Unidas; Sócia da Sampaio Gouveia Advogados Associados. mecrs06@gmail.com

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Processual.

RESUMO: O presente artigo se presta a reconstruir e delinear a história dos recursos excepcionais brasileiros, desde suas origens remotas no direito português, bem como nos direitos americano e inglês, até os dias atuais. O passeio histórico proposto, pelas origens e mutações dos recursos excepcionais, no perpassar de sistemas e regimes, via estudo de doutrinas, discursos e antigas normas postas, permite a compreensão do contexto e das circunstâncias históricas e evolutivas dele, a desaguar no sistema de precedentes, que revela a nova face transcendental dos recursos excepcionais no direito moderno, a primar pela unificação e coesão da aplicação do direito, pelo Poder Judiciário como um todo.

ABSTRACT: This article lends itself to reconstructing and delineating the history of Brazilian exceptional resources, from its remote origins in Portuguese law, as well as in American and English rights, to the present day. The historical tour proposed, through the origins and mutations of the exceptional resources, in the pass of systems and regimes, through a study of doctrines, discourses and old norms put, allows the understanding of the context and the historical and evolutionary circumstances of him, to pour into the system of precedents, Which reveals the new transcendental face exceptional resources in modern law, which prism for the unification and cohesion of the application of law, by the Judiciary.

PALAVRAS-CHAVE: Recursos excepcionais – Evolução histórica – Teoria dos precedentes.

KEYWORDS: Extraordinary appeal – Historical evolution – Theory of precedents.

SUMÁRIO: 1. As cortes supremas. 2. A origem dos recursos excepcionais. 3. A teoria dos precedentes como forma de desafogar o Poder Judiciário e de conferir unidade aos entendimentos jurisprudenciais, com efeitos obrigatórios que tornam os recursos excepcionais instrumentos importantíssimos do direito, enquanto fontes paradigmáticas vinculativas de casos futuros. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1. AS CORTES SUPREMAS

Casa da Justiça da Corte, que ao final do Século XIII e início do Século XIV, também era conhecida como Cúria Régia, era a nomenclatura atribuída ao Supremo Tribunal do Reino Português,¹ órgão julgador última instância de Portugal, incumbido da resolução dos conflitos existentes à época, pelo Rei, através de seus ouvidores, nome que foi mantido nas Ordenações Afonsinas, em 1480, como se depreende de seu Livro 1, Título 1, a saber: *Casa da Justiça em a Corte d'ElRey*.²

Em meados do Século XV, a então Casa da Justiça da Corte evoluiu para a chamada Casa da Suplicação de Portugal, criada e estruturada pela Carta Régia de 1582, por Filipe I de Portugal, mantendo-se o mesmo padrão hierárquico de instância suprema e definitiva do Reino.

Em 1584, a Casa de Suplicação teve sua sede em Ribeira, sendo, posteriormente, transferida a Limoeiro e vindo, em 1755, a sediar-se em Dom Antão de Almada, atual Palácio da Independência, cuja competência era a tutela, em caráter irrecorrível, de temas jurídicos controvertidos acerca de matérias cíveis e criminais, decididas em julgamentos ocorridos em Portugal e em suas Colônias, incluindo o Brasil, enquanto Colônia do Reino Português.

O Brasil Colônia, por sua vez, teve em seu território a sua primeira semente de instituição jurídica no ano de 1534, ou seja, no início de sua colonização pelos portugueses, com a concessão das capitânicas hereditárias, a estabelecer verdadeira relação jurídica entre o Rei de Portugal e seus donatários, via Carta

1. FREITAS, Judite a. Gonçalves de. *O Estado em Portugal (Séculos XII – XVI)*. Lisboa: Alêtheia Editores, 2012.

2. PORTUGAL. Livro I das Ordenações Afonsinas. Sítio da Universidade de Coimbra. Disponibilização digital: [<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/afonsinas/11p8.htm>]. Acesso em: 10.2.2016.

de Doação e Carta Foral; a primeira a atribuir aos donatários posse hereditária da capitania e a segunda a estabelecer direitos e deveres dos segundos com relação às terras.

Todavia, em razão da não prosperidade do falho sistema das capitanias hereditárias, resultante da grande extensão territorial a ser administrada pelo Império português, bem como ante a ausência de recursos econômicos e, ainda, em virtude dos frequentes ataques indígenas, Dom João III, em 1548, determinou a criação de um Governo-Geral³ para substituí-las, expedindo-se quatro regimentos, destinados, respectivamente, ao Governador-Geral, ao Provedor-Mor, ao Ouvidor-Geral e aos Provedores Parciais.

Era o início da estruturação, com encadeamento precipuamente organizado, do Poder Judiciário brasileiro, o que se materializou naquela época pelo primeiro Governador-Geral da Colônia, Tomé de Sousa, que no final do ano de 1548, estabeleceu o Governo-Geral na Bahia e trouxe de Portugal, em sua comitiva, o primeiro Ouvidor-Geral do Brasil, Pero Borges, cujo encargo era a administração da justiça brasileira, com função de resolver os conflitos a ele endereçados mediante recursos das decisões dos ouvidores das Comarcas das Capitanias Hereditárias, como forma de controlar possíveis abusos delas ocorridos.

Para diminuir os poderes dos ouvidores no Brasil, garantir a revisão de seus julgados e, por consequência, conferir mais segurança ao que se decidia, em 1587, Dom Filipe II, monarca da União Ibérica de Portugal e Espanha, cria o primeiro Tribunal de Justiça do Brasil, intitulado Relação da Bahia, órgão jurisdicional que veio a ser efetivamente instalado, apenas em 1609, por Dom Filipe III, via expedição de alvará ordenando que se constituísse, na mesma cidade, a Relação do Brasil, a qual foi suprimida em 1626, em razão da invasão holandesa na Bahia (1624-1625), sobretudo, restaurada por Dom João IV, em 1652.

Em 1734, em atenção à necessidade de uma administração de justiça no sul da Colônia, onde o aumento da demanda judicial e transformações de caráter socioeconômico, provocadas pelo descobrimento de minas de ouro em Minas Gerais, modificaram o contexto do país, Dom José I cria um segundo tribunal recursal, na cidade do Rio de Janeiro, cujo escopo era suprir a deficiência e insuficiência do Tribunal de Relação da Bahia. Trata-se do Tribunal de Relação do Rio de Janeiro,⁴ instalado em 1751.

3. SCANTIMBURGO, João de. *Tratado Geral do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971, p. 70.

4. “Os órgãos da justiça, às vezes com funções administrativas, eram representados pelos vários juizes entre os quais se destacava o ouvidor da comarca, nomeado pelo

Com o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro, o Tribunal de Relação da Bahia mantém seu caráter de órgão judicial de segunda instância, perdendo, em contrapartida, o título de *Relação do Brasil*, razão pela qual, em 1763, a sede do Governo-Geral é transferida da Cidade de Salvador para o Rio de Janeiro.

Há que se reiterar que o referido Tribunal de Relação do Rio de Janeiro, assim como a Relação da Bahia, não possuíam autonomia, pois, como já destacado, a jurisdição da Colônia brasileira, na época, era totalmente atrelada à Justiça Portuguesa, uma vez que os agravos ordinários e as apelações, julgados pelos Tribunais de Relação do Brasil eram submetidos à *Casa da Suplicação de Lisboa*, órgão de última instância de Portugal, em vista da ausência de um órgão supremo instituído no Brasil.

No ano de 1808, o Poder Judiciário brasileiro desvincula-se do controle jurisdicional do Poder Judiciário português, deixando, desde então, de submeter-se à jurisdição de última instância da *Casa da Suplicação de Lisboa*. Isso porque, com a transferência da Família Real Portuguesa e de sua nobreza ao Brasil, por causa da invasão do Reino Português, pelas tropas napoleônicas, o Rio de Janeiro passa a ser a sede da monarquia portuguesa, ou seja, a Capital Portuguesa na qual a Família real se instalou. Tornando-se, a partir de então, inviável e pouco interessante a remessa dos agravos ordinários e das apelações à Casa da Suplicação de Lisboa.⁵

Em razão disto, o Príncipe Regente, Dom João IV, por Alvará de 10 de maio de 1808, converteu o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro na denominada *Casa da Supplicação do Brasil*,⁶ considerada, nos termos do Alvará, como um

soberano por três anos. Para julgar recursos das decisões, existiam os Tribunais da Relação, presididos pelo governador ou pelo vice-rei, a princípio só na Bahia e depois na Bahia e no Rio de Janeiro”. (FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. Editora USP, 2013, p. 57).

5. CAMARINHAS, Nuno. *A Casa da Suplicação nos finais do Antigo Regime (1790-1810)*. Cadernos do Arquivo Municipal, ISSN 2183-3176. 2ª Série N. 2 (jul./dez. 2014), Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2014. p. 223 – 241.
6. Disposição introdutória do Alvará de 10.05.1808, *in verbis*: “Regula a Casa da Supplicação e dá providencias a bem da administração da Justiça. Eu o Principe Regente faço saber aos que o presente Alvará com força de lei virem, que tomando em consideração o muito que interessa o estado e o bem commum e particular dos meus lea esvassallos em que a Administração da Justiça não tenha embaraços que a retardem e estorvem e se faça com a promptidão e exactidão que convém, e que afiança a segurança pessoal e dos sagrados direitos de propriedade que muito desejo manter como

Órgão Supremo, ali intitulado Superior Tribunal de Justiça e cuja essência de última instância, era a mesma que a *Casa de Suplicação de Lisboa*, em Portugal.⁷

A partir de então, a administração da justiça de Portugal e do Brasil, ficou dividida em duas casas supremas, autônomas e independentes: a primeira em Lisboa (Casa da Suplicação de Lisboa), competente para julgar os feitos originários da Europa e das demais colônias portuguesas espalhadas pelo mundo e outra localizada no Brasil (Casa da Suplicação do Brasil), competente para julgar, em última instância e com supremacia, os feitos daquela Colônia *sui generis*, que viria em 1815, em razão da permanência da Corte no Brasil, a ser um Reino Unido.⁸ Desta feita, desvincula-se a justiça brasileira da justiça lusitana, sendo que, mesmo com o retorno da Família Real a Portugal, em abril de 1821, a Casa da Suplicação brasileira, sediada no Rio de Janeiro, manteve-se intacta e, portanto, independente do Judiciário Português.

Com a Independência do Brasil, em 07.09.1822, o território brasileiro que desde 1815, passara a ser um Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, emancipou-se, nascendo, neste momento, o Império do Brasil, totalmente independente de Portugal, tanto sob a ótica jurídica, quanto sob a égide política e econômica.

a mais segura base da sociedade civil; e exigindo as actuaes circumstancias novas providencias, não só por estar interrompida a communicação com Portugal e ser por isto impraticavel seguirem-se os agravos ordinarios e appellações que até qui se interpunham para a Casa da Supplicação de Lisboa, vindo a ficar os pleitos sem decisão ultima com manifesto detrimento dos litigantes e do publico que muito interessam em que não haja incerteza de dominios e se findem os pleitos quanto antes; como tambem por me achar residindo nesta Cidade que deve por isso ser considerada a minha Côrte actual; querendo providenciar de um modo seguro estes inconvenientes e os que podem recrescer para o futuro em beneficio do aumento e prosperidade da causa publica; sou servido determinar o seguinte”.

7. Inciso I do Alvará de 10.05.1808, *in verbis*: “I – A Relação desta cidade se denominará Casa da Suplicação do Brasil, e será considerada como Superior Tribunal de Justiça para se findarem ali todos os pleitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso, que não seja o das Revistas, nos termos restritos do que se acha disposto nas Minhas Ordenações, Leis e mais Disposições. E terão os Ministros a mesma alçada que têm os da Casa da Suplicação de Lisboa.”
8. “A guerra terminara na Europa, em 1814, com a derrota de Napoleão. As razões da permanência da Corte no Brasil aparentemente já não existiam. Dom João decidiu entretanto permanecer na Colônia e em dezembro de 1815 elevou o Brasil à condição de Reino Unido a Portugal e Algarves”. (FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. Editora USP, 2013, p. 112).

Em razão da independência, em 25.03.1824, Dom Pedro I outorga a primeira Constituição Brasileira, a Constituição Imperial, que previu a criação de um órgão, formalmente similar à Casa de Suplicação do Brasil, intitulado *Supremo Tribunal de Justiça*, como se depreende de seu art. 163,⁹ sendo que a sua efetiva criação e especificação de atribuições materializaram-se apenas com a Lei de 18.09.1828, instalando-se o órgão em referência, no Rio de Janeiro, em 1829.

Com a Proclamação da República e conseqüente derrocada da Monarquia, em 15.11.1889, o Imperador foi desconstituído e o Brasil se tornou uma república federativa, com sistema de governo presidencialista. Por conta disso, instituiu-se, de imediato, um governo provisório republicano, com significativa influência Norte Americana, cujo Presidente e Chefe do Governo provisório foi o Marechal Deodoro da Fonseca, tendo como Ministros Benjamin Constant, Quintino Bocaiuva, Rui Barbosa, Campos Sales, entre outras figuras públicas e de conhecimento notório, da época.

Em 22.06.1890, através do Decreto 510, o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, presidido pelo referido General Manoel Deodoro da Fonseca, editou uma Constituição Provisória,¹⁰ em vista da urgência em definir e organizar a República, sepultando-se o regime monárquico. Instituiu-se, no mesmo ano, o Decreto 848, de 11 de outubro, que dispunha sobre a Justiça Federal, sendo que tanto o Decreto 510 (Constituição Provisória), quanto o Decreto 848 já previam a existência de um órgão chamado *Supremo Tribunal Federal*, na Capital da República.

Em 24.02.1891, promulga-se, a definitiva Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, sedimentada no compasso da Constituição Provisória e do Decreto 848, ambos de 1890, notadamente quando define a compe-

9. “Art. 163. Na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá também um Tribunal com a denominação de – Supremo Tribunal de Justiça – composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir. (...)”

10. “Considerando na suprema urgencia de acelerar a organização definitiva da Republica, e entregar no mais breve prazo possivel á Nação o governo de si mesma, resolveu formular sob as mais amplas bases democraticas e liberaes, de accordo com as lições da experiencia, as nossas necessidades e os principios que inspiraram a revolução a 15 de novembro, origem actual de todo o nosso direito publico, a Constituição dos Estados Unidos do Brazil, que com este acto se publica, no intuito de ser submettida á representação do paiz, em sua proxima reunião, entrando em vigor desde já nos pontos abaixo especificados”.

tência do *Supremo Tribunal Federal*, órgão jurisdicional composto por quinze juízes nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado.

As Constituições subsequentes de 1934, de 1937, de 1946 e de 1967, bem como a Emenda Constitucional 1, de 1969, todas mantiveram o órgão máximo da república, Supremo Tribunal Federal, com a essência da Constituição de 1891, todavia, com modificações de nomenclatura e com relevantes adequações, supressões e aduções de termos, além de variações de competência, sendo que no Decreto 19.656, de 3.02.1931, o órgão máximo passa de quinze Ministros para onze.

Com a redemocratização do Brasil e diante das inúmeras discussões sobre a sobrecarga que acometia o Supremo Tribunal Federal, desde a década anterior, a Constituição de 1946, buscando desafogar o Supremo, criou o Tribunal Federal de Recursos – TFR, regulamentado e efetivamente instalado em 1947. O TRF era composto por um tribunal pleno e duas turmas colegiadas, inicialmente com nove ministros e cuja competência direcionava-se para a tutela de causas de interesse da União e outras posteriormente delegadas pelo Supremo Tribunal Federal.¹¹

Dito isso, ver-se-á que o problema do congestionamento do Supremo é uma realidade antiga, como destacado no Discurso do Ministro Presidente Afrânio Antônio da Costa, na Instalação do Tribunal Federal de Recursos, no Rio de Janeiro: “A competência originária e em grau de recurso, que lhe

-
11. “Com a redemocratização, a Constituição de 1946 recriou a justiça federal, mas apenas na segunda instância. O Te-Fê-Rê, como ficou conhecido o Tribunal Federal de Recursos, assumiu a competência recursal para as causas de interesse da União. Inicialmente composto por 9 ministros, passaria a 13 membros em 1965 e a 27 em 1977. Regulamentado e instalado em 1947, era composto por um tribunal pleno e duas turmas colegiadas. Um dos objetivos de sua criação era reduzir a competência do Supremo Tribunal Federal, congestionado por grande número de processos. Foi transferida ao TFR, por exemplo, a competência para julgar originariamente os mandados de segurança contra ato de ministro de estado e, em grau de recurso, as causas de interesse da União. Progressivamente, outras competências foram passadas do STF ao TFR, como a de processar e julgar os conflitos de jurisdição entre juízes subordinados a tribunais diversos. “Eis por que o Federal de Recursos tinha dupla feição, a de Tribunal de segundo grau (hoje, os Tribunais Regionais Federais) e a de Tribunal nacional, visto que, nessa condição, recebera aquelas atribuições pertencentes ao Supremo (hoje, cometidas ao Superior Tribunal). Era o que o distinguia dos outros tribunais, tornando-o, dúvida não havia, o segundo tribunal do Brasil.”, afirmaria o ministro Nilson Naves, em 2012.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Antecedentes*. Notícia extraída do sítio: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Hist%C3%B3ria/Antecedentes]. Acesso em: 20.05.2016).

*são atribuídas, desafoga de muito dos seus árduos trabalhos o Egrégio Supremo Tribunal Federal, ainda, entretanto, sob o peso enorme dos recursos extraordinários, do qual somente se aliviará quando uma firme e inabalável jurisprudência fizer cessar a interposições não compreendidas nos escritos limites do texto constitucional”.*¹²

Na década de 60, o Supremo Tribunal Federal é transferido do Rio de Janeiro para Brasília, sediando-se na Praça dos Três Poderes. Volta-se, nesta ocasião, à discussão acerca da crise do Supremo, que continuara a apresentar situação de sobrecarga processual, asoerboamento que também estava a acometer o próprio Tribunal Federal de Recursos.

Assim, e como forma de desafogar o Supremo, já começam os rumores acerca da necessidade de criação de uma nova Corte Nacional, tanto que em 1965, a Fundação Getúlio Vargas promoveu uma mesa-redonda a propósito de uma reforma do Judiciário, para discutir, entre outros temas, a criação de um novo tribunal nacional, destinado à tutela de direitos infraconstitucionais;¹³ sendo que, até mesmo antes da mesa redonda em referência, mais precisamente em 1963, o jurista José Afonso da Silva já propunha a criação de uma nova Corte,¹⁴ em parte com as incumbências do atual Superior Tribunal de Justiça.

-
12. Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ. Ministro Afranio Antonio da Costa. Centenário de seu nascimento. Composto e impresso pela Secretaria do Conselho da JF p. 33. Disponível em: [<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/coletanea/article/viewFile/249/215>]. Acesso em: 01.11.2016.
 13. “A ideia de criação de uma nova corte nacional não era nova. O assunto já vinha sendo ventilado desde os anos sessenta. Em 1965 a Fundação Getúlio Vargas promoveu uma mesa-redonda a propósito de uma reforma do Judiciário, da qual participaram, entre outros, Themistocles Cavalcanti, Caio Tácito, Seabra Fagundes, Caio Mário, Frederico Marques, Levy Carneiro e Miguel Reale. A reforma debatida propunha a revisão da competência do Supremo, destacando seu papel constitucional, e a criação de um novo tribunal, nacional, com jurisdição sobre matéria sem natureza constitucional.” (Site do STJ. A Constituinte. Disponível em [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/Print/pt_BR/Institucional/Hist%3%B3ria/A-Constituinte/A-Constituinte]. Acesso em: 01.11.2016).
 14. “No ano de 1963, um pouco antes, portanto, dessa mesa redonda, em tese de concurso que apresentou para obtenção da cátedra de Direito Constitucional, o Prof. José Afonso da Silva propugnou pela criação de um Superior Tribunal de Justiça, para o fim de fazer as vezes do Supremo Tribunal, no que tange ao direito federal comum, nos moldes do que foi instituído pelo constituinte de 1988 (José Afonso da Silva, “ (Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro”, RT, S. Paulo, 1963). (VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Superior Tribunal de Justiça na Constituição*. Inf. jurid. Biblioteca Ministro

Em 1965, durante o regime militar, através da modificação nos arts. 98 e 103 da Constituição pelo Ato Institucional 2, aumenta-se o número de ministros do Supremo de onze para dezesseis, bem como o número de Ministros do Tribunal Federal de Recursos de nove para treze e, no mesmo ano, a Emenda Constitucional 16 institui o controle concentrado de constitucionalidade, ocasião em que, como forma de desafogar o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, passa-se a restringir o cabimento do recurso extraordinário, criando-se alguns dos tão conhecidos e específicos óbices de admissibilidade, entre eles, as Súmulas 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286 e 287, todas de 13.12.1963, as quais já vinham consolidadas na jurisprudência da época.

Ao final da década de 60, reinicia o pensamento de uma nova constituinte, ideia que se fez robusta em meados da década de 70.

Idealizava-se, assim, à época, uma constituinte e a fim de desvincular-se o país, em absoluto, de vestígios do regime de exceção, buscando-se a redemocratização efetiva do Brasil, com reforma significativa, inclusive, do Poder Judiciário. Para tanto, o Tribunal Federal de Recursos encaminhou ao Congresso, em 1976, proposta de reforma do Judiciário, entre as quais estava o pleito de que fosse criado um novo tribunal nacional para uniformizar o direito federal, como já propunha a mesa-redonda da Fundação Getúlio Vargas e, igualmente, o jurista José Afonso da Silva.

O projeto de reforma do judicial gerou a paralisação do Congresso, em 01.04.1977, sob o fundamento de que, com o recesso, poder-se-ia materializar a reforma pretendida de forma célere e efetiva.

No chamado *pacote de abril de 1977*, após quatorze dias de paralisação do Congresso, editou-se a Emenda Constitucional 7, aumentando-se o número de Ministros do Tribunal Federal de Recursos para 27, criando-se o Conselho Nacional da Magistratura, que resultaria na Criação da Lei Orgânica da Magistratura Nacional 35, de 1979, além de dar ao Supremo Tribunal Federal poder de avocação de causas em curso no Judiciário, mediante provocação do Procurador-Geral da República, a revertê-la como se fosse de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Em 1985 instala-se uma Comissão de Juristas para elaboração de um anteprojeto de Constituição. Buscava-se uma Constituição que estabelecesse o Es-

Oscar Saraiva. jul./dez. 1989. p. 91-117. Disponível em BDjur: [bdjur.stj.jus.br/js-pui/bitstream/2011/20843/superior_tribunal_justica_constituicao.pdf]. Acesso em: 04.11.2016).

tado Democrático de Direito e que, assim, garantisse e salvaguardasse direitos fundamentais e sociais, efetivando-os e cujo fundamento fosse, entre outros, a dignidade da pessoa humana, em emancipação dos valores democráticos, tão vilipendiados na época da ditadura.

Escopava-se, também, resolver a crise do Judiciário, sendo que na época, o Tribunal Federal de Recursos submeteu à Comissão de Juristas a anterior sugestão de criação de um novo Tribunal de índole nacional, que cuidasse de questões de direito federal relevantes.

O projeto elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais [*Comissão Affonso Arinos*], todavia, foi arquivado pelo Ministério da Justiça, mas serviu de base para os constituintes. Em 1987, o Tribunal Federal de Recursos criou uma Comissão no Tribunal, Presidida pelo Ministro Pádua Ribeiro, para acompanhamento do trabalho da Constituinte.

Após muito empenho da Assembleia Nacional Constituinte e comissões correlatas, em 25.10.1988, promulgou-se a Constituição da República Federativa do Brasil, repleta de fundamentos, princípios e garantias de cunho fundamentalmente humanitário e social. Na Constituição Cidadã, o Supremo Tribunal Federal assume o papel de guardião da esperança de se ter uma real democracia, em âmbito abstrato e concreto e extingue-se o Tribunal Federal de Recursos, prevendo-se a criação de tribunais regionais e estaduais, bem como a criação do Superior Tribunal de Justiça, como já idealizado pela *Comissão Affonso Arinos*.

2. A ORIGEM DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

O recurso de revista imperial é o ponto inicial desta celeuma que está em saber a origem remota do recurso extraordinário e, igualmente, do recurso especial.

Na Constituição do Império, em seu art. 164,¹⁵ previu-se que ao Supremo Tribunal de Justiça competia: *I – Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias. III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competência das Relações Provincias.* Igual e subsequente-

15. “Art. 164. A este Tribunal Compete: I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias. III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provincias”.

mente, do inciso I do art. 164 da Constituição Imperial, se extrai que compete ao Supremo Tribunal de Justiça ‘*Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar*’.

Percebe-se que até este momento, não existia o que conhecemos hoje como supremacia da Constituição e nem mesmo proteção ao direito federal, muito menos a busca por unificação e unidade jurisdicional; havia, apenas, um órgão de última instância, hierarquicamente similar aos nossos atuais tribunais superiores, mas, sobretudo, substancialmente diferente deles, pois, ali, a correção das decisões dos Tribunais de Relação, tinha o mero escopo de dirimir conflitos entre os particulares e de respeito ao que a lei determinasse (controle de legalidade).

Assim, é possível concluir que já naquela época havia um recurso destinado ao controle de legalidade, similar ao recurso especial, embora substancialmente dele se difira, pois, o recurso vigente escopa a proteção do direito federal, ótica inexistente no contexto monárquico. Ou seja: não obstante aí já estivesse traçado o arquétipo primacial de nossos recursos excepcionais enquanto atração dos fatos e das partes, vinculados à justiça da estrita legalidade, notadamente no que tange ao atual recurso especial.

Na perspectiva traçada por Pimenta Bueno e compartilhada por estes articulistas, conforme citado na obra de José Afonso da Silva,¹⁶ o recurso de revista se apresenta como instrumento apto à defesa da lei em tese e ao respeito de seu império, a saber:

“o recurso de revista, que, no dizer do grande Pimenta Bueno, ‘destinava-se à defesa da lei em tese e ao respeito de seu império, de seu preceito abstrato, indefinido, sem se envolver diretamente na questão privada ou no interesse das partes litigantes’. A supressão de um tal recurso e do Tribunal ao qual estava afeto o seu conhecimento abriria, na nova ordem judiciária do país, um vazio que precisava ser preenchido, sob pena de, com a facilidade outorgada aos Tribunais locais dos Estados, de interpretar e aplicar ou não as leis federais, submergir, em irremediável desordem à Justiça Nacional (JOÃO BONUMÁ, *Direito Processual Civil*, vol. 3, pág 150).”

Embora, em verdade e *ad argumentandum*, efetivos controles fossem exercidos pelos Poderes Legislativo e Moderador, ou seja, pelo próprio Imperador e não pelo Judiciário, que em nada era independente, como bem realçou o Ministro Carlos Velloso, em Discurso realizado na Sessão Solene de 18.09.2003,

16. SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 27.

quando o Supremo Tribunal Federal comemorou o centésimo setuagésimo quinto aniversário da Lei de 18.09.1828, que criou o Supremo Tribunal de Justiça do Império.¹⁷ Veja que o Ato de 1829, em seu art. 19, dispunha que: “O Tribunal Supremo de Justiça enviará todos os anos, ao Governo, uma relação de causas, que foram revistas, indicando os pontos sobre os quais a experiência tiver mostrado vício, insuficiência da legislação, as suas lacuna e incoerências, para o Governo propor ao Corpo Legislativo, a fim de tomar a resolução que for conveniente”.¹⁸

Com a Proclamação da República, destacaram-se a existência dos Decretos 510 e 848, de 11 de outubro, ambos de 1890, além do Decreto 1.030, que em seu art. 219, aboliu o recurso de revista ao Supremo Tribunal de Justiça, a partir da efetiva instalação do Supremo Tribunal Federal.

O então criado Supremo Tribunal Federal assemelhava-se ao Supremo Tribunal de Justiça do Império, quanto à sua estrutura e hierarquia, contudo, eles se diferenciam em essência, especialmente quanto às atribuições, já que ao novo Supremo, órgão judicial máximo da República, cabia tutelar “a validade, ou a aplicabilidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella” e “a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados”, nos termos dos arts. 54 e 58,¹⁹ do Decreto 510 em comento, estando o caráter excepcional de controle da jurisdição dos tribunais inferiores, evidenciado no seu art. 33, item 27.²⁰ Sendo que

17. Discurso pronunciado pelo Ministro Carlos Velloso, na Sessão Solene, realizada em 18.09.2003, em que o STF comemorou o centésimo setuagésimo quinto aniversário da Lei de 18.09.1828, que criou o Supremo Tribunal de Justiça do Império, antecessor do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61310>]. Acesso em: 02.05.2016.

18. MÓSCA, Hugo. *O Extraordinário e o Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Prefácio do Ministro Luiz Gallotti. São Paulo: Transbrasil, 1978. p. 17.

19. “Art. 54. O Poder Judiciário da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com séde na capital da Republica e tantos juizes e tribunaes federaes, distribuidos pelo juiz, quantos o Congresso crear. (...). Art. 58. Ao Supremo Tribunal Federal compete: III. Rever os processos findos, nos termos do art. 78. a) quando se questionar sobre a validade, ou a applicabilidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella; b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos os actos, ou leis impugnados.”

20. “Art. 33. Compete privativamente ao Congresso Nacional: 27. Instituir tribunaes subordinados ao Supremo Tribunal Federal.”

o Decreto 848/1890, de igual maneira previu, em seu Capítulo II, art. 9º, parágrafo único, as hipóteses de cabimento de recurso em defesa da lei, de tratados e, sobretudo, da futura Constituição.²¹

Em 24 de fevereiro de 1891, promulga-se, a definitiva Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, sedimentada no compasso da Constituição Provisória (Decreto 510) e do artigo 59 Decreto 848,²² notadamente quando define a competência do Supremo Tribunal Federal.

Era o nascimento do recurso extraordinário, estruturalmente nos moldes do antigo recurso de revista ao Supremo Tribunal de Justiça, porém, com substancial diferença em suas atribuições, já que ao Supremo Tribunal Federal, no contexto republicano – e isto não podia ser diferente –, compete a guarda da Constituição (controle de constitucionalidade difuso), nos moldes do *writ of error* americano,²³ bem como do *Judiciary act* de 1789 e

-
21. “Artigo 9º. Paragrapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunales e juizes dos Estados: a) quando a decisão houver sido contraria á validade de um tratado ou convenção, á applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, á legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União – qualquer que seja a alçada;b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto; c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.”
 22. Decreto 848 de 11.10.1890: “Art 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...). § 1º – Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”
 23. “Aliás, na Sessão de 23.06.1909, a Suprema Corte decidiu uma lide nesse sentido: ‘Não se equipara o recurso extraordinário à antiga revista de modo a serem aplicados àquele as prescrições concernentes a esta, desde que há profunda diferença não só na natureza, como nos efeitos dos dois institutos jurídicos’ (MÓSCA, Hugo. *O Extraordinário e o Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Prefácio do Ministro Luiz Gallotti. São Paulo: Transbrasil, 1978. P. 41). Do mesmo bordo, pondera José Afonso da Silva: “Converteu-se a respeito da origem do Recurso Extraordinário. Alguns viram sua fonte mais remota na Suplicação do Direito antigo português, e sua fonte próxima na Revista, que, no Direito brasileiro pré-republicano, se interpunha, em caso de nulidade ou injustiça notória para o então Supremo Tribunal de Justiça.

legislações correlatas, que têm origem no direito inglês, que tinha como recursos, o *writ of error*, destinado às *quaestio juris* e o *writ of arraint*, destinado às *quaestiones facti*.

Lembrando-se que o *writ of error* dos ingleses, tinha como função primordial corrigir erros de direito em prol da parte prejudicada, todavia, nos Estados Unidos da América, a sua missão foi assegurar a supremacia da Constituição e a imperatividade e higidez das leis federais, em face das justiças estaduais;²⁴ de que resulta o caráter federal do recurso especial como regra de jurisprudência uniforme e paradigmática para todo o direito nacional, perspectiva que não existia no recurso de revista.

Ressalte-se que a referida Constituição de 1891, após a Emenda de 03.09.1926, passou em seu art. 60,²⁵ à busca de unificação dos entendimentos divergentes entre os tribunais, ou seja, previu a tutela, pelo Supremo Tribunal Federal, de divergências existentes entre tribunais distintos, para a unificação e coesão da interpretação do direito divergente entre eles, sobre a mesma lei regente de determinado caso.

Destarte, a unificação dos entendimentos jurisdicionais também revela a forte influência Norte Americana, pois, o *writ of error* do direito saxônico, era

Não se pode negar, com efeito, certa afinidade entre o Recurso Extraordinário e esses recursos; e bem poderia ser uma evolução deles. Assim, porém, não se deu. Nos termos em que o Recurso Extraordinário entrou na legislação nacional, reconhece-se, nitidamente, sua filiação ao Direito saxônico, através do *Writ of error* dos americanos” (SILVA, José Afonso da. Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 26-27).

24. “Assim é que o *Writ of error* dos ingleses, que tinha como função primordial corrigir erros de direito em favor da parte prejudicada, obteve, nos Estados Unidos, nova missão – a de sustentar a supremacia da Constituição e a autoridade das leis federais, em face das Justiças dos Estados-membros”. (SILVA, José Afonso da. Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 29).
25. “Artigo 60. § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação; b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses actos, ou essas leis impugnadas; c) quando dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo procurador geral da República; d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.”

um instrumento introduzido na legislação americana, com o escopo de unificação do direito federal e manutenção da supremacia da Constituição.

As Constituições subsequentes de 1934, de 1937, de 1946 e de 1967, bem como a Emenda Constitucional 1, de 1969, todas mantiveram o *recurso extraordinário*, com a essência da Constituição de 1891, todavia, com modificações de nomenclatura e com relevantes adequações, supressões e aduções de termos, além de variações de competência.

Atualmente, o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República Federativa do Brasil e o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, guardião das questões federais e, igualmente, responsável pela unificação dos entendimentos dos tribunais inferiores, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil, são recursos constitucionais excepcionais que possuem a mais expressiva missão de concretizar a Justiça, em acepção difusa, pois, os julgados deles advindos servem como norte parametrizador e, muitas vezes, vinculante de juízes e tribunais ordinários.

Assim, afere-se que a origem do recurso extraordinário republicano está no *writ of error* americano,²⁶ bem como no *Judiciary act* de 1789 e legislações correlatas; ao passo que o recurso especial é uma mesclagem do antigo recurso de revista com o direito americano, uma vez que o controle de legalidade em tese tem vestígios na revista imperial, ao passo que a proteção da legalidade federal e unificação dos entendimentos dos tribunais, vem do direito americano.²⁷

26. “Aliás, na Sessão de 23.06.1909, a Suprema Corte decidiu uma lide nesse sentido: ‘Não se equipara o recurso extraordinário à antiga revista de modo a serem aplicados àquele as prescrições concernentes a esta, desde que há profunda diferença não só na natureza, como nos efeitos dos dois institutos jurídicos’ (MÓSCA, Hugo. *O Extraordinário e o Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Prefácio do Ministro Luiz Gallotti. São Paulo: Transbrasil, 1978. p. 41). Do mesmo bordo, pondera José Afonso da Silva: “Converteu-se a respeito da origem do Recurso Extraordinário. Alguns viram sua fonte mais remota na Suplicação do Direito antigo português, e sua fonte próxima na Revista, que, no Direito brasileiro pré-republicano, se interpunha, em caso de nulidade ou injustiça notória para o então Supremo Tribunal de Justiça. Não se pode negar, com efeito, certa afinidade entre o Recurso Extraordinário e esses recursos; e bem poderia ser uma evolução deles. Assim, porém, não se deu. Nos termos em que o Recurso Extraordinário entrou na legislação nacional, reconhece-se, nitidamente, sua filiação ao Direito saxônico, através do *Writ of error* dos americanos” (SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 26-27).

27. Para Pontes de Miranda: “Tal como temos e como adotamos, veio-nos ele [*writ of error*] dos Estados Unidos da América, onde o criou o *Judiciary Act* de 1789.

Por conseguinte e exposta a raiz histórica dos recursos excepcionais, outro ponto relevante do estudo é a percepção de que os atuais problemas enfrentados pelos tribunais superiores guardam grande similaridade com crises e debates jurídicos que a história sempre apontou como preocupantes, como é o problema do assoberbamento de processos nos tribunais superiores. Percebe-se, contudo, que o enrijecimento progressivo do juízo de admissibilidade recursal, como forma de desafogar a Corte ou mesmo o aumento do número de Ministros, como já vinha ocorrendo, notadamente no ano 1963, nunca se mostraram medidas eficazes e aptas a resolver as crises judiciárias.

É que a resposta à morosidade do Judiciário e ao assoberbamento de recursos não pode ser a criação de óbices de admissibilidade recursal aptos a tolher ou dificultar o acesso do jurisdicionado aos tribunais superiores, pois, a restrição de acesso à justiça para tutela de questões jurídicas, em sua plenitude constitucional, fere o estado democrático de direito, pois, obstaculiza a própria proteção do direito violado pelas instâncias ordinárias.

Tanto que não é de hoje que o direito brasileiro tem deixado de lado a ideia de enrijecer as condições formais de admissibilidade dos recursos, como forma de desafogar os tribunais superiores, para adotar mecanismos de prestação judicial efetiva. É o que traz o novo Código de Processo Civil, aperfeiçoando-se e ampliando-se o que já ocorria do antigo *Codex* que trazia, por exemplo, os *recursos excepcionais repetitivos*, como nortes de aplicação do direito consolidado, logo instâncias ordinárias.

Portanto, embora já fosse realidade no direito brasileiro, todavia de forma persuasiva, hoje temos codificada no sistema processual brasileiro, a *teoria dos precedentes*, a nos aproximar do sistema anglo saxônico, que traz em seu bojo o caráter vinculativo dos precedentes judiciais (arts. 926 e 927 do NCPC), como medida eficaz de harmonizar e unificar o Poder Judiciário como um todo e, assim, diminuir o número de recursos aos tribunais superiores, desafogando-os e, igualmente, em prol da razoável duração do processo e da efetividade da prestação jurisdicional, sem prejudicar, em tese,

Porém estávamos preparados para ele, mais do que os outros povos, quando vínhamos da unidade política do Império. Por outro lado, melhoramo-lo. Entrou no Brasil, como recurso 'constitucionalizado', independente, portanto, de qualquer legislação ordinária. As leis processuais apenas podem reger assim a forma como o pressuposto de tempo para o recurso." (MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973). Tomo VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 19).

a efetiva proteção do direito violado, que desde o início seguirá os ditames obrigatórios dos precedentes judiciais.

Assim, os recursos excepcionais na ótica da teoria dos precedentes, possuem caráter crucial à construção e reconstrução do direito posto e aplicado, como será demonstrado no tópico final subsequente deste artigo.

3. A TEORIA DOS PRECEDENTES COMO FORMA DE DESAFOGAR O PODER JUDICIÁRIO E DE CONFERIR UNIDADE AOS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS, COM EFEITOS OBRIGATÓRIOS QUE TORNAM OS RECURSOS EXCEPCIONAIS INSTRUMENTOS IMPORTANTÍSSIMOS DO DIREITO, ENQUANTO FONTES PARADIGMÁTICAS VINCULATIVAS DE CASOS FUTUROS

Dispõe o art. 927 do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16.03.2015, que os juízes e os tribunais observarão as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, além dos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, bem como a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Destarte, resta incorporada a *teoria dos precedentes*, a nos distanciar cada vez mais do sistema jurídico romano-germânico da *civil law*, que enfatiza os atos legislativos como fonte primária do direito, dando-se azo, ao quanto já vinha se concretizando em plano de realidade empírica e que agora se materializa como realidade formal, que é o sistema da anglo saxônico, *common law*. Dos arts. 926 e 927, do Novo Código de Processo Civil, vê-se a proposta de que o direito seja sopesado e adequado pelo Poder Judiciário, que busca uniformizá-lo, na medida em que, uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores [casos repetitivos ou sumulas, por exemplo] e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros, vinculando-se a atividade jurisdicional cognitiva das instâncias ordinárias, quando à observância de tais precedentes consolidados via controle de constitucionalidade abstrato, súmula vinculante e súmulas comuns dos tribunais superiores, acórdão em assunção de competência ou causas repetitivas, bem como orientação do plenário ou do órgão especial da jurisdição competente.

Assim, pela própria essência do atual Código de Processo Civil que consolidou o quanto a realidade do cotidiano judiciário já apontava, não há como negar

a aproximação do sistema brasileiro romano-germânico ao sistema anglo saxônico, que hoje se apresenta, após doses homeopáticas de relativização da *Civil Law*, como um regime tendente ao *Common Law*, pois, os precedentes judiciais, como se extrai do próprio art. 927, vincular-se-ão os casos futuros e os tribunais inferiores, criando paradigmas vinculativos de todo o sistema judiciário, que com eles *devem* estar coesos [veja que da própria literalidade do art. 927 se extrai a obrigatoriedade de juiz ou tribunal atuarem nos ditames ali traçados; o termo *observar*, não se consubstancia em mera discricionariedade]. Isso sem contar que os próprios institutos jurídicos insculpidos nos incisos do art. 927 são típica e essencialmente anglo saxônicos.

Neste diapasão, o magistrado e o tribunal distanciar-se-ão dos precedentes impostos, apenas e tão somente, quando diante de situação nova, ainda não sopesada pelos tribunais superiores, ocasião em que está desvinculado dos tribunais superiores, pela inexistência de decisões pretéritas sobre o tema; bem como, quando demonstrarem, fundamentadamente, “*a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento*”, ou seja, quando chegarem à conclusão de que as particularidades do caso concreto não possuem semelhança com o precedente obrigatório [método *distinguishing*²⁸] ou, ainda, quando diante de precedente superado [*overruling* e *overriding*²⁹].

Assim sendo, é possível concluir o direito brasileiro atual está compassado na tentativa de, por meio dos precedentes judiciais, desafogar o Poder Judiciário, pela unificação da aplicação do direito, em moldes similares ao direito americano, promovendo-se, em tese, a razoável duração do processo e a efetividade da jurisdição.

Desta forma, os recursos excepcionais ganham nova forma e expressão no direito moderno e, com isso, eles passam a ser os grandes protagonistas

28. Método de distinção pelo qual “o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174).

29. São métodos de superação do precedente obrigatório. No *overruling*, instituto similar à revogação de uma lei, um precedente é substituído por outro. No *overriding* há uma revogação parcial do precedente preexistente, como bem ensina Freddie Didier Jr., ao definir que um precedente pode ser substituído de forma “(i) *expressa (express overruling)*, quando um tribunal resolve, expressamente, adotar uma nova orientação, abandonando a anterior; ou (ii) *tácita (implied overruling)*, quando uma orientação é adotada em confronto com posição anterior, embora sem expressa substituição desta última – trata-se de hipótese rara” (JR., Freddie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. edição, volume 2, Salvador: *jus podivm*, 2009, p. 395).

de consolidação e harmonização do direito brasileiro, enquanto instrumentos com potencial de lançar forma jurídica e vinculativa a casos atuais e futuros.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo nos leva à conclusão de que origem do recurso extraordinário republicano está no *writ of error* americano, bem como no *Judiciary act* de 1789 e legislações correlatas; ao passo que o recurso especial apresenta-se como uma mesclagem entre o antigo recurso de revista e o direito americano, uma vez que o controle de legalidade em tese tem vestígios na revista imperial, ao passo que a proteção da legalidade federal e unificação do dos entendimentos dos tribunais, vem do direito americano.

Por conseguinte, conclui-se que esses importantíssimos recursos excepcionais, que ao longo da história do Brasil sofreram inúmeras adaptações e restrições ao seu uso, por requisitos específicos de admissibilidade, no direito brasileiro moderno, ganham nova face e expressão, na tentativa de desafogar o Poder Judiciário [crise presente em toda a história do Supremo Tribunal Federal] e de garantir a unificação da aplicação do direito, como forma de mitigar as divergências que desarmonizam o Judiciário, em moldes assemelhados a institutos do direito americano, como já era tendência mesmo antes do novo Código de Processo Civil, que recentemente instituiu a *teoria dos precedentes* no direito brasileiro.

Assim sendo, os recursos excepcionais, no contexto moderno, ganham nova expressão e consequência, pois, com os efeitos transcendentais e vinculativos dos precedentes obrigatórios, tais instrumentos de controle difuso de legalidade e unidade (recurso especial) e de constitucionalidade (recurso extraordinário), se mostram como os grandes protagonistas de consolidação e harmonização do direito brasileiro, enquanto instrumentos com potencial de lançar forma jurídica e vinculativa a casos atuais e futuros, deixando-se de lado o seu mero caráter persuasivo.

Não se pode deixar de consignar, por fim, que avanços e retrocessos serão sentidos nos próximos anos com a valorização dos precedentes jurisprudenciais. Agora, como fontes essenciais e fundamentais do direito, esperando-se, contudo, cooperação, equilíbrio e sabedoria dos representantes do Poder Judiciário nessa nova jornada, notadamente no que tange à proporcionalidade e à razoabilidade que devem ter ao criar e aplicar um precedente vinculativo, bem como ao modificá-lo ou revogá-lo. Assim, deve-se ter como pressuposto inafastável da criação e da aplicação dos precedentes, a todo o momento, a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais dos jurisdicionados, em acepção processual e material, sobretudo

do, aptas à promoção da segurança jurídica e da efetividade das decisões judiciais, necessárias ao que se pode chamar de Justiça.³⁰

A reflexão sobre a evolução histórica da organização judiciária brasileira tanto quanto de sua matriz lusitana posta sempre em um órgão judiciário de cume, dotado de instrumentos paradigmáticos, contudo, em princípio, como última etapa recursal, mais do que propriamente, como um vetor de critérios operacionais do direito, para toda a jurisdição nacional, demonstra a preocupação que o tema enseja no contexto nacional, muito embora, de meros controles da legalidade e da constitucionalidade, em senso subjetivo, já de há muito, os recursos excepcionais tenham assumido o condão paradigmático, ditando regras, contudo, facultativas para solução de casos assemelhados transcendentemente.

Mas daí, a passar de simples referenciais para a solução de casos concretos, em sede judiciária, para travas da continuidade da evolução social, que o direito reflete e enseja em permanente simbiose dialética, a partir da voz das instâncias populares, para centrar-se a sua produção, na inteligência da sociedade, pela elite judiciária, pode ser um estorvo à Justiça, que é consequência do povo, antes de ser produto dos estamentos burocráticos dominantes.

A instância superior mais se abebera do balcão dos foros populares, que perto das gentes da nação, urdem o direito próprio da solução da realidade empírica cotidiana e é isto que se teme, que o regime dos precedentes, muito embora, necessidade de uniformização mais que da jurisprudência, de todo um direito federal, venha se transformar no torniquete da evolução social, cuja mutação o condiciona e estrutura e é fruto do torvelinho das relações interativas entre os homens e as instituições, por eles mesmos criadas, que não é o moto que se origina nos palácios dos poderosos, assim, pondo-se em confronto com as forças sociais mutantes, enquanto esses fazem o direito propender para a conservação e o povo faz da rua o antro, em que o direito se edifica em seu ardor, permanentemente.

30. Mas não se pode deixar de apontar a possível disfunção que a adoção do sistema dos precedentes, na processualística do ordenamento jurídico brasileiro, pode significar relativamente à operatividade da Justiça em nossos confins, haja vista que a jurisprudência sempre foi tempero que amalgamava a rigidez da lei, perene no tempo, à dinâmica das mutações sociais. Hoje, com o sistema que se adota, possivelmente, as regras dos precedentes podem tornar, na prática, a jurisprudência imutável em senso de higidez muito maior do que o que caracteriza a lei, sem falar que, na espécie, poderá o Poder Judiciário estar adentrando a seara do Poder Legislativo.

O precedente vem então, em parte, benfazejo, enquanto regra transcendente de justiça para o trato de questões assemelhadas, que não são poucas em tempo de conflitos, mas quando se fala em desafogar a justiça, de que o precedente vem anunciado como caminho próprio, atente-se que a história do judiciário brasileiro, principalmente, a do Supremo Tribunal Federal, nunca deixou de se pautar pela descentralização e desconcentração do cume da organização judiciária, como se procura demonstrar neste trabalho, no qual se expõem que todos os institutos originários do direito norte-americano que interagiram com outros da coletividade luso-brasileira, em certo modo, já encontraram algo semelhante em nossos contextos, como o controle da legalidade e a competência por tal posta em um tribunal de instância superior.

O que a cultura jurídica dos Estados Unidos da América do Norte trouxe, foi, em primeiro lugar, federalizar o controle da legalidade e instituir o da constitucionalidade, por um órgão judiciário, mas em certo sentido, aqui já havia uma noção de controle da lei, por um órgão de cume e fecho da organização judiciária. Houve fusão de institutos que ensejaram um aprimoramento da operatividade, efetividade e eficácia do direito, em senso de unificação de sua inteligência no âmbito de um estado federal.

Neste sentido, a reforma judiciária se faz mais que necessária, tornando-se o Supremo Tribunal Federal corte constitucional de processo objetivo substancialmente, instância para os remédios heróicos das liberdades civis e sociais, reordenando-se o Superior Tribunal de Justiça, para que ele seja a caixa de ressonância das aspirações da cidadania, núcleo de todo o processo legal e constitucional subjetivo, dotando-o de novas turmas com especialidades nos ramos específicos em que o direito se desenvolve mais e cada vez mais, em face do progresso científico e social e de mais ministros, que 33 são poucos, para um país carente de justiça rápida, como sua Casa sabe processar.

Não diminui a respeitabilidade da Justiça, tribunais com centenas de membros, duas, três e em breve, de até quatro centenas, como em unidades federadas já há, sem que se desnature o direito dito por eles; muito pelo contrário, cada vez mais, estas Casas de Justiça, contribuem pela variedade de seus juízes a perfazer um direito mais permeável à civilização, refletindo as multiplicidades das sociedades modernas, unas em seus propósitos, mais diversificadas em suas constituições.

Há a necessidade ainda de uma Justiça em todos os seus estamentos comprometida com qualidade e a efetividade, que requer celeridade e senso de esforço responsável coerente com a ética da função pública, que requer mais que a atenção aos parâmetros burocráticos de uma função empregatícia; algo da

compreensão de que todo o Poder Público é sacro, investidos seus membros, do talar sacerdotal, que transcende o pragmatismo da vida, sem ser apenas um símbolo, mas o retrato de um compromisso com o povo que os constituiu autoridade, para um sacerdócio, sobretudo.

Se isto não for feito, para que a Justiça reflita o cotidiano, com dignidade, os precedentes podem colocar o povo contra ela e vice-versa, sem falar que, na hipótese, estaria o Poder Judiciário usurpando o Poder Legislativo, sem solucionar a crise do Judiciário, que não é apenas de falta de autoridade e uniformidade do direito federal, mas carência operacional de sua estrutura, que deve ser uma preocupação constante dos que a conformam e a aparelham para a celeridade da Justiça.

A Humanidade é uma somente. Não há mal em se absorver remédios vindos de outros povos e novas nações, tudo se funde em uma matriz somente, o desejo humano em se buscar justiça como um caminho para a felicidade, mas soluções alienígenas, como a dos precedentes, no direito brasileiro, têm de ser entendidas e praticadas em face da realidade nacional, se não, transformam-se em abstrações perigosas, que mais contribuem a destruir do que a construir e melhorar.

Não basta que toquem as orquestras, é preciso saber ouvi-las e como acompanhá-los, no ritmo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAMARINHAS, Nuno. *A Casa da Suplicação nos finais do Antigo Regime (1790-1810)*. Cadernos do Arquivo Municipal, ISSN 2183-3176. 2ª Série N. 2 (jul./dez. 2014), Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2014. p. 223 – 241.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (EDUSP), 2013.
- FREITAS, Judite A. Gonçalves de. *O Estado em Portugal (Séculos XII – XVI)*. Lisboa: Alêtheia Editores, 2012.
- JR., Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed., Salvador: JusPodivm, 2009. v. 2.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973)*. Tomo VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- MÓSCA, Hugo. *O Extraordinário e o Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Prefácio do Ministro Luiz Gallotti. São Paulo: Transbrasil, 1978.
- SCANTIMBURGO, João de. *Tratado Geral do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.
- SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Superior Tribunal de Justiça na Constituição*. Inf. juríd. Biblioteca Ministro Oscar Saraiva. jul./dez. 1989. p. 91-117.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- As funções das cortes supremas e a decisão de questões probatórias em recursos excepcionais, de Simone Trento – *RPC* 3/187-211 (DTR\2016\20470); e
- Controle de constitucionalidade no direito comparado, de Vanessa de Campos Melo Santos – *RDCI* 93/195-212 (DTR\2015\16845).

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.

Direito Empresarial



O DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL DAS EMPRESAS MONTADORAS DE AUTOPEÇAS, A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E O DIREITO ANTITRUSTE

THE RIGHT OF ASSEMBLY COMPANIES ON THEIR INDUSTRIAL DESIGNS AND CONSUMER PROTECTION

MARISTELA BASSO

Recentemente recebeu do "American Biographical Institute" a "Golden Medal – 2010" – For Her Passion, Courage, Commitment, Success, excellence, Virtue, Spirit". Em 2011 seu nome foi incluído no "Who's Who Legal", publicação internacional como sendo: "The first of Brazil's leading practitioners in the field of Patents – Intellectual Property". Em 2015 seu nome foi incluído Who's Who Legal", como sendo: "The first of Brazil's leading practitioners in the field of Trademarks" – International Intellectual Property".

Em 2015 recebeu a Comenda Rosalba do Mercosul por sua atuação na formação e consolidação do bloco – honraria conferida pelo Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul. Em 2016 foi considerada a "Practitioner of the year of Intellectual Property" pela AI Global Media – The Voice of Corporate Finance da Grã-Bretanha. Também em 2016 foi novamente reconhecida pelo "Who's Who Legal" – Brazil como "leading practitioners in the field of Trademarks – Intellectual Property".
mbasso@maristelabasso.adv.br

RESUMO: A elaboração dos desenhos dos automóveis e das autopeças de reposição compõe padrão de competitividade nos respectivos mercados relevantes em que atuam as empresas montadoras, e está legitimamente incluída nas plataformas de pesquisa e desenvolvimento (P&D) da indústria automobilística. A proteção conferida serve para assegurar a manutenção da atividade criativa e inovadora pelas titulares, refletida na recuperação dos custos relacionados ao desenvolvimento, fabricação e comercialização dos bens protegidos.

A proteção jurídica do desenho industrial na disciplina da propriedade intelectual é assegurada internacionalmente, como já previa a Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial de 1883, e também se consolidou em sede legislativa em vários países da Europa, no Japão e nos Estados Unidos. O art. 25.1 do Acordo TRIPS,

ABSTRACT: From the competitive point of view, the abuse of patent rights occurs when effectively combined with business conduct whose restrictive effects intensify in the relevant markets analyzed, such as price fixing in cross-licensing of patents, pricing of goods protected by Patents, restrictive agreements between competitors involving the manufacture and sale of goods subject to patent protection. The abuse of intellectual property rights "per se" does not constitute anticompetitive conduct punishable by antitrust law.

adotado pelos Estados-Membros da OMC na Rodada Uruguai do GATT (cf. Decreto 1.355/94) estabelece, como requisitos mínimos de proteção dos desenhos, a independência na criação e a novidade ou originalidade. A proteção pode ou não ser conferida para desenhos que sejam determinados essencialmente por considerações técnicas ou funcionais, o que passa a ser condicionado à liberdade de orientação legislativa de cada Estado-Membro da OMC. O Protocolo de Harmonização de Normas em Matéria de Desenhos Industriais, do MERCOSUL, por sua vez, estabelece o requisito da aplicação industrial do desenho para que a proteção seja reconhecida.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade intelectual – Direito antitruste – Desenho industrial – Marcas – Patentes – Direito autoral – Direito do consumidor – Montadoras – Autopeças – Automóveis.

KEYWORDS: Intellectual property – Antitrust law – Industrial designs – Trademarks – Patent rights – Copyright – Consumer protection – Assembly companies – Auto parts distribution – Vehicles.

SUMÁRIO: 1. Pressupostos econômicos e análise político-social dos questionamentos sobre os direitos intelectuais das empresas montadoras. a) A insuficiente unicidade dos direitos de propriedade intelectual para gerar unicidade de mercado na perspectiva econômica. b) A propriedade intelectual não confere direito de controlar preços. c) A propriedade intelectual não cria barreiras à entrada nem exclui os concorrentes do mercado. 2. Condutas anticompetitivas relacionadas ao exercício de direitos de propriedade intelectual (Quais são? Quando devem ser reconhecidas? Como devem ser apuradas?). a) Poder de mercado e titularidade de direitos de propriedade intelectual. b) Condutas tendentes à dominação de mercados. 3. Doutrina do exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual. 4. Illegitimidade no exercício de direitos de exclusividade sobre a propriedade intelectual. a) A doutrina 'Walker'. b) Demandas judiciais relativas à violação de direitos de propriedade intelectual como parte das condutas tendentes à dominação dos mercados. c) Abuso de direitos de propriedade intelectual. 5. Legitimidade no exercício de direitos de propriedade intelectual relacionados às peças automotivas de reposição. a) A racionalidade da proteção dos desenhos industriais. b) A proteção do consumidor e a garantia de efetividade dos direitos de propriedade intelectual sobre as autopeças de reposição. 6. Conclusões.

1. PRESSUPOSTOS ECONÔMICOS E ANÁLISE POLÍTICO-SOCIAL DOS QUESTIONAMENTOS SOBRE OS DIREITOS INTELECTUAIS DAS EMPRESAS MONTADORAS

Em largos traços, entende-se por poder de monopólio a capacidade de controlar o preço dentro de um mercado razoável e por poder de mercado a capacidade de elevar o preço de um produto ou serviço sem gerar perda de vendas. Ambos os

conceitos conferem a um agente econômico a capacidade/aptidão de controlar ou aumentar o preço de um produto ou excluir um concorrente do mercado.

Quanto a esse aspecto parece não haver dúvidas.

Da mesma forma, com base no raciocínio anterior, não pode subsistir dúvida de que nenhum monopólio é conferido aos detentores de direitos de propriedade intelectual sob a perspectiva econômica de mercado.

Estudo de direito, jurisprudência e prática comparadas, revela que tribunais e agências administrativas partem de inúmeros pressupostos econômicos errôneos quando aplicam princípios do direito antitruste à propriedade intelectual. O equívoco econômico mais frequente é o que parte da premissa de que ao se conferir direitos de propriedade intelectual (por exemplo, os registros relativos a desenhos industriais), concedem-se ao titular do direito um “monopólio”. A lei faz esta “presunção” apenas ao igualar a unicidade requerida para justificar o direito de propriedade intelectual conferido na criação à “unicidade suficiente para obter poder de exclusividade de gozo de direitos (direito de exclusiva)” em um dado mercado. Não existe, portanto, qualquer relação econômica entre o direito da propriedade intelectual (direito de exclusiva) com “monopólio” e “poder de mercado” na perspectiva econômica.

Ademais, a definição alternativa de poder de monopólio, isto é, o direito de excluir um concorrente de um mercado, também não é satisfeita, uma vez que os direitos de propriedade intelectual não concedem esse poder. Melhor ainda: a propriedade intelectual concede ao seu titular um “direito” limitado e temporário de impedir outros apenas de copiar uma invenção, uma obra autoral, de usar uma marca, ou seja, de impedir que terceiros adotem determinados comportamentos nos mercados considerados. A propriedade intelectual não confere à empresa/titular de direitos o poder de excluir concorrentes quando estes não estejam em evidente violação de direitos.

Em outras palavras, os concorrentes estão livres para entrar e permanecer no mercado, desde que não violem direitos de propriedade intelectual protegidos (no caso brasileiro, aqueles que estejam devidamente registrados no INPI e tenham preenchido os requisitos de proteção estabelecidos pela lei e tratados internacionais).

Assim que, presumir que um direito de propriedade intelectual resulta em um monopólio é incorreto por razões de lógica e de definição, além de outras realidades econômicas que passamos a examinar.¹

1. Conforme já aprofundado em obra específica: Maristela Basso, *Propriedade intelectual e importação paralela*, São Paulo: Atlas. 2011, p. 194 e ss.

a) A insuficiente unicidade dos direitos de propriedade intelectual para gerar unicidade de mercado na perspectiva econômica

O requisito da unicidade conferido pelos direitos de propriedade intelectual não tem nenhuma correlação com a unicidade suficiente para conferir ao seu titular monopólio ou poder de mercado.

Qualquer presunção, contra ou a favor, de relacionar poder de mercado com os requisitos de propriedade intelectual é economicamente irracional. À luz da lógica do sistema econômico, a única conclusão a que se pode chegar é a de que as leis de propriedade intelectual nunca, sob qualquer circunstância, conferem ao titular do direito de propriedade intelectual qualquer poder de mercado. Não existe qualquer ligação entre a unicidade (condição da exclusividade) que justifica o exercício dos direitos de propriedade intelectual e a unicidade de mercado.

Obviamente, é possível que uma mesma característica de criação satisfaça o requisito da unicidade do direito de propriedade intelectual e crie também a unicidade de mercado. Contudo, a unicidade de mercado resultará independentemente se um direito de propriedade intelectual é conferido ou não.

Logo, não é correto afirmar que a unicidade conferida de gozo e exercício de um direito de propriedade intelectual implica monopólio ou poder de mercado.

b) A propriedade intelectual não confere direito de controlar preços

Outra razão por que é incorreto presumir ou aferir poder de mercado a partir da concessão de um direito de propriedade intelectual é que este não garante ao seu titular nenhum direito para fazer absolutamente nada, muito menos controlar preços em um mercado relevante. O único poder de ação que os direitos de propriedade intelectual conferem aos seus titulares é a capacidade/aptidão de impedir terceiros de explorar o bem protegido (considerando os efeitos declaratórios e constitutivos do registro concedido pela autoridade patentária, no caso brasileiro, o INPI).

Em síntese: os direitos de propriedade intelectual não conferem aos seus titulares a capacidade e o poder de controlar preços em um mercado, mas tão somente o direito de coibir outros da prática de certos atos (necessários ou não para produzir um produto que pode ser competitivo no mercado) quando estes resultem na reprodução dos bens protegidos por patentes, marca ou desenhos industriais, sem autorização do titular.

c) *A propriedade intelectual não cria barreiras à entrada nem exclui os concorrentes do mercado*

Como é sabido, detentores de marcas não podem impedir que outros entrem no mercado em que aquela é explorada; apenas podem evitar que os concorrentes usem essa marca no mercado de forma a causar confusão entre os consumidores.

Detentores de direitos sobre patentes de invenção e modelos industriais não podem evitar que outros concorrentes também desenvolvam suas próprias invenções e cheguem a novos e eficientes modelos industriais, pois todos são capazes de desenvolver suas próprias ideias e versões para produtos e serviços buscando os mesmos ou semelhantes resultados. O que não pode ser sancionada é a prática da cópia (sem autorização do titular), isto é, a usurpação de trabalho alheio com vistas a se chegar aos mesmos resultados do produto original – usurpando a fórmula do produto ou processo original. Mas isso não se justifica apenas por razões de propriedade intelectual. Há obstáculos à cópia e à usurpação independentemente dos direitos de propriedade intelectual. Consequentemente, é irracional argumentar que a existência de um direito de propriedade intelectual cria barreira à entrada no mercado.

As leis de patentes, no Brasil e em qualquer outro Estado, protegem invenções novas e não óbvias. Isso robustece o argumento de que direitos de propriedade intelectual não geram barreiras, porque o titular de uma patente pode apenas e tão somente impedir terceiros de produzir e comercializar a “invenção patenteada”. Concorrentes podem ficar no mercado, outros novos podem aparecer, desde que suas atuações no mercado não sejam resultado de atos de violação de direitos de propriedade intelectual.

A única vez que seria conceitualmente possível para um direito de propriedade intelectual criar barreira para a entrada de um produto no mercado é quando um “novo mercado” é inteiramente criado a partir da exploração de um direito de propriedade intelectual. No contexto patentário, invenções ou o desenvolvimento de modelos e desenhos industriais que implicam grandes avanços sobre a atual tecnologia existente e criam novos mercados são chamadas de invenções pioneiras. Entretanto, é preciso que se reconheça que não é a patente “per se” que impede a entrada de concorrentes no mercado e o desenvolvimento de novas invenções, mas, sim, a falta de conhecimento ou capacidade tecnológica dos concorrentes.

Quando examinado tal aspecto no direito antitruste, seria possível observar uma baixa aptidão concorrencial da empresa que justifica sua atividade econômica em condutas tendentes à reprodução não autorizada de bens objeto de proteção por direitos de propriedade intelectual, porquanto ela não seja capaz

de desenvolver, com os mesmos recursos tecnológicos e industriais, produtos e serviços ofertados pelas concorrentes em determinados mercados relevantes. Assim, não se pode atribuir ao exercício de direitos de propriedade intelectual (sobre patentes, obras autorais, marcas ou desenhos industriais) a existência de barreiras à entrada de agentes econômicos em mercados nos quais as atividades de criação e inovação realizadas pelas empresas sejam fatores determinantes.

Certo é que o titular de uma patente pode apenas impedir terceiros de usar a mesma invenção, mas não pode evitar que estes inventem seus próprios produtos e os ofereçam no mercado. A barreira à entrada não se justifica pela patente em si, mas na falta de conhecimento dos potenciais concorrentes de desenvolver e usar ideias diferentes ou, ainda, de criar além dos contornos da invenção protegida (os quais, na prática, são delimitados pelas reivindicações existentes no pedido depositado perante a autoridade patentária para a concessão do registro).

2. CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS RELACIONADAS AO EXERCÍCIO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL (QUAIS SÃO? QUANDO DEVEM SER RECONHECIDAS? COMO DEVEM SER APURADAS?)

A conduta das empresas montadoras de tentar impedir a cópia de seus modelos industriais protegidos no INPI não implica conduta anticompetitiva, não monopoliza artificialmente o mercado de autopeças, não configura exercício abusivo de direito de propriedade intelectual e, muito menos, elimina do mercado os concorrentes.

Isto é, o exercício dos direitos de propriedade industrial (marcas e desenhos industriais) por parte dessas empresas é absolutamente lícito – tanto sob a perspectiva do sistema da proteção da propriedade intelectual como da lógica da defesa da concorrência.

Para deixar mais claro o que ora se afirma, detemo-nos, com mais vagar, nas condutas relacionadas ao exercício dos direitos de propriedade intelectual que podem ser consideradas ilícitas sob a perspectiva do direito antitruste.

a) *Poder de mercado e titularidade de direitos de propriedade intelectual*

A titularidade de direitos de propriedade intelectual pela empresa não sugere existência de posição dominante nos mercados relevantes,² ainda que

2. W.G.Lavey, Patents, Copyrights, and Trademarks as Sources of Market Power in Antitrust Cases, in *Antitrust Bulletin*, v. 27, n. 2, 1982, p. 433 ss.; H.Hovenkamp. *Federal Antitrust Policy*, cit., p. 141.

seja relativamente simples para ela obter a concessão de patentes de invenção perante as autoridades patentárias domésticas, tornando-se ofertante exclusiva do produto objeto de proteção. Contudo, não se pode negar que mesmo sendo objeto de proteção patentária esse produto pode concorrer intensamente com produtos similares que sejam ou não protegidos por patentes em determinado mercado. Por essa razão, para efeitos concorrenciais, uma única patente raramente define o alcance do mercado relevante do produto protegido.³

Nos Estados Unidos, houve discussão congressional sobre a presunção de exercício de poder de mercado criado pela titularidade de direitos de propriedade intelectual, como aparecia no projeto da *Intellectual Property Protection Act* de 1997, mas que não foi aprovado.⁴ Em sede jurisprudencial, por sua vez, julgados da Suprema Corte têm feito referência sobre a relação entre titularidade de direitos de propriedade intelectual e a presunção de poder de mercado. Se a autoridade patentária confere ao vendedor uma patente ou monopólio similar sobre o produto, seria justo supor que a “inabilidade de se adquirir o produto em qualquer lugar, onde a patente esteja protegida, confira poder de mercado ao titular”.⁵ Por outro lado, o titular “carece de poder de mercado quando existem substitutos próximos (não resultantes do *free-riding*) para os produtos objeto de proteção patentária”.⁶

3. O problema da concorrência nos mercados relevantes de medicamentos e exercício de direitos patentários pelas empresas titulares é verificado no estudo de F. Polido e P. César, *Direitos de Propriedade Intelectual e Saúde Pública – O acesso universal aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil*. São Paulo: IDCID, 2007, p. 79 ss.
4. H.R. 401, 105th Cong. (1997). Disponível em: [<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c105:h.r.401>].
5. Cf. Decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Jefferson Parish Hosp. Dist. v. Hyde*, 466 U.S. 2, 16 (1984).
6. Ver voto do Justice O'Connor no caso *Jefferson Parish Hosp. Dist. v. Hyde*, 466 U.S. 2, 16 (1984), p. 38 n. 7. Essa linha de argumentação foi perseguida por tribunais em instâncias inferiores nos Estados Unidos, afastando a presunção de ocorrência de poder de mercado detido pela empresa pelo fato da titularidade de direitos de propriedade intelectual sobre produtos e serviços ofertados. Sobre isso, ver *A.I. Root Company v. Computer/Dynamics, Inc.*, 806 F.2d 673 (6th Cir. 1986) e *Will v. Comprehensive Accounting Corp.*, 776 F.2d 665 (7th Cir. 1985). Considerando a presunção como válida em caso de condutas concertadas entre empresas titulares de direitos de propriedade intelectual, cf. *Digidyne v. Data General Corp.*, 734 F.2d 1336 (9th Cir. 1984).

A mesma abordagem é perseguida nas Diretrizes Antitrustes do DOJ e FTC sobre licenciamento de direitos de propriedade intelectual e também pela doutrina norte-americana, como bem sustentado por Hovenkamp quando observa a falta de lógica nessa relação.⁷

Parece, portanto, não fazer sentido sustentar a existência de poder de mercado suficiente para estabelecer qualquer conduta tendente à dominação de mercados relevantes de autopeças de reposição como “presumida” no exercício de direitos de propriedade intelectual detidos pelas titulares, sobretudo no que concerne à proteção jurídica conferida pelas marcas e desenhos industriais legitimamente registrados pelas montadoras no Instituto Nacional da Propriedade Industrial Brasileiro – INPI. A titularidade desses direitos, por si só, não seria suficiente para justificar o exercício de posição dominante pelas empresas, daí por que as condutas alegadas pela ANFAPE devem ser analisadas cuidadosamente a partir do controle de condutas. O fato é que não se pode associar indiscriminadamente titularidade de direitos de propriedade intelectual e abuso de posição dominante.

b) Condutas tendentes à dominação de mercados

Para que a conduta seja delimitada como anticompetitiva, as autoridades concorrenciais devem examinar indícios suficientes de que a empresa incorre em uma prática predatória ou anticoncorrencial, objetivando a exclusão dos concorrentes dos mercados. É fundamental, portanto, a existência da intenção de dominação dos mercados relevantes e o risco de caracterizar exercício abusivo do poder de mercado por ela detido.

Em três categorias gerais de práticas empresariais existem preocupações concorrenciais evidentes, como em (i) acordos e práticas concertadas referentes a produtos protegidos por patentes ou direitos de autor; (ii) venda casada envolvendo produtos e serviços protegidos por marcas e (iii) condutas tendentes à dominação dos mercados a partir de exercício abusivo de direitos patentários adquiridos de modo fraudulento.

No campo das condutas, o tratamento antitruste das práticas unilaterais envolvendo propriedade intelectual reside na análise concorrencial dos efeitos da recusa à negociação de licenças de marcas, patentes, desenhos industriais e direitos autorais. Obviamente, não existe consenso quanto a não obrigatoriedade de as empresas licenciarem direitos de propriedade intelectual a terceiros,

7. H.Hovenkamp. *Federal Antitrust Policy*, cit., p. 141 (“presum[ing] market power in a product simply because it is protected by intellectual property is nonsense”)

especialmente concorrentes nos mercados relevantes. Os tribunais, no entanto, observam que a recusa injustificada pode resultar em preocupações concorrenciais quando diretamente direcionada à concorrência nos mercados e com intuito de criar, manter ou expandir monopólios.⁸ Sem uma análise com base na regra da razão, quando se tratar de condutas, e no correto equilíbrio com os direitos de propriedade intelectual, seria impossível constatar a ilicitude dos atos praticados pelos titulares dos direitos.⁹

3. DOCTRINA DO EXERCÍCIO ABUSIVO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

A teoria do abuso de direitos de propriedade intelectual (ou genericamente considerada como doutrina do exercício abusivo de direitos patentários) é resultado da construção jurisprudencial norte-americana na solução de litígios privados da propriedade intelectual e reflete a preocupação dos tribunais com a exploração de patentes, marcas, desenhos industriais e direitos de autor e suas respectivas implicações concorrenciais.¹⁰

A questão se apresenta, fundamentalmente, na validade de contratos relativos a licenças de direitos de propriedade intelectual, justamente quando o titular dos direitos de propriedade intelectual ajuíza ações contra determinadas concorrentes, sustentando atos de violação de suas patentes, marcas, desenhos industriais ou obras de autoria. O abuso (concorrencialmente relevante) estaria justamente na *medida* ou no *meio* pelo qual o titular exerce seus direitos de propriedade intelectual, e se tal comportamento justificaria a violação imediata de normas concorrenciais, normas de propriedade intelectual e outras normas do ordenamento jurídico.

8. Ver descritivo no guia da American Bar Association, *Intellectual Property and Antitrust Handbook*. Illinois: American Bar Association, 2007, p. 11 ss., especialmente cap. VI.

9. Isso porque a jurisprudência norte-americana, pelos bons exemplos que oferece, debateu a efetividade da análise antitruste de casos envolvendo direitos de PI, chegando a resultados nem sempre claros e precisos sobre a extensão do problema da interface entre tais campos normativos. Nos casos *Kodak* e *Independent Services Organization*, a abordagem pôde ter sido muito ampla ou muito restritiva, tudo dependendo do ponto de vista da doutrina, além da própria crítica levantada quanto à existência de um dever geral de a empresa licenciar determinada tecnologia para suas concorrentes. Sobre isso, cf. ABA, *Intellectual Property and Antitrust Handbook*. Illinois: American Bar Association, 2007, p. 12.

10. Geralmente, cf. H.Hovenkamp. *Federal Antitrust Policy*, cit., §5.5b, p. 240 ss.

Em grande medida, essa doutrina tem servido para legitimar a defesa, em juízo, das partes que teriam supostamente violado direitos de propriedade intelectual.¹¹ Existe muita controvérsia na aplicação da doutrina do abuso de direitos patentários. Interpretações inconsistentes com a jurisprudência construída após a decisão em *Mercoid/Mid-Continent* levou a uma proliferação de litígios nos tribunais norte-americanos e incerteza jurídica, frustrando os objetivos de uma justa e eficiente resolução de litígios envolvendo a propriedade intelectual, particularmente aqueles de caráter privado. Além disso, a incerteza quanto à aplicação da doutrina do exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual gerou um dissídio jurisprudencial entre os tribunais dos estados federados e as instâncias de apelação nos Estados Unidos.¹²

No campo antitruste, o abuso de direitos de propriedade intelectual está associado ao comportamento da empresa, que busca sistematicamente estender os direitos de exclusividade decorrentes de suas patentes, marcas, obras autorais (das criações), para além do escopo da proteção legal conferida. Nesses casos, existirá incerteza quanto ao teste apropriado empregado pelos tribunais para determinar a licitude do comportamento do titular do direito.¹³ Por isso mesmo, restariam muitas dúvidas em saber se o fato de o abuso de direitos de propriedade intelectual, por exemplo, seria por si só justificativa para determinação da ilicitude da prática no domínio concorrencial, vale dizer, se seria suficiente para determinar a anticompetitividade da conduta no mercado relevante.¹⁴

Aqui, haverá sempre a necessidade de aplicação da regra da razão, sobretudo porque a incerteza quanto à aplicação da doutrina do abuso de direitos patentários levaria os titulares de patentes, marcas e desenhos industriais a uma posição menos favorável em relação à análise de condutas anticompetitivas pelas autoridades concorrenciais. O exercício abusivo de direitos patentários é assim identificado quando as autoridades judiciais consideram que marcas, pa-

-
11. Cf., por exemplo, *Mercoid v. Mid-Continent Inv. Co.*, 320 U.S. 661, 64 S.Ct. 268 (1944), no qual a Suprema Corte sustentava aplicação da doutrina do abuso de direitos patentários.
 12. Cf. Motion for leave to file Brief Amicus curiae and Brief of Amicus Curiae of the American Intellectual Property Law Association in support of petition for a writ of certiorari, *Insultherm v. Tank Insulation International*, n. 96-1899, June 30, 1997
 13. Patent Abuses and Antitrust: The Per Se Rule, in *Harvard Law Review*, v. 64, n. 4 1951, p. 626-633.
 14. *Ibidem*, p. 626.

tentes, desenhos industriais ou direitos de autor sejam utilizados nos mercados de modo anticoncorrencial. A doutrina observa que existe muita controvérsia na análise que deve ser empreendida pelos tribunais para verificar o uso anticoncorrencial dos direitos de propriedade intelectual, vale dizer, se este deve ser endereçado pelas normas e princípios do direito concorrencial ou pelas normas e princípios da propriedade intelectual, ainda que não diretamente previstos.

Assim, do ponto de vista concorrencial, o abuso de direitos patentários ocorre quando efetivamente combinado com condutas empresariais cujos efeitos restritivos se intensificam nos mercados relevantes analisados, como, por exemplo, fixação de preços em licenciamento cruzado de patentes, fixação de preços de bens protegidos por patentes, acordos restritivos entre concorrentes envolvendo fabricação e comercialização de bens objeto de proteção patentária.¹⁵ O (ab)uso de direitos de propriedade intelectual, portanto, não poderia constituir *per se* conduta anticoncorrencial passível de sanção pelo direito antitruste.

Os casos de abuso de direitos patentários devem estar combinados, portanto, com outras condutas, como as restrições verticais envolvendo empresas atuantes em diferentes mercados, primários e derivados, para que sejam submetidos ao controle repressivo de condutas anticoncorrenciais. A autoridade antitruste deve levar a cabo uma extensiva análise à luz da regra da razão. Nos Estados Unidos, o caso *Motion Picture*¹⁶ revela os limites dessa análise, já que no caso, o tribunal decretou a nulidade de um contrato de licenciamento de patentes, com efeitos restritivos, relativamente à exploração comercial de um projetor cinematográfico que somente permitia exibição de filmes alugados do titular da patente.

Outra questão envolvida na doutrina do abuso de direitos de propriedade intelectual está na extensão do exercício do direito. No caso *Mercoid*, os contornos do exercício dos direitos patentários foram bem delimitados: o titular da patente não pode impedir terceiros (empresas concorrentes) de fabricar dispositivos não protegidos por patentes, quando utilizados em uma combinação de patentes, ainda que o uso de tal dispositivo pudesse levar à violação dos direitos da titular.¹⁷

15. H.Hovenkamp. *Federal Antitrust Policy*, cit., §5.5b, p. 240, especialmente nota 11.

16. *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co.*, 243 US 502 (1917), decisão de 09.04.1917.

17. *Mercoid v. Mid-Continent Inv. Co.*, 320 U.S. 661, 64.S.Ct.268 (1944).

Assim, o princípio geral na interface entre propriedade intelectual e direito concorrencial diz respeito à formulação geral de que pode haver exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual sem haver violação de normas antitrustes. Na jurisprudência norte-americana, como bem observa Hovenkamp, apenas poucos tribunais justificaram a defesa pela teoria do abuso de direitos patentários com base em princípios de direito antitruste. De tal forma que, se a empresa que supostamente viola direitos de propriedade intelectual sustenta que a titular destes se vale de uma estratégia agressiva de proteção de suas criações (invenções, marcas, desenhos e obras de autoria) ou que os contratos de licenciamento por ela firmados são anticoncorrenciais, então sua defesa em juízo somente prevaleceria se tais estratégia ou contratos fossem contrários à legislação concorrencial.¹⁸

Do que se conclui que o teste jurisprudencial a ser minimamente observado nos casos relativos ao abuso de direitos patentários deve: (i) identificar (individualizar) se a prática levada a cabo pelo titular do direito é ilícita *per se* ou não, e (ii) demonstrar que os efeitos globais da conduta examinada (*e.g.* um contrato de licenciamento de patentes) sejam tendentes à dominação de mercados relevantes adequadamente definidos, resultando em restrições significativas à concorrência.¹⁹

4. ILEGITIMIDADE NO EXERCÍCIO DE DIREITOS DE EXCLUSIVIDADE SOBRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL

a) A doutrina 'Walker'

Outro significativo problema envolvendo preocupações concorrenciais pode residir na “aplicação” e na “observância” dos direitos de propriedade intelectual.²⁰ A questão foi enfrentada pelos tribunais norte-americanos no caso *Walker*,²¹ em que a Suprema Corte discutiu a relação entre o exercício de direitos patentários e a conduta anticoncorrencial supostamente praticada pelo titular dos direitos.

18. H.Hovenkamp. *Federal Antitrust Policy*, cit., §5.5b, p. 241.

19. Sobre isso, cf. caso *Windsurfing International v. AMF, Inc.*, 782 F.2d 995 (Fed. Cir. 1986), em que o Tribunal de Apelação do Circuito Federal sustenta a necessidade de aplicação de regra da razão para os casos concorrenciais envolvendo direitos de PI.

20. Sobre isso, ver D.A. Balto e A.M. Wolman. *Intellectual Property and Antitrust: General Principles.*, cit., p. 74 ss.; *Intellectual Property and Antitrust Handbook*, cit. (nota 9 *supra*), p. 12.

21. *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*, 382 U.S. 172, decisão de 6 de dezembro de 1965.

Em circunstâncias normais, a aplicação e observância das normas de propriedade intelectual, sintetizadas no exercício legítimo de direitos pelos titulares e respeito de uma coletividade (terceiros, o público), não sugere violação às normas concorrenciais. A regra ou doutrina ‘Walker’, formulada em sede jurisprudencial, oferece uma exceção de defesa nos litígios envolvendo objeto antitruste-patentário, já que a parte (empresa) supostamente acusada da prática de atos de violação de direitos de patente, marca e desenho industrial, na esfera jurisdicional civil, busca reverter o êxito da titular a partir de teses antitrustes fundadas no abuso de direitos patentários (*misuse doctrine*).

No caso em comento, a Suprema Corte observou que a violação de normas concorrenciais poderia estar justificada no comportamento da empresa detentora de patente obtida de modo fraudulento e ilegalmente registrada perante a autoridade patentária norte-americana. A conduta potencialmente anticompetitiva resultaria antes do exercício dos direitos pela titular da patente, cujos direitos de exclusividade teriam sido ilegitimamente adquiridos com intuito de impedir a atuação de terceiros (concorrentes) nos mercados relevantes envolvidos. A concepção geral em Walker foi posteriormente desenvolvida pelos tribunais em uma série de casos julgados nas instâncias inferiores, que buscaram assentar a tese de que a ilicitude, do ponto de vista concorrencial, de determinadas condutas envolvendo a propriedade intelectual, deve estar minimamente justificada na ilegitimidade do exercício dos direitos de exclusividade pela empresa-titular do direito.²²

Nessas circunstâncias, o exercício ilegítimo de direitos patentários estaria justificado por atos fraudulentos levados a cabo pelo titular da invenção, que teria claramente se valido de determinado artifício ou expediente para confundir o examinador de patentes. Este chegara à conclusão de que o pedido depositado perante a autoridade patentária reunia os requisitos para registro e, portanto, que o produto ou processo ali descrito seria uma invenção de acordo com a disciplina da propriedade intelectual.²³ Logo, a patente não teria sido concedida, senão por resultado do ato fraudulento da empresa que logrou

22. Sobre isso, cf. *Cataphote Corp. v. DeSoto Chemical Coatings, Inc.*, 450 F.2d 769, 771-73 (9th Cir. 1971); *Monsanto Co. v. Rohm & Haas Co.*, 456 F.2d 592, 599-600 (3d Cir. 1972); *Litton Indus. Prods., Inc. v. Solid State Sys. Corp.*, 755 F.2d 158, 166 (Fed. Cir. 1985).

23. Isso sugere a reunião dos três requisitos de patenteabilidade de invenções no campo patentário, como estabelecidos no sistema de normas internacionais e doméstica da propriedade intelectual: (i) novidade; (ii) passo inventivo; e (iii) aplicação industrial. Para exemplos de normas relevantes para o direito brasileiro, ver Art. 27, do Acor-

êxito em sua estratégia anticompetitiva. Com o registro, o agente econômico poderia fazer valer seus direitos de exclusividade, empregando-os contra empresas concorrentes. Conquanto tais direitos tenham sido adquiridos ilegitimamente, o exercício se fez abusivo, uma vez que é direcionado, pela titular, a impedir que relações de concorrência se desenvolvam nos mercados relevantes dos produtos e serviços protegidos.

Ainda de acordo com a orientação jurisprudencial adotada em *Walker*, o direito norte-americano prevê outros elementos para que se configure violação de normas concorrenciais, de acordo com a Seção 2 da *Sherman Act*. Os tribunais e autoridades antitrustes devem verificar a existência de indícios suficientes de exercício de poder de mercado pela titular dos direitos de propriedade intelectual no mercado relevante e, igualmente, de danos econômicos atuais (e não meramente potenciais) para outras empresas nos mercados, como resultado da conduta praticada pela titular.

No mínimo, para que isso ocorra, os concorrentes devem deter as mesmas condições tecnológicas para fabricar o bem objeto da proteção patentária, caso contrário, os danos não se configuram.²⁴ Isso se estende, inclusive, à capacidade das concorrentes de desenvolver estratégias industriais semelhantes às das titulares a partir do aprimoramento das invenções, de marcas e desenhos, o que não raro sugere a manutenção de custos de P&D para a criação e recriação de produtos e serviços. Tendo-se sempre presente que os direitos conferidos são temporários.

É importante observar que o teste jurisprudencial alcançado no caso *Walker* decorre de litígios privados, nos quais foi discutida a violação de direitos de propriedade intelectual. Segundo a experiência norte-americana, empresas que teriam supostamente violado patentes, marcas e desenhos industriais (e demandadas em juízo pelas titulares), não raro se utilizam de defesas no campo antitruste para questionar a legitimidade do exercício de direitos de propriedade intelectual. Por isso mesmo, a análise das autoridades deve ser caracterizada pela regra da razão e, igualmente, precaução quanto à delimitação das condutas supostamente anticompetitivas. A violação de normas concorrenciais também poderia resultar das condutas levadas a cabo pela titular de direitos de propriedade intelectual, não porque fraudulentamente adquiridos, mas quan-

do TRIPS/OMC (incorporado ao ordenamento brasileiro pelo Decreto 1.355/94), e Art. 8º, da Lei 9.279/96 (Código da Propriedade Industrial).

24. Tais requisitos são discutidos no caso *Indium Corp. of America v. Semi-Alloys, Inc.*, 611 F. Supp. 379, 385 (N.D.N.Y. 1985), *aff'd*, 781 F.2d 879 (Fed. Cir. 1985).

do a empresa sabia da nulidade da patente de sua invenção, mas, mesmo assim, teria ajuizado ações de violação de direitos patentários contra suas concorrentes nos mercados relevantes.

b) *Demandas judiciais relativas à violação de direitos de propriedade intelectual como parte das condutas tendentes à dominação dos mercados*

Outras categorias de atos envolvendo exploração de direitos de propriedade intelectual podem resultar em efeitos concorrenciais e, portanto, são objeto de preocupação do direito antitruste. São condutas levadas a cabo pela empresa como esquema de monopolização dos mercados relevantes e justificadas pelo exercício de seus direitos de propriedade intelectual. Essa categoria se manifesta, fundamentalmente, em uma série de estratégias cumuladas e não isoladas envolvendo ações cíveis e criminais ajuizadas pela empresa com base em atos de contrafação e pirataria, contra concorrentes nos mercados, além de aquisição de ativos de concorrentes nos mercados, incluindo todas as patentes relevantes em determinado segmento da indústria, conclusão de acordos de exclusividade e cláusulas de não concorrência, e ações contra outras empresas que negociam com as concorrentes que supostamente teriam violado direitos de propriedade intelectual.

Ainda no contexto jurisprudencial norte-americano, no caso *Kobe v. Dempsey*²⁵ observa-se que a estratégia de defesa de direitos de propriedade intelectual (tutela jurisdicional) empregada pela titular em demandas de violação de direitos de propriedade intelectual não constituía, isoladamente, ilícito concorrencial. O “teste Kobe” observa a necessidade de requisitos adicionais para que um caso, envolvendo direitos de propriedade intelectual, seja minimamente considerado na esfera antitruste, para além da existência de ações judiciais em curso nos tribunais com base na alegação de ilícitos de violação (contrafação e pirataria). A titular deve ter buscado explorar as patentes de invenção no mercado relevante justamente com o intuito de obter vantagens injustificadas em relação às concorrentes, tais como a conclusão de acordos de fixação de preços e a tentativa de estender o monopólio conferido pelos direitos de propriedade

25. *Kobe, Inc. v. Dempsey Pump Co.*, 198 F.2d 416, 423 (10th Cir.), cert. denied, 344 U.S. 837 (1952). Ver comentários ainda ao caso em *Bringing Patent Infringement Suit a Wrongful Act under Clayton Act: Restraint of Trade. Patents. Treble Damages Awarded for Wrongful Act of Bringing Patent Infringement Suit*, in *Stanford Law Review*, v. 5, n. 1, 1952, p. 154-156.

intelectual sobre outros produtos não protegidos por patentes, marcas ou desenhos industriais.²⁶

O direito de a empresa ajuizar ações fundadas em ilícitos de violação de tais direitos, por sua vez, integra o rol de pretensões materiais conferidas ao titular do registro e, portanto, é legítimo.²⁷

E, curiosamente, a ausência de proteção efetiva da propriedade intelectual em sede jurisdicional é que tem sido reputada anticoncorrencial à luz da jurisprudência nos Estados Unidos. Os tribunais apreciaram uma série de ações ajuizadas por empresas fabricantes de medicamentos de marcas contra fabricantes de genéricos, com fundamento em atos de violação de direitos patentários protegidos pela *Patent Act* e pela *Hatch-Waxman Act* (que trata de aspectos concorrenciais e patentários envolvendo comercialização de medicamentos de marca e genéricos no mercado norte-americano).²⁸

Antes mesmo que os tribunais chegassem às decisões definitivas dos litígios, as empresas envolvidas buscavam a conciliação prévia e acordos com as outras partes, em geral bem-sucedidos, nos quais licenças sobre as patentes foram negociadas. Muitos desses acordos, que pacificaram os litígios de violação de direitos de propriedade intelectual, no entanto, foram considerados ilícitos *per se*, de acordo com a Seção 1 da *Sherman Act*. Optando por não levar adiante os litígios e chegar a um consenso sobre a exploração das patentes supostamente violadas, as empresas acabavam confrontadas com uma intervenção antitruste excessiva para a real extensão dos efeitos concorrenciais dos contratos concluídos.²⁹

c) *Abuso de direitos de propriedade intelectual*

A delimitação de atos de abuso de direitos de propriedade intelectual passa pela constatação de atos praticados pela titular em certas ações comerciais que

26. Cf. *Bringing Patent Infringement Suit a Wrongful Act under Clayton Act*, nota 26 *supra*, p. 154.

27. Ver ainda as considerações da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co.*, 243 US 502 (1917), decisão de 09.04.1917, reforçando a tese de que qualquer empresa, titular de uma patente, pode legitimamente exercer suas pretensões proprietárias em juízo, recorrendo à tutela jurisdicional de seus direitos.

28. *Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984*, 35 U.S.C. § 156 *et seq.*

29. Comentando o problema, ver R.D.Blair e T.F.Cotter. *Are settlements of patent disputes illegal per se?*, in *Antitrust Bulletin*, v. 47, n. 2-3, 2002, p. 491 ss.

não necessariamente configuram ilícito concorrencial e, portanto, carecem de consideração no campo antitruste.

O conceito de abuso, nesses casos, surge da concepção doutrinária no próprio campo patentário, servindo para qualificar/caracterizar atos praticados pela titular com o objetivo de estender os direitos decorrentes do registro para além dos contornos e pretensões conferidos pela patente e que estão embasados nas reivindicações constantes do pedido depositado perante a autoridade patentária.³⁰

A categoria do “abuso de direitos de propriedade intelectual” não é justificativa para demandas judiciais referentes à indenização pretendida pelas concorrentes da titular, mas, antes, oferece autêntica defesa das partes em ações fundadas nos ilícitos de contrafação e pirataria. Trata-se de uma tese jurisprudencial que justifica a posição das titulares quanto ao exercício de direitos de propriedade intelectual “fracos”, vale dizer, direitos que foram conferidos com possível nulidade registral, em virtude da ausência de requisitos de acesso à proteção jurídica, previstos em lei.

Daí porquê, diante de uma patente “fraca”, a empresa-titular não pode exercer seus direitos de exclusividade para além daquelas pretensões, imunidades e faculdades a ela conferidas. A existência de abuso de direitos de propriedade intelectual não determina a nulidade do registro, porém, leva à impossibilidade de a empresa exercer seus direitos contra terceiros relativamente aos atos de comercialização da invenção, até o momento que a suposta abusividade seja eliminada em concreto. E, nesses casos, haverá sempre a necessidade de as concorrentes demonstrarem os danos decorrentes dos atos praticados pela titular, sem os quais a abusividade não poderia ser configurada.³¹

Em relação aos aspectos concorrenciais da questão do abuso de direitos patentários, é importante verificar algumas consequências da doutrina do abuso de direitos patentários. Ela pode ser inútil, já que se configura ou materializa a partir de atos isolados praticados pelas empresas titulares, o que

30. Cf. D.A. Balto e A.M. Wolman. *Intellectual Property and Antitrust: General Principles*, cit., p. 79-80 (sustentando: “The misuse concept apparently originated in the patent area and is intended to prevent the patentee from extending the power of the patent beyond the grant defined in the patent claims”). Esse problema também é discutido no caso *C.R. Bard, Inc. v. M3 Sys., Inc.*, 157 F3d 1340, 1372 (Fed. Cir. 1998), em que o Circuito Federal observa a questão antitruste na conduta da titular que amplia, excessivamente, o escopo da patente registrada com efeitos manifestamente anticoncorrenciais.

31. Cf. *C.R. Bard, Inc. v. M3 Sys., Inc.*, 157 F3d 1340, 1372 (Fed. Cir. 1998).

seria muito pouco para um julgamento/apreciação global do ponto de vista do direito antitruste. Este objetiva distinguir os efeitos pró-competitivos e anticompetitivos de determinadas práticas levadas a cabo pelos agentes econômicos nos mercados, e não justificaria o efetivo alcance ou racionalidade econômica das normas aplicadas pelos tribunais e autoridades antitrustes para sancionar condutas que não seriam ilícitas do ponto de vista concorrencial.³²

Nesses casos, haveria, por assim dizer, uma superposição desnecessária do direito antitruste sobre a propriedade intelectual, sobretudo no que tange à limitação ilegal e arbitrária dos direitos assegurados aos titulares das criações, invenções e obras, legitimamente consideradas em sua existência, manutenção e exercício.

Ademais, vale referir também que, no ordenamento norte-americano, a Seção 271(d)(4) da *Patent Act* estabelece uma regra que confere ao titular de direitos patentários a pretensão de recusar a licença ou uso de seus direitos, sem que isso configure abuso de direitos patentários ou extensão ilegal (injustificada) dos direitos de exclusividade conferidos pela patente.³³

5. LEGITIMIDADE NO EXERCÍCIO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS ÀS PEÇAS AUTOMOTIVAS DE REPOSIÇÃO

a) *A racionalidade da proteção dos desenhos industriais*

A elaboração dos desenhos dos automóveis e das autopeças de reposição compõe padrão de competitividade nos respectivos mercados relevantes em que atuam as empresas montadoras e está legitimamente incluída nas plataformas de pesquisa e desenvolvimento (P&D) da indústria automobilística. A proteção conferida serve para assegurar a manutenção da atividade criativa e inovadora pelas titulares, refletida na recuperação dos custos relacionados ao desenvolvimento, fabricação e comercialização dos bens protegidos.

32. Criticamente, cf. estudo de R.B.Andewelt, *Competition Policy and the Patent Misuse Doctrine*, in *Patent, Trademark & Copyright Journal*, v. 25, 1982, p. 41 ss.

33. 35 U.S.C. § 271(d)(4): *No patent owner otherwise entitled to relief for infringement or contributory infringement shall be denied relief or deemed guilty of misuse or illegal extension of the patent right by reason of having. (4) refused to license or use any rights in the patent*

A proteção jurídica do desenho industrial na disciplina da propriedade intelectual é assegurada internacionalmente, como já previa a Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial de 1883,³⁴e também se consolidou em sede legislativa em vários países da Europa, no Japão e nos Estados Unidos.³⁵ O art. 25.1 do Acordo TRIPS, adotado pelos Estados-Membros da OMC na Rodada Uruguai do GATT (cf. Decreto 1.355/94) estabelece, como requisitos mínimos de proteção dos desenhos, a independência na criação e a novidade ou originalidade. A proteção pode ou não ser conferida para desenhos que sejam determinados essencialmente por considerações técnicas ou funcionais, o que passa a ser condicionado à liberdade de orientação legislativa de cada Estado-Membro da OMC. O Protocolo de Harmonização de Normas em Matéria de Desenhos Industriais, do MERCOSUL,³⁶por sua vez, estabelece o requisito da aplicação industrial do desenho para que a proteção seja reconhecida.³⁷

A Lei Japonesa de *Designs* de 1959 estabelece que a proteção é reconhecida para “estimular a criação de *designs* para contribuir com o desenvolvimento industrial” e concede o prazo de 20 anos de exclusividade ao titular para fabricação, importação, colocação à venda, venda e comercialização dos bens protegidos.³⁸ Na Austrália, os desenhos industriais são protegidos pela *Designs Act* 4, de 1906,³⁹ que estabelece, como requisitos para concessão dos atos registra-

-
34. Cf. Art. 5 *quinquies*: Os desenhos e modelos industriais serão protegidos em todos os países da União. No direito brasileiro, ver Decreto 75.572, de 08.04.1975, incorporando a Revisão de Estocolmo de 1967. Para uma apresentação sistemática dos instrumentos internacionais de proteção da propriedade intelectual, cf. M. Basso; F. Polido; E. Rodrigues Jr., *Propriedade Intelectual: legislação e tratados internacionais*. São Paulo: Atlas, p. 35 e ss.
 35. Uma visão geral sobre o tema é explorada em B.W. Gray & E. Bouzalas (ed.) *Industrial Design Rights: an international perspective*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 11 ss.
 36. Decisão 16 do Conselho do Mercado Comum, de 10.07.1998. Cf. M. Basso; F. Polido; E. Rodrigues Jr. *Propriedade Intelectual: legislação e tratados internacionais*, *cit.* (nota 35 *supra*), p. 453 ss.
 37. Cf. Art.8(2), do Protocolo de Harmonização de Normas em Matéria de Desenho Industrial.
 38. Design Act 125 of 1959. Disponível em: [www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/DACT.pdf]; Cf. Arts. 1º e 21 sobre os objetivos da proteção dos designs e os prazos de proteção conferidos.
 39. Atualizado pelo *Industry, Technology and Regional Development Legislation Amendment Act of 1994*. Disponível em: [www.wipo.int/clea/docs_new/en/au/au020en.html].

pelo Registro de Desenhos (*Registrar of Designs*), a novidade e a distintividade do desenho.⁴⁰ Na Itália, o Código de Direito da Propriedade Intelectual de 2005 estabelece, em seus arts. 32 e 33, a novidade e o caráter individual como requisitos de acesso à proteção jurídica dos desenhos e modelos, revogando o antigo Decreto 1.411 de 25.08.1940, relativo às “patentes de modelos industriais”.⁴¹

Poucos países não contam hoje com legislação de proteção de desenhos ou que exclua especificamente a proteção destes em autopeças de reposição. As justificativas para tanto não são fundadas na racionalidade de prejuízos à concorrência nos mercados, mas, antes, na existência de políticas de regulação efetiva do setor automobilístico, o que inclui o controle de produção, comercialização e distribuição dos produtos e serviços associados aos automóveis e, igualmente (o que parece ser mais importante), a proteção do consumidor.

A ausência de proteção de *designs* de autopeças de reposição nos Estados Unidos, por exemplo, tem elevado o número de litígios privados envolvendo montadoras e fabricantes independentes e consumidores, justamente em torno de questões de segurança e qualidade dos produtos oferecidos e concorrência desleal.⁴² Estados federados foram aos poucos adotando leis restritivas de regulação de comercialização e uso de autopeças de reposição. Isso porque, de acordo com padrões mínimos aceitáveis de proteção das relações de consumo, a empresa (seja ela a montadora ou o fabricante independente) deve informar o cliente sobre a origem das partes empregadas no reparo de automóveis, o que significa a identidade com a marca de que são titulares.

Os titulares de direitos de marcas e de desenho industrial estão ainda assegurados pela proteção conferida pela propriedade intelectual contra os atos de concorrência desleal praticados por concorrentes nos mercados. Isso inclui

40. Cf. §17(1), da lei australiana de desenhos industriais de 1906: “(1) Subject to this Act, a design shall not be registered unless it is a new or original design and, in particular, shall not be registered in respect of an article if the design: (a) differs only in immaterial details or in features commonly used in the relevant trade from a design that, before the priority date in respect of the application for registration, was registered, published or used in Australia in respect of the same article; or (b) is an obvious adaptation of a design that, before the priority date in respect of the application for registration, was registered, published or used in Australia in respect of any other article”.

41. Decreto Legislativo 30 de 10.02.2005, em vigor em 19.03.2005 (“Codice dei Diritti di Proprietà Industriale”), publicado EM Gazzetta Ufficiale S.O. n. 52, de 04.03.2005. Disponível em: [http://oami.europa.eu/pdf/mark/nl_it_1_it.pdf].

42. Criticamente, ver J.B.Herndon. Intellectual property, antitrust, and the economics of aftermarkets, in *Antitrust Bulletin*, v. 47, n. 2-3, 2002, p. 309 ss., especialmente p. 311.

ainda medidas judiciais e efetivas contra atos de violação dos direitos sobre *designs*, tais como ações em matéria civil e penal e medidas cautelares.⁴³

A Lei alemã de Proteção dos Desenhos Industriais (*Geschmacksmuster Gesetz*) foi alterada em 2004 justamente para adaptar a competitividade nos mercados e a atividade inovadora dos fabricantes.⁴⁴ A reforma manteve a previsão sobre proteção das peças de reposição de automóveis como política legislativa doméstica, além de ter buscado consolidar a adaptação do direito alemão à Diretiva da União Europeia sobre proteção de *designs* (especialmente no que concerne aos rígidos requisitos de acesso à proteção por direitos de propriedade intelectual para os “desenhos de fábrica”).⁴⁵ A abordagem do legislador alemão enfatiza que a redução da proteção dos desenhos industriais levaria a restrições significativas para os segmentos da indústria automobilística dedicados às autopeças de reposição e uma exclusão indireta de deveres das empresas fabricantes relacionados à proteção do consumidor (*i.e.* obrigação da empresa de oferecer peças originais de reposição para os produtos fabricados).

Obviamente, a proteção jurídica dos *designs* em autopeças de reposição também se compatibiliza com os direitos do consumidor. Primeiramente, a diferença de preços ofertados pelas montadoras (quando comparativamente estabelecido com aqueles praticados pelas fabricantes independentes) não é resultado do exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual, mas reflete o preço concorrencial de bens de marca oferecidos nos mercados de autopeças de reposição.⁴⁶

43. Cf., por exemplo, art. 19 do Protocolo de Harmonização de Normas em Matéria de Desenhos Industriais do MERCOSUL.

44. Cf. *Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Geschmacksmusterrechts* (Geschmacksmusterreformgesetz), 15. Wahlperiode 28.05.2003 (Deutscher Bundestag, Drucksache 15/1075).

45. O relatório da Comissão parlamentar de reforma legislativa constatou que o equilíbrio do mercado de autopeças de reposição não exigiria uma modificação do padrão de proteção conferido pela lei dos desenhos industriais. À época da tramitação do projeto de 2004 reformando a *Geschmacksmuster Gesetz* alemã, a Associação Alemã das Montadoras reiterou ao governo alemão que os direitos de *designs* eram exercidos justamente para combater legitimamente os atos de contrafação e pirataria associados a práticas desleais pelas empresas concorrentes nos mercados relevantes de autopeças. Ainda sobre a atualidade do tema na União Europeia, vale a pena o texto de Paolo Carboni, “La tutela del brevetto o tutela del consumatore per i pezzi di ricambio?”, publicado na *Rivista Contratto e impresa/ Europa*, Cedam, 1998, p. 168-196. Assim como, na mesma Revista, sob outra perspectiva, Guisepppe Rossi, “Brevettabilità quali modelli ornamentali di parti di carrozzeria e discrezionalità del giudice”, p. 71-125.

46. Curiosamente, em dados divulgados pela Eurotax Survey of Prices 2005, há indicativos de que preços elevados são praticados por empresas nos mercados de Estados que não

Isso porque as montadoras, justamente por serem titulares de direitos de marca associados aos automóveis fabricados, têm o dever de oferecer peças de reposição “originais”, certificadas, e que se submetem a rígidos controles de qualidade ao longo do processo produtivo. Aqui, a proteção da propriedade intelectual concorre com a adequada e efetiva política de proteção do consumidor. Da perspectiva do bem-estar, a inexistência de proteção de direitos de propriedade intelectual sobre desenhos incorporados às autopeças de reposição não necessariamente supõe a prática de preços reduzidos nos mercados, nem beneficia diretamente os adquirentes que tenham optado pela aquisição de produtos que não incorporem direitos de propriedade intelectual, independentemente da função que os bens desempenham no processo econômico.

Vejamos melhor o que se afirma.

b) A proteção do consumidor e a garantia de efetividade dos direitos de propriedade intelectual sobre as autopeças de reposição

A proteção de direitos de marca e desenho industrial relativos às autopeças de reposição elaboradas e fabricadas pelas montadoras também está associada a uma preocupação de ordem consumerista. Como observado anteriormente, as autopeças originais devem transmitir ao cliente/consumidor a exata informação sobre sua procedência. Isso pressupõe, ainda, outras informações coligadas, como a existência de um processo de desenvolvimento e aprimoramento dos produtos e serviços ofertados pelas empresas.

O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro (CDB), especificamente em seu art. 21, estabelece a obrigação da empresa de empregar “componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante”, no ato do fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto por ela oferecido.⁴⁷

oferecem proteção jurídica para os designs de autopeças de reposição, em particular Hungria, Reino Unido e Holanda. A esse respeito, ver European Automobile Manufacturers Association, *Proposal to abolish design protection for visible and styled parts of motor vehicles: Damaging to the consumer and a blow to the automotive industry*, ACEA: Brussels, 2005. Disponível em: [http://acea.thisconnect.com/images/uploads/pub/ACEA_broch_2005_REV_optimised.pdf]. Isso rejeita a ideia de que, nesse segmento, a existência de direitos de propriedade intelectual corresponderia à manutenção de preços elevados para produtos e serviços de conserto e reposição de peças de automóveis.

47. Cf. CDC, Art.21, *in fine*: “No fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mante-

“Serviços de reparação”, na categoria estampada pelo Código de Defesa do Consumidor, são serviços de extrema importância para a manutenção ou recuperação (quando perdido) do adequado funcionamento de produtos ofertados pela empresa ao consumidor. Havendo necessidade de substituição de peças de reposição, a norma consumerista exige que a empresa utilize componentes “originais, novos ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante”. O consumidor pode, por seu turno, autorizar que seja empregada peça diferente, o que deve ser convalidado por sua manifestação expressa.⁴⁸

Essa regra especificamente se aplica aos serviços de reparação de veículos automotores, sobretudo pela preocupação consumerista de que as autopeças sirvam adequadamente ao propósito a que se destinam, *i.e.*, o adequado funcionamento dos veículos. De acordo com a referência literal estabelecida pelo art. 21 do CDC, os “componentes originais” seriam aquelas autopeças incorporadas ao veículo pelas montadoras e igualmente por elas ofertadas no mercado de reposição. A lei não faz distinções entre qualidade ou procedência dos componentes originais (que devem ser “novos” e “adequados”) e aqueles componentes de reposição que “mantenham as especificações técnicas do fabricante”.

Justamente é nesse ponto que o CDC enfatiza as possibilidades ou alternativas ao consumidor entre “componentes originais” e componentes que “mantenham as especificações técnicas do fabricante”. Obviamente, a lei busca ampliar as fontes de acesso ao consumidor para que serviços de reparação de produtos sejam justificados em maior eficiência e bem-estar.⁴⁹

Por isso mesmo, a existência combinada da *distintividade* da marca da montadora e a *esteticidade* inerente aos desenhos industriais incorporados às autopeças

nham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a estes últimos, autorização em contrário do consumidor”.

48. Para uma visão geral do problema, ver A.P. Grinover *et alli*. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005; L. A. Rizzato Nunes, *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 298 ss. Criticamente, cf. E.G.Saad *et alli*. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 395-397.
49. Evidentemente, a autorização do consumidor refere-se à não utilização de peças originais em serviços de reparação, em favor de produto não original que mantenha “as especificações técnicas do fabricante”. Essa interpretação, como bem observada por L. A. Rizzato Nunes, *Comentários ao código de defesa do consumidor*, *cit.*, (nota 49 *supra*), p. 301, coaduna-se adequadamente com o art. 70 do CDC, que estabelece tipo penal relativo à utilização de peças não originais sem a autorização do consumidor.

de reposição oferecem ao consumidor/cliente informações suficientes sobre o funcionamento, a utilização e a forma de aplicação, de acordo com as especificações estabelecidas pelas montadoras/titulares dos desenhos industriais. O exercício de direitos de propriedade intelectual por elas colimado previne, igualmente, a disseminação ou multiplicação, nos mercados, da falsa informação contida em objetos de contrafação e pirataria que sejam resultado da reprodução ilícita de marcas e de desenhos industriais protegidos e incorporados às autopeças de reposição. Trata-se de medida que corresponde com a política de proteção do consumidor, sobretudo no que tange à responsabilidade objetiva pelo fato do produto e informações de procedência/origem oferecidas pelas empresas.⁵⁰

6. CONCLUSÕES

a) Os direitos de propriedade intelectual conferem o “direito” limitado (20 anos patentes de invenção e 15 anos para desenhos industriais) de impedir outros apenas de tomar certas atitudes em um determinado mercado, e não conferem – de forma alguma – o direito/poder de excluir os concorrentes do mercado. O que equivale a dizer que os concorrentes estão livres para entrar e permanecer no mercado, desde que não usurpem direitos de propriedade intelectual;

b) Os direitos de propriedade intelectual não conferem aos seus titulares a capacidade e o poder de controlar preços em um mercado, mas tão somente conferem aos titulares o direito de coibir outros da prática de ato que implica cópia ou reprodução de marca, desenhos industriais ou patentes sem autorização do titular;

c) O requisito da unicidade conferido pelos direitos de propriedade intelectual para o exercício dos direitos exclusivos em dado mercado não tem nenhuma relação com a unicidade suficiente para conferir ao seu titular monopólio ou poder de mercado no sentido econômico;

d) Somente a análise econômica incompleta e baseada em premissas equivocadas poderia concluir que a propriedade intelectual possui efeitos anticoncorrenciais e, sendo assim, fere o direito antitruste;

e) A análise da exploração dos direitos de propriedade intelectual sob a perspectiva do direito antitruste não faz nenhum sentido e quando isso ocorre

50. Cf. especificamente arts. 12 e 13, I, do CDC, relativamente à responsabilidade objetiva pelos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos; e responsabilidade pela oferta de produto sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador.

há o risco de se banir ou limitar a exploração de certo bem ou produto que, na verdade, possui efeito pró-concorrencial.

f) O banimento ou limitação impõem consequências severas para a sociedade na qual a exploração do direito de propriedade intelectual economicamente favorável não é permitida ou é limitada;

g) A preferência do direito antitruste aos direitos de propriedade intelectual implica riscos significativos para os titulares, alocação ineficiente de recursos e perdas significativas em bem-estar social;

h) A redução da força dos direitos de propriedade intelectual mediante aplicação de normas antitrustes pela autoridade administrativa ou judicial leva à ingerência na esfera de competência do Poder Legislativo, à medida que somente este pode alterar a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96) para excluir quaisquer pretensões ou poderes decorrentes dos direitos de propriedade intelectual atribuídos aos titulares de marcas, patentes e desenhos industriais;

i) É fundamental que se permita que os direitos de propriedade intelectual existam independentemente da intervenção do direito antitruste. Autores e inventores de criações devem se sentir seguros e incentivados pelo ordenamento jurídico para explorar novos mercados sem sofrer a intervenção do direito concorrencial. O resultado disso são efeitos positivos para os mercados em que há atividades inovadoras;

j) A ideia de complementaridade e interface entre os objetos do direito antitruste e da propriedade intelectual pode levar a uma análise equivocada, sobretudo porque os direitos de propriedade intelectual são objeto específico de regulação por leis e tratados que contêm normas extremamente detalhadas e que, senão analisadas dentro de seu marco regulatório correto, criam uma série de “potenciais e falsos conflitos” com os objetivos de política concorrencial. Não existe esse “aparente conflito”. As normas concorrenciais e patentárias devem ser interpretadas, não de modo excludente, mas cada qual no seu campo de atuação, segundo suas finalidades, de modo a se ajustar e conviver pacificamente sem sofrer o escrutínio uma da outra;

k) A conduta das empresas montadoras não implica conduta anticompetitiva, não monopoliza artificialmente o mercado de autopeças de reposição, não configura exercício abusivo de direito de propriedade intelectual e, muito menos, elimina do mercado os concorrentes;

l) O exercício dos direitos de propriedade intelectual (desenhos industriais) por parte das empresas titulares dos desenhos industriais e das marcas é absolutamente lícito tanto sob a perspectiva do sistema da proteção da propriedade intelectual como da racionalidade do direito concorrencial;

m) O fato é que não se pode associar indiscriminadamente titularidade de direitos de propriedade intelectual e abuso de posição dominante;

n) Do ponto de vista concorrencial, o abuso de direitos patentários ocorre quando efetivamente combinado com condutas empresariais cujos efeitos restritivos se intensificam nos mercados relevantes analisados, como, por exemplo, fixação de preços em licenciamento cruzado de patentes, fixação de preços de bens protegidos por patentes, acordos restritivos entre concorrentes envolvendo fabricação e comercialização de bens objeto de proteção patentária;

o) O abuso de direitos de propriedade intelectual *per se* não constitui conduta anticoncorrencial passível de sanção pelo direito antitruste;

p) Os casos de abuso de direitos patentários devem estar combinados, portanto, com outras condutas, como as restrições verticais envolvendo empresas atuantes em diferentes mercados, primários e derivados, para que sejam submetidos ao controle repressivo de condutas anticoncorrenciais. A autoridade antitruste deve levar a cabo uma extensiva análise à luz da regra da razão;

q) Para que um caso relativo a direitos de propriedade intelectual possa ser considerado na esfera antitruste são imprescindíveis requisitos adicionais que vão além da existência de ações judiciais em curso nos tribunais com base em alegação de ilícitos de violação (tais como a prática de atos de contrafação e pirataria);

O direito de uma empresa de ajuizar ações fundadas em ilícitos de violação de direitos de propriedade intelectual integra o rol de pretensões materiais conferidas ao titular dos registros (concedidos pelo INPI) e, portanto, legítimo à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A concorrência e a Propriedade Intelectual: especial atenção ao sistema dos desenhos industriais à luz do SBDC e INPI, de Pietro Ariboni, Lígia Ferreira Marcondes Rocha e Fernanda Dalla Valle Martino – *RIBRAC* 21/2012 (DTR\2012\450332); e
- Contrafação de marcas e desenhos industriais: proposta de novo tratamento jurídico, de Gilson Sidney Amancio de Souza – *Ciências Penais* 2/97-113 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 6/445-451 (DTR\2005\14).

Veja também Jurisprudência

- *RT* 919/921 (JRP\2012\15669).

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



O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A PROVA NO PROCESSO DO CADE

THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE AND THE PROOF IN CADE'S PROCEEDINGS

MAURO GRINBERG

Ex-Conselheiro do Cade, Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco. Advogado.
mg@gcalaw.com.br

LEONOR CORDOVI

Doutora pela Universidade de São Paulo e *Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne*. Advogada.
lac@gcalaw.com.br

BEATRIZ CRAVO

Mestre pela *Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne*. Advogada.
bmc@gcalaw.com.br

ÁREA DO DIREITO: Processual, Administrativo

RESUMO: O novo Código de Processo Civil trouxe inovações com o objetivo de conferir maior segurança e celeridade ao processo judicial, além de atualizar as regras processuais então em vigor. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) aplica o Código de Processo Civil subsidiariamente a seus processos administrativos. Este texto traz uma visão panorâmica dos dispositivos relativos à prova, verificando quais novos dispositivos podem ter relevância nos processos que se desenvolvem no Cade e explora algumas possibilidades em que tais disposições podem ter influência decisiva na condução daqueles processos.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Processo Civil – Prova – Processo administrativo – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Antitruste.

ABSTRACT: The new Code of Civil Procedure brought innovations with the aim of giving greater security and speed to the judicial process, in addition to updating the procedural rules then in force. The Administrative Council for Economic Defense (Cade) applies the Code of Civil Procedure subsidiarily to its administrative proceedings. This text gives an overview of the provisions related to the proof, verifying which new provisions are relevant for the proceeding conducted by Cade and explores some possibilities in which such provisions can have decisive influence in these proceedings.

KEYWORDS: Code of Civil Procedure – Proof – Administrative proceeding – Administrative Council for Economic Defense – Antitrust.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ônus da prova. 2.1 Prova negativa. 2.2 Inversão do ônus da prova. 3. Sistema de provas em processos de natureza punitiva. 4. Os meios de prova previstos na legislação processual. 4.1 Prova documental. 4.2 Depoimento pessoal. 4.3 Depoimentos realizados por videoconferência. 4.4 Prova testemunhal. 4.5 Confissão. 4.6 Prova pericial. 4.7 Inspeção. 4.8 Regras da experiência. 4.9 Meios não específicos. 5. Prova emprestada. 6. Produção antecipada. 7. Valoração da prova. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO¹

“Encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado um com o outro. Cada um me contou a narrativa de por que se haviam zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Ambos tinham toda a razão. Não era que um via uma coisa e outro outra ou que um via um lado das coisas e outro um lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um as via com um critério idêntico ao do outro, mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso desta dupla existência da verdade”.²

Apesar da realidade trazida pelo trecho de Fernando Pessoa acima citado, no Direito, a perplexidade diante da existência de verdades opostas não é permitida ao julgador. Este tem a obrigação de decidir com base em uma verdade que ele deve apurar por meio da prova. Esta, por sua vez, obedece a critérios estabelecidos por lei. Nesse sentido, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) estabelece, em seu Capítulo XII, as regras e parâmetros a serem adotados tanto pelas partes de um processo, quanto pelo julgador, no que diz respeito a provas.

Com a entrada em vigor do NCPC e com a aplicação subsidiária de suas disposições ao processo administrativo que corre perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – artigo 115 da Lei 12.529/2011 (LDC), ao lado da Lei 9.784/1999, ou Lei do Processo Administrativo (LPA) – é importante explorar algumas possibilidades em que tais disposições podem ter influência decisiva na condução dos processos em trâmite. Neste brevíssimo artigo, o que se pretende é dar uma visão panorâmica dos dispositivos relativos à prova, verificando (ainda que de maneira elementar e sucinta) quais novos dispositivos podem ter relevância no processo antitruste.

1. O capítulo sobre “Prova emprestada” teve a colaboração de Júlia Krein.
2. PESSOA, Fernando. *Ficção e Teatro*. Introdução, organização e notas de António Quadros. Europa-América: Mem Martins, 1986, p. 47.

2 ÔNUS DA PROVA

De início, o artigo 373 do NCPC nada mais faz do que repetir o código anterior, ao ficar claro que a prova incumbe (i) ao autor, quanto aos fatos constitutivos do seu direito e (ii) ao réu, quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Nada mudou quanto à regra geral de que “quem alega, deve provar”. Com relação à investigação de condutas anticoncorrenciais, cabe então à autoridade comprovar toda e qualquer alegação contra o representado. Afinal, basicamente, em se tratando de processo administrativo, o “*onus probandi* do ilícito recai sobre a Administração”.³ No entanto, no âmbito do Cade, isso nem sempre é o que se verifica na prática.

2.1 Prova negativa

Nos casos de investigações de condutas anticoncorrenciais e, especialmente, nos processos de acusação de cartel, compete à autoridade provar que houve o cartel e que as partes acusadas dele participaram. Porém, em muitas investigações, recai sobre o representado o ônus de provar que não houve cartel e/ou que dele não participou.

Trata-se da chamada prova negativa ou prova impossível.⁴ Isso porque exigir prova de fato negativo ultrapassa a capacidade probatória do representado, uma vez que não há como provar, diretamente, a sua não participação em um suposto cartel e/ou seu desconhecimento das alegadas práticas colusivas.

Essa prova é também conhecida como “prova diabólica” e não deve ser, portanto, exigida, cabendo à autoridade comprovar o fato positivo, a realização ou existência do fato. É nesse sentido que o acórdão a seguir, do Egrégio STJ:

“Agravamento Regimental. Recurso Especial. Agravamento de Instrumento. Peça obrigatória. Certidão de intimação da decisão agravada. Formalismo excessivo. Prova diabólica. Meio diverso de verificação da tempestividade. Notificação extrajudicial. Possibilidade. (...) 2 – Exigir dos agravados a prova de fato negativo (a inexistência de intimação da decisão recorrida) equivale a prescrever a produção de prova diabólica, de difícil produção. Diante da afirmação de que os agravados somente

3. Sérgio FERRAZ e Adilson Abreu DALLARI. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 205.

4. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. t. I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 247.

foram intimados acerca da decisão originalmente recorrida com o recebimento da notificação extrajudicial, caberia aos agravantes a demonstração do contrário.”⁵

Assim, é fundamental que a autoridade, ao apresentar acusações contra um representado, seja capaz de comprovar inequivocamente a ocorrência de infração anticompetitiva e a sua participação na referida infração.

2.2 *Inversão do ônus da prova*

A inversão do ônus da prova está disposta no parágrafo 1º do mesmo artigo 373 para (i) os casos previstos em lei (e o mais conhecido deles está no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor) e (ii) as hipóteses de impossibilidade ou excessiva dificuldade na produção por quem o seu ônus original, dentro das peculiaridades do caso. No direito concorrencial, esse tipo de inversão pode ocorrer quando se trata de dados que o Cade necessita, mas que só uma das partes tem ou pode obter com relativa facilidade (por exemplo, dados de participações de mercado).

A inversão do ônus da prova encontra uma explicação adicional no dever de colaboração, instituído pelo NCPC no seu artigo 6º. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart esclarecem que “a inversão do ônus da prova é imperativa de bom senso quando ao autor é impossível ou muito difícil provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência”.⁶

É claro que esse dever de colaborar deve ser sopesado com o direito de não fazer prova contra si mesmo, previsto (i) indiretamente no inciso LXIII da Constituição Federal e (ii) diretamente no artigo 8º, § 5º, “g”, do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) e no artigo 379, *caput*, do NCPC. Aqui está um enigma dos mais difíceis para o qual a criação de regras detalhadas é impossível, restando o exame casuístico. De qualquer sorte, existe já uma saudável construção doutrinária nesse tema. Ronaldo Souza Borges diz que “cada parte se obriga à apresentação e à demonstração de sua verdade”.⁷ Isso pode implicar a necessidade de o julgador ter que escolher entre duas ou mais verdades.

5. Recurso Especial 1.187.970 – SC, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, publicado em 16.08.2010.

6. MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 230.

7. BORGES, Ronaldo Souza. *A Prova pela Presunção na Formação do Convencimento Judicial*. Belo Horizonte: D´ Plácido, 2016, p. 121.

É importante lembrar que, mesmo antes da edição do NCPC, o Cade já praticava a inversão do ônus da prova ao demandar das partes e de terceiros o fornecimento de determinados documentos e/ou informações, com base, (i) no caso do Plenário do Tribunal do Cade, no artigo 9º inciso XVIII da LDC e, (ii) no caso da Superintendência-Geral do Cade, no artigo 13, inciso VI, alínea “a”, da LDC. É bem verdade que os dois dispositivos falam em requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, não havendo conhecimento da existência de quem tenha apresentado impugnação ao entendimento de que a expressão “quaisquer pessoas” não deve incluir os representados (acusados) na investigação em questão.

3. SISTEMA DE PROVAS EM PROCESSOS DE NATUREZA PUNITIVA

A prova é sempre crucial, ainda mais quando se trata de um direito punitivo, como é o caso do direito concorrencial; então, a pergunta que sempre ocorre é: como provar? Guilherme Favaro Corvo Ribas esclarece, para início: “A Lei 12.259/2011 não prevê um sistema de provas, muito menos um exclusivo a processos administrativos de investigação de cartéis; apenas possui regras esparsas e faz remissão expressa ao Código de Processo Civil – CPC (Lei 5.869/1973, revogada pela Lei 13.105/2015) e à Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/1999)”.⁸

O mesmo autor ainda fala em “maior proximidade entre os processos de natureza punitiva (penal e administrativo sancionador)”.⁹ Por sua vez, Helena Regina Lobo da Costa mostra que “sanções penais e administrativas desempenham as mesmas funções, já que se voltam à repressão de atos ilícitos (vertente retributiva) e à sua prevenção (vertente preventiva)”.¹⁰ Pelo exposto, resta claro que, em direito administrativo sancionador, as garantias dos acusados e o padrão probatório devem ser equivalentes aos do direito penal.

O denominado direito administrativo sancionador é também chamado de direito penal econômico. De qualquer sorte, o objetivo deste texto é o exame da adequação do NCPC ao processo que corre perante o Cade.

8. RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo Administrativo de Investigação de Cartel*. São Paulo: Singular, 2016, p. 89.

9. RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Obra citada, p. 91.

10. COSTA, Helena Regina Lobo da. A Proximidade Entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal. *Direito Administrativo Sancionador*. Coordenação de Luis Maurício Souza Blazek e Laerte I. Marzagão Júnior. São Paulo: Quartier Latin, p. 111.

4. OS MEIOS DE PROVA PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL

O NCPC estabelece, em seu artigo 369, que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados” pela legislação processual. Isso significa que, com o intuito de provas a verdade dos fatos, as partes de um processo têm o direito de usar qualquer meio de prova que esteja ao seu alcance, desde que moralmente legítimo. Ainda assim, o NCPC trata de algumas modalidades de prova, já largamente utilizadas na prática processual, as quais serão analisadas a seguir.

4.1 Prova documental

O NCPC não trouxe novidades com relação à prova documental. No caso de documento público, o artigo 405 estabelece que ele “faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença. No caso de documento particular, o artigo 412 estabelece que ‘o documento particular de cuja autenticidade não se duvida prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída’”. Assim como nos processos judiciais (artigo 435), para os processos administrativos em trâmite perante o Cade, o Regimento Interno (Ricate) determina que a juntada de prova documental poderá ser realizada até o encerramento da instrução.

Mas, no sistema do Cade, destaca-se a questão da confidencialidade. O Ricate, em seu artigo 52, garante tratamento sigiloso a documentos do processo em cumprimento ao interesse social. No entanto, em respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, afirma que será garantido acesso aos representados a todos os documentos utilizados para a formação da convicção do Cade. Na prática, o que se verifica é que documentos com informações confidenciais costumam ser tarjados antes de serem disponibilizados ao público em geral. Isso para evitar que informações sensíveis das partes sejam divulgadas sem necessidade, mas ao mesmo tempo não cercear o direito de defesa dos representados.

Especial atenção deve ser dada a documentos apreendidos em ações de busca e apreensão. Isso porque, “na maior parte dos casos, até a identificação dos arquivos a serem ofertados ao contraditório, o Cade confere tratamento sigiloso ao material, ofertando-se acesso apenas ao acusado proprietário das mídias. A inquietação para a defesa dos demais acusados é não ter acesso àquele material, do qual poderiam ser extraídos elementos para provar sua inocência. (...) se o próprio acusador realizar a análise do material apreendido, sem a efetiva participação dos acusados e de ‘perito’, pode-se estar diante de hipótese de restrição ao direito de ampla defesa”.¹¹

11. RIBAS, Guilherme Corvo Favaro. Obra citada, p. 103.

4.2 Depoimento pessoal

Tanto no código antigo (artigo 343), quanto no NCPC (artigo 385, § 1º), a consequência da recusa em depor é a presunção de confissão quanto aos fatos. Já com relação à permissão para não depor, às duas condições que se repetem nos dois códigos – (i) imputação da prática de atos criminosos ou torpes e (ii) sigilo profissional – o artigo 388 do NCPC acrescenta (i) a possibilidade de desonra própria ou de cônjuge, companheiro ou parente em grau sucessível e (ii) perigo de vida do depoente ou das pessoas referidas no item anterior.

Em tais condições, a parte encontra a possibilidade de recusa de depor. Esclareça-se que a recusa de depor é distinta da recusa de responder a perguntas formuladas pela autoridade, esta decorrente do direito de não produzir prova contra si mesmo. Este último tem alicerce no artigo 379, *caput*, do NCPC e “representa barreira à atividade investigatória e probatória ilimitada por parte do Estado”.¹² Na realidade, o silêncio do interrogado no depoimento pessoal não leva à confissão ficta, face à natureza “marcadamente pública do processo administrativo concorrential”.¹³

4.3 Depoimentos realizados por videoconferência

O NCPC estabelece a possibilidade de que o depoimento pessoal seja colhido por videoconferência (artigo 385, § 3º). Nos processos do Cade, como muitas vezes as investigações de cartel envolvem pessoas estrangeiras, é comum o depoente se encontrar em outro país. Nesses casos, o Cade também admite que o depoimento seja realizado por meio de videoconferência. No entanto, ainda que se admita certa informalidade no processo administrativo, é preciso que algumas formalidades sejam observadas, a fim de garantir a legitimidade do procedimento.

Nesse sentido, nos casos de depoimentos tomados em outro país, é importante que isso seja feito na embaixada brasileira ou, ao menos, que esteja presente um representante do Cade. Ainda, caso o depoente não fale português, o depoimento deve ser traduzido simultaneamente, já que é dever do depoente usar o vernáculo. Também deve ser permitido o acesso ao local a qualquer representado ou seu representante, caso assim ele prefira. Tais medidas visam conferir legitimidade ao procedimento, ao mesmo tempo em que, ao permitir maior flexibilidade à produção de provas, reduzem custos desnecessários dos representados.

12. QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo*. São Paulo: Saraiva, p. 285.

13. MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015.

4.4 Prova testemunhal

Neste item, cumpre repetir a possibilidade de uso de videoconferência (artigo 453, § 1º) e uma curiosa mudança de paradigma, que permite ao advogado interrogar diretamente a testemunha, sem que as perguntas sejam necessariamente intermediadas pelo juiz ou, no caso do processo no Cade, pela autoridade (artigo 459), embora este último artigo do NCPC não deixe os advogados inteiramente livres, mantendo o juiz forte fiscalização do depoimento.

No caso do Cade, um ponto de extrema importância é a admissibilidade de apenas três testemunhas pelo acusado (artigo 70 da LDC), quando não há a mesma limitação para a autoridade, em clara violação aos princípios da isonomia – artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal (CF) – e da proporcionalidade – artigo 2º da LPA – enquanto o parágrafo 6º do artigo 357 do NCPC estabelece que o número máximo de testemunhas é dez, sendo no máximo três para a prova de cada fato.

Guilherme Corvo Favaro Ribas sustenta que, “admitidas no processo administrativo de investigação de cartéis quaisquer meios de prova lícitos, não se sustentaria eventual rejeição de apresentação de testemunhas em número superior a três, desde que relevantes para a apuração do fato”.¹⁴ Thiago Marrara fala da estranheza causada pela “interpretação literal da LDC ao gerar uma discriminação processual entre o Poder Público e o administrado”.¹⁵

Com efeito, imagine-se uma acusação de cartel que teria sido praticado durante vários contatos entre as partes acusadas. Elas devem ter a oportunidade de poder demonstrar que esses contatos teriam sido lícitos; se cada um desses contatos ocorreu por meio de pessoas diferentes. Assim, todas elas, mesmo que seu número seja superior a três, devem ser autorizadas a depor, sob pena de tornar impossível a prova, verificando-se, conseqüentemente, a violação do princípio da ampla defesa. É importante que acusação e defesa participem do processo em condição de “paridade de armas” (expressão que se tornou usual para descrever o princípio da igualdade, do qual deriva o da ampla defesa). O Poder Público não pode aplicar a lei com prejuízo da própria aplicação de preceitos constitucionais, entre eles o da ampla defesa.

4.5 Confissão

O NCPC não traz novidade, mas, no próprio sistema da LDC, existem situações em que a confissão é decorrência natural de determinados atos ocorridos no

14. RIBAS, Guilherme Corvo Favaro. Obra citada, p. 124.

15. MARRARA, Thiago. Obra citada, p. 112.

processo, como o Acordo de Leniência e o Termo de Compromisso de Cessação (TCC), este último somente para os casos de investigação de cartel. Mas a confissão deve ser voluntária (sendo este o caso do Acordo de Leniência e do TCC) e não decorrente da revelia, que apenas trata do reconhecimento da veracidade de determinados fatos e não de ações.

Com efeito, a revelia acarreta a presunção de que as alegações de fato da outra parte são verdadeiras. Presunção de verdade não é confissão, até porque esta presunção é relativa, que pode ser elidida por outras provas.¹⁶

4.6 Prova pericial

Embora o Cade tenha costumeiramente negado a produção de prova pericial, possivelmente face à sua dificuldade da forma como prevista no antigo CPC (o que obviamente não constitui justificativa), vale lembrar que continua a ser uma das possibilidades probatórias, agora com algumas modificações tendentes a sua possível simplificação. Com efeito, a prova pericial consistia na nomeação de perito oficial pelo Juiz e subsequente abertura de prazo para que as partes apresentassem assistentes técnicos do perito (na prática, outros peritos) e quesitos para a perícia.

Com o NCPC, uma das possibilidades de simplificação é a escolha conjunta do perito, prevista no artigo 471. No caso do Cade, é necessário que se estabeleça com clareza quais são as partes no processo administrativo: de um lado está o acusado e de outro o Poder Público. Este Poder Público, entretanto, é volúvel, pois, neste caso, ele tem poderes distintos e eventualmente antagônicos aos da parte, pois é ele quem acusa, processa e decide.

A princípio, nada obsta que o Poder Público combine com o particular a escolha do perito. Sobre o tema, diz Paulo Cordeiro de Mello: “Apesar da escolha do perito de forma consensual pelas partes, elas continuam a ser assistidas por assistente técnico no desenvolvimento dos trabalhos”, sendo que a única diferença em relação ao sistema anterior é a “possibilidade de as partes escolherem o perito em vez de a nomeação ficar a cargo do magistrado”.¹⁷

Mas a maior possibilidade de simplificação reside na possibilidade de se proceder à prova técnica simplificada para situações de menor comple-

16. NERY JR., Nelson; e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 958.

17. MELLO, Paulo Cordeiro de. *A Perícia no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Trevisan, 2016, p. 116.

xidade (por exemplo, definir se determinada peça para veículo automotor pode ser usada por veículo distinto, aumentando assim o mercado relevante). Essa forma de perícia, prevista no § 2º do artigo 464, pode consistir em inquirição em audiência, o que a aproxima da *expert opinion* do direito norte-americano.

É certo que o juiz pode, de acordo com o artigo 472 do NCPC (que praticamente repete o artigo 427 do código antigo), “dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes”. Sobre este ponto, diz Paulo Cordeiro de Mello: “A prática processual, contudo, revela que são raros os casos em que o juiz dispensa a avaliação do profissional de sua confiança, inclusive porque é comum a parte contrária impugnar o parecer juntado aos autos pela adversa, ou mesmo apresentar trabalho técnico divergente, o que acaba por recomendar que o juiz consulte um perito para dirimir a controvérsia”.¹⁸

O cuidado ainda se torna mais importante no processo administrativo que corre perante o Cade, em que a autoridade é, por um lado, a parte que promove a ação (autora para o NCPC) e, por outro lado, a que ordena e dirige o processo antes do julgamento, no que pode ser chamado de Juizado de Instrução. Essa dupla função não permite que a autoridade se declare satisfeita com a prova constante dos autos, já que foi ela mesma que a produziu na qualidade de autora. Se a autoridade, em algum momento, separar a sua função promotora de sua função julgadora, com distintas divisões atuando sem interferências recíprocas, teremos maior equidistância; mas isso não é o que ocorre hoje, nem há previsão legal para tanto (embora a previsão legal não seja necessária para tal separação).

4.7 Inspeção

A inspeção aqui tratada é a prevista pelo artigo 481 do NCPC, pela qual o julgador “pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa”. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart imaginam “hipótese em que se afirme que uma construção deve ser interdita por estar em estado precário”.¹⁹ Hipótese de aplicação no direito concorrencial é a constatação de que determinada linha

18. MELLO, Paulo Cordeiro de. Obra citada, p. 118.

19. MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. Obra citada, p. 885.

de produção industrial pode ser facilmente convertida para manufatura de outros objetos, alargando assim o mercado relevante, o que justifica a presença do julgador no local onde está instalada a máquina.

Na Averiguação Preliminar 08700.004336/2007-41, julgada pelo Cade em 2014, a empresa Thyssenkrupp Elevadores S.A. era investigada por, supostamente, impor, a seus concorrentes, dificuldades de acesso a softwares de programação de elevadores. Foi realizada inspeção técnica nas dependências da empresa para que os técnicos do Cade entendessem o funcionamento dos elevadores e a finalidade do software adotado pela empresa. Ao verificar, na prática, como funcionava o sistema, a autoridade concorrencial concluiu que se tratava de medida de segurança legítima e decidiu pelo arquivamento da investigação.

Assim, verifica-se que, em algumas situações, a prova realizada por inspeção é de extrema importância para o esclarecimento dos fatos e para a busca da verdade real.

4.8 Regras da experiência

O código antigo permitia o uso das regras da experiência “em falta de normas jurídicas particulares”. O artigo 375 do NCPC não inclui a restrição, podendo-se inferir daí que, como tais regras da experiência constituem uma espécie de presunção, esta poderia passar a ser um meio de prova.

Mas é preciso tomar enorme cuidado com as regras da experiência, pois estas só podem ser aplicadas nas hipóteses em que ela é praticamente universal. Com efeito, as regras da experiência aqui aplicáveis devem ser as mesmas para o julgador e para os acusados, para o que se convencionou chamar de cidadão médio ou homem comum. Não vale a experiência acumulada, com base em padrões de vida específicos, por quem aplica o direito. Não é a cultura do julgador que deve prevalecer, mas sim a cultura da sociedade.

Como meio de prova, deve ser vista subsidiariamente. Hipótese aventada pelo Cade segundo a qual, conforme regra da experiência, uma reunião entre concorrentes só pode ter por finalidade o conluio ou a combinação (em síntese: o cartel) não pode prosperar, pois ficam prejudicadas todas as formas lícitas de contato.

4.9 Meios não específicos

Por fim, vale mencionar que, tanto o código anterior (artigo 332) quando o NCPC (artigo 369) contêm a previsão do uso de meios de prova não previstos

especificamente. Casos de fácil lembrança são as gravações telefônicas (diferentemente das interceptações), mensagens em secretárias eletrônicas e tudo o que corre pelos meios virtuais, principalmente as trocas de mensagens pelas redes sociais.

Com a evolução da tecnologia, tal dispositivo tem significativa importância, ao permitir que meios de prova ainda não vislumbrados pela legislação possam ser adotados pelas partes. Obviamente, desde que moralmente legítimos.

5. PROVA EMPRESTADA

Prova emprestada é a que é produzida em um processo e aproveitada em outro, seja pela impossibilidade de sua nova produção, seja pela aplicação do princípio da economia processual. O Cade tem usado a prova emprestada, não obstante as dúvidas quanto ao seu uso de maneira indiscriminada. O NCPC passou a permitir expressamente o uso da prova emprestada, desde que “observado o contraditório”, de acordo com o seu artigo 372. A óbvia dificuldade é definir o que é a observação do contraditório. O Cade tem entendido que, dando-se vista à parte do conteúdo dessa prova emprestada, o contraditório está cumprido. Mas o entendimento contrário é o de que o contraditório (sobretudo nas provas testemunhal e pericial) só é observado no processo no qual a prova é produzida.

Veja-se que o artigo 10 do NCPC dispõe que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar (...)”. Não se vê solução direta nesse texto. Então vale a pergunta: como a parte acusada pode se manifestar sobre a prova testemunhal sem ter participado de sua produção e conseqüentemente não ter conseguido apresentar contradita e fazer perguntas às testemunhas? A resposta só pode ser negativa.

Dividimos as provas, de acordo com o momento de sua produção, em estáticas e dinâmicas. As provas estáticas são produzidas fora da relação processual; as principais são os documentos e as gravações telefônicas, que conservam a sua validade em qualquer processo, independentemente do local e do momento de sua produção. Essas podem ser emprestadas sem qualquer dano, abrindo-se vista para os acusados no processo de destino, até porque as partes não têm a possibilidade de influir na sua produção.

As provas dinâmicas, ao contrário, são produzidas no âmbito da relação processual e as partes podem nelas influir. Exemplos maiores são os depoimentos pessoais, as provas testemunhais e as perícias. Aqui, o contraditório só pode ser exercido no processo de origem, onde a prova é formada e onde os

acusados podem alterá-la mediante perguntas aos depoentes, eventual contradita impugnando a testemunha e quesitos aos peritos. Não há como fazê-lo no processo de destino.

Com efeito, em se tratando, por exemplo, de prova testemunhal, a parte tem o direito de contraditar a testemunha e a esta formular perguntas. Assim, se usada em processo do qual a parte não participou, fica violado o direito de contradita e formulação de perguntas. E nem se pode alegar que a prova passa a ser documental, pois também não se pode mudar o caráter da prova.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem-se mostrado oscilante. De um lado, foi decidido que (i) “a prova emprestada, assim como as demais, é admitida no ordenamento jurídico pátrio, desde que tenha sido produzida em processo em que figurem as mesmas partes, com observância do devido processo legal e do contraditório” e sendo que (ii) “a garantia do contraditório não compreende a simples intimação da defesa técnica para tomar ciência da prova já produzida, mas, sim, a sua efetiva participação em todos os atos judiciais, com o direito de fiscalizar e influenciar a produção da prova”.²⁰

Divergindo da decisão acima, o mesmo STJ, ainda que ressaltando a necessidade de cumprimento do contraditório, decidiu que “a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade”.²¹

O Supremo Tribunal Federal (STF) resolveu a divergência, focalizando uma situação específica cuja solução pode ser generalizada, decidindo que “dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar contra a mesma ou as mesmas pessoas com relação às quais foram colhidos”.²²

Com o ingresso da prova emprestada no âmbito normativo (artigo 372 do NCPC), é importante analisar o princípio do contraditório, que constitui condição essencial para o uso da prova emprestada. Diz Odete Medauar que “o contraditório propicia ao sujeito a ciência de dados, fatos, documentos, a cujo teor ou interpretação pode reagir, apresentando, por seu lado, outros dados, fa-

20. AgRg no RESP 1.171.296, Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze.

21. Embargos de Divergência no REsp 617.428, Relatora a Ministra Nancy Andrighi.

22. AgRg em MS, Relatora a Ministra Carmen Lúcia.

tos, argumentos, documentos”.²³ O oferecimento de dados, fatos e argumentos pela parte acusada inclui poder fazer perguntas às testemunhas, e bem assim de apresentar quesitos para peritos, o que de forma alguma é substituído pela verificação posterior das transcrições dessas provas. Assim, a prova emprestada não pode incluir a prova testemunhal e a prova pericial, sob pena de violação flagrante do princípio do contraditório.

Da mesma forma entende José dos Santos Carvalho Filho que, ao tratar do contraditório, diz que ele inclui “o direito à reinquirição de testemunhas (quando prestam depoimento sem a presença do interessado”.²⁴ Assim, resta claro que, se há o direito à reinquirição de testemunhas, isso significa que, no caso de prova testemunhal, a “prova emprestada” não é prova, mas apenas uma indicação do que pode ser uma possível prova, que necessita de nova produção para poder valer no novo processo (para o qual se pretende o seu transplante).

6. PRODUÇÃO ANTECIPADA

O código antigo tratava a produção antecipada de prova no capítulo das medidas cautelares (artigo 846), sendo que o NCPC a inclui entre as provas (artigo 381). Além disso, havia a limitação às hipóteses de interrogatório da parte, inquirição de testemunha e perícia; essa limitação deixou de existir no NCPC. Vale trazer as hipóteses previstas nos incisos do mencionado artigo, criando exemplos, em tese, de situações de possível aplicação pelo Cade.

Começemos pelo primeiro: “haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”. Aqui, temos o caso típico da possível testemunha que se encontra muito doente. Segundo: “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”. Aqui, podemos vislumbrar a possibilidade da parte, conhecendo determinados fatos só alcançáveis via prova pericial, poder ser encorajada a celebrar acordo com a autoridade. Terceiro: “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”. Aqui, existe a possibilidade de ser evitada uma representação.

23. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 183.

24. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55.

7. VALORAÇÃO DA PROVA

Para Ronaldo Souza Borges, “a valoração comporta uma decisão sobre a credibilidade da prova”.²⁵ É de suma importância que a valoração seja exaustiva, razão pela qual “impõe-se ao juiz a análise e a valoração de todas as provas acostadas aos autos (...). Exige-se do juiz que examine cada prova da forma mais completa possível”.²⁶

O NCPC ainda determina, em seu artigo 489, § 1º, inciso IV, que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial (...) que (...) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo legislador”. Isso significa que, na decisão e na valoração da prova, não se pode deixar argumentos e provas de lado. Além disso, da valoração da prova sobressai a ideia clara de que “o meio de prova não é de quem o tenha postulado, mas sim do processo”.²⁷

Assim, não poderia a autoridade concorrencial abandonar, na decisão, as provas produzidas durante a fase de instrução, mesmo que se trate de prova produzida por iniciativa da própria autoridade. Isso porque, como demonstrado acima, a prova não lhe pertence. Ademais, a decisão do Cade pode ser equiparada à sentença e, desse modo, deve ser devidamente fundamentada pela autoridade. No entanto, na prática, o que se vê é que muitas das decisões proferidas pelo Cade não analisam todas as provas produzidas no processo, mas apenas trazem a conclusão geral da autoridade, apontando e mencionando provas somente para fundamentar tal conclusão.

8. CONCLUSÃO

Começamos com Fernando Pessoa e nada melhor do que terminar com ele: “Não me venham com conclusões! A única conclusão é morrer”. O que vai escrito acima é, por um lado, uma apreciação que tem por objetivo ajudar o intérprete a bem aplicar as regras de produção de prova e, por outro lado, a tentativa de abertura de um diálogo com a autoridade encarregada de aplicar tais regras.

Sabe-se que o NCPC foi desenvolvido com a missão não só de atualizar as regras processuais então vigentes, mas também de conferir maior cele-

25. BORGES, Ronaldo Souza. Obra citada, p. 136.

26. BORGES, Ronaldo Souza. Obra citada, p. 137.

27. BORGES, Ronaldo Souza. Obra citada, p. 138.

ridade e flexibilidade ao processo judicial. Assim, é importante que a autoridade concorrential, ao aplicar as regras contidas no NCPC, bem como ao criar suas próprias normas internas, tais como Resoluções e o Ricade, não se distancie da finalidade buscada pelo legislador. Isso conferirá mais segurança ao administrado e dará mais credibilidade à atuação do Cade, além de evitar que suas decisões sejam contestadas pelas partes perante o Poder Judiciário.

9. BIBLIOGRAFIA

- BORGES, Ronaldo Souza. *A Prova pela Presunção na Formação do Convencimento Judicial*. Belo Horizonte: D' Plácido, 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. t. I. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*. São Paulo: Atlas, 2013.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. A Proximidade Entre Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal. *Direito Administrativo Sancionador*. Coordenação de Luis Maurício Souza Blazeck e Laerte I. Marzagão Júnior. São Paulo: Quartier Latin.
- FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2015.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- MELLO, Paulo Cordeiro de. *A Perícia no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Trevisan, 2016.
- NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo*. São Paulo: Saraiva.
- RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. *Processo Administrativo de Investigação de Cartel*. São Paulo: Singular, 2016.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Diligência e inspeção no processo administrativo: observações sobre o devido processo legal, de Ada Pellegrini Grinover – *RDPriv* 43/353-386 e *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 1/1031-1062 (DTR\2010\227);
- Novo Código de Processo Civil e a inversão, ou distribuição dinâmica do ônus da prova, de Luciano Picoli Gagno – *RePro* 249/117-139 (DTR\2015\16570);
- A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil e os processos coletivos, de Eduardo de Campos Ferreira – *RT* 971/261-279 (DTR\2016\23068); e
- Primeiras impressões sobre o sistema de distribuição do ônus da prova no CPC/2015, de Humberto Dalla Bernardina de Pinho – *RT* 962/153-170 (DTR\2015\17076).

Veja também Jurisprudência

RT 945/329 (JRP\2014\1668).

ALIENAÇÃO DA COISA OU DO DIREITO LITIGIOSO NO NOVO CPC

ALIENATION OF LITIGIOUS PROPERTY OR RIGHT IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

SILAS SILVA SANTOS

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo.

Juiz de Direito no Estado de São Paulo.

Docente Formador da Escola Paulista da Magistratura.

silassantos@tjsp.jus.br

ÁREA DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMO: O artigo trata da alienação da coisa ou do direito litigioso, por ato entre vivos, a título particular, e de suas repercussões processuais, com ênfase nas modificações subjetivas que podem ser verificadas a partir daquela mutação no plano do direito material. Faz-se abordagem crítica do sistema adotado pelo novo Código de Processo Civil, que em nada avançou para concretização do devido processo legal no ponto considerado no texto.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação – Coisa ou direito litigioso – Sucessão de partes – Novo Código de Processo Civil brasileiro – Devido processo legal.

ABSTRACT: This study aims at analyzing the alienation of litigious property or right, by agreement between living persons, as private certificate, and its procedural consequences, emphasizing the modification of parties which can occur as a result of this change in substantive rights. The author adopted a critical approach to investigate the system chosen in the new Civil Procedure Code, since there was no progress to ensure the due process law in this sense.

KEYWORDS: Alienation – Litigious property or right – Modification of parties – New Brazilian Civil Procedure Code – Due process law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Alienação do direito litigioso: aspectos gerais. 3. Substituição processual: motivos determinantes. 4. Alienação do direito litigioso e substituição processual: convivência possível?. 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O texto tem por objetivo analisar o fenômeno da alienação da coisa ou do direito litigioso, por ato entre vivos e a título particular, numa perspectiva bem específica: trata-se da hipótese em que o adversário do alienante não consente com a sucessão processual, em ordem a se verificar, por força da alienação do direito litigioso, uma descoincidência entre os titulares da relação de direito material e aqueles figurantes do processo.

Nessa configuração, o alienante ou cedente permanece no processo litigando em nome próprio sobre direito alheio, tão somente porque seu adversário não tenha autorizado a alteração na composição subjetiva do processo. Realmente, o art. 109, § 1º, do CPC/2015 preconiza que o adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, sucedendo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária. Com isso, confirma-se a regra segundo a qual a alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes (CPC/2015, art. 109, *caput*).

Ter-se-ia, pois, hipótese de *substituição processual*, conforme se apregoa em doutrina, já que o alienante ou cedente continuaria a defender, no processo e na condição de *parte*, a posição jurídico-material de um *terceiro*. Caberia ao terceiro, adquirente ou cessionário do direito litigioso, intervir como *assistente*, nos termos do § 2º do art. 109 do CPC/2015.

Seja como for, com ou sem a intervenção do assistente, a sentença proferida entre as partes originárias *estende seus efeitos* ao adquirente ou ao cessionário (§ 3º do art. 109 do CPC/2015), sendo comum encontrar-se na doutrina a alusão de que tal extensão de efeitos caracteriza a própria imutabilidade do comando da sentença proferida *inter alios*, isto é, a *coisa julgada*.

Como se vê, o fenômeno da alienação da coisa litigiosa acaba por ensejar uma série de derrogações ao panorama geral de funcionamento do sistema processual, visto que, *grosso modo*, a ninguém é dado litigar em nome próprio sobre direito alheio (CPC/2015, art. 18), tanto assim que a imutabilidade advinda da coisa julgada abate-se sobre as *partes* entre as quais a sentença é proferida, não prejudicando terceiros (CPC/2015, art. 506).

Interessante observar que o terceiro, mais precisamente o adquirente cujo ingresso nos autos não foi permitido na condição de parte, não participa do contraditório – ou, quando muito, tem uma participação mutilada, mediante a assistência – e, por isso mesmo, não influencia, em toda plenitude, a formação da convicção judicial. Mesmo assim, porque o objeto litigioso do processo diz respeito a ele (terceiro), a coisa julgada o atinge em plenitude.

A problematização que se levanta neste ensaio gira em torno da (in)correção dessa hipótese de substituição processual, considerando-se os motivos que o legislador teria valorado para admitir esse tipo de legitimação extraordinária ou anômala. Dizendo de forma provocativa: a gênese da substituição processual, nessa hipótese, estaria calcada em proposições legítimas?

Analisada essa questão, seria ainda de se indagar sobre a *necessidade* de o adquirente integrar o processo na condição de *parte*, surgindo com isso mais uma hipótese de *litisconsórcio necessário*, como forma de equacionar o problema da substituição processual diante do princípio do contraditório.

Para cumprir o desiderato proposto, serão visualizados os aspectos gerais da alienação do direito litigioso, tal como hoje positivada na legislação brasileira, e também da substituição processual, culminando-se na análise crítica do sistema em vigor para, se possível, cogitar-se de alguma proposição *de lege ferenda*, caso seja mesmo necessário romper com o paradigma atual.

2. ALIENAÇÃO DO DIREITO LITIGIOSO: ASPECTOS GERAIS

As fontes históricas informam que o Direito Romano proibia a alienação da coisa após a *litis contestatio*, já que nesse momento verificava-se a definitiva estabilização daquilo que se poderia chamar de processo. Dizia-se, nessa toada, que o réu não poderia ignorar o julgado que fosse proferido, de modo que a situação do autor não poderia ser piorada mediante a alienação da coisa litigiosa.¹ Tal postura interpretativa vem fundada num fragmento do Digesto (44, 6, 3 – *de litigiosis*), muito embora não haja consenso a respeito do assunto.²

No Direito Medieval imperava semelhante construção, no sentido da proibição de venda da coisa litigiosa,³ mas, enquanto os romanos encaravam a situação na perspectiva da *inexistência*, o Direito Comum em Portugal tratava a hipótese no plano da *ineficácia*.⁴

Com o desenvolvimento do capitalismo e o conseqüente incremento de uma economia de mercado, a vedação ao tráfico de bens, imposta por aquela

-
1. ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: Ed. RT, 1972, v. II, p. 212.
 2. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Alienação da coisa litigiosa*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 7-10. Para aprofundamentos, cfr. COSTA E SILVA, Paula. *Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio: ainda um contributo para o estudo da substituição processual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 35 *et seq.*
 3. ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Direito processual civil*, cit., v. II, p. 213.
 4. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 10-11.

ideia proibitiva, não poderia mesmo resistir; passou-se, então, a entender que o litígio não põe a coisa fora do comércio.⁵

Bem por isso é que as legislações modernas admitem a transmissão do direito litigioso como figura *existente, válida e eficaz* no plano do direito material, havendo discussão, porém, no campo da eficácia dessa transmissão na tela do processo. De outra parte, tenta-se explicar como a transmissão pode ser existente, válida e eficaz no plano do direito material se o direito transmitido ainda está *sub iudice*, havendo a possibilidade de que, ao final do processo, atribua-se a titularidade do direito ao adversário do alienante: estaria, assim, a transmissão aperfeiçoada no âmbito do direito material sob uma *condição* verificável no processo.

Daí o surgimento de diversas teorias tendentes a explicar o significado de *direito litigioso* e a influência de sua alienação na seara do processo, visto que o fenômeno, embora de direito material (alienação), só tem existência no processo, onde são sentidas as suas repercussões, tudo isso envolto num ambiente de *incerteza* que a litigiosidade traz consigo. Então, o que de fato se transmite durante o curso do processo?

Consoante informa ELIO FAZZALARI,⁶ a sucessão a título particular no direito controvertido chegou a ser entendida como a transferência do *direito subjetivo substancial deduzido na lide*, isto é, a transmissão do interesse acionável (Salvatore Satta). Noutra perspectiva, chegou-se a afirmar que a sucessão teria por objeto um pretense direito, em ordem a se concluir que a *pretensão* seria alvo da transferência (De Marini). Já se pensou também em explicar o fenômeno pelo prisma da transferência do *direito subjetivo ao provimento de mérito* (Picardi).

De sua parte, FRANCESCO CARNELUTTI encarou o fenômeno a partir da centralidade da *lide* como sendo o conteúdo do processo, de sorte que a transmissão provocaria uma verdadeira *sucessão da lide*.⁷ GIOVANNI PAVANINI também aludiu que a sucessão tem por objeto a pretensão, entendendo-se como tal o conteúdo substancial do processo.⁸

5. *Idem, ibidem*, p. 14-15. Para uma análise histórica da evolução do sistema brasileiro, cfr. ARRUDA ALVIM. *Direito processual civil*, cit., v. II, p. 214-215.

6. Successione nel diritto controverso. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, anno XXXIV, n. 4, 1979, p. 521-522.

7. Appunti sulla successione nella lite. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, v. IX, parte I, 1932, p. 5.

8. Appunti sugli effetti della successione nella pretesa per atto tra vivi durante il processo. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, v. IX, parte II, 1932, p. 138, nota 1.

Para RAMOS MENDEZ, que se apoia em Grunsky e em Proto Pisani, a coisa litigiosa, alvo da transmissão, consiste na *afirmação do direito no processo*, isto é, o direito material que se afirma como existente. É que o direito, analisado no seu momento processual, vem encapsulado numa incerteza que é ínsita à controvérsia processual. Embora sem identificar o direito com a afirmação que dele se faz, o autor espanhol alude que o único elemento seguro e relevante para o momento processual traduz-se na afirmação da parte a respeito da titularidade de um direito.⁹

“Por consiguiente, cuando la Ley de Enjuiciamiento Civil habla de los ‘derechos sobre la cosa litigiosa’, alude al estado del derecho en su momento procesal, que no es otro que la afirmación que de él se hace durante el proceso pretendiendo una consecuencia jurídica tutelable. No se trata del derecho material, cuya posible existencia extrapocesal aun indubitada es irrelevante en este momento, sino del derecho litigioso, que puede consolidarse en favor de uno o de otro titular en el momento de la sentencia judicial: su confirmación en uno u otro sentido no tiene relevancia procesal”.¹⁰

Sem o dizer expressamente, parece ser esta a posição de PAULA COSTA E SILVA quando afirma que “é litigioso o direito relativamente ao qual o autor deduz uma afirmação jurídica, cuja fundamentação pretende seja declarada de forma definitiva e imutável, ou, dito de outra forma, é litigioso o direito, que constitui o objeto do processo”.¹¹

Entre nós, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA parte da premissa de que não é possível separar, completamente, os planos material e processual, razão pela qual se deve estudar o fenômeno numa perspectiva de recíproca influência: de que forma o direito alienado durante o processo é influenciado pelo litígio e de que modo o litígio sofre repercussão provinda da alienação ocorrida no plano material.¹² Prosseguindo, o autor afirma que o direito litigioso constitui fenômeno dinâmico, pois atrelado a um constante vir a ser, “à espera de sua superação pela sentença”. Assim, *grosso modo*, o direito litigioso está entre dois momentos estáticos, mais precisamente entre o exercício da pretensão à tutela jurídica e o trânsito em julgado da sentença, constituindo-se no elemento material da mediação que se verifica pelo desenvolvimento do

9. *La sucesión procesal*. Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1974, p. 88 *et. seq.*

10. RAMOS MENDEZ, Francisco. *La sucesión procesal*, cit., p. 92.

11. *Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio*, cit., p. 82.

12. *Alienação da coisa litigiosa*, cit., p. 51.

processo. Daí que o adquirente sucede no vir a ser do direito litigioso, isto é, naquilo que vier a ser definido na sentença transitada em julgado.¹³

“Esse movimento do direito litigioso em relação à sentença, na busca de sua verdadeira identidade, implica que, para os fins do art. 42, direito controvertido é só aquele que seja envolvido pela demanda pendente, em correlação com o futuro provimento jurisdicional. Tal correlação, mais precisamente, está na *possibilidade* de que a sentença, a ser proferida, atinja o bem ou o direito adquirido, pendente a lide, porque é a sentença o momento cristalizador e superador. Esse o *conceito operacional* de direito litigioso para nós”.¹⁴

A par da celeuma em torno da construção dogmática da figura do *direito litigioso*, ainda se poderiam discernir diferentes opções quanto à relevância que a transmissão do direito impõe na seara do processo. Surgiram, nessa perspectiva, três conhecidas vertentes doutrinárias: (a) *teoria da irrelevância*: a transmissão do direito não provoca consequências processuais, tudo se passando no processo como se não existisse a transmissão da coisa ou do direito em litígio; (b) *teoria da relevância*: as alterações promovidas pela transmissão do direito litigioso interferem radicalmente no campo do processo, inclusive com a provocação de mutações no objeto do processo, impondo-se a alteração do pedido; (c) *teoria da relevância mitigada*: existem implicações processuais provocadas pela transmissão do direito litigioso, mas com certas limitações, dentre elas a manutenção dos elementos objetivos da instância.¹⁵

Passadas em revista as teorias que animam a discussão, é preciso analisar o sistema processual brasileiro e verificar se as opções legislativas justificam-se do ponto de vista teórico, adotando-se uma perspectiva crítica do problema.

Como se sabe, está no art. 109 do CPC/2015 a regulamentação do fenômeno da alienação do direito litigioso, cuja tratativa já pressupõe, por decorrência lógica, a não proibição da transmissão do direito em litígio. Porém, dessa permissão de transferência do direito litigioso não segue a verificação de mutações na órbita processual, visto que no curso do processo só são permitidas as alterações subjetivas previstas expressamente em lei (CPC/2015, art. 108). Daí

13. *Idem*, p. 59.

14. *Idem*, p. 63. O art. 42 do CPC/73, referido no texto, corresponde ao art. 109 do CPC/2015.

15. COSTA E SILVA, Paula. *Repensando...*, cit., p. 40 *et seq.* Sobre o assunto, ARRUDA ALVIM leciona que no sistema brasileiro a alienação do direito litigioso é processualmente sem relevância ou processualmente ineficaz (*Direito processual civil*, cit., v. II, p. 214).

que, em reforço à ideia de *perpetuatio legitimationis*, o art. 109 do CPC/2015 prevê que a alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.¹⁶

Implica dizer que na presença da alienação do direito litigioso não poderá o alienante opor ao seu adversário tal circunstância para justificar a arguição de uma superveniente ilegitimidade *ad causam*. Em outras palavras, a configuração subjetiva do processo permanece inalterada, de sorte que o alienante, permanecendo no processo, já não litigará sobre um direito seu, mas sim acerca de um direito alheio, configurando-se o fenômeno da *substituição processual*.¹⁷

Em acréscimo, o ingresso do adquirente no processo pendente, como parte principal, condiciona-se à *concordância* do adversário processual do alienante,¹⁸ como determina o § 1º do artigo mencionado, muito embora, ausente essa concordância, possa o adquirente intervir no processo na condição de *assistente* do alienante ou cedente (§ 2º do mesmo artigo). A discussão doutrinária a respeito do tipo de assistência que se verifica na hipótese, se *simples* ou *litisconsorcial*,¹⁹ foi suplantada pela dicção do novo Código de Processo Civil, que se inclinou por aceitar a tese segundo a qual se cuida de assistência litisconsorcial (art. 109, § 2º).

Mas, de uma forma ou de outra, com ou sem a participação do adquirente, a lei prevê que a sentença proferida entre as partes originárias estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário (§ 3º do art. 109 do CPC/2015), adivindo dessa regra a noção de que a própria imutabilidade decorrente da coisa

16. ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 1975, v. II, p. 303.

17. CARNELUTTI, Francesco. Successione nella lite e intervento del successore nel processo. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, v. XII, 1957, p. 120.

18. Influenciado pela dicção da lei, CÂNDIDO DINAMARCO escreve que a recusa do adversário do alienante não precisa ser justificada (*Instituições...*, cit., v. II, n. 531, p. 281, nota 28). Nesse ponto, o sistema brasileiro afasta-se, indevidamente, do lusitano, pois neste a recusa só pode ser acolhida se demonstrado que a transmissão efetivara-se para tornar mais difícil, no processo, a posição da parte alheia à transmissão (art. 263, 2, *in fine*, do CPC de 2013). Segundo a nossa doutrina clássica, haveria uma *discrionarietà* por parte do sujeito alheio à transmissão, de modo que os limites a esse comportamento talvez pudessem ser encontrados apenas na teoria do abuso do direito, conforme insinua COSTA E SILVA, Paula (*Repensando...*, cit., p. 38).

19. Os termos da antiga celeuma são desenvolvidos por ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (*Alienação...*, cit., p. 159 *et seq.*).

julgada atinge o adquirente do direito litigioso,²⁰ visto que essa é a consequência prevista para as hipóteses de substituição processual: a coisa julgada atinge diretamente o substituído,²¹ conforme se verá mais adiante.

Numa tentativa de reconstrução dogmática do problema, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA sinaliza que o dogma da *perpetuatio legitimationis* deve ser repensado, visto que a alienação do direito litigioso contém em si uma vocação para o processo, de sorte que, bem vistas as coisas, a legitimidade realmente sofre repercussões derivadas da mencionada alienação. Embora o alienante ou cedente não possa alegar a superveniente falta de legitimidade, tal constatação não significa que a posição e os poderes jurídicos das partes não sejam alterados em razão da transferência verificada no plano do direito material.²²

Após lançar críticas à doutrina clássica, que soluciona todos os problemas pelo viés da substituição processual, ALVARO DE OLIVEIRA aduz que o alienante permanece como parte no processo em razão de uma legitimidade extraordinária construída em benefício da contraparte (adversário do alienante), mas tal situação só se mantém enquanto o adquirente não intervém no processo. É que, com a intervenção deste, a parte principal passa a ser o adquirente (legitimado ordinário), com ou sem a extromissão do alienante (legitimado extraordinário), visto que o direito litigioso está agora no âmbito da titularidade daquele. Em outras palavras, a intervenção do adquirente, na forma do art. 109, § 2º, do CPC/2015, faz com que o alienante, de regra, deixe de ser parte principal para se tornar *assistente litisconsorcial* daquele, na medida em que o adquirente torna-se, também por força da transmissão do direito litigioso, *parte principal*.²³

Tendo em vista que a manutenção do alienante no processo dá-se no interesse da contraparte, o § 1º do art. 109 condiciona a *sucessão processual*, mediante o ingresso do adquirente e a extromissão do alienante, à *concordância* do adversário do alienante. A rigor, para ocorrência da sucessão processual, interpõe-se a vontade dos três sujeitos: adquirente, alienante e adversário do alienante.²⁴

20. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Alienação...*, cit., § 30, p. 223.

21. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, cit., v. II, n. 531, p. 281.

22. *Alienação...*, cit., § 23, p. 178.

23. Ob. cit., § 21, n. 5, p. 166-168.

24. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Ob. cit., § 22, p. 174.

Mas o que sobrepõe notar, nesse passo, é que a vontade da contraparte não se expressa de modo *discricionário*, devendo-se entender, na esteira do que prevê o sistema português,²⁵ que a discordância deva vir calcada em motivos objetivamente aferíveis, tal como exemplifica a doutrina que se vem de citar: inexistência ou falsidade do ato de transmissão; o direito litigioso é intransmissível; deficiência patrimonial do adquirente para fazer frente às verbas de sucumbência.²⁶

Realmente, num ambiente de processo civil cooperativo e em que se preconiza a incidência da boa-fé objetiva (arts. 5º e 6º do CPC/2015), não parece válida a afirmação de que uma *recusa pura e simples* fosse apta a impedir a atuação do adquirente como parte principal. Aliás, o simples capricho da contraparte não poderia fazer com que o adquirente ficasse alijado do contraditório perante o juiz, forte na consideração de que o direito litigioso agora está sob sua titularidade. Em síntese, a *vontade* do sujeito alheio à transmissão não pode ser suficiente para estabelecer, ainda que segundo a lei, uma hipótese de substituição processual, já que, a rigor, a aceitação ou não da contraparte quanto à sucessão processual acaba gerando ou não a substituição processual, isso para aqueles que aceitam essa figura como ocorrente na hipótese.

Superada essa questão, e voltando ao enfoque dado por ALVARO DE OLIVEIRA, a posição do adquirente *sempre* na condição de *parte principal*, tanto na hipótese do § 1º quanto na do § 2º, ambos do art. 109, faz com que o adquirente ou cessionário fique *naturalmente* atingido pela eficácia direta da sentença e pela imutabilidade da coisa julgada, exatamente como dispõe o art. 506 do CPC/2015. Ou seja, na consideração de que *o adquirente não é terceiro*, afasta-se o debate sobre se o art. 109, § 3º, constituiria uma hipótese de exceção à regra do art. 506.²⁷ A rigor, não se tem qualquer contradição nessas regras, desde que bem vista a *legitimidade ordinária do adquirente* e a sua posição processual quando intervêm no processo até então *inter alios*.

Embora o entendimento até agora exposto seja digno de aplausos, ainda é preciso aprofundar a questão sobre se a substituição processual, tal como entendida pela doutrina clássica, ainda se mostra útil para explicar e dar o tom da discussão sobre a alienação do direito litigioso, agora sob um enfoque mais moderno que advém dos influxos do estudo sobre o papel do *contraditório* na conformação dos limites subjetivos da coisa julgada. Disso ocupa-se o item seguinte.

25. Art. 262, 2, *in fine*, do CPC/2013.

26. *Idem, ibidem*, § 22, p. 176. Em senso contrário, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Insstituições...*, cit., v. II, n. 531, p. 281, nota 28).

27. *Alienação...*, cit., § 29, p. 220-223.

3. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL: MOTIVOS DETERMINANTES

A substituição processual integra a categoria mais ampla da *legitimidade*, que é um tema não exclusivo do processo, mas sim da própria *teoria geral do direito*. Por legitimidade seria possível entender a idoneidade de determinado sujeito para a prática de certo ato e, por conseguinte, de sua vinculação aos efeitos desse mesmo ato.²⁸

Na perspectiva do processo, a legitimidade seria uma *qualidade jurídica* que se agrega à parte, resultante de uma situação legitimante abstratamente prevista no ordenamento e que a habilita a ver resolvido o mérito do pedido formulado em juízo.²⁹

Ainda segundo a doutrina, a atribuição de legitimidade normalmente tem relação com a disponibilidade dos direitos,³⁰ de sorte que, *grosso modo*, o sujeito que tem a disponibilidade de determinado direito – e exatamente porque titulariza essa disponibilidade – ostenta também a legitimidade para litigar em juízo sobre ele. É que uma das formas de se exercer tal disponibilidade (liberdade) traduz-se na sujeição dum direito ao debate perante o Estado-juiz.³¹

Daí já ser possível extrair a noção de *legitimidade ordinária*, atrelada à ideia consoante a qual o sujeito vinculado à relação jurídica deduzida em juízo deve ser o figurante do polo ativo ou passivo da relação processual. O ordenamento atribui a qualidade para agir em juízo àquele que é o titular – ativo ou passivo – da relação jurídica afirmada ou negada em juízo. Assim, o legitimado ordinário verá na sentença a disciplina jurídica de sua própria situação.³²

Porém, na medida em que outros valores são sopesados pelo sistema jurídico, reduzindo-se o espaço daquela disponibilidade jurídica, o ordenamento cuida de atribuir a terceiros a qualidade para agir em juízo a respeito de direitos alheios. Daí a noção de *legitimidade extraordinária*, cuja *ratio* está na maior

28. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil*. São Paulo: Ed. RT, 1979, p. 13.

29. *Idem, ibidem*, p. 80.

30. PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5. ed. Napoli: Jovene, 2006, p. 293.

31. MONTERO AROCA, Juan. *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 2007, p. 320.

32. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 60.

indisponibilidade de certos interesses privados, a ponto de ser alargada a legitimidade para agir na tela do processo. Em certos casos aparece até mesmo um *interesse público* na solução de certas relações privadas, como sucede ao se admitir a legitimidade do Ministério Público (investigação de paternidade, a teor do art. 2º, § 4º, da Lei 8.560/92).

Tentando distinguir as variadas hipóteses em que o legislador estima conveniente estender a legitimidade a quem não se afirma titular do direito discutido no processo, conhecida doutrina espanhola reconhece que são muitas as causas dessa atribuição de legitimidade, passando por *causas privadas*, *causas sociais* e *causas públicas*, sendo interessante afirmar que as normas que assim dispõem têm *natureza processual*, independentemente do tipo de corpo legislativo que as veicule.³³

Assim, a *legitimidade extraordinária* seria a qualidade atribuída a um sujeito não titular da relação jurídica deduzida em juízo para que atue no processo em favor de direito alheio. Daí que o legitimado extraordinário verá na sentença a disciplina jurídica de situação alheia.³⁴

Ocorre que essa qualidade jurídica agregada à posição do terceiro pode concretizar-se de maneiras heterogêneas, impondo-se uma tentativa de classificação que seja útil para o próprio entendimento da matéria. É que não há uma forma constante de atribuição de legitimidade extraordinária, extraíndo-se daí a utilidade da sistematização proposta por BARBOSA MOREIRA,³⁵ segundo a qual a legitimidade extraordinária pode distinguir-se em *subordinada* ou *autônoma*. Na primeira hipótese, a presença do legitimado ordinário é indispensável para a integridade do contraditório, ou seja, parte principal (como autor ou réu) será o legitimado ordinário, sendo possível a participação de terceiros, não titulares da relação deduzida em juízo, assumindo posição acessória na tela processual. Nessa configuração, o terceiro seria parte apenas no processo, mas não parte na demanda, tal como ocorre com a assistência.

No campo da legitimidade extraordinária autônoma, diferentemente, o contraditório forma-se regularmente com a só presença do legitimado extraordinário, que ostenta a condição de parte no processo e de parte na demanda. A sua posição processual não é a de uma parte acessória, mas sim de parte principal, cuja atuação, porém, dá-se em favor ou em prol de direito alheio. Pode-

33. MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., p. 321-323.

34. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos..., cit., p. 60.

35. Apontamentos..., cit., *passim*.

-se exemplificar com a hipótese prevista no art. 3º, *caput*, da Lei do Mandado de Segurança,³⁶ e também com a hipótese de consignação em pagamento pelo terceiro interessado.³⁷

Essa mesma legitimidade extraordinária autônoma pode ser visualizada por dois prismas distintos: (i) a atribuição de legitimidade extraordinária ao terceiro convive com a atribuição de legitimidade ordinária ao titular da relação jurídica deduzida no processo, hipótese em que se denomina legitimidade extraordinária autônoma *concorrente*;³⁸ (ii) a atribuição de legitimidade extraordinária exclui a possibilidade de o legitimado ordinário atuar também como parte principal, situação que conota a legitimidade extraordinária autônoma *exclusiva*.³⁹

Ainda na perspectiva da legitimidade extraordinária autônoma, pode-se estabelecer outra distinção: (a) o legitimado extraordinário pode acionar ou ser acionado *desde logo*, sem que haja necessidade de se aguardar algum período de omissão do legitimado ordinário, situação designada de legitimidade extraordinária autônoma *primária*;⁴⁰ (b) o legitimado extraordinário só pode atuar em juízo após superado um prazo de omissão por parte do legitimado ordinário, dando azo à chamada legitimidade extraordinária autônoma *subsidiária*.⁴¹

36. O titular de direito líquido e certo decorrente de direito, em condições idênticas, de terceiro poderá impetrar mandado de segurança a favor do direito originário, se o seu titular não o fizer, no prazo de 30 (trinta) dias, quando notificado judicialmente.

37. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, n. 548, v. II, p. 319.

38. Exemplifica-se com a anulação de casamento baseada certos vícios, conforme as disposições dos arts. 1.548 e 1.549, ambos do Código Civil.

39. O clássico exemplo, pertinente à época em que vigorava o Código Civil de 1916, é o casamento sob o regime dotal, hipótese em que somente o marido podia litigar sobre os bens dotais da mulher. Com alguma divergência, a doutrina também inclui nessa categoria a legitimidade exclusiva do agente fiduciário para litigar em prol dos debenturistas, *ex vi* do art. 68, § 3º, da Lei das Sociedades Anônimas. Quanto ao último exemplo, cfr. CRUZ E TUCCI (*Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 232) e a posição divergente de TALAMINI (*Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 115, nota 162).

40. Tal situação ocorre na investigação de paternidade proposta pelo Ministério Público (art. 2º, § 4º, da Lei 8.560/92)

41. Aqui se inclui o exemplo da ação de responsabilidade civil dos diretores de S/A pelos prejuízos causados à companhia, que pode ser ajuizada por qualquer acionista se depois de três meses da aprovação em Assembleia nada for feito (art. 159, § 3º, da Lei das Sociedades Anônimas).

Partindo de outro ponto de vista, BARBOSA MOREIRA ainda visualizou a distinção entre legitimidade extraordinária *eventual* e *residual*. Na primeira situação, a legitimidade extraordinária do terceiro dependeria de um comportamento ativo do legitimado ordinário, isto é, de uma vontade manifestada pelo legitimado ordinário. O exemplo, embora sugerido para o tempo do CPC/39, ainda serve para fins didáticos: ao tempo do chamamento à autoria (CPC/39), que é a nossa atual denunciação da lide, o alienante do bem poderia ser chamado para responder pela evicção, caso em que, comparecendo o alienante (o chamado à autoria), este assumia a posição de parte principal, passando a litigar sobre direito alheio; havia, em relação ao adquirente, um rebaixamento de sua posição processual, passando de parte principal para parte acessória. Como se percebe, o chamamento à autoria promovido pelo legitimado ordinário (adquirente da coisa) é que daria margem à legitimidade extraordinária assim denominada *eventual*.

Já a legitimidade extraordinária *residual* provém de uma omissão do legitimado ordinário, situação que fica mais bem elucidada a partir também de um exemplo. Na hipótese alienação da coisa litigiosa, no curso da demanda, o adquirente ou cessionário passa a ser o novo legitimado ordinário, mas ele não está obrigado a ingressar no processo, tomando o lugar do alienante. Logo, este permanecerá no processo na defesa de direito alheio (art. 109, *caput*, do CPC/2015), numa típica situação de legitimidade extraordinária *residual*, a depender da omissão do legitimado ordinário.

A legitimidade extraordinária pode ser ainda *ativa* ou *passiva*, a depender do polo da relação processual em que se verifica. Ademais, considerado o prisma do momento em que se dá, a legitimidade extraordinária pode ser *inicial* (originária) ou *superveniente* (ulterior).

A partir desse quadro geral da legitimidade extraordinária é possível verificar em que consiste a *substituição processual*, uma vez que, bem vistas as coisas, a legitimidade extraordinária constitui *gênero* do qual a substituição processual configura *espécie*.⁴²

Embora alguns doutrinadores fixem uma sinonímia entre as duas figuras, a rigor a expressão *substituição* evidencia a colocação de um sujeito na posição de outro. O legislador, afastando, *no todo ou em parte*, a atuação do legitimado ordinário, coloca em seu lugar o legitimado extraordinário. Sendo assim, a *substituição processual* ocorre apenas nas hipóteses de *legitimidade extraordinária autônoma exclusiva*.⁴³

42. ARMELIN, Donald. *Legitimidade...*, cit., n. 127-128, p. 132-133.

43. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Apontamentos...*, cit., p. 62.

Pode-se acrescentar que há também *substituição processual* nas hipóteses de legitimidade extraordinária autônoma concorrente em que o legitimado ordinário permanece omissivo. A legitimidade extraordinária aqui não suplanta a legitimidade ordinária, mas, permanecendo o legitimado ordinário fora do processo, dá-se a efetiva *substituição processual*, dada a substituição da atividade dos ausentes pela dos presentes.⁴⁴⁻⁴⁵

Conclui-se, então, que a legitimidade extraordinária autônoma *exclusiva* implica sempre uma *substituição processual*, enquanto a legitimidade extraordinária autônoma *concorrente* pode ensejar a *substituição processual*.

Focando o problema apenas pelo viés da substituição processual, chega-se ao ponto mais delicado do assunto, que diz respeito àquilo que se tem dito como o *primordial efeito* da substituição processual, consistente na comunicação da coisa julgada material ao substituído,⁴⁶ de sorte que esse terceiro, mesmo não sendo *parte no processo* e nem *parte na demanda*, ficaria alcançado pela autoridade da coisa julgada.⁴⁷

ENRICO ALLORIO explica que o substituído, na condição de sujeito da lide, não é um estranho à sentença, mas sim o principal destinatário de seu comando. Então, a rigor, não se cuida de estender ou de alargar os limites subjetivos da coisa julgada para atingir o substituído, pois a coisa julgada já está diretamente referida a ele.⁴⁸

Escorado em lição de CHIOVENDA, segundo a qual a atividade do substituto exerce necessária influência e eficácia em relação ao substituído,⁴⁹ LIEB-

44. CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual*. São Paulo: Ed. RT, 1985, p. 21.

45. “Em síntese, ocorre substituição processual quando alguém, devidamente autorizado por lei, pleiteia, como autor ou réu, em nome próprio, direito (pretensão) alheia, estando o titular deste direito ausente da ação, como parte” (CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual*, cit., p. 24).

46. OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: Ed. RT, 1971, n. 77, p. 169; ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 1975, v. I, p. 441.

47. SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, t. I, p. 396. Ao tratar da substituição processual gerada pela aplicação do art. 42 do CPC/73, DINAMARCO também refere que o substituído fica jungido à autoridade da coisa julgada (*Instituições...*, cit., n. 548, p. 320).

48. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1992, n. 153, p. 261 (*ristampa*).

49. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965, § 36, I, p. 597 (*ristampa*).

MAN esclarece que a coisa julgada se forma também em relação ao substituído, isso porque este não é um verdadeiro terceiro.⁵⁰

Em passagem lapidar, EDOARDO GARBAGNATI escreveu que “nel processo condotto dal sostituto processual la cosa giudicata si forma sempre, direttamente, nei confronti del sostituto, indipendentemente dalla sua partecipazione al processo medesimo”.⁵¹

Entre nós, para compatibilizar essa noção com a dicção do art. 506 do CPC/2015, parcela da doutrina diz que a noção de *parte* prevista nesse art. 506 coincide com aquela ideia de *parte em sentido material*, de sorte que, em palavras bem diretas, o substituto é parte para todos os outros efeitos, mas, para efeito de verificação dos limites subjetivos da coisa julgada, parte será o *substituído*, que se submete tanto aos *efeitos* da sentença quanto à *autoridade* da coisa julgada.⁵²

Tal postura interpretativa acaba por ensejar uma reflexão crítica em torno da concretização do *devido processo legal na perspectiva do substituído*, o qual não participa do contraditório e, por isso mesmo, não exerce influência na formação da convicção judicial, muito embora, segundo o entendimento clássico, fique adstrito à indiscutibilidade e à imutabilidade derivadas da coisa julgada. Mesmo nos casos em que se admite a participação do substituído na qualidade de *assistente*, forçoso convir que tal participação é menos relevante que aquela exercida pela parte.

Como se sabe, o exercício do poder jurisdicional tem sua legitimidade assegurada em virtude da oportunidade de participação em contraditório dos sujeitos alcançados pela imutabilidade dos comandos emanados do Estado. A explicação para que os limites da coisa julgada fiquem restritos às partes advém da constatação de que são estes os participantes do contraditório perante o juiz. Por conseguinte, parece válido afirmar que, ferido o contraditório, estaria também afastada a imediata consequência de se impor a alguém que dele não participou em plenitude a imunização derivada da coisa julgada.

50. *Efficacia ed autorità della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1935, n. 30, b, p. 76.

51. *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1942, p. 279.

52. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Estudos sobre a substituição processual no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 809, mar./2003, p. 743. Embora o texto indicado refira-se ao CPC/73, as lições aplicam-se diante do CPC/2015, dada a convergência de textos normativos no ponto considerado.

A propósito, MONTELEONE advertiu que a substituição processual consiste no mecanismo em que a lide aforada pelo substituto pertence ao substituído e que, mesmo sem extensão dos limites subjetivos da coisa julgada, tal imunização atinge o substituído, sob pena de ser completamente inútil o desenvolvimento da legitimidade extraordinária. Porém, disso não se extrai que o substituído possa ser alijado completamente do contraditório, visto que a reta aplicação desse princípio exige “che il sostituito ha sempre da essere chiamato necessariamente in giudizio”. É dizer, todos os casos de substituição processual rendem ensejo à formação de litisconsórcio necessário, haja vista não ser lícito prescindir da participação em juízo do titular do direito sobre o qual se contende.⁵³

Essa reflexão também não escapou à argúcia de PROTO PISANI, para quem a participação em juízo há de ser garantida inclusive para o substituído, o que se faz em obséquio à garantia do contraditório e ao direito de defesa daquele cujo direito constitui objeto do processo e da coisa julgada.⁵⁴ Mesmo para as hipóteses ditas *fisiológicas* de desenvolvimento válido do processo apenas na presença do substituto processual (arts. 108 e 111 do CPC italiano), o doutrinador citado propõe condicionantes para que se observe, adequadamente, o direito de defesa do substituído.⁵⁵

CRUZ E TUCCI, após reconhecer que a doutrina brasileira de um modo geral não tem se preocupado com esse aspecto do problema, pôs em revelo que a ausência de condições mínimas de participação do substituído no processo faz com que a ele não se possa comunicar a coisa julgada.⁵⁶ Em texto mais recente e específico para a hipótese prevista no art. 3º da Lei do Mandado de Segurança (cfr. nota 35, *supra*), o mesmo autor conclui que o impetrante (substituto), titular do direito decorrente do direito do titular originário, deve necessariamente requerer a citação do substituído, conferindo-se a este a oportunidade de participar do processo, único modo de se manter incólume a ideia de que este possa ser atingido pela coisa julgada.⁵⁷

53. *I limiti soggettivi del giudicato civile*. Padova: Cedam, 1978, n. 10, p. 119.

54. *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 300. Para aprofundamento, cfr., do mesmo autor, *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, anno XXV, n. 4, 1971, p. 1229-1236.

55. *Appunti...*, cit., n. 6-7, p. 1231-1234.

56. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, cit., p. 232.

57. Comentário ao art. 3º da Lei do Mandado de Segurança, in: MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à nova Lei*

Importante considerar que MONIZ DE ARAGÃO já tinha se debruçado sobre tal perspectiva do problema da substituição processual, propendendo para a necessidade de participação do substituído, no processo conduzido pelo substituto, como condição para que a coisa julgada se aplique àquele.⁵⁸

Assim também já o fizera EDUARDO TALAMINI, para quem a lei, ao estabelecer hipótese de substituição processual, não chega a autorizar a extensão da coisa julgada ao substituído, de modo que, a rigor, incidiria a regra geral do art. 506 do CPC/2015. Mesmo que assim não fosse, permaneceria a discussão em torno da constitucionalidade de uma regra que dispusesse no sentido da extensão da coisa julgada ao substituído, com base na seguinte indagação: “como se pode afirmar que os direitos constitucionais do substituído ao acesso à justiça, ao devido processo, ao contraditório e à ampla defesa não estão sendo violados quando se o impede de exercê-los sob o argumento de que alguém – que não agiu em seu nome nem com sua autorização – já atuou em juízo?”.⁵⁹

Partindo-se dessa necessária premissa de que a coisa julgada aplicada ao substituído deve ser analisada à luz dos ditames constitucionais, pode-se validamente reafirmar o *caráter excepcional da substituição processual*, cuja ocorrência só se admite nas hipóteses contempladas pela lei, não se admitindo tal figura com base na simples vontade das partes (*substituição processual voluntária*).⁶⁰

No Anteprojeto do CPC/73, elaborado por Alfredo Buzaid, admitia-se a legitimidade extraordinária apenas nos casos *expressamente* indicados na lei, mas, por uma emenda do Senador Nelson Carneiro, o advérbio “expressamente” foi excluído do texto, gerando-se a interpretação de que a legitimidade extraordinária ou decorre de texto expresso ou então do sistema jurídico.⁶¹ Im-

do Mandado de Segurança. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 76.

58. Eis a lição de MONIZ DE ARAGÃO: “Sujeitar o titular da relação jurídica à coisa julgada oriunda de processo ao qual não lhe foi dado comparecer e, nele, defender seu interesse importa em barrar-lhe o acesso ao Poder Judiciário, o que nem a lei nem ninguém poderá fazer. Porém, se ficar assegurada a intervenção do substituído – (a quem é inegável a posição de assistente do substituto) – no processo, a tempo de defender adequadamente seu interesse, mudam-se os dados do problema” (*Sentença e coisa julgada*: exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: AIDE, 1992, n. 208, v. II, p. 302).

59. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 114.

60. ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Código de Processo Civil comentado*, cit., v. I, p. 426.

61. *Idem, ibidem*, p. 426.

plica dizer que não é imprescindível que a lei, ao criar hipótese de substituição processual, afirme expressamente que está a cuidar desse instituto.⁶²

Ainda na perspectiva da premissa constitucional antes lembrada, é preciso aprofundar a discussão para se definir o limite da *liberdade* conferida ao legislador para *criação de hipóteses* de substituição processual.

Com efeito, se a substituição processual tem o efeito de impor a autoridade da coisa julgada a quem não é parte, ainda se impõe indagar *quais os motivos* pelos quais o legislador poderia *validamente* optar por autorizar que alguém litigue em nome próprio sobre direito alheio. Ou seja, considerado esse específico e significativo efeito, indaga-se se existe ampla liberdade ao legislador, que poderia, assim, optar *discricionariamente* pela formulação de casos de substituição processual.

Não há dúvida de que a criação de hipóteses de substituição processual amplia o *acesso à justiça*, pois permite que mais pessoas busquem a tutela jurisdicional do Estado, atingindo-se com isso os escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição. Mas, ao mesmo tempo, na medida em que se forma coisa julgada sobre a relação jurídica do substituído, exclui-se a possibilidade deste, que não participou do primitivo processo conduzido pelo substituto, de pleitear essa mesma tutela jurisdicional do Estado.

Parcela da doutrina diz que a elaboração de hipóteses de substituição processual passa necessariamente pela noção de que existe um *interesse* por parte do substituto, geralmente *vinculado, subordinado* ou *dependente* do direito do substituído. Isso fica bem claro, por exemplo, na hipótese de mandado de segurança, em que o terceiro litiga, em nome próprio, acerca de direito alheio porque o *seu* direito *depende* da fruição do direito deduzido em juízo. A doutrina italiana confere outros bons exemplos em que se verifica essa dependência entre os interesses do substituto e do substituído, a saber: (i) a *ação sub-rogatória* (art. 2.900 do CC italiano: o credor é titular de um direito dependente em via mediata do patrimônio do devedor, de sorte que a inércia deste em cobrar seu devedor constitui a *ratio* para se admitir a ação do credor contra o devedor do devedor); (ii) a *ação confessória* movida pelo usufrutuário (o conteúdo do direito do usufrutuário depende do conteúdo do direito do proprietário – art. 1.012 do CC italiano).⁶³

Entre nós, CÂNDIDO DINAMARCO explica que o substituto é sempre *destinatário de algum benefício indireto* associado à iniciativa que tomar. Ausente essa *utilidade*, não teria sentido instituir-se a sua legitimidade extraordinária

62. OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual*, cit., n. 65, p. 135.

63. Os exemplos são de PROTO PISANI (*Lezioni...*, cit., p. 293).

ad causam.⁶⁴ Bem por isso é que parte da doutrina portuguesa informa que substituição processual só ocorre quando o terceiro litiga em nome próprio, no seu próprio interesse, sobre direito alheio. Fora desses casos ocorreria o que chamam de legitimidade representativa.⁶⁵

Seria importante refletir, então, acerca da utilidade de uma *sistematização* – digna de uma tese, talvez – dos *níveis ou graus de conexão* necessários e suficientes para que se pudesse falar num estabelecimento *legítimo*, pelo legislador, de hipóteses de substituição processual.⁶⁶ Com isso, partir-se-ia da análise dos níveis de influência que determinada relação jurídica produz sobre a outra para, em seguida, estabelecer hipóteses de substituição processual.

Embora reconhecendo a dificuldade do estabelecimento de matrizes comuns para o surgimento da legitimidade extraordinária, DONALDO ARMELIN procurou sistematizar as categorias genéricas advindas de uma motivação comum e estipulou quatro critérios básicos capazes de explicitar a gênese da legitimidade extraordinária: (a) situações de predominância do interesse público sobre o particular [legitimidade do Ministério Público para requerer abertura de inventário e partilha e propor ação de nulidade do casamento; legitimidade do cidadão para a ação popular]; (b) comunhão de direitos ou conexão de interesses em que coexistam legitimidade ordinária e extraordinária [ação reivindicatória promovida por um só condômino; ação de anulação de deliberação assemblear]; (c) vinculação entre os legitimados ordinário e extraordinário, em função do direito questionado [alienação *inter vivos* do direito litigioso com manutenção do alienante como parte principal]; (d) situação jurídica que impõe a alguém deveres de guarda e conservação de direitos alheios [ação do marido na defesa dos bens dotais da mulher (CC/1916); ação do capitão de navio para proteção dos interesses do dono do navio e do credor do frete].⁶⁷

O apoucado valor científico dessa tentativa de sistematização, conforme reconhecido pelo próprio autor,⁶⁸ acaba sendo incrementado pela constatação

64. *Instituições...*, cit., v. II, n. 548, p. 318.

65. CUNHA, António Júlio. *Limites subjectivos do caso julgado e a intervenção de terceiros*. Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 112.

66. BARBOSA MOREIRA referiu que a perspectiva da *etiologia*, das *fontes* da substituição processual, ou das razões jurídicas que explicam esse tipo de eficácia legitimante, constitui campo ainda a ser explorado pela doutrina (Apontamentos..., cit., n. 8, p. 72).

67. *Legitimidade para agir...*, cit., n. 118-124, p. 121-130.

68. Ob. cit., n. 118, p. 121.

de que a exemplificação da qual arranca a ideia do doutrinador ainda não está pacificada dentro da ciência processual. Apenas para ficar em dois exemplos, a doutrina ainda discute muito sobre a modalidade de legitimidade existente nas hipóteses de anulação de deliberação assemblear e também sobre a suposta vinculação que possa haver entre o alienante e o adquirente do direito litigioso, na espécie de que trata o art. 109 do CPC/2015.

Seja como for, a preocupação de DONALDO ARMELIN deve ser louvada porque põe sob luzes um enfoque ainda pouco explorado, que diz respeito aos motivos, à gênese, às fontes da legitimidade extraordinária, em ordem a se construir um *núcleo comum* donde se possa extrair um juízo crítico de compatibilidade entre a ordem constitucional vigente – especialmente à luz do devido processo legal substantivo – e as normas processuais que prevejam hipóteses de substituição processual.

Para alguns, o problema ora visualizado seria *metajurídico*, já que concerne *apenas ao legislador*, que agiria *discricionariamente* na construção de hipóteses de substituição processual.⁶⁹

Todavia, parece mais consentânea com o modelo constitucional de processo civil brasileiro a aceitação da ponderação que vem da doutrina espanhola. MONTERO AROCA, após afirmar a natureza processual das normas que estabelecem hipóteses de legitimidade extraordinária e o caráter taxativo desses supostos, acentua que a legitimidade extraordinária não advém do princípio consagrado no art. 24 da Constituição Espanhola.⁷⁰ O máximo que se poderia dizer, à luz do texto constitucional espanhol, é que não há vedação à outorga de legitimidade extraordinária, se bem que, para permiti-la, é necessária a concorrência de uma “base objetivamente razoável”, haja vista que o legislador não poderia ampliar a legitimação de modo discricionário.⁷¹

Então, considerados os efeitos que a substituição processual pode gerar e influenciados pela noção de *devido processo legal substantivo*, animamo-nos a

69. ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir...*, cit., n. 119, p. 122; SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, cit., p. 49; CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição...*, cit., p. 66.

70. O texto da Constituição espanhola é o seguinte: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. Transportando-se a questão para o direito brasileiro, chegar-se-ia à mesma conclusão diante do nosso art. 5º, XXXV, da CF/88.

71. MONTERO AROCA, Juan. *La legitimación...*, cit., p. 323.

dizer que o assunto passa necessariamente pelo crivo da fiscalização de constitucionalidade. E é nessa perspectiva que surge o debate que vem na sequência, numa tentativa de equacionar os embates entre o contraditório, a posição jurídica do adquirente do direito litigioso e a autoridade da coisa julgada produzida no processo *inter alios*. Em suma, quer-se definir se a disposição do art. 109, § 1º, do CPC/2015, ao criar hipótese de substituição processual,⁷² guiou-se por critérios *legítimos* a ponto de ser mantida no sistema jurídico brasileiro, ou se, ao contrário, é chegada a hora de se impor uma releitura do dispositivo para se aceitar um alargamento da participação do adquirente ou cessionário do direito litigioso, mesmo diante da resistência do adversário do alienante ou cedente.

4. ALIENAÇÃO DO DIREITO LITIGIOSO E SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL: CONVIVÊNCIA POSSÍVEL?

Como visto, se adotada a postura interpretativa de ALVARO DE OLIVEIRA, no sentido de que a intervenção do adquirente dá-se sempre na condição de *parte principal*, e não na de assistente,⁷³ o problema do atendimento ao contraditório não se coloca com toda sua magnitude, visto que, a rigor, o alienante ou cedente não seria substituto processual do adquirente ou cessionário, mas sim assistente simples deste, uma vez que a intervenção do adquirente, mesmo fora da hipótese de sucessão processual (§ 1º do art. 109 do CPC/2015), ocorre na condição de *parte principal*.

Assim, nessa perspectiva, o adquirente participa do contraditório com os poderes processuais de parte principal, e não na condição de mero assistente do transmitente, exurgindo daí a sua vinculação natural à coisa julgada formal e material, *ex vi* do art. 506 do CPC/2015.

Mesmo assim, ainda seria de se refletir acerca da hipótese em que o adquirente não tenha conhecimento do litígio, ainda que houvesse motivos para tê-lo. Em outras palavras, a construção acima referida serve bem à hipótese em que o adquirente *espontaneamente* acorre ao processo pendente, nele passando a atuar como parte principal, com ou sem a aquiescência do adversário do alienante. *Quid jus* se tal intervenção espontânea não ocorre?

Parece lícito intuir, nessa configuração, que o contraditório seria concretizado em plenitude mediante a *necessária cientificação* do adquirente a respeito da exis-

72. A premissa é adotada com base na doutrina clássica, muito embora já se tenha feito menção à posição crítica de ALVARO DE OLIVEIRA (n. 2, *supra*).

73. Contrariamente à letra do art. 109, § 2º, do CPC/2015.

tência daquele específico processo, abrindo-se a oportunidade para sua intervenção num determinado prazo.⁷⁴ Só assim seria possível, com ou sem a efetiva intervenção dele, admitir-se que o contraditório lhe fora oportunizado, legitimando-se a afirmação de que a coisa julgada lhe atingiria diretamente.⁷⁵ Na hipótese em que o adquirente optasse por não intervir, isso não passaria de uma contumácia, incapaz de retirar os efeitos legítimos do exercício da jurisdição. Nessa conformidade, o alienante atuaria como legítimo e verdadeiro substituto processual do adquirente.

No âmbito dessa construção, seria preciso impor ao alienante o *dever de comunicar ao juízo* sobre a ocorrência da transmissão do direito litigioso. Tal comunicação viria embutida já no requerimento para a cientificação do adquirente, sem se excluir a possibilidade de o juiz, *ex officio*, ao ter notícia da transmissão, determinar a cientificação do adquirente ou cessionário, com vistas a lhe garantir o contraditório.

A depender do momento dessa cientificação, seria de se admitir, também em prol da concretização otimizada do contraditório, que o adquirente pudesse emendar a petição inicial (se o alienante fosse o autor) ou acrescentar argumentos de defesa (se o alienante fosse o réu).

Porém, se adotada a posição doutrinária clássica, mais consentânea com a literalidade da lei, o adquirente em hipótese alguma precisa ser cientificado quanto à existência do processo, e a sua intervenção dá-se espontaneamente: ou por intermédio da assistência (art. 109, § 2º) ou por meio da sucessão processual (art. 109, § 1º), desde que, na última hipótese, haja concordância do adversário do alienante. Na condição de assistente, o adquirente prestará auxílio ao seu substituto processual, o alienante ou cedente (art. 109, § 2º). Na outra hipótese, se não houver concordância da contraparte quanto à sucessão processual, o adquirente permanece fora do processo e o alienante continua a conduzir o processo, na condição de substituto processual daquele.

Nessa configuração, o que não parece razoável é aceitar a ideia de que a vontade pura e simples da contraparte possa ser erigida ao patamar de con-

74. Tenha-se em mente a clássica noção de contraditório deixada por MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto: “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los” (*Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1973, n. 81, p. 82).

75. Parcialmente convergentes com o texto são as posições de TALAMINI, Eduardo (*Cosa julgada e sua revisão*, cit., p. 112-113) e BIANCHI, Pedro Henrique Torres (*Substituição processual e coisa julgada no processo civil individual*. Tese, São Paulo: USP, 2014, n. 37, p. 124-128).

dição *sine qua non* para a construção de hipótese de substituição processual. O legislador, ao colocar na vontade de um dos sujeitos a chave mestra para a constituição de substituição processual, desviou-se da noção segundo a qual o contraditório deve ser respeitado numa dimensão superlativa, e as hipóteses de substituição processual devem estar calcadas em elementos objetivos, sem que haja espaço para discricionariedade na formulação dessas hipóteses. Se não há campo para discricionariedade do legislador, conforme se defendeu com apoio em MONTERO AROCA, muito menos haveria possibilidade de eclodir substituição processual baseada na discricionariedade de um dos sujeitos parciais do processo.

Diz-se que a substituição processual vem geralmente construída sobre alguma estrutura capaz de beneficiar, ainda que indiretamente, a posição do substituto, tanto que ausente essa utilidade não se teria razão para se instituir a legitimidade extraordinária.⁷⁶ Aqui, porém, no âmbito da alienação do direito litigioso, a construção da substituição processual – para quem a admite, obviamente – visa à proteção não do substituto, mas sim de seu adversário originário, isto é, do sujeito alheio à transmissão, a quem o legislador confere o poder de definir se o titular do direito material discutido no processo participará ou não do contraditório pleno.

A indagação que parece relevante diz respeito aos valores que o legislador almeja proteger com tal disciplina. É dizer, quais prejuízos querem ser evitados ao adversário do transmitente a ponto de se admitir que ele, por sua vontade, possa afastar o adquirente do exercício do contraditório, lembrando-se de que a mera *assistência*, permitida pela legislação mesmo sem a aquiescência de quaisquer das partes originárias, não atinge o mesmo *status* jurídico-processual ostentado pela figura da *parte principal*.⁷⁷

76. *Instituições...*, cit., v. II, n. 548, p. 318.

77. Ainda que o art. 109, § 2º, do NCPC esclareça que o adquirente pode ingressar no processo pendente na condição de *assistente litisconsorcial*, sendo este *considerado litisconsorte* da parte principal (art. 124 do NCPC), permanece viva a distinção entre *parte principal* e *assistente litisconsorcial*. Embora com poderes amplos, o assistente litisconsorcial, por exemplo, não pode modificar o objeto litigioso do processo, prerrogativa que está ao alcance da parte principal (FERRAZ, Sérgio. *Assistência litisconsorcial no direito processual civil*. São Paulo: Ed. RT, 1979, p. 70). Isso se deve ao fato de que o “assistente litisconsorcial não é parte” (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 203), já que ele “não formula pedido e nem em face dele nada é pedido” (SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, t. I, p. 483).

Tem-se afirmado que os interesses da contraparte devem ser protegidos pelo prisma das verbas de sucumbência e também pelo prisma da conveniência.⁷⁸ Se isso estiver correto, e realmente não se consegue imaginar outros embaraços à posição jurídico-processual do adversário do alienante, é possível objetar que tais valores não alcançam a estatura ou a magnitude do direito fundamental ao contraditório. Ou seja, não seria lícito ao legislador, para proteção desses interesses, autorizar que o sujeito diretamente atrelado à relação de direito material discutida no processo ficasse simplesmente fora do processo e, mesmo deste não participando, fosse alcançado pela imutabilidade decorrente da coisa julgada.

Implica dizer que os valores protegidos pelo legislador são muito tênues se comparados com a drástica consequência que se impõe ao adquirente: inadmissão de ingresso no processo na condição de parte principal.

Com efeito, o motivo calcado na *conveniência* de se litigar contra um sujeito em cuja lisura se confia acaba por autorizar a uma das partes a escolha do adversário, algo que parece não estar ajustado à noção de que o acesso à justiça, pensado na perspectiva do adquirente, não pode ser obstado pela singela vontade e conveniência de quem quer que seja.

De outra parte, a proteção patrimonial relativa à garantia de satisfação das verbas de sucumbência poderia ser facilmente concretizada mediante a criação de hipótese de *solidariedade* entre o sucessor e sucedido. Com isso, os riscos financeiros do processo não seriam debitados na conta do contraditório, mas sim distribuídos, em regime de solidariedade, aos envolvidos na transmissão (alienante e adquirente). Nesse contexto, os interesses do adversário do alienante seriam plenamente satisfeitos, pois não correria o risco de litigar com um adversário incapaz de suportar os encargos financeiros de uma eventual sucumbência, e, ao mesmo tempo, o sistema garantiria ao titular da relação de direito material discutida no processo o devido processo legal.

78. Eis as palavras de CÂNDIDO DINAMARCO: “O Código outorga a este (adversário do alienante) o *poder* de exigir que as partes continuem as mesmas, para resguardá-lo de possível fraude consistente em transferir o bem a um insolvente que depois não possa arcar com os encargos do processo”. Em nota de rodapé, o autor acrescenta: “Ou pode ele, também, ter razões para não litigar com um adversário inconveniente, em cuja lisura não confia” (*Instituições...*, cit., v. II, n. 531, p. 281, texto e nota 29). ALVARO DE OLIVEIRA também refere que a discordância da contraparte poderia ter relação com o sucesso no reembolso das verbas de sucumbência (*Alienação...*, cit., § 22, p. 176).

Sendo assim, parece lícito afirmar que haveria meios menos drásticos, mas igualmente *eficientes*, de se assegurar os interesses da contraparte.

Em suma, a construção de hipótese de substituição processual, no esquema engendrado pelo art. 109 do CPC/2015, não passa pelo teste da adequação, gerando, na verdade, uma proteção insuficiente em termos de acesso à justiça por parte do adquirente ou cessionário do direito litigioso. O sistema atual contém um evidente desequilíbrio de forças, já que coloca em alto pedestal, mas sem justificção plausível, a posição do adversário do transmitente, em prejuízo do direito ao contraditório por parte do adquirente ou cessionário.

Poder-se-ia objetar, na tentativa de afastar as ideias aqui defendidas, que o regime da *assistência litisconsorcial*, tal como previsto nos arts. 109, § 2º, e 124, ambos do CPC/2015, seria apto a conferir adequada proteção processual ao adquirente ou cessionário. Entretanto, na condição de parte principal, o adquirente ou cessionário haveria de ser, necessariamente, citado para integrar o contraditório,⁷⁹ situação que não se verifica na assistência litisconsorcial, já que se cuida de modalidade *espontânea* de intervenção. Além disso, existem certos procedimentos refratários à admissão de intervenções de terceiros, tal como ocorre no âmbito da Lei 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis) e da Lei 12.016/2009 (Mandado de Segurança). Nessa última perspectiva, tratar o adquirente ou cessionário como assistente litisconsorcial seria o mesmo que afastá-lo, por completo, do contraditório, tudo ficando à mercê da *vontade* exclusiva do adversário do alienante ou cedente.

De tudo quanto foi examinado, a construção dogmática de ALVARO DE OLIVEIRA, dentre outras vantagens que o próprio autor anuncia, poderia constituir solução válida para o sistema brasileiro, com o benefício de que aludida postura interpretativa viria ao encontro da concretização do direito fundamental ao contraditório. Bastaria que se aceitasse a intervenção do adquirente na condição de *parte principal* e, diante da discordância em relação à efetiva sucessão processual, o alienante continuaria no processo com o *status* de assistente do adquirente, respondendo ambos, solidariamente, pelas verbas de sucumbência na hipótese de vitória do adversário do alienante.⁸⁰ Com isso, os interesses de todos seriam satisfatoriamente protegidos, evitando-se uma

79. A afirmação está em compasso com a definição legal de citação adotada pelo CPC/2015 (art. 238).

80. Essa seria a sugestão de *lege ferenda*, capaz de colocar o CPC/2015 em linha com aquilo que se anunciou na sua Exposição de Motivos, em especial no que toca à propalada “sintonia fina com a Constituição Federal”.

injustificável construção de hipótese de substituição processual fundada na mera vontade de um dos sujeitos parciais do processo: ganharia o devido processo legal!

5. BIBLIOGRAFIA

- ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. Milano: Giuffrè, 1992 (ristampa).
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Alienação da coisa litigiosa*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1979.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 1975. v. I e II.
- _____. *Direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: Ed. RT, 1972. v. II.
- _____. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: Ed. RT, 1990. v. I.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- BIANCHI, Pedro Henrique Torres. *Substituição processual e coisa julgada no processo civil individual*. Tese, São Paulo: USP, 2014.
- CAMPOS JR., Ephraim de. *Substituição processual*. São Paulo: Ed. RT, 1985.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARNELUTTI, Francesco. Appunti sulla successione nella lite. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. IX, parte I, p. 3-14. Padova: Cedam, 1932.
- _____. Successione nella lite e intervento del successore nel processo. *Rivista di Diritto Processuale*. v. XII, p. 121-123. Padova: Cedam, 1957.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965 (ristampa).
- COSTA E SILVA, Paula. *Repensando a transmissão da coisa ou direito em litígio: ainda um contributo para o estudo da substituição processual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- CUNHA, António Júlio. *Limites subjectivos do caso julgado e a intervenção de terceiros*. Lisboa: Quid Juris, 2010.
- CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Pluralidade de partes e intervenção de terceiros*. São Paulo: Ed. RT, 1991.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

- _____. Comentário ao art. 3º da Lei do Mandado de Segurança. In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Comentários à nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- FAZZALARI, Elio. Successione nel diritto controverso. *Rivista di Diritto Processuale*. anno XXXIV, n. 4, p. 521-535. Padova: Cedam, 1979.
- FERRAZ, Sérgio. *Assistência litisconsorcial no direito processual civil*. São Paulo: Ed. RT, 1979.
- GARBAGNATI, Edoardo. *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*. Milano: Giuffrè, 1942.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1935.
- MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1973.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas. *Sentença e coisa julgada: exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475)*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.
- MONTELEONE, Girolamo A. *I limiti soggettivi del giudicato civile*. Padova: Cedam, 1978.
- MONTERO AROCA, Juan. *De la legitimación en el proceso civil*. Barcelona: BOSCH, 2007.
- OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. *Substituição processual*. São Paulo: Ed. RT, 1971.
- PAVANINI, Giovanni. Appunti sugli effetti della successione nella pretesa per atto tra vivi durante il processo. *Rivista di diritto processuale civile*. vol. IX, parte II, p. 137-165. Padova: Cedam, 1932.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5. ed. Napoli: Jovene, 2006.
- _____. Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. anno XXV, n. 4, p. 1216-1266. Milano: Giuffrè, 1971.
- RAMOS MENDEZ, Francisco. *La sucesión procesal*. Barcelona: Editorial Hispano Europea, 1974.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, t. I.
- _____. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- A coisa julgada e a problemática dos limites subjetivos, de João Paulo Marques dos Santos – *RePro* 264/111-126 (DTR\2016\25029);
- Contrato híbrido com características de cessão de crédito e alienação de objeto litigioso – Sentença condicional ilícita vs. sentença com efeitos pro futuro, de Nelson Nery Jr. – *Soluções Práticas de Direito – Nelson Nery Junior* 7/367-423 (DTR\2014\17390); e
- Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015, de Fredie Didier Jr. – *RBA* 1/59-84 (DTR\2016\19865).

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.

Direito Penal



ACORDOS DE LENIÊNCIA E DE COLABORAÇÃO PREMIADA NO DIREITO BRASILEIRO: ADMISSIBILIDADE, POLÊMICAS E PROBLEMAS A SEREM SOLUCIONADOS

LENIENCY AGREEMENTS AND PLEA BARGAIN AGREEMENTS UNDER BRAZILIAN LAW: SOME LEGAL CONTROVERSIES

ROGÉRIO FERNANDO TAFFARELLO

Doutorando e mestre em direito penal pela USP. Advogado.
taffarello@andradetaffarello.com.br

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional; Processual

RESUMO: O presente artigo trata da introdução e desenvolvimento, no direito brasileiro moderno, de acordos de leniência – em âmbito antitruste e anticorrupção – e de colaboração processual penal. Examina a natureza jurídica desses institutos e, mais detidamente, as polêmicas relativas à sua admissibilidade ética e jurídica. Ao final, arrola, para as diferentes modalidades de acordo, importantes questões ainda pendentes de resolução no plano legislativo e na prática das agências oficiais de controle no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Acordos de leniência – Políticas antitruste – Políticas anticorrupção – Colaboração premiada

ABSTRACT: This essay scrutinizes the introduction and development of leniency and plea bargain agreements in recent Brazilian legal system related to antitrust, anticorruption and criminal law. After scrutinizing the nature of such provisions and – more specifically – the ethical and juridical controversies connected to their adoption, the essay eventually enlist important pending matters and lacks of appropriate regulation and enforcement regarding those different types of agreements upon Brazilian law.

KEYWORDS: Leniency agreements – Antitrust policies – Anticorruption policies – Plea bargaining

SUMÁRIO: 1. Acordos de leniência e de colaboração premiada: considerações introdutórias. 2. A moderna emergência dos acordos de leniência e de colaboração premiada no Brasil. 3. Natureza jurídica. 4. Delimitação de escopos, aplicabilidade e polêmicas sobre a admissibilidade dos institutos de direito premial. 5. Algumas lacunas de regulação jurídica e problemas a serem solucionados. 6. Bibliografia.

1. ACORDOS DE LENIÊNCIA E DE COLABORAÇÃO PREMIADA: CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A despeito das relevantes diferenças existentes entre um e outro, há muitos pontos de convergência entre os institutos jurídicos do acordo de leniência e da colaboração premiada. Dentro das disciplinas jurídicas que lhes tocam, respectivamente o direito administrativo e o direito penal e processual penal, e ressalvadas as peculiaridades de um e de outro, ambos se inserem no contexto daquilo que alguns tem acunhado como o campo do *direito premial*.

Quando se fala, na atualidade, acerca da aplicação de acordos de leniência – tanto em sede concorrencial quanto, de poucos anos para cá, também no âmbito da legislação anticorrupção – e de colaboração premiada no Brasil, é comum ouvir-se que se trata de institutos de introdução relativamente recente em nosso ordenamento, os quais teriam inaugurado uma tradição totalmente nova de beneficiar aquelas pessoas, físicas e/ou jurídicas – a depender da natureza do acordo – que colaborem com o interesse estatal na investigação e persecução das infrações administrativas e criminais relacionadas.

Essa consideração, porém, é verdadeira somente em parte: mesmo no direito criminal, caracterizado, sobretudo na tradição cultural da *civil law* europeia continental, por maior rigidez normativa e menor – quase nenhuma – flexibilidade a respeito das possibilidades de os órgãos responsáveis pela persecução transgirem com penas e outras medidas de natureza material ou processual, há alguns antecedentes históricos relevantes integrados ao sistema jurídico. Citem-se, como exemplos, as previsões, assentadas no ordenamento desde o início de vigência do atual Código Penal (datado de 1940), acerca do arrependimento posterior, em que o agente de crime praticado sem violência ou grave ameaça repara voluntariamente o dano causado e faz jus à redução da pena à razão de até dois terços (CP, art. 16, com redação dada pela reforma da parte geral de 1984); a reparação do dano efetuada no crime de peculato em sua modalidade culposa (CP, art. 312, § 3º); o instituto da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no âmbito dos delitos fiscais e previdenciários (Lei 9.249/95, art. 94). Em nenhum desses casos, todavia, sucede qualquer *afetação a direitos ou interesses de terceiros*, mas eles apenas consubstanciam hipóteses em que uma determinada ação voluntária do agente visando a reparar o dano causado ao bem jurídico tutelado faz nascer em seu favor um direito público subjetivo à redução ou à extinção da pena.

Já no âmbito eminentemente processual, a edição da Lei 9.099/95, instituidora dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, inovou em nosso ordenamento ao consagrar a figura da “transação penal” (art. 72 e seguintes), a qual permite

ao Ministério Público propor ao investigado, ainda antes do oferecimento de eventual denúncia formal, a aplicação imediata de medida restritiva de direitos, sem assunção de culpa, cujo cumprimento importará a extinção da punibilidade. Também aqui não há, contudo, a afetação de um interesse de terceiro, embora já haja – com nítida inspiração na cultura jurídica anglo-saxônica – um ingrediente a mais, o do alegado “acordo” entre as partes, acusação e defesa.

Cite-se haver, ainda, sob o ângulo processual penal, a tradicional figura doutrinariamente conhecida como “*chamamento do corréu*”, consistente na hipótese em que o investigado ou acusado, ao ser interrogado na polícia ou em juízo, admitindo ou não a autoria de um determinado delito, atribui autoria, coautoria ou participação delitiva a um terceiro. A doutrina processualista, nesses casos, debate-se acerca da natureza jurídica da parte do depoimento em que se atribui prática ilícita a outrem, uns considerando que se trata de testemunho,¹ ao passo que outra e mais acertada corrente lhe nega essa qualidade – visto que não há compromisso de dizer a verdade (CPP, art. 203) e nem se pode cometer o delito de falso testemunho (CP, art. 342), não se podendo arrolar ou mesmo contraditar a tal “testemunha”;² certo é, de toda sorte, que se trata, aqui, de hipótese veraz de *delação* de terceiro.³

Se, portanto, a concessão de benefícios pelo Estado sob determinadas condições não é propriamente uma novidade,⁴ a existência de “acordos” para a con-

1. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no processo penal*, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 192.
2. BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus – Elsevier, 2012, p. 314.
3. *Idem*, *ibidem*, p. 314.
4. A rigor, são bastante remotos os primeiros registros históricos relevantes de concessão de benefícios legais por aqueles que contribuísem com o interesse da persecução: “*A oferta de vantagens a quem forneça ao Estado informações sobre fatos delituosos ou sobre seus autores não é exatamente uma novidade. Introduzida pelo legislador Sólon na Grécia Antiga, foi usual também em Roma – Judas teria delatado o Messias em troca de algumas moedas. Adotada entre os Séculos XVI e XVIII nos degenerados tribunais da Inquisição e do Antigo Regime, teve aplicação no Brasil por meio das Ordenações Filipinas, aqui vigentes entre 1603 e 1830, as quais, em seu Livro V, Títulos VI (§ 12) – base jurídica do benefício dado a Joaquim Silvério dos Reis no caso Tiradentes – e CXVI, concediam o perdão a malfetores que delatassem outros*”. In: TAFFARELLO, Rogério Fernando. “Colaboração premiada: reflexões sobre um instituto em construção”. In: *Jota*, 20.03.2015. Disponível em: [<http://jota.info/colaboracao-premiada-reflexoes-sobre-um-instituto-em-construcao>]. Acesso em: 29.11.2016.

cessão de benefícios o é, mormente na dimensão atual, que os faz emanar de um verdadeiro processo de negociação entre as partes interessadas. É nesse contexto que se tem os acordos de leniência e de colaboração premiada como novidades da última década e meia no Brasil – inspiradas, como não poderiam deixar de ser, em movimentos semelhantes tomados em ordenamentos jurídicos estrangeiros.

2. A MODERNA EMERGÊNCIA DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA E DE COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

O instituto da leniência foi introduzido em nossa legislação por meio da Medida Provisória 2.055/00, depois convertida, após duas reedições, na Lei 10.149/00. Reformava-se, então, a Lei 8.884/94, então regente do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), para introduzir-lhe os arts. 35-B e 35-C. O instituto foi aperfeiçoado ao longo dos anos, inclusive a partir da experiência concreta da então Secretaria de Direito Econômico e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e dos entendimentos consolidados deste órgão, resultando em sua manutenção e ampliação no momento da reforma do SBDC, com o advento da Lei 12.529/11, na qual mereceu um capítulo próprio, intitulado “*do programa de leniência*” (arts. 86 e 87),⁵ inserto no título referente às espécies de processo administrativo.

Sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro decorreu, como também sucedeu em outros países, do sucesso daquilo que se convencionou chamar, nos Estados Unidos da América, de “*leniency revolution*”:⁶ ali, a

5. É possível considerar, neste ponto, que a terminologia empregada pela lei com o uso do vocábulo “*programa* [de leniência]” – e nunca é demais recordar que o legislador não escolhe palavras ao acaso – denota a intenção legislativa de significar que também no Brasil, assim como nos EUA, o instituto da leniência já passou a merecer uma política própria no âmbito do sistema de defesa da concorrência, tamanha é importância por ele adquirida nessa seara do direito administrativo e econômico. Assim é que o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica define o “programa de leniência” como “*um conjunto de iniciativas com vistas a: I – detectar, investigar e punir infrações contra ordem econômica; II – informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529, de 2011; e III – incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de acordo de leniência*”. Disponível em: [file:///C:/Users/Rogério/Downloads/RICADE%20-%20sem%20marcas_25_mai_2016_final-Res%2015%20(1).pdf]. Acesso em 30.11.2016.

6. SPAGNOLO, Giancarlo. “Leniency and whistleblowers in antitrust”. In: *Handbook of Antitrust Economics*. BUCCIROSSI, Paolo. (org). Cambridge (MA): The MIT Press, p. 259.

partir da reorganização e introdução, respectivamente nos anos de 1993 e 1994, de políticas de leniência voltadas para corporações e para indivíduos,⁷ os tradicionais meios de investigação de infrações anticoncorrenciais – notadamente de cartéis –, a saber, as reclamações de consumidores, as auditorias e as buscas e apreensões foram substituídas em seu protagonismo pela cooperação de pessoas físicas e jurídicas envolvidas nos esquemas ilícitos, somente secundada por aqueles métodos antes aludidos, os quais passaram a desempenhar papel complementar.⁸ Essa bem-sucedida revolução na política antitruste estadunidense em poucos anos influenciou a União Europeia (onde as políticas de leniência chegaram já a partir do ano de 1996)⁹ e numerosos outros países a adotarem práticas semelhantes,¹⁰ chegando ao Brasil ao fim daquela década.

O primeiro acordo de leniência firmado com a autoridade antitruste brasileira data do ano de 2003,¹¹ e, desde então, mais de cinquenta acordos do gênero foram celebrados até o corrente ano de 2016,¹² em número que não para de crescer – e, também entre nós, a essa altura as políticas de leniência são consideradas extremamente bem-sucedidas. Não por outra razão, decerto, o modelo adotado na política de defesa da concorrência inspirou o legislador brasileiro da lei anticorrupção (ou, como preferem alguns, “*lei da empresa limpa*”),¹³ a Lei 12.846/13, o qual assentou a possibilidade de realização de acordos de leniência também nesse campo (art. 16).

7. A rigor, nos EUA, o programa de leniência fora concebido ainda no ano de 1978, malgrado somente nos anos de 1990, como dito, haja iniciado o seu atual e formidável ciclo de expansão. A respeito, ver: MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013, p. 258.

8. SPAGNOLO, Giancarlo. *Op. cit.*, p. 259.

9. MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. “Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos”. In: *Revista de direito público da economia*, ano 12, n. 47. Belo Horizonte: Forum, jul.-set./2014, p. 79.

10. SPAGNOLO, Giancarlo. *Op. cit.*, p. 259.

11. MARTINEZ, Ana Paula. “Challenges ahead of leniency programs: the Brazilian experience”. In: *Journal of European competition law & practice*, February-2015, p. 01.

12. Informação do mês de outubro de 2016. Disponível em: [<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>]. Acesso em: 30.11.2016.

13. HAGE SOBRINHO, Jorge. “Lei 12.856/13: lei da empresa limpa”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 103, n. 947. São Paulo: Revista dos Tribunais, set-14, p. 37-55; CARVALHOSA, Modesto. “A Nova lei da empresa limpa”. In: *O Estado de S. Paulo*, 30.01.2014, p. A2.

A seu turno, a colaboração premiada em âmbito penal e processual penal experimentou pouco mais de duas décadas de introdução e amadurecimento até ser finalmente regulamentada em termos minimamente viáveis, o que se deu com o advento da Lei 12.850/13, a atual lei de organizações criminosas.

Considera-se que a pioneira introdução do instituto da “delação premiada” em nosso ordenamento deu-se por meio da edição da lei dos crimes hediondos, a Lei 8.072/90, cujo art. 7º adicionou, no Código Penal, o § 4º em seu art. 159, instituindo causa especial de redução de pena para o delito de extorsão mediante seqüestro praticado em associação, a qual incidiria nas hipóteses em que um membro da quadrilha ou bando notificasse o fato à autoridade de modo a influir para a libertação da vítima. Aqui, convém recordar que a fonte imediata que inspirou o legislador foi a legislação antiterrorista e antimáfia italiana dos anos 1970 e 1980,¹⁴ a qual celebrou, naquele país, a figura dos ditos “*pentiti*” (arrepentidos).

Poucos anos depois, a partir de 1995, o instituto ganhou previsões esparsas na legislação penal e processual penal aos temas de organizações criminosas (Lei 9.034/95, art. 6º); crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 9.080/95, art. 1º);¹⁵ crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo (Lei 9.080/95, art. 2º); lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98, art. 1º, § 5º); proteção a testemunhas (Lei 9.807/99, arts. 13 a 15); tráfico de drogas (Lei 10.409/02, art. 32, §§ 2º e 3º; Lei 11.343/06, art. 41).

14. FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Crimes hediondos*, 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 523; TAFFARELLO, Rogério Fernando. *Op. cit.*, 28.03.2015. Acesso em: 29.11.2015.

15. Interessante, neste ponto, observar que, diante da perplexidade notada não somente na sociedade como também na doutrina e na jurisprudência acerca dos muitos e decisivos acordos de colaboração que têm sido celebrados no âmbito da atual operação “Lava a Jato”, vozes supostamente autorizadas para tratar do tema têm sido vitimadas pela imprensa e pela carência de pesquisa e reflexão. Assim é que, aposentado do Superior Tribunal de Justiça e subitamente convertido em parecerista e palestrante sobre o tema, o Min. Gilson Dipp tem apregoado que a previsão inaugural do instituto entre nós teria dado-se em 1986, quando do advento da Lei 7.492 (a respeito, ver: “Processo Penal. Delação premiada. Lei 12.850/13. Quebra de acordo de delação premiada. Impossibilidade de novo acordo” [parecer solicitado pela defesa de Erton Medeiros da Fonseca no âmbito da ação penal 5083360-51.2014.404.7000, em curso perante a 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba]. Brasília, aos 09.03.2015, p. 04); rematado equívoco, como acima visto, possivelmente atribuível ao fato de o autor ter observado a data da edição da lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional sem se atentar para o fato de que o dispositivo correspondente somente proveio da reforma parcial de seu texto determinada pela Lei 9.080, nove anos mais tarde.

Ocorre que, em todos esses casos, os textos legais eram vagos ao admitir a concessão de benefícios prescindindo do estabelecimento de regras quaisquer para a colaboração e para a celebração de eventual acordo. Desconheciam-se, pois, regras quaisquer nesse sentido, o que implicava insegurança jurídica intolerável: não se sabia sequer qual era o órgão ou autoridade estatal legitimado a negociar e a pactuar o acordo, que por vezes poderia ocorrer como o delegado de polícia, noutras com o representante do Ministério Público e ainda noutras – por mais absurdo que possa parecer – com o próprio magistrado competente para a apreciação do feito, o que, a toda evidência, contaminava a imparcialidade objetiva da jurisdição. Tampouco se sabia, nos acordos celebrados com a polícia ou com o Ministério Público, em que medida poderia ou deveria o juiz intervir. Disso resultavam grandes variações em forma e conteúdo entre acordos celebrados com pessoas ou em locais diferentes, vulnerando a isonomia constitucionalmente imposta (CRFB, art. 5º, *caput*). Imperava, pois, o voluntarismo e a insegurança jurídica, razão por que o instituto, *aludido*, mas não suficientemente *regulado* pela legislação então vigente, resultava, a meu ver, inconstitucional por déficit de observância do princípio da legalidade no âmbito penal e processual penal (CRFB, art. 5º, XXXIX).

Assim é que o advento da Lei 12.850/13 veio solucionar, malgrado ainda não a contento, esse sério problema de inaplicabilidade do instituto, porquanto traz alguma regulação a respeito, lacunosa, mas minimamente bastante à sua aplicação. E, com isso, afirmou em definitivo a sua presença no ordenamento, com força revigorada, cujos efeitos o país está a assistir em recentes investigações criminais de grande repercussão política e mediática.

3. NATUREZA JURÍDICA

Afigura-se senso comum teórico e prático a noção de que acordos de leniência e de colaboração premiada possuem natureza jurídica contratual. Isso se tenciona em virtude (i) de sua bilateralidade imanente, (ii) de envolver obrigações recíprocas de ambas as partes, (iii) da voluntariedade que lhes é pressuposta, e mesmo (iv) diante da existência de um processo prévio de negociação. Tratar-se-ia, pois, sob a ótica jurídico-administrativa, de espécie de contrato administrativo.

Não há, contudo, consenso doutrinário a respeito. Com efeito, parece precedente a advertência de que contratos administrativos não possuem em seu objeto competências – ou atribuições – administrativas tradicionalmente vinculadas, e elas são precisamente o que consubstancia o objeto dos acordos de que aqui se cuida; em poucas palavras, uma sorte de negociação sobre o “*poder*

de polícia” da Administração.¹⁶ Dessa maneira, é possível considerar que se trata não de contratos, mas de “atos administrativos consensuais”,¹⁷ originados da emergência do Estado Social e do incremento da complexidade que este passou a ter em suas relações com os administrados,¹⁸ circunstâncias que requerem uma readequação teórica com vistas à satisfatória acomodação desses e de outros novos institutos no campo do direito administrativo.

Do ponto de vista do direito processual penal, tem-se – e agora, desde o advento da Lei 12.850/13, de modo definitivo – que a colaboração premiada constitui, conforme expressão literal da vontade do legislador, “meio de obtenção de prova” (art. 3º, *caput* e inc. I). Isso significa dizer que se trata de um instrumento posto à disposição dos responsáveis pela persecução penal para a colheita de fontes ou de elementos de prova, os quais, estes sim – e não aquele – são aptos a servir ao convencimento do julgador.¹⁹ Em si, portanto, a colaboração premiada e as narrativas fáticas que traz não possuem valor probatório, circunstância que acertadamente influenciou no texto da Lei 12.850/13, positivando expressa vedação a que as declarações do colaborador possam ser vistas como suficientes para lastrear uma sentença condenatória (art. 4º, § 16).²⁰

16. MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. *Op. cit.*, p. 75. Assinalam os autores, no trecho, que, segundo a visão jurídico-administrativa tradicional, “atos administrativos implicavam a restrição de direitos dos particulares (tal como se dá no exercício de polícia administrativa) e os contratos envolviam tratativas com os particulares com vistas ao fornecimento de alguns bens e serviços, de modo que neles estava presente alguma medida de consenso”, sendo que os acordos não se encaixam propriamente em nenhuma das duas hipóteses.

17. *Idem, ibidem*, p. 73-82.

18. “Com a assunção de tarefas positivas pelo Estado, os atos ampliativos da esfera de direitos dos particulares passam a ser tão relevantes quanto os atos autoritários de restrição da conduta privada. Nessa medida, o binômio ‘autoridade vs. consenso’ não permite a distinção adequada entre atos e contratos administrativos. Com efeito, não seria incorreto afirmar que há um consenso inerente aos atos administrativos que concedem direitos a particulares”. *Idem, ibidem*, p. 76.

19. BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Op. cit.*, p. 270-272.

20. “Enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direito do julgador, os meios de obtenção de prova somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos”. *Idem, ibidem*, p. 270. Ainda a respeito da importante, e por vezes menosprezada, correção na expressão terminológica da prova, de suas fontes, elementos, meios e meios de obtenção, e da repercussão jurídica de cada qual, ver: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)”. In: YARSELL, Flavio Luiz;

4. DELIMITAÇÃO DE ESCOPOS, APLICABILIDADE E POLÊMICAS SOBRE A ADMISSIBILIDADE DOS INSTITUTOS DE DIREITO PREMIAL

Como já acenado em linhas anteriores, se é verdade que a oferta de incentivos jurídicos pelo Estado a quem busca reparar o dano de uma infração que haja praticado ou a quem lhe ofereça contribuição para a persecução de infrações de terceiros não é propriamente uma novidade das décadas recentes, não é menos verdadeiro que a introdução dos programas e acordos de leniência e de colaboração premiada na legislação recente, seguida da ênfase que as instituições oficiais passaram a tributar-lhes, representa um câmbio significativo no foco das políticas administrativas e judiciárias dedicadas à investigação e persecução de determinados tipos de atos ilícitos. E tal mudança é acompanhada de inevitáveis estranhamentos dogmáticos e culturais sentidos pela comunidade jurídica ao longo do processo de adaptação a essa nova realidade.

Enfatize-se, em primeiro lugar, que os institutos de que aqui se cuida possuem aplicabilidade circunscrita a determinadas espécies de infrações. O acordo de leniência previsto na legislação antitruste se aplica unicamente a casos de infração à ordem econômica, notadamente cartéis;²¹ o outro, somente deve ser aplicável a atos de corrupção praticados em contextos de organizações empresariais; por fim, a colaboração premiada só pode ser utilizada a crimes praticados no bojo de organizações criminosas, tal como definidas no art. 1º da Lei 12.850/13.²²

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303-318.

21. Lembra Forgioni que “o acordo de leniência pode ter lugar em qualquer hipótese de infração à ordem econômica, mas acaba empregado quase que exclusivamente nos casos de cartéis pelas dificuldades inerentes à investigação desse tipo de infração”. FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do antitruste*, 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 151.
22. Questão que pode revelar-se polêmica em muito breve na doutrina nacional seria a da eventual aplicabilidade do instituto da colaboração premiada também para o delito de associação criminosa, previsto no art. 288 do Código Penal, com sua atual redação determinada pela própria Lei 12.850/13. Conhecendo-se a tendência nacional de permanente flexibilização de garantias na interpretação das leis penais, invariavelmente impulsionada pelo (onipresente) discurso populista de “redução da impunidade”, crê-se que o caráter associativo desse delito, adicionado do fato de tutelar o mesmo bem jurídico – a paz pública – e, por fim, o fato de a atual redação da figura emanar de dispositivo da mesma lei fará que muitos doutrinadores desavisados e aplicadores da lei considerem-no aplicável também a essa figura e a outros delitos em geral

Todas essas espécies de infração apresentam entre si características comuns, as quais se revelam de grande importância quando se analisa a aplicabilidade e mesmo a admissibilidade – do ponto de vista da legitimidade – dos acordos celebrados com os respectivos órgãos de investigação: são, em primeiro lugar, infrações que afetam bens jurídicos de titularidade difusa – a saber, a ordem econômica; a Administração Pública e o dever de probidade do agente público; a paz pública. E, nessa medida, não possuem vítimas diretas, individualmente determinadas ou determináveis, razão por que não se tem percepção imediata da lesão sofrida e, como consequência, apresentam altos índices de subnotificação, frequentemente remanescendo ocultos das pessoas e das agências de controle – malgrado apresentem elevada danosidade social. A outra nota comum que lhes é fundamental é o caráter associativo, de que decorre o interesse de todos aqueles que neles se envolvem de cometê-los às escondidas e de primarem pela discrição, com o que todos tendem a ficar livres do alcance dos órgãos de investigação e perseguição.

Assim é que, diante dessas características inevitavelmente conducentes à subnotificação e à emergência de significativas dificuldades probatórias nos casos notificados, e também à luz da especial gravidade dos ilícitos e da especial relevância comunitária dos bens jurídicos por eles afetados, houve-se por criar estímulos legais a que a notificação dos fatos à autoridade e eventuais elementos comprobatórios e/ou indicações sobre eles provenham “de dentro”, ou seja, desde pessoas – *físicas*, no caso da colaboração premiada ou mesmo da leniência antitruste, ou *jurídicas*, no caso da leniência anticorrupção ou antitruste – neles envolvidas.

Tal se deu a partir de estudos, desenvolvidos, sobretudo, a partir da década de 1960 nos Estados Unidos, no campo da análise econômica do direito, os

praticados no âmbito de associações criminosas. Nada mais equivocado, visto que a interpretação sistemática da lei evidencia que o seu capítulo II, “da investigação e dos meios de obtenção de prova”, sob cuja epígrafe encontra-se a disciplina da colaboração premiada (arts. 4º a 8º), remete diretamente aos delitos previstos em seu capítulo I, “da organização criminosas”, e mesmo a análise da ementa da lei não permite outra interpretação senão essa. Irrelevante, portanto, nesse mister, o fato de a lei haver alterado a redação do art. 288 do Código Penal, antiga figura de quadrilha ou bando, em seu capítulo III, “*disposições finais*”, não relacionado ao capítulo anterior. Aparentemente concordando com a restrição ao cabimento do instituto para delitos praticados no âmbito de organizações criminosas, ainda que sem tratar especificamente da distinção ora feita no que tange aos delitos praticados por associações criminosas, ver: BECHARA, Fabio Ramazzini. “Colaboração processual: legalidade e valor probatório”. In: *Boletim IBCCrim* n. 269. São Paulo: abril/2015, p. 07.

quais passaram a conceber o delinquente como um agente econômico racional, cujas decisões estão sujeitas a uma apreciação custo-benefício. Dessa maneira, passou-se a utilizar noções próprias para a tomada de decisões estratégicas entre os agentes emanadas da chamada teoria dos jogos²³ com o fito de explorar – no caso pioneiro dos cartéis, depois transmitido para outras searas – a natural desconfiança existente entre os integrantes do *pacta sceleris* e a consequente instabilidade do ajuste entre eles acertado.²⁴ Adota-se, então, a chamada “*lógica da cenoura e do porrete*” (*stick-and-carrot approach*) com vistas a “*garantir um tratamento leniente (cenoura) para aquele que decide pôr fim à conduta e delatar a prática que de outra forma estaria exposta a sanções severas (porrete)*”,²⁵ criando-se um “jogo” semelhante ao alcunhado “dilema dos prisioneiros”, o qual demonstra que dois indivíduos, sobretudo quando tenham motivos para desconfiar um do outro, podem não cooperar entre si ainda que esteja em seu melhor interesse fazê-lo.²⁶ Desta maneira, a oferta de benefícios por parte do Estado tanto incentiva, de um lado, a não cooperação entre eles quanto incrementa, por isso mesmo, os motivos que têm para desconfiarem-se reciprocamente.

Aí repousa, em boa medida, alguns dos porquês do sucesso dos programas de leniência antitruste em todo o mundo, bem como no Brasil, em que, desde o primeiro acordo celebrado no âmbito da antiga SDE e do CADE em outubro de 2003,²⁷ já superaram a meia centena em meados de 2016.²⁸ E esse sucesso, mais recentemente, pretendeu-se replicar também no âmbito das políticas de combate à corrupção, à luz do que se estabeleceu no art. 16 da ainda recente Lei 12.846/13, bem como no âmbito do combate à criminalidade organizada, por meio dos dispositivos pertinentes trazidos pela Lei 12.850/13.

23. “*Dentro do contexto econômico, a teoria dos jogos estuda a tomada de decisão dos jogadores envolvidos, sendo os resultados possíveis a serem alcançados com a adoção de estratégias por cada jogador – denominados payoffs – dependente diretamente das ações dos outros jogadores envolvidos*”. RASSI, João Daniel. “Considerações iniciais sobre o acordo de leniência na nova lei anticorrupção”. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel. *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 261.

24. MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis... op. cit.*, p. 260.

25. *Idem, ibidem*, p. 260.

26. *Idem, ibidem*, p. 260; RASSI, João Daniel. *Op. cit.*, p. 260-261.

27. PA 08012.001826/2003-10, Conselheiro-relator Abraham Benzaquen Sicsu, D.J. 19.09.2007.

28. Disponível em: [<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>]. Acesso em: 30.11.2016.

São conhecidas as resistências da comunidade jurídica à aplicação do instituto, as quais se concentram, nos últimos anos, mais especialmente no campo da advocacia criminal tradicional, mas também em sede doutrinária. Com efeito, muitos objetam que o novo direito premial constitui um estímulo estatal à traição entre indivíduos, um estímulo a que violem padrões éticos de conduta,²⁹ algo que não deveria ser aceitável por parte do Estado, cuja atuação deve ser exemplar e sempre pautada – e, inclusive, legitimada – pelo princípio da superioridade ética.

De outra parte, porém, vozes igualmente autorizadas assinalam a importância dos institutos do direito premial para garantir tutela eficaz e reafirmar o valor dos bens jurídicos eventualmente afetados pela conduta ilícita, com o que defendem a sua eticidade,³⁰ além de, sob o ângulo estratégico defensivo, reconhecerem-no “expressivo de *um modo eficaz – e muita vez o único – de exercício do direito de defesa*”.³¹

A polêmica no plano ético, decerto, não é simples,³² e tampouco se afigura razoável reduzi-la a um mero embate acerca da existência ou não de uma “ética do crime” e de como deveria, diante disso, comportar-se o Estado e suas agên-

29. A respeito, ver: DIAS, José Carlos. “Extorsão ou delação premiada”. In: *Folha de S. Paulo*, 26.08.2005, p. A3; BOTELHO, Augusto de Arruda. “Pelo fim da delação premiada”. In: *Folha de S. Paulo*, 10.10.2014, p. A3; GARCIA, Roberto Soares. “Iscariotes e Silvérios”. In: *Folha de S. Paulo*, 27.07.2015, p. A3.

30. AZEVEDO, David Teixeira de. “Quando a delação premiada cruza com a ética”. In: *O Estado de S. Paulo*, 16.12.2012; MARTINEZ, Ana Paula. “Desafios do acordo de leniência da Lei 12.846/13”. In: *Revista do Advogado*, dez./2014; *Idem*, “Resistência cultural”. In: *Folha de S. Paulo*, 27/07/2015, p. A3; MESTIERI, João. “Ao contrário de processo comum, colaboração premiada chega à verdade” (entrevista). In: *Consultor Jurídico*, 29.11.2015; RIBEIRO, Renato Janine. “Professor diz que dilema ético sobre o uso da delação premiada para desarticular corrupção na Petrobras é um ‘mal menor’” (entrevista). In: *O Globo*, 01.02.2015.

31. AZEVEDO, David Teixeira de. “Delação premiada e direito de defesa”. In: *Boletim IBCCrim* n. 265. São Paulo: IBCCrim, dez./2014, p. 03.

32. Tal discussão no plano ético e filosófico adquire contornos mais graves na medida em que se discute o eventual uso indevido de prisões cautelares com vistas à obtenção de colaborações – o que, sabe-se, tem sido admitido, no Brasil, aqui e ali, por integrantes dos órgãos de persecução criminal e até mesmo da magistratura, a despeito de sua rematada ilegalidade e inconstitucionalidade, tendo inclusive sido afirmado em parecer ministerial em determinado processo de *habeas corpus*. A respeito, ver: REALE JUNIOR, Miguel. “A Prisão como pressão”. In: *Folha de S. Paulo*, 08.12.2014, p. A3.

cias de controle.³³ É verdade que, em uma democracia, as relações sociais baseiam-se no princípio da confiança, merecedor de especial preocupação e proteção estatal,³⁴ mas é de se indagar se especificamente as relações de confiança e lealdade entre agentes que se associam para a prática devam merecer especial proteção jurídica (sem embargo de em diversas situações poder-se identificar, com efeito, um sentimento de genuína nobreza entre as razões que um indivíduo tenha para recusar-se ou para relutar a delatar um terceiro com quem haja praticado delitos). Objetivamente, a resposta parece ser negativa, pois “*aquele que se entrega ao mundo do crime não pode esperar ter de seus comparsas a mesma confiança que está na base de relações construídas no campo da licitude*”³⁵ e menos ainda pode esperar proteção da ordem social e jurídica cujos valores e normas contraria com suas ações. Ademais, tendo em vista o caráter naturalmente instável de associações ilícitas, atribuível à elevada assunção de riscos jurídicos que lhes é pressuposta, inexistente expectativa de fortes e perenes laços de confiança entre seus integrantes³⁶ – não sendo raras as traições que ocorrem em seu âmbito de maneira totalmente alheia a qualquer intervenção estatal concreta ou potencial.³⁷ Não obstante, importa ainda considerar que, mesmo que se justificasse uma expectativa de confiança juridicamente relevante entre agentes consorciados de fatos ilícitos, emergiria uma contraposição a um valor social mais elevado e de reconhecida jusfundamentalidade: a tutela dos bens jurídicos afetados pelas ilicitudes de que se trate, cuja prevalência axiológica face à lealdade entre agentes de ilícitos se revela indiscutível.³⁸ Com isso se afasta a ideia de que estaria o Estado a meramente incentivar “*a prática de atos aéticos ou imorais*”,³⁹ bem como se podem afastar, sem deixar de reconhecer a

33. Em sentido contrário, Lima e Mattos parecem considerá-la mais singela: LIMA, Carlos Fernando dos Santos; MATTOS, Diogo Castor de. “A Ética do crime de colarinho branco”. In: *Folha de S. Paulo*, 03.12.2014, p. A3.

34. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada”. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 13, n. 159. São Paulo: IBCCRIM, fev./2006, p. 07.

35. MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis... op. cit.*, p. 285.

36. *Idem, ibidem*, p. 285.

37. RIBEIRO, Renato Janine. “Professor diz que dilema ético sobre o uso da delação premiada para desarticular corrupção na Petrobras é ‘um mal menor’” (entrevista a Alexandre Rodrigues). In: *O Globo*, 01.02.2015.

38. MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis... op. cit.*, p. 285-286.

39. GARCIA, Roberto Soares. “Delação premiada: ética e moral, às favas!”. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 13, n. 159. São Paulo: IBCCRIM, fev./2006, p. 02.

autoridade de argumentos em sentido oposto,⁴⁰ postulações de inconstitucionalidade do instituto fundamentadas em alegações no sentido de uma antieticidade intrínseca e na violação a valores de confiança e lealdade.

Há que se admitir, porém, que essa opção política e jurídica supõe um inegável custo social, filosófico e até mesmo civilizatório, porquanto implica renunciar a uma ética pura em favor de uma ética utilitária, consequencialista, a qual considera socialmente útil reduzir ou mesmo afastar a punição legalmente devida a um infrator com vistas a se obter a punição de todo um conjunto de infratores,⁴¹ subjazendo-lhe evidente prejuízo ao ideal de justiça.⁴² A isso se adiciona o risco de desestruturação do sistema de garantias face à imaneente desigualdade de forças de uma negociação entre Estado e indivíduo e ao desvanecimento das relações de causalidade e de proporcionalidade entre delito e pena, porquanto esta pode passar a depender menos da gravidade daquele do que da habilidade negocial da defesa, do espírito aventureiro do investigado ou imputado e/ou da discricionariedade da acusação.⁴³ De toda sorte, se o ordena-

40. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Op. cit.*, p. 07-09. Silva Franco parece concordar com essa visão, ao asseverar que “a delação premiada, qualquer que seja o nome que se lhe dê, e quaisquer que sejam as consequências de seu reconhecimento, continua a ser indefensável, do ponto de vista ético, pois se trata da consagração legal da traição (...). E mais do que isso, a delação premiada põe em jogo um dos alicerces de sustentação do convívio numa sociedade plenamente democrática, ou seja, o valor confiança, contribuindo de forma decisiva para a sua quebra”. FRANCO, Alberto Silva et al. *Op. cit.*, p. 536-537.

41. Essa é a lógica refletida já há alguns anos em documentos oficiais do CADE: “A Lei de Defesa da Concorrência reconhece que o interesse dos cidadãos brasileiros em ver desvendados e punidos cartéis supera o interesse de sancionar uma única empresa ou indivíduo que possibilitou a identificação e desmantelamento de todo o cartel e a punição de todos os seus outros membros”. Brasil. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a cartéis na revenda de combustíveis*, cartilha. Brasília: SDE/MJ, 2009, p. 38.

42. RIBEIRO, Renato Janine. *Op. cit.* Aí reside, aliás, outro ponto controvertido para a doutrina jurídica, especialmente aquela de matriz europeia continental: “(...) há uma relação economicista entre custo/benefício, na qual é sintomático que as garantias dos acusados se mostram como o maior empecilho na pronta prestação jurisdicional, na ‘eficiência’ da justiça criminal”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha. “Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado”. In: *Revista de Estudos Criminais*, ano VI, n. 22. Porto Alegre: Notadez – PUC-RS – ITEC, abr./jun. 2006, p. 76.

43. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, 7. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2005, p. 748-749.

mento consagra institutos de direito premial inclusive em âmbito penal e processual penal, e se o faz, pois – ao que se crê – os considera socialmente úteis à concretização do interesse público, às autoridades estatais impõe-se tributar especial zelo à implementação desses institutos, fazendo-o com especial atenção às garantias formais e materiais que assistem a colaboradores e a terceiros eventualmente delatados e ao imperativo de proporcionalidade das sanções e benefícios negociáveis em relação não só à efetividade da cooperação, mas – e *sobretudo*, por força de imperativo constitucional – à gravidade maior ou menor dos fatos eventualmente praticados.

É cediço, de todo modo, que a presença marcante dos institutos da leniência e da colaboração premiada em nosso ordenamento é uma realidade inafastável, cabendo aos operadores do direito compreender as suas peculiaridades e adaptar-se a ela, sendo que, conforme já tivemos a oportunidade de apontar, tais institutos – notadamente os mais recentes, isto é, a leniência anticorrupção e a colaboração processual penal – encontram-se em pleno processo de construção,⁴⁴ tal como ocorreu com o programa de leniência concorrencial brasileiro uma década atrás.

5. ALGUMAS LACUNAS DE REGULAÇÃO JURÍDICA E PROBLEMAS A SEREM SOLUCIONADOS

Como acenado, sob o ponto de vista histórico, de certa maneira ainda nos encontramos nos primórdios da evolução do direito premial no Brasil. Sem embargo disso, a experiência concreta e a análise da ainda escassa bibliografia disponível permitem algumas considerações relevantes em perspectiva.

Em primeiro lugar, revela-se notável a carência de melhor e mais detalhada disciplina normativa do acordo de leniência previsto na Lei 12.846/13 (arts. 16 e 17), tornando-o mais próximo do programa de leniência antitruste brasileiro⁴⁵ – dotado de maior segurança jurídica e garantidor de benefícios mais am-

44. TAFFARELLO, Rogério Fernando. *Op. cit.*, acesso em: 29.11.2015.

45. A edição, em dezembro de 2015, da Medida Provisória 703 pelo governo federal buscou enfrentar a lacuna de regramento legislativo existente para o acordo de leniência anticorrupção, oferecendo-lhe regras mais claras e maior segurança jurídica ao instituto e a pessoas jurídicas que buscassem dele se valer. É verdade que sua redação continha falhas, as quais poderiam ter sido sanadas em âmbito legislativo – não por acaso, aliás, o respectivo projeto de lei de conversão recebeu nada menos que 150 emendas logo em seus dias iniciais de tramitação; de todo modo, o texto acertava ao estabelecer a participação do Ministério Público nos acordos, ao impor a adoção

plos aos beneficiários, a exemplo da isenção de pena administrativa à pessoa jurídica (Lei 12.529/11, art. 86, § 4º, I) e da imunidade processual penal das pessoas físicas relacionadas à empresa colaboradora (Lei 12.529/11, art. 87, *caput* e parágrafo único) – e o fazendo alcançar de maneira mais clara e abrangente a temática da Lei 8.666/93, a Lei de Licitações e Contratos.⁴⁶ É também necessário estabelecer expressamente na legislação a intervenção, desde o processo de negociação até a assinatura dos acordos, dos órgãos do Ministério Público com atribuições para garantir a idoneidade do acordo e a segurança jurídica das pessoas físicas e jurídicas implicadas – inclusive sob o ângulo das consequências jurídico-penais e no campo de ações de improbidade. E, coerentemente, cumpre prever-se em lei uma interconexão das consequências dos acordos também no âmbito fiscal, a fim de prevenir a ocorrência de situações em que a assunção de responsabilidades por atos ilícitos havida no âmbito do acordo implique responsabilizações e sancionamentos em sede tributária que podem chegar a comprometer o restante da vida civil de pessoas físicas e das atividades e vida social de pessoas jurídicas.

No âmbito processual penal, malgrado a lei tenha apenas três anos de vigência, a experiência de sua aplicação concreta tem gerado diversas perplexidades, as quais impõem um regramento muito mais detalhado acerca do procedimento de negociação; dos limites entre o que pode ser pactuado entre acusação e defesa sem invadir o terreno de competência privativa do Poder Judiciário ou mesmo do Poder Legislativo; das consequências do eventual

de programas de conformidade (*compliance*) às empresas aderentes e ao prevenir a sanção de inidoneidade (Lei 8.666/93, art. 87, IV) ao beneficiário da leniência, entre outras medidas. Infelizmente, porém, incompreensões de todo gênero, aliadas à busca de protagonismo excessivo de certos órgãos e de holofotes por certas autoridades, tudo somado ao ambiente político-institucional conflituoso e extremamente nocivo em vigor no país fez que o debate parlamentar não avançasse, resultando na perda de validade daquele texto sem que, até hoje, algo fosse posto em seu lugar. Para algumas considerações sobre a MP 703, ver: TAFFARELLO, Rogério Fernando. “Lei Anticorrupção: acordo de leniência e polêmicas suscitadas pela MP 703”. In: *O Estado de S. Paulo*, blog ‘Política’, 18.01.2016. Disponível em: [<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lei-anticorruptao-acordo-de-leniencia-e-polemicas-suscitadas-pela-mp-703/>]. Acesso em: 30.11.2016.

46. Para além do que vaga e obscuramente se dispôs no art. 17 da Lei 12.846/13. A respeito, ver: MARRARA, Thiago. “Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes”. In: *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 2, n. 2. Ribeirão Preto: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2005, p. 523-525.

não atendimento pelo Poder Judiciário de cláusulas de acordos devidamente homologados, pressuposta a efetividade da colaboração; das possibilidades de recurso de sentenças condenatórias pelo colaborador irredimido sem que isso implique rescisão do acordo; da atuação da defesa técnica do colaborador em feitos em que ele não seja, propriamente, parte processual; das hipóteses de conflito ético e risco ao sigilo legal derivadas do atendimento, por um mesmo defensor, de mais de um colaborador relacionados aos mesmos fatos; da análise da proporcionalidade entre a intensidade da participação do colaborador em ilícitos e de sua culpabilidade em cada qual, de um lado, com a efetividade de sua colaboração, de outro; e muitos outros pontos ainda por serem descortinados no cotidiano forense e elucidados pela reflexão doutrinária. É, deveras, na seara do direito penal e processual penal que acordos de colaboração têm revelado maiores dificuldades para lograr fiel observância de normas constitucionais e convencionais em matéria de proteção a direitos fundamentais, a começar pelo direito ao duplo grau de jurisdição (cfr. CADH, art. 8º, 2, “g”) que se deve assegurar ao colaborador, passando pelos direitos de proteção à imagem (cfr. CRFB, art. 5º, X) e os direitos de acesso, por parte de terceiros juridicamente interessados, ao conteúdo das colaborações que os haja implicado antes mesmo do recebimento da denúncia (cfr. CRFB, art. 5º, LIV e LV).

Esteja-se a tratar de acordos de leniência – de qualquer espécie – ou de colaboração premiada, é imprescindível, sempre, haver regras claras atinentes ao processo de negociação e aos efeitos do acordo, bem como relativas à eventual não realização de acordos pleiteados, garantindo-se, sempre, a confidencialidade, a previsibilidade, a estabilidade e transparência das regras, a segurança das informações e das repercussões jurídicas possíveis e uma adequada e harmônica interação dos processos administrativos punitivos e criminais.⁴⁷ Com efeito, não parece razoável nem convergente com o interesse público no sucesso dessas políticas que o advogado concorrencialista possa informar ao cliente que o consulte as consequências de eventual celebração de acordo de leniência antitruste, mas que seus colegas administrativista e criminalista não possam sequer estimar ao mesmo cliente as consequências da celebração de acordos de leniência anticorrupção ou de colaboração premiada.

47. MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis...* *Op. cit.*, p. 262; CARVALHO, Vinicius Marques de; RODRIGUES, Eduardo Frade. Efetividade do programa de leniência exige segurança e transparência. In: *Consultor Jurídico*, 01.07.2015. Disponível em: [<http://www.conjur.com.br/2015-jul-01/efetividade-programa-leniencia-exige-seguranca-transparencia>]. Acesso em: 30.11.2016; MARRARA, Thiago. *Op. cit.*, p. 526.

Ainda, e cada vez mais, é preciso que o legislador e os aplicadores da lei encontrem soluções para um cenário em que, diante da complexidade das relações econômicas e sociais atuais, e da consequente interdependência entre as atividades de pessoas jurídicas, as funções estatais e as vidas e atos de pessoas físicas, os diferentes institutos da leniência antitruste e anticorrupção e da colaboração processual penal possam dialogar harmonicamente e se fazer complementares entre si. Para isso, é também imperioso que haja uma eficiente cooperação entre os diferentes órgãos de controle da Administração Pública e da persecução criminal, evitando-se estéreis e contraproducentes disputas de protagonismos entre as respectivas autoridades. As atuais investigações de ilícitos econômicos e contra a Administração Pública em curso no país e os impactos econômicos e sociais por elas gerados demonstram a urgente necessidade de pensar-se na integração dos dispositivos do direito premial em todos os âmbitos, bem como na melhor coordenação possível das agências de controle,⁴⁸ com vistas a se obter um eficaz combate a ilícitos sem prescindir da necessária garantia da segurança jurídica a todos os envolvidos, colaboradores ou não, assim se atendendo da melhor forma ao interesse social.

6. BIBLIOGRAFIA

- AZEVEDO, David Teixeira de. “Delação premiada e direito de defesa”. In: *Boletim IBCCrim*. n. 265. São Paulo: IBCCrim, dez./2014.
- AZEVEDO, David Teixeira de. “Quando a delação premiada cruza com a ética”. In: *O Estado de S. Paulo*, 16/12/2012.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus – Elsevier, 2012.
- BECHARA, Fabio Ramazzini. “Colaboração processual: legalidade e valor probatório”. In: *Boletim IBCCrim* n. 269. São Paulo: abril/2015.
- BOTELHO, Augusto de Arruda. “Pelo fim da delação premiada”. In: *Folha de S. Paulo*. p. A3. 10.10.2014.
- Brasil. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Brasília: CADE/MJ, 2016.
- Brasil. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. *Combate a cartéis na revenda de combustíveis*, cartilha. Brasília: SDE/MJ, 2009.
- CARVALHO, Vinicius Marques de; RODRIGUES, Eduardo Frade. Efetividade do programa de leniência exige segurança e transparência. In: *Consultor Jurídico*, 01/07/2015. Disponível em: [<http://www.conjur.com.br/2015-jul-01/efetividade-programa-leniencia-exige-seguranca-transparencia>]. Acesso em: 30.11.2016.

48. Em semelhante sentido, ver: CARVALHO, Vinicius Marques de; RODRIGUES, Eduardo Frade. *Op. cit.*, acesso em: 30.11.2016.

- CARVALHOSA, Modesto. “A Nova lei da empresa limpa”. In: *O Estado de S. Paulo*, p. A2, 30.01.2014.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Fundamentos à inconstitucionalidade da delação premiada”. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 13, n. 159. p. 07-09. São Paulo: IBCCRIM, fev./2006.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha. “Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado”. In: *Revista de Estudos Criminais*. ano VI. n. 22. Porto Alegre: Notadez – PUC-RS – ITEC, p. 75-84, abr./jun. 2006.
- DIAS, José Carlos. “Extorsão ou delação premiada”. In: *Folha de S. Paulo*, p. A3, 26.08.2005.
- DIPP, Gilson Langaro. “Processo Penal. Delação premiada. Lei 12.850/13. Quebra de acordo de delação premiada. Impossibilidade de novo acordo” [parecer solicitado pela defesa de Erton Medeiros da Fonseca no âmbito da ação penal 5083360-51.2014.404.7000, em curso perante a 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba]. Brasília, aos 09.03.2015.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, 7. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Trotta, 2005.
- FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Crimes hediondos*, 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do antitruste*, 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- GARCIA, Roberto Soares. “Iscariotes e Silvérios”. In: *Folha de S. Paulo*, p. A3, 27.07.2015.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)”. In: YARSHELL, Flavio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no processo penal*, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- HAGE SOBRINHO, Jorge. “Lei 12.856/13: lei da empresa limpa”. In: *Revista dos Tribunais*. v. 103. n. 947. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 37-55, set.-14.
- LIMA, Carlos Fernando dos Santos; MATTOS, Diogo Castor de. “A Ética do crime de colarinho branco”. In: *Folha de S. Paulo*, p. A3, 03.12.2014.
- MARRARA, Thiago. “Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes”. In: *Revista Digital de Direito Administrativo*. v. 2. n. 2. Ribeirão Preto: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, p. 509-527, 2005.
- MARTINEZ, Ana Paula. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013.

- MARTINEZ, Ana Paula. "Challenges ahead of leniency programs: the Brazilian experience". In: *Journal of European competition law & practice*, February-2015.
- MARTINEZ, Ana Paula. "Desafios do acordo de leniência da Lei 12.846/13". In: *Revista do Advogado*, dez./2014.
- MARTINEZ, Ana Paula. "Resistência cultural". In: *Folha de S. Paulo*, p. A3, 27.07.2015.
- MESTIERI, João. "Ao contrário de processo comum, colaboração premiada chega à verdade" (entrevista). In: *Consultor Jurídico*, 29.11.2015.
- MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina. "Lei Anticorrupção e quatro de seus principais temas: responsabilidade objetiva, desconsideração societária, acordos de leniência e regulamentos administrativos". In: *Revista de direito público da economia*. ano 12. n. 47. Belo Horizonte: Forum, jul.-set./2014.
- RASSI, João Daniel. "Considerações iniciais sobre o acordo de leniência na nova lei anticorrupção". In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel. *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.
- REALE JUNIOR, Miguel. "A Prisão como pressão". In: *Folha de S. Paulo*, p. A3, 08.12.2014.
- RIBEIRO, Renato Janine. "Professor diz que dilema ético sobre o uso da delação premiada para desarticular corrupção na Petrobras é um 'mal menor'" (entrevista). In: *O Globo*, 01.02.2015.
- ROCHA, Jean-Paul Cabral Veiga da. "Bancos, lei antitruste e a decisão do ministro". In: *Valor Econômico*. São Paulo: 19.08.2014.
- SPAGNOLO, Giancarlo. "Leniency and whistleblowers in antitrust". In: *Handbook of Antitrust Economics*. BUCCIROSSI, Paolo. (org). Cambridge (MA): The MIT Press, p. 259.
- TAFFARELLO, Rogério Fernando. "Colaboração premiada: reflexões sobre um instituto em construção". In: *Jota*, 20.03.2015. Disponível em: [<http://jota.info/colaboracao-premiada-reflexoes-sobre-um-instituto-em-construcao>]. Acesso em: 29.11.2016.
- TAFFARELLO, Rogério Fernando. "Lei Anticorrupção: acordo de leniência e polêmicas suscitadas pela MP 703". In: *O Estado de S. Paulo, blog 'Política'*, 18.01.2016. Disponível em: [<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lei-anticorrupcao-acordo-de-leniencia-e-polemicas-suscitadas-pela-mp-703/>]. Acesso em: 30.11.2016.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro – Um estudo a partir da "operação lava jato", de Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes e Daniela Villani Bonaccorsi – *RBCCrim* 122/93-113 (DTR\2016\22979);
- Acordos de leniência – Evolução do instituto na legislação brasileira – Abrangência, legalidade e atualidade da medprov 703/2015 – Parecer, de Ives Gandra da Silva Martins – *RT* 967/367-395 (DTR\2016\4652); e
- Processo e procedimentos da responsabilização das pessoas jurídicas sob a égide da Lei anticorrupção – Lei 12.846/2013 – Correlacionada às inovações do novo CPC – Lei 13.105/2015, de Fábio Junior de Oliveira e Romina Diana Flores Choque – *RT* 966/203-222 (DTR\2016\4814).

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles in shades of light gray. A fine grid pattern is visible, particularly in the lower right quadrant, where it overlaps with the circular shapes. The overall aesthetic is clean and modern.

Direito Penal Econômico



DIREITO ANTITRUSTE E DIREITO ANTICORRUPÇÃO: PONTES PARA UM NECESSÁRIO DIÁLOGO

ANTITRUST AND ANTICORRUPTION LAW: BRIDGES FOR A NECESSARY DIALOGUE

ANA FRAZÃO

Advogada e Professora de Direito Civil e Comercial da Universidade de Brasília – UnB. Ex-Conselheira do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2012-2015). Ex-Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (2009-2012). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, Especialista em Direito Econômico e Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília – UnB e Doutora em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Líder do GECEM – Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado.
frazao@unb.br

ÁREA DO DIREITO: Administrativo; Concorrencial

RESUMO: As leis Antitruste e Anticorrupção desempenham importante função de regulação dos agentes de mercado. Contudo, o cumprimento das finalidades dessas duas searas, isto é, o de construir um ambiente de mercado hígido, equitativo e que valorize a competição pelo mérito, requer a reflexão sobre os mecanismos de implementação dos princípios insculpidos nesses diplomas. Para tanto, é necessário que se reconheça a zona de interpenetração entre as duas searas não apenas no que toca às condutas tipificadas em ambas, mas também no que concerne aos desdobramentos concorrenciais da corrupção. O que se pretende demonstrar é que punições não são suficientes para a resolução desses problemas, sendo necessário pensar em alternativas de mudança institucional, alcançando a dinâmica dos mercados e da ação do Estado e dos agentes econômicos.

ABSTRACT: The Anticorruption and Antitrust acts play an important part on the regulation of market agents. However, the accomplishment of these areas' goals – the making of a sound, equitable market environment appraising competition through merits – requires reflection about the implementation of these norms' principles. That depends upon the recognition of the interpenetration zone between these two areas not only concerning to common unlawful acts, but also to the repercussions of corruption on competition. This paper intends to show that punishment is not enough to solve these problems. It is necessary to think about alternatives of institutional change, looking forward to reach the dynamic of markets and of the State's and economic agents' actions.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste – Anticorrupção – Concorrência – Poder econômico – Mercados.

KEYWORDS: Antitrust – Anticorruption – Competition – Economic power – Markets.

Sumário: 1. Introdução. 2. Interface entre o ilícito concorrencial e a corrupção. 3. Perspectiva para o diálogo entre o Direito antitruste e o Direito anticorrupção a partir dos princípios do Direito administrativo sancionador. 4. Perspectiva para o diálogo entre o Direito antitruste e o Direito anticorrupção a partir do reconhecimento do caráter institucional dos mercados. 4.1. Diálogo na esfera das soluções estruturais. 4.2. Diálogos na esfera da autorregulação. 4.3. Diálogo na esfera da cooperação. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Muito se discute na atualidade sobre os meios mais adequados e eficazes de regulação dos mercados, a partir da constatação de que a regulação jurídica tradicional, concentrada apenas em normas estatais que impõem obrigações coercitivas, não é mais suficiente para, sozinha, assegurar que os agentes econômicos se comportem adequadamente. Há que se buscar, portanto, outros mecanismos para a construção e a manutenção de um ambiente de negócios em que a competição pelo mérito seja a regra, objetivo que só pode ser alcançado por meio do efetivo controle sobre práticas anticoncorrenciais e de corrupção.

Nesse sentido, as Leis Antitruste (Lei 12.529/2011) e Anticorrupção (Lei 12.846/2013) representam, sem dúvida, grandes avanços no objetivo de prevenção e de punição de ilícitos antitruste e de atos de corrupção, especialmente por viabilizarem a responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas, sem prejuízo da responsabilização cumulativa das pessoas naturais que agiram em nome daquelas.

Entretanto, salvo em esferas específicas, como a do acordo de leniência, pouco se tem discutido sobre os aspectos comuns ao ilícito antitruste e à corrupção e em que medida essa interpenetração deve se refletir em maior convergência entre os meios pelos quais o Direito Antitruste e o Direito Anticorrupção vêm cumprindo suas finalidades. Tal ausência de diálogo, se já é clara na questão da punição, torna-se ainda mais evidente diante de outras importantes alternativas para a regulação jurídica dos mercados.

É diante desta preocupação que o presente artigo buscará mapear, a partir das reflexões mais atuais sobre a regulação jurídica dos mercados, as principais pontes para o necessário diálogo entre as duas áreas, especialmente no que diz respeito às soluções estruturais, à autorregulação e à cooperação.

2. INTERFACE ENTRE O ILÍCITO CONCORRENCIAL E A CORRUPÇÃO

Não há dúvidas de que a corrupção distorce a concorrência, substituindo o critério da eficiência pelo critério da proximidade política ou da compra de facilidades. Ao assim fazer, a corrupção cria excessivos e desnecessários custos de transação, os quais, a depender do grau, podem ser verdadeiras barreiras à entrada nos mercados ou fatores que dificultam ou mesmo impossibilitam a rivalidade,¹ restringindo a concorrência àqueles capazes de assumir os riscos e custos da corrupção.

Na verdade, a corrupção traz à tona intrincado conjunto de vínculos entre os agentes econômicos e os agentes políticos, de maneira a inspirar comportamentos clientelistas como o *rent seeking*, isto é, a busca de vantagens econômicas a partir de comportamentos que não geram nenhum tipo de valor econômico.²

Um dos efeitos mais nefastos daí decorrentes é que a corrupção acaba privilegiando os grandes agentes econômicos – a macroempresa –, pois eles têm melhores condições de administrar o aumento dos custos de transação decorrentes da corrupção, o que pode estimular ainda mais a concentração de poder já existente.

Especialmente em mercados nos quais já existem consideráveis barreiras à entrada, a corrupção pode estabelecer verdadeiro círculo vicioso, na medida em que, quanto mais é vista como alternativa para contornar tais barreiras, mais se consolidará como comportamento dominante e ainda se tornará barreira adicional. O fenômeno pode ser representado da seguinte maneira:



Fonte: da Autora

1. Nesse sentido, ver: ROSE-ACKERMAN, Susan. The challenge of poor governance and corruption. *Revista Direito GV*. Número especial 1. p. 207-266. 2005.
2. FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Horizontes e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, no prelo. Tal quadro fático pode ser percebido a partir da análise de Lazzarini (*Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. São Paulo: Elsevier, 2011).

Além da retroalimentação acima mencionada, existem várias outras dimensões da interseção entre atos de corrupção e infração antitruste, já que ambos os comportamentos, apesar de distintos, apresentam muitas áreas de sobreposição, como se verifica da seguinte representação:



Fonte: da Autora

Certamente que o ilícito concorrencial e o ato de corrupção não se confundem. Mesmo os pequenos agentes econômicos podem praticar atos de corrupção que, em tese, não teriam nem mesmo o potencial de constituírem infrações concorrenciais, em razão da inexistência de posição dominante ou da impossibilidade de interferência no mercado como um todo. Da mesma forma, há inúmeros ilícitos antitruste que não guardam nenhuma relação com atos de corrupção.

Não obstante, a zona de interpenetração entre os ilícitos antitruste e de corrupção é consideravelmente ampla, tendo em vista que, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não abrange apenas condutas que, do ponto de vista formal, podem ser consideradas simultaneamente como atos de corrupção e infrações antitruste, tal como o cartel em licitações com a participação de algum agente público.

Com efeito, para além dos casos de evidente dupla tipificação, é importante compreender que todo ato de corrupção praticado por agente com posição dominante acaba tendo desdobramentos concorrenciais, já que subverte ilícitamente a competição pelo mérito e, exatamente por isso, pode ser também considerado abuso de posição dominante, diante da tipicidade aberta que caracteriza a infração antitruste.³

3. Como bem observou o ex-Conselheiro e Professor Luis Fernando Schuartz (Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes. In: POSSAS, Mário L. (Org.). Ensaio sobre

Por outro lado, se as práticas de corrupção são a regra em determinado mercado, mesmo que o poder dos agentes econômicos seja pulverizado e não haja propriamente titulares de posição dominante, as ações destes, em seu conjunto, terão igualmente desdobramentos concorrenciais. Afinal, mesmo que tais agentes não estejam propriamente coordenados, será difícil ou impossível que um competidor que não se curve às regras (viciadas) do jogo entre ou permaneça no mercado.

Todas essas considerações mostram que a corrupção é, em muitos casos, causa ou consequência de problemas concorrenciais. Exatamente por isso, o combate a ambas as modalidades de infrações precisa ser feito a partir de perspectiva que procure harmonizar as duas searas. O diálogo entre esses dois campos é, portanto, imprescindível, até por partirem de preocupação comum com um ambiente de negócios em que a competição pelo mérito seja a regra.

3. PERSPECTIVA PARA O DIÁLOGO ENTRE O DIREITO ANTITRUSTE E O DIREITO ANTICORRUPÇÃO A PARTIR DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Uma das primeiras consequências do diálogo apontado é a necessidade de harmonia e complementaridade entre o Direito da Concorrência e o Direito Anticorrupção, o que envolve contato e aprendizado recíproco entre as autoridades respectivas, troca de informações, cooperação e busca de soluções coerentes sob perspectiva unitária. Isso se traduz igualmente na necessidade de se criar uma pauta comum para que as autoridades responsáveis por cada uma das searas possam exercer suas competências de forma convergente. Faz-se necessária, ainda, a observância dos princípios do Direito Administrativo Sancionador, pois esses ramos do direito são claras manifestações do poder punitivo estatal, que é uno.⁴

economia e direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2002., pp. 97), “um dos traços mais salientes da técnica de definição de ilícito que se incorporou à Lei 8.884/94 é o elevado grau de indeterminação no tocante à explicitação das condições necessárias e suficientes para a caracterização de uma determinada conduta como infração”. A mesma indeterminação e maleabilidade do conceito de ilícito antitruste está inscrita na atual Lei 12.529/2011, acompanhando tendência que se reproduz também em leis concorrenciais de diversos países, conforme aduz Hovenkamp (The Antitrust Enterprise: Principles and Execution. Massachusetts: Harvard University Press, 2005, p. 43).

4. Ver, por todos: NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 2006, p. 167-168.

A imperatividade da incidência das garantias constitucionais de limitação do poder punitivo estatal ganha substancial relevância sobretudo em razão da já comentada indeterminação do ilícito antitruste.⁵ É importante destacar que o fato de o legislador ter optado por se utilizar da aplicação de sanções às pessoas jurídicas na seara administrativa não afasta a natureza punitiva das disposições das Leis Antitruste e Anticorrupção, que pertencem indubitavelmente ao Direito Administrativo Sancionador.

No âmbito do Direito Administrativo Sancionador, essa preocupação é essencial, diante da necessária exigência de reprovabilidade como pressuposto de aplicação da sanção. Logo, ao contrário do que preveem as Leis Anticorrupção e Antitruste, a responsabilidade objetiva não é adequada para justificar punições de agentes econômicos.⁶ Daí a necessidade de se avançar em discussões sobre a reprovabilidade da conduta, ainda que a partir de critério abstrato de diligência que deve conduzir as ações dos agentes.⁷

Outra preocupação comum que decorre do Direito Administrativo Sancionador diz respeito ao princípio da proporcionalidade da sanção, que pode e deve ser visto a partir de perspectiva unitária. Isso não afasta obviamente a competência concorrente de diversas autoridades para processar e julgar determinados agentes em razão do mesmo fato, não havendo que se cogitar de *bis in idem*.

Entretanto, por mais que cada autoridade deva julgar os fatos de acordo com seus próprios parâmetros de análise e bens jurídicos tutelados, a cumulação de sanções aplicadas por autoridades distintas deverá repercutir na fixação das sanções, a fim de que a soma destas atenda, em seu conjunto, ao princípio da proporcionalidade da pena.⁸

-
5. Embora assegure maior efetividade ao princípio da livre concorrência, essa indeterminação normativa fragiliza a segurança jurídica ao impedir que os agentes econômicos possam diferenciar, com maior clareza, práticas empresariais ilícitas e lícitas, especialmente no que diz respeito às condutas unilaterais e as condutas por efeitos. Nesse sentido, ver: SCHUARTZ, *Op. cit.*
 6. Nesse sentido, ver: FRAZÃO, *Op. cit.*, no prelo.
 7. FRAZÃO, Ana. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. v. 77, n. 4, out.-dez. 2011, p. 32-33.
 8. Exemplo interessante deste esforço pode ser retirado do Processo Administrativo 08012.003918/2005-14 (CADE, Processo Administrativo 08012.003918/2005-14, Conselheiro-Relator: Márcio de Oliveira Júnior. Data de Julgamento: 11.03.2015), do CADE, em que se discutia a prática de ilícito concorrencial pela Telemar, que

Impõe-se, assim, que cada autoridade leve em consideração as penas que o agente já sofreu ou sofrerá pelos mesmos fatos, precaução sem a qual é impossível que se assegure a unidade e a coerência que se espera do ordenamento jurídico.

Os exemplos mencionados deixam claro que, sob à luz do Direito Administrativo Sancionador, o poder punitivo do Estado deve ser visto sob perspectiva unitária, o que não apenas possibilita, como exige a convergência e a adequação dos procedimentos e sanções nas suas várias searas, como é o caso do Direito Antitruste e o Direito Anticorrupção.

4. PERSPECTIVA PARA O DIÁLOGO ENTRE O DIREITO ANTITRUSTE E O DIREITO ANTICORRUPÇÃO A PARTIR DO RECONHECIMENTO DO CARÁTER INSTITUCIONAL DOS MERCADOS

As medidas de prevenção e punição dos ilícitos anticoncorrenciais e de corrupção, apesar da sua importância, são mecanismos limitados para a modificação efetiva de mercados viciados por tais práticas, diante da insuficiência dos recursos do Estado para monitorar a atuação dos agentes econômicos por completo e a todo tempo. Consequentemente, os principais desdobramentos do diálogo entre a Lei Antitruste e a Lei Anticorrupção devem projetar-se igualmente sobre os três caminhos em relação aos quais a regulação jurídica dos mercados precisa evoluir: a estrutura, a autorregulação e a cooperação.

Com efeito, é urgente que se evidenciem as limitações da regulação de *comando e controle*, isto é, da regulação tradicional baseada apenas na imposição de deveres coercitivos. Além dos inúmeros problemas de eficácia, é impossível

efetuou o monitoramento das ligações realizadas por seus assinantes ao Serviço de Atendimento a Clientes de suas concorrentes, com o objetivo de oferecer descontos diferenciados de acordo com o grau de adimplência, o nível de consumo e o tempo de duração da chamada ao SAC. No caso em questão, a representada alegou que já havia sido punida pela ANATEL pelo mesmo fato e que a imposição de nova penalidade configuraria *bis in idem*. O Tribunal rechaçou o argumento, ressaltando, nos termos do voto condutor, por mim proferido, que a cumulação de esferas punitivas só poderia ter desdobramentos sobre a dosimetria da pena, mas jamais poderia ser utilizada para afastar a competência de qualquer das autoridades judiciais ou administrativas responsáveis pela apuração e julgamento do ilícito. Em razão disso, a aplicação de penalidade anteriormente foi considerada tão somente como atenuante na fixação da nova sanção pelo CADE. Por mais que o exemplo diga respeito à dupla tipicidade entre Direito Regulatório e Direito Antitruste, o mesmo raciocínio deve ser aplicado à dupla tipicidade entre o Direito Anticorrupção e o Direito Antitruste.

que as autoridades públicas, com seus recursos limitados, possam unilateralmente gerenciar, controlar e supervisionar o mercado apenas com base em deveres coercitivos, sobretudo diante de ilícitos que, como os concorrenciais e de corrupção, são normalmente de difícil identificação e comprovação.

Por outro lado, há que se entender que os mercados não são espaços espontâneos ou naturais, mas espaços sociais e políticos, criados e conformados por instituições. Estas, por sua vez, constituem as regras do jogo, compostas não apenas pelo direito, mas também por normas sociais, culturais e valores. Como bem apontam Akerlof e Shiller,⁹ apesar de o princípio da mão invisível, que preconiza o autoequilíbrio dos mercados, ter desempenhado importante papel na história econômica, não mais se pode ignorar que as forças de mercado não existem de forma independente das instituições, especialmente do direito.¹⁰

Na verdade, a corrupção e os atos lesivos à concorrência são frutos de todo um arcabouço institucional que possibilita ou mesmo estimula a sua prática. Conforme o contexto institucional, a corrupção pode até ser vista como prática benéfica, sendo notório o posicionamento de Leff,¹¹ para quem a corrupção pode funcionar como o óleo que azeita o desenvolvimento econômico ao facilitar trâmites burocráticos nas relações entre Estado e agentes econômicos.

Logo, a corrupção e o ilícito antitruste devem ser vistos prioritariamente como problemas institucionais, até porque normas não jurídicas podem obstar a eficácia de regras jurídicas que combatem tais atos. A literatura mais antiga sobre a corrupção já demonstrava que tal fenômeno não está tão somente atrelado a normas jurídicas, mas se relaciona também a um sistema de valores capaz de constranger, em maior ou menor grau, o comportamento dos indivíduos potencialmente envolvidos em esquemas de corrupção.¹²

9. AKERLOF, George; SHILLER, Robert. *Animal spirits: how human psychology drives the economy, and why it matters for global capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. XIV.

10. Acrescenta Sunstein (*Markets and Social Justice*. New York: Oxford University Press, 1997, p. 5.), ainda, que a existência de mercados livres depende do direito, não havendo que se falar em concepções determinísticas ou naturalísticas para sua compreensão.

11. LEFF, N. H. Economic development through bureaucratic corruption. *American Behavioral Scientist*, v. 8, n. 3, 1964.

12. FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e política social. *Opinião pública*. v. 15, n. 2, nov. 2009.

Nesse sentido, destaca-se o trabalho de Banfield¹³ sobre a relação da corrupção com a cultura política, de modo que mudança do quadro de corrupção partiria de processos morosos de mudança institucional, pois dependeria da transformação de valores sociais arraigados. Por mais que a identificação da corrupção a um problema histórico-político torne o seu combate mais difícil e complexo, tal realidade precisa ser enfrentada, sob pena de não se alcançar resultados efetivos no combate a tais práticas.

É nessa linha a argumentação de Rose-Ackerman,¹⁴ para quem a corrupção é problema econômico e político, que evidencia ineficiência na prestação de serviços públicos e na canalização de interesses privados. Nesse sentido, a corrupção é o resultado de um contexto institucional que permite a atuação de agentes econômicos operando egoisticamente para a maximização de seus ganhos com a quebra das regras que conformam o ambiente político-institucional.¹⁵ Dessa maneira, a busca de um mercado livre de tais práticas passa necessariamente pela mudança institucional em setores-chave, fortalecendo os mecanismos de controle e conferindo transparência e efetividade ao serviço público e ao mercado.¹⁶

Para que se caminhe no sentido dessa mudança institucional, é importante ampliar a reflexão sobre a relação entre poder político e poder econômico, já que a aproximação excessiva e sem transparência é um grande incentivo para a corrupção e, conseqüentemente, para distorções concorrenciais. Johnston,¹⁷ analisando essa relação, aponta como uma das síndromes da corrupção a formação de “cartéis de elite”, redes de influência envolvendo membros de cúpula do Estado e grandes agentes econômicos que garantem a circulação de dinheiro e favores entre seus integrantes, constituindo uma situação de colusão fundada no poder político.

Além de reforçar as claras interpenetrações entre a corrupção e os ilícitos antitruste, como é o caso do cartel, o pensamento acima mencionado ressalta que a formação dessas intrincadas redes de relações espúrias é um

13. BANFIELD, E. *The moral basis of backward society*. Chicago: The University of Chicago, Research Center in Economic Development and Cultural Change, 1958.

14. ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 225-226.

15. FILGUEIRAS, *Op. cit.*

16. ROSE-ACKERMAN, *Op. cit.*, p. 228-229.

17. JOHNSTON, Michael. *Syndromes of corruption: wealth, power, and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 89-90.

substituto ilícito para instituições fracas, revelando burocracias estatais suscetíveis à captura pelo poder econômico e agentes econômicos dispostos a manter suas posições mediante a proteção por parte do poder político dominante.¹⁸

A história mostra que ligações espúrias entre o poder político e o poder econômico são um problema generalizado em todo o mundo. Mesmo em países desenvolvidos, como os Estados Unidos, tais relações se fazem presentes. O *crony capitalism* ou “capitalismo de compadrio” consiste justamente no favorecimento de agentes econômicos em razão da intervenção direta do Estado em suas atividades particulares.¹⁹

Tal fenômeno se verifica nos Estados Unidos desde o século XIX, quando os chamados *robber barons*, magnatas conhecidos por fazerem crescer suas fortunas por práticas moralmente duvidosas – a exemplo de pagamento de propinas e de emissão de ações supervalorizadas – recebiam do governo, além de incentivos fiscais e empréstimos a juros baixos, grandes doações de terras.²⁰ A cooperação do Estado com tais agentes em estratégias muitas vezes ilegais pode ser representada pela célebre frase de Cornelius Vanderbilt: “*Law! What do I care about the Law? Hain’t I got the power?*”.²¹

Os grandes monopólios formados pelos *robber barons* evidenciaram a incapacidade de as forças do mercado regularem-no de forma autônoma, o que levou à edição do *Sherman Act*, destinado a limitar o poder desses agentes através do combate a práticas anticompetitivas.²² Observe-se, portanto, que apesar de a relação entre poder econômico e poder político variar em intensidade e adquirir características diversas em razão da formação histórica das nações, ela não se faz presente tão somente em países em desenvolvimento, mas apresenta-se como problema global.²³

18. Quadro semelhante é também descrito por Lazzarini (*Op. cit.*).

19. Sobre o conceito de *crony capitalism*, ver: KAND, David. *Crony capitalism: corruption and development in South Korea and the Philippines*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

20. MCNEESE, Tim. *The robber barons and the Sherman Antitrust Act: reshaping American business*. Nova Iorque: Chelsea House, 2009. p. 48-64.

21. MCNEESE, *Op. cit.*, p. 51. Tradução livre: “Direito? Por que eu ligaria para o direito? Eu não tenho poder?”.

22. MCNEESE, *Op. cit.*, p. 78-84.

23. A respeito da corrupção como fenômeno global e de suas repercussões na economia globalizada, ver: ELLIOT, Kimberly Ann. *Corruption and the global economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997.

Conseqüentemente, endereçar o problema da corrupção e seus desdobramentos sobre a concorrência exige estabelecer uma pauta adequada e transparente para regular as relações entre o poder político e o poder econômico, o que, em último grau, requer igualmente maior reflexão sobre o financiamento privado das campanhas eleitorais, visto como uma das grandes causas das relações espúrias entre o setor privado e o setor público.²⁴

A repercussão do financiamento eleitoral sobre as relações entre governo e setor privado são explicitadas por Sarmento e Osório,²⁵ para quem, “Se a competição por recursos se torna central, o sistema de financiamento de campanhas determina a formação de fortes vínculos entre os candidatos eleitos e seus doadores”. Acrescentam, ainda, que “estas relações antirrepúblicas que se estabelecem entre empresas doadoras e políticos são uma das maiores fontes de corrupção do país, drenando recursos públicos preciosos que deveriam ser usados para atender aos direitos e demandas da população”.

Além da questão do financiamento de campanhas, é preciso entender também os sofisticados papéis exercidos pelo Estado na economia, dentre os quais se destacam: (i) Estado-empresário, (ii) Estado-investidor, (iii) Estado-fomentador, (iv) Estado-financiador, (v) Estado-arquiteto e (vi) Estado-cliente. Diante desse quadro, há de se verificar como tais papéis se relacionam entre si e entre outras intervenções ou influências do Estado, tal como as que ocorrem junto aos fundos de pensão de estatais. Por fim, há que se investigar em que medida o Estado não acaba agindo como verdadeiro conector entre agentes econômicos,²⁶ tornando ainda mais fértil o campo para a corrupção e para práticas colusivas.

24. Importante debate a respeito da relação entre financiamento eleitoral e corrupção foi travado no âmbito do julgamento da ADI 4650, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade das doações eleitorais realizadas por pessoas jurídicas. Ver: STF, ADI 4650, Rel. Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 17.09.2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: *DJe* 23.02.2016.

25. SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. São Paulo: Forense, 2015.

26. É o que diagnostica Lazzarini (*Op. cit.*, p. 110) sobre o capitalismo brasileiro, sobretudo mediante investimentos do governo no setor privados, intermediados por bancos públicos de investimento como o BNDES, convergindo em grande medida para a ideia de mundo pequeno, com aglomerações interligadas por poucos atores centrais de conexão.

Dessa maneira, caso se queira realmente atacar a corrupção e os ilícitos antitruste, o primeiro passo é tentar fazer um diagnóstico preciso de que instituições estruturam o mercado e de como, a partir delas, se estabelecem as relações entre os agentes econômicos, inclusive no que diz respeito à importância dos laços ou das conexões políticas. A partir daí, há que se avançar nas três frentes já mencionadas – estrutura, autorregulação e cooperação –, diante de sua capacidade efetiva de mudar as instituições do mercado.

4.1 *Diálogo na esfera das soluções estruturais*

A regulação dos mercados por meio da adoção de medidas estruturais diz respeito ao conjunto de esforços para alterar a própria organização e conformação dos mercados, anulando ou compensando o efeito de estruturas viciadas pelas práticas anticoncorrenciais ou de corrupção e substituindo-as por estruturas mais idôneas para torná-los competitivos. Nesse sentido, a experiência antitruste é farta em exemplos que comprovam a maior eficácia de medidas estruturais em comparação com medidas meramente comportamentais.²⁷

Embora a aplicação de multas, em regra, constitua a principal sanção imposta no controle de condutas anticoncorrenciais, a própria Lei 12.529/2011 reconhece que, em determinadas hipóteses, essa medida, isoladamente, poderá ser insuficiente para eliminar os efeitos nocivos à livre concorrência. De fato, em alguns casos, a depender da forma de estruturação do mercado, a mera aplicação de sanção pecuniária, ainda que elevada, pode não ser capaz de cumprir o efeito dissuasório esperado. Especialmente em casos de cartéis *hardcore*, a colusão pode ser reforçada por laços societários ou contratuais, que indicam que, mesmo após a aplicação de multa, haverá consideráveis incentivos e riscos para a manutenção da troca de informações sensíveis e para a manutenção do conluio.²⁸

Foi essa preocupação que norteou o julgamento do Processo Administrativo 08012.011142/2006-79,²⁹ oportunidade em que o CADE, acolhendo o voto-vista proferido pelo Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, impôs uma série de medidas estruturais de desinvestimento a empresas condenadas pela prática

27. Em relatório da OCDE de 1998 já se enfatizava a necessidade de cotejamento entre medidas estruturais e medidas comportamentais. Ver: OCDE. *Policy roundtables: relationship between regulators and competition authorities*. Paris: OCDE, 1999.

28. FRAZÃO, Ana. *Op. cit.*, no prelo.

29. CADE, Processo Administrativo 08012.011142/2006-79. Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luís. Data de Julgamento: 16.09.2015.

de cartel. De fato, as representadas e as demais pessoas jurídicas pertencentes a seu grupo econômico foram obrigadas a alienar qualquer forma de participação em outras empresas que atuassem no ramo de cimento e concreto. Para fortalecer o grau de rivalidade no setor e diminuir o grau de integração entre cimenteiras e concreteiras, determinou-se, ainda, que as representadas alienassem 20% de suas centrais de concreto, dentre outras medidas.³⁰

A combinação do raciocínio jurídico com a análise econômica é de fundamental importância para o embasamento da aplicação dessas medidas, cabendo refletir sobre a sua importância para a tutela da concorrência como mecanismo de restabelecimento das condições normais de mercado. É importante notar que as medidas estruturais devem ser consideradas em conjunto com as demais alternativas de ação da autoridade da concorrência, como é o caso das medidas comportamentais, por vezes capazes de lidar com casos nos quais medidas estruturais seriam desproporcionais.³¹

Para além da aplicação de medidas estruturais no Direito da Concorrência, pode-se cogitar de sua aplicação também no combate à corrupção. É o que defende Calixto Salomão Filho,³² para quem “compensações são necessárias para reparar danos, mas na esfera econômica não são suficientes para transformar mentalidades e nem para corrigir condutas”, tendo em vista que seu valor sempre poderá ser embutido no preço dos produtos e serviços oferecidos pela empresa condenada. O que o autor propõe, portanto, são medidas como a alteração do controle societário para a continuidade da empresa na participação em obras públicas. Isso pode ser operacionalizado por diversos instrumentos, “desde a pulverização do controle no mercado de capitais com introdução de gestão administrativa e profissional, até a venda pura e simples do controle em forma de leilão”.

A ideia desse tipo de intervenção é que, se estão presentes no mercado estruturas ou incentivos para que a corrupção ou as práticas anticoncorrenciais persistam, não adianta apenas punir os agentes ou lhes impor medidas de comportamento. Pode ser necessário que se “arranque o mal pela raiz”, diluindo ou mesmo extinguindo o poder empresarial que foi exercido indevidamente e em relação ao qual prevalecem estruturas e incentivos para que continue a ser utilizado da mesma maneira.

30. FRAZÃO, *Op. Cit.*, no prelo.

31. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. *Revista DireitoGV*. v. 12, n.1, p. 13-48. jan.-abr. 2016. p. 18.

32. SALOMÃO FILHO, Calixto. Respostas estruturais para a corrupção empresarial. *Valor econômico*. 01.04.2015.

Por outro lado, a solução do desinvestimento ou da troca de controle ainda contorna o problema de sanções que, a exemplo do encerramento das atividades ou a extinção da personalidade jurídica da sociedade empresária – verdadeiras “sentenças de morte” das empresas –, tal como admitido na Lei Anticorrupção,³³ são extremamente drásticas do ponto de vista da função social da empresa. Já a troca de controle dissocia, de forma inteligente, a empresa do “empresário” – assim visto o controlador ou aquele que tem efetivo poder de comando sobre a atividade empresarial – delinquente, afastando este último da gestão empresarial, ao mesmo tempo em que mantém a atividade produtiva e os empregos e riquezas por ela gerados.

É importante igualmente pensar na utilização de medidas estruturais que possam endereçar simultaneamente o problema concorrencial e o problema da corrupção, seja em prol da efetividade da medida, seja para o fim de evitar a oneração excessiva de agentes empresariais com medidas cumulativas e que não conversam entre si. Aqui, o diálogo entre as searas é imprescindível para assegurar a necessária proporcionalidade da intervenção estatal.

Por fim, a mudança estrutural dos mercados envolve igualmente a adoção de medidas que assegurem maior transparência aos mercados, a começar pela atuação do Estado, que precisa estar sujeita a parâmetros de isonomia e impessoalidade, devidamente sujeitos a controle. Assim, é necessário criar estruturas que assegurem uma atuação isenta do Estado em seus diferentes papéis. Nesse mister, é fundamental a justificação de várias das diretrizes da ação do Estado nos mercados, tais como (i) os critérios de escolha dos agentes que receberão algum benefício do Estado, como o caso do BNDES, e (ii) os critérios de adoção de determinadas políticas de investimentos do Estado e de outros agentes por ele influenciados, como é o caso dos fundos de pensão de estatais.

Ainda é preciso que se criem estruturas que reduzam a discricionariedade do Estado nos assuntos econômicos e reforcem, dentro do que é possível, o formalismo e a impessoalidade que dele decorre. Como sustenta David Kennedy,³⁴ se a corrupção é simplesmente *code word* para a discricionariedade

33. Conforme previsto pelo inciso III do artigo 19 da Lei 12.846/2013, as pessoas jurídicas infratoras desse diploma poderão ser sujeitas à “dissolução compulsória da pessoa jurídica”, pena a ser aplicada quando comprovado: (i) ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou (ii) ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

34. KENNEDY, David. Political Choices and Development Common Sense, In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 143.

pública, eliminá-la requer um reforço do formalismo, eliminando a excessiva discricionariedade administrativa e judicial e, conseqüentemente, custos de transação.

4.2 *Diálogos na esfera da autorregulação*

Outra grande frente a ser explorada é a da autorregulação, a fim de se buscar uma mudança nos valores e práticas empresariais, por meio da criação de uma nova ética empresarial.³⁵ Daí a importância da adoção de incentivos para programas de *compliance*, vistos como instrumentos de uma mudança “de dentro para fora”, já que a busca de um mercado livre de práticas anticoncorrenciais e de corrupção dificilmente poderá ocorrer sem a adesão e o comprometimento voluntário dos agentes econômicos.

Compliance diz respeito ao conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce a anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações ou, já tendo ocorrido o ilícito, propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade. Trata-se do controle da ilicitude através de “sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada”,³⁶ capazes de fornecer diretrizes adequadas à estrutura interna das empresas para que ilícitos sejam prevenidos de maneira mais adequada, muitas vezes antes de projetarem seus efeitos.

A importância dos referidos programas decorre do fato de que o *enforcement* tradicional, por si só, não é capaz de produzir o comprometimento com a lei que os programas de *compliance* pretendem construir, na medida em que a aplicação de sanções não consegue alcançar a percepção de moralidade do comportamento que está sendo regulado ao meramente colocar um preço no descumprimento das normas.³⁷ O *compliance*, assim, procura fazer parte da construção de uma cultura de respeito voluntário à legalidade.

35. É o que preconiza Maurice Stucke (In Search of Effective Ethics & Compliance Programs. *Journal of Corporation Law*. v. 39, n.769, 2014. p. 771-772).

36. SIEBER, Ulrich. Programas de “compliance” en el Derecho Penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: OLAECHEA, Urquizo; VÁSQUEZ, Abanto SÁNCHEZ, Salazar. Homenaje a Klaus Tiedemann. *Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal*. v.1., p. Lima: Fondo, 2001. p. 205-246.

37. RILEY, Anne; SOKOL, D. Daniel. Rethinking Compliance. *Journal of Antitrust Law*. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2475959]. Acesso em: 18.08.2015. p. 45.

Entretanto, não se pode imaginar que o engajamento dos agentes econômicos nessa cruzada ética possa ocorrer sem que sejam criados, pelo Estado, os devidos incentivos. Daí por que a extensão e a eficácia da autorregulação, como já se comentou, dependem necessariamente da heterorregulação ou regulação tradicional, que deve servir como fator de estímulo, legitimação e segurança para que os agentes econômicos tomem medidas que, ainda que benéficas, são normalmente custosas e trabalhosas.

Por essa razão, é fundamental que a heterorregulação possa esclarecer os principais objetivos de um programa de *compliance* nas áreas concorrencial e antitruste, os critérios materiais que devem ser atendidos, bem como os sistemas de monitoramento e readequações, tendo em vista que se tratam de programas permanentes. É necessário igualmente que a heterorregulação tenha a devida sensibilidade para adaptar tais exigências de acordo com o porte e o perfil dos agentes econômicos, a fim de não criar custos excessivos ou mesmo inexequíveis, especialmente para os pequenos e médios empresários. É fundamental que o Estado crie também canais de comunicação com os agentes econômicos, bem como que possa fiscalizar adequadamente a eficácia dos referidos programas.

Com efeito, a autorregulação apenas faz sentido se a sua eficácia puder ser atestada e monitorada. Conseqüentemente, a mera adesão a um programa de *compliance* não deixa de ser um protocolo de boas intenções, as quais dependerão de certo tempo para a comprovação da sua eficácia. Daí as acertadas críticas que foram feitas à Medida Provisória 703, quando esta buscou resolver, por meio da leniência e da adoção formal de um programa de *compliance*, o problema da imediata possibilidade de contratação com o Poder Público. Previa o diploma que a celebração do acordo de leniência, que teria como condição o comprometimento da pessoa jurídica na implementação ou melhoria de mecanismos internos de integridade, seria capaz de, além de garantir a isenção total de penalidades como a proibição de contratar com o poder público. Tal medida foi duramente criticada por entidades da sociedade civil e integrantes de entidades de controle,³⁸ sendo retratada como forma de enfraquecer o controle e suavizar a punição da corrupção.

38. RODAS, Sérgio. Entidades pedem ação de Janot contra norma que regula acordos de leniência. *Consultor jurídico*. 23.12.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-dez-23/entidades-pedem-acao-janot-mp-acordos-leniencia]. Acesso em: 21.10.2016; LIVIANU, Roberto; OLIVEIRA, Júlio Marcelo. Medida Provisória 703 é uma verdadeira aberração jurídica afrontosa à CF. *Consultor Jurídico*. 11.01.2016. Disponível

O diálogo entre as áreas exige igualmente que, tanto do ponto de vista das empresas, como do ponto de vista do Estado, as iniciativas de *compliance* sejam compreendidas de forma abrangente e convergente. Assim, é extremamente recomendável que os programas de *compliance* antitruste e anticorrupção sejam pensados conjuntamente tanto pelo Estado como pelos agentes econômicos, a fim de possibilitar a implementação de soluções que possam resolver simultaneamente os dois problemas.

Por fim, deve o Estado oferecer os incentivos adequados para a adoção dos referidos programas de *compliance*, em razão dos altos custos por eles gerados. Neste ponto, há muito a avançar em ambas as áreas, pois as Leis Anticorrupção e Antitruste limitam-se a incluir o *compliance* como mero critério de dosimetria da pena, o que pode não ser suficiente para resolver o problema, ainda mais quando sujeitas à ampla discricionariedade das autoridades competentes.

Com efeito, a Lei Antitruste admite que os esforços para a prevenção do ilícito sejam utilizados como atenuantes. Embora não haja regra explícita nesse sentido, é a interpretação que o CADE tem dado à questão a partir do artigo 45, inciso II, da Lei 12.529/2011, segundo o qual a boa-fé do infrator pode ser um critério de dosimetria da pena. Recentemente o CADE editou o guia de *compliance* no qual são descritos os requisitos para a estruturação de um programa robusto e seus principais impactos sobre as penalidades administrativas, tanto na dosimetria, quanto no incentivo à adesão a programas de leniência, por exemplo.³⁹

A Lei Anticorrupção admite solução semelhante ao prever que, não obstante a vinculação automática da pessoa jurídica em razão dos atos das pessoas naturais que agem em seu nome, os aspectos organizacionais de prevenção do ilícito podem ser considerados na fixação da sanção. Evidência clara desse entendimento encontra-se em seu artigo 7º, inciso VIII, que prevê como parâmetro de dosimetria “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.⁴⁰

em: [www.conjur.com.br/2016-jan-11/mp-debate-medida-provisoria-703-verdadeira-aberracao-juridica]. Acesso em: 21.10.2016.

39. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Guia – Programas de compliance: orientações sobre a estruturação e benefícios da adoção dos programas de *compliance* concorrential (Versão preliminar). Disponível em: [http://cade.gov.br/upload/Guia%20Compliance%20-%20vers%C3%A3o%20preliminar.pdf]. Acesso em: 25.08.2015.

40. Nesse sentido, ver: FRAZÃO, *Op. cit.* no prelo.

A lei foi regulamentada pelo Decreto 8.420/2015, que, inspirando-se na experiência estrangeira, especificou os inúmeros requisitos necessários para um programa adequado e efetivo.⁴¹ Dentre as importantes consequências da adoção de programas de *compliance* anticorrupção, está a prevista no seu artigo 18, que estabelece uma margem de redução da multa quando restar comprovado que a pessoa jurídica possuía e aplicava um programa de integridade que atendia aos parâmetros regulamentares.⁴²

A adoção de programas de *compliance*, além de mitigar a possibilidade de uma empresa estar envolvida em condutas anticompetitivas, pode se apresentar como um mecanismo eficiente de combate à cartelização. Não é sem razão que, frente à dificuldade de identificação de carteis e à formulação de critérios seguros de aferição da proporcionalidade das punições aplicadas,⁴³ diversas autoridades da concorrência adotaram medidas de incentivo ao *compliance*.

Todavia, é inequívoco que, assim como ocorre nos casos de corrupção, o legislador considera que um bom programa de *compliance* jamais poderá afastar a imputação da pessoa jurídica, podendo, na melhor das hipóteses, ser considerado uma atenuante na dosimetria da pena e, mesmo assim, no caso da Lei Antitruste, conforme a discricionariedade da autoridade julgadora.⁴⁴

41. Embora o artigo 41, parágrafo único, do Decreto, reconheça que o programa de integridade deve ser estruturado de acordo com as características e os riscos de cada pessoa jurídica, incluindo o setor de mercado em que atua, o grau de complexidade da sua estrutura societária, o número de funcionários e a frequência de interação com o poder público, prevê alguns parâmetros gerais: (i) comprometimento da alta administração; (ii) padrões de conduta aplicáveis a todos os empregados e administradores; (iii) padrões de conduta aplicáveis, quando necessário, a terceiros (fornecedores, por exemplo); (iv) treinamentos no programa; (v) análise dos riscos; (vi) registros contábeis completos; (vii) controle interno que assegurem a integridade das demonstrações financeiras; (viii) procedimentos de prevenção às fraudes na interação com o setor público; (ix) independência da instância aplicadora do programa; (x) canais de denúncia de irregularidades; (xi) medidas disciplinares; (xii) procedimentos para a interrupção de irregularidades; (xiii) diligências apropriadas para contratação; (xiv) verificação de irregularidades em fusões, aquisições e reestruturações societárias; (xv) monitoramento do programa; e (xvi) transparência nas doações da pessoa jurídica a candidatos e partidos políticos.

42. FRAZÃO, *Op. cit.* no prelo.

43. RILEY; SOKOL. *Op. cit.* p. 5.

44. A ampla discricionariedade é mantida no Guia de *Compliance* do CADE, que não faz menção a nenhum percentual de redução da multa em razão de um programa de *compliance* considerado robusto.

Por essa razão, há que se pensar na autorregulação a partir de uma perspectiva que possa impactar na própria definição de ilícito corporativo, que deveria passar a ser visto essencialmente como um defeito de organização. A ideia de defeito de organização procura superar as dificuldades da dogmática tradicional – sobretudo do Direito Penal – que procurar imputar ilícitos a pessoas jurídicas através das mesmas categorias aplicáveis às pessoas físicas, a exemplo da conduta, da culpabilidade e da capacidade penal.⁴⁵

Conseqüentemente, a culpa da pessoa jurídica deveria revelar-se na inexistência de uma organização idônea para prevenir ou controlar a prática de ilícitos ou “na decisão de burlar a lei ou na estruturação deficiente, na ausência de programa de compliance efetivo e funcional, na complacência ou condescendência com comportamentos suspeitos”.⁴⁶ Afinal, é muito mais consentâneo com a estrutura das pessoas jurídicas que a reprovabilidade da conduta seja aferida não pela mera conduta dos seus presentantes ou representantes, mas sim pela verificação da aptidão de sua organização interna para prevenir e reprimir ilícitos.

Sob essa perspectiva, é necessário que se reconfigure o dever de diligência de administradores e controladores de sociedades, devendo a efetividade do *compliance* ser parâmetro que afasta a responsabilidade da pessoa jurídica, sem prejuízo da responsabilidade civil objetiva pelos danos e da responsabilidade das pessoas naturais responsáveis pelos ilícitos.⁴⁷

4.3 *Diálogo na esfera da cooperação*

Nos termos do que já foi visto anteriormente, hoje se busca utilizar a regulação jurídica estatal para outras finalidades que não apenas a imposição de obrigações coercitivas, tais como para a sinalização de valores e

45. TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado. In: COLOMER, Juan Luis Gómez; CUSSAC, José Luis GONZÁLEZ. *La reforma de la justicia penal* (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann). Madrid: Universitat Jaume I, 1997. p. 35.

46. BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. A controversa responsabilidade objetiva na Lei nº 12.846/2013. *Revista do Advogado*. 125, p. 125-137, dez. 2014, p. 128.

47. Exemplo interessante é o caso Morgan Stanley, analisado pelo *Department of Justice* norte-americano. Nessa ocasião, a autoridade optou por processar apenas o administrador da companhia que estava relacionado a práticas de corrupção – e não a pessoa jurídica – diante do forte programa de *compliance* e da diligência da empresa durante a investigação. O *Department of Justice* se manifestou sobre o caso em *press release* publicado em seu *site*. Disponível em: [www.justice.gov/opa/pr/former-morgan-stanley-managing-director-pleads-guilty-role-evading-internal-controls-required].

propósitos a serem buscados pelos agentes econômicos e para a criação de instrumentos propícios para a cooperação entre os agentes econômicos e o Poder Público.

A questão da cooperação já está consideravelmente avançada no Direito da Concorrência, no qual existem diversas possibilidades para tal objetivo, bem como considerável experiência prática. Nesse contexto, merecem destaque os acordos de leniência, que têm importância estratégica para a identificação de condutas colusivas e para o oferecimento de provas que contribuam efetivamente para a investigação dos ilícitos concorrenciais. Trata-se, sem dúvida, de essencial instrumento colaborativo, na medida em que garante contrapartidas vantajosas ao agente em troca da confissão da prática e do compromisso com a sua cessação, bem como da contribuição para a investigação.

Com efeito, nas hipóteses em que o CADE não tenha conhecimento da infração noticiada pelo leniente, o benefício deste será a extinção da ação punitiva em seu favor. Caso o CADE tenha conhecimento da infração, mas ainda não tenha provas para a condenação – hipótese em que a finalidade da leniência é basicamente a de colaborar na instrução probatória –, pode haver a redução de 1/3 a 2/3 das penas aplicáveis (Lei 12.529/2011, art. 86, § 4º, inciso II).

Nesse sentido, o Relatório da Rede Internacional da Concorrência (ICN) sobre setores regulados de abril de 2004 esclarece que, quando existe espaço para a atuação autônoma do agente econômico, não se deve afastar a incidência da legislação antitruste, mas será possível discutir sobre a não aplicação de sanções e/ou sobre a aplicação de atenuantes, caso se verifique que o incentivo ou a leniência da autoridade concorrential com a prática lesiva demonstram a boa-fé objetiva do administrado.

Diante da importância da leniência como meio de estimular a autodelação, estabelece a Lei Antitruste, acertadamente, que somente a primeira empresa que se qualificar a respeito da infração poderá ser beneficiada com o acordo. Parte-se da premissa de que somente assim haverá os devidos incentivos para a comunicação da infração, já que, se a leniência fosse assegurada a todos, a conduta racionalmente esperada do agente econômico seria aguardar a primeira delação ao invés de ser o primeiro delator. Tal lógica apenas poderia ser rompida se os benefícios da primeira leniência fossem consideravelmente superiores ao da segunda e, assim, sucessivamente.

Entretanto, o fato de a leniência apenas beneficiar o primeiro não compromete a possibilidade de outros tipos de cooperação na seara antitruste, mesmo em processo no qual porventura já houve a leniência. Com efeito, o CADE dispõe também de outro importante mecanismo cooperativo – os Ter-

mos de Compromisso de Cessação (TCCs), previstos pelo § 1º do artigo 85 da Lei Antitruste –, que se apresenta como meio fundamental para obtenção de informações e provas, bem como para a solução consensual e imediata do problema identificado, inclusive através da adoção de medidas que preservem ou restabeleçam as condições regulares do mercado. Este último aspecto acentua outra grande vantagem das soluções negociadas: é que podem ser mais variadas e efetivas do que aquelas que poderiam ser unilateralmente impostas pela autoridade antitruste, o que reforça o diferencial da cooperação.

Por outro lado, os TCCs estendem-se a todos os tipos de infração anticompetitiva, de modo que a perspectiva de cooperação é extremamente ampla e obviamente se estende a casos nos quais não caberia a leniência. Apenas se deve lembrar que a cooperação precisa ser vantajosa para ambas as partes, motivo pelo qual não pode ser meio de propiciar benefícios apenas aos agentes econômicos ou de se substituir a uma condenação praticamente certa, o que normalmente ocorre quando a negociação é proposta após o encerramento da instrução processual e todos os pareceres já apontam para a ilicitude da conduta.

O momento processual em que a negociação é proposta pelo agente econômico é, portanto, muito importante – quanto antes melhor –, já que pode antecipar a identificação da infração ou mesmo poupar esforços e investimentos na instrução dos processos. Daí o especial cabimento da cooperação em casos nos quais a autoridade não tem conhecimento da infração ou, tendo conhecimento da infração, não tem provas suficientes para a condenação, o que, além de assegurar a maior eficácia ao procedimento, traz uma economia considerável dos recursos que seriam utilizados naquela investigação.

No caso específico das infrações antitruste, a cooperação ainda pode ter muitas vantagens nas chamadas condutas unilaterais, em relação às quais pode haver dúvidas relevantes sobre a ilicitude ou não da conduta, diante de supostas eficiências econômicas que delas decorreriam. Em casos assim, a cooperação tem o papel estratégico de fazer cessar a conduta duvidosa ou readaptar a conduta dos agentes para modelos em relação aos quais não haja controvérsias em torno da ilicitude.

O fato de a cooperação, na esfera concorrencial, não estar restrita aos acordos de leniência é importante fator de ampliação das soluções consensuais, até porque nada impede que, tal como já se viu, em um mesmo processo haja um acordo de leniência e vários TCCs, já que estes não têm a mesma limitação da leniência. Da mesma forma, quando não é caso de leniência, pode haver igualmente vários TCCs no mesmo processo.

A multiplicidade de TCCs não cria nenhum problema do ponto de vista dos incentivos, pois o CADE criou, via regulamentação, uma estrutura adequada

de estímulos, de forma que o primeiro requerente tem mais vantagens do que os demais e, assim, sucessivamente. Logo, o sistema atual estimula o pioneirismo da iniciativa, a quebra da inércia inicial e da eventual colaboração que pode ocorrer entre os agentes econômicos.

Dessa maneira, tem-se que hoje, na seara concorrencial, existe um sistema interessante e bem estruturado de cooperação. Desde que as autoridades concorrenciais o utilizem com os devidos cuidados, dentre os quais a razoabilidade e a mais estrita boa-fé, a cooperação tem tudo para continuar sendo um importante mecanismo de disciplina do mercado e de controle da atuação dos agentes econômicos.

Já em relação à Lei Anticorrupção, observa-se que esta conta apenas com o acordo de leniência⁴⁸ (Lei 12.846/2013, art. 16). Assim como na Lei Antitruste, apenas a primeira empresa pode se beneficiar e a celebração do acordo pode reduzir a multa da pessoa jurídica em até 2/3, bem como isentá-la de graves sanções, tais como perdimento de bens, direitos ou valores, de suspensão ou interdição parcial de suas atividades, de dissolução compulsória da pessoa jurídica, da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos de entidades públicas ou instituições financeiras controladas pelo poder público (Lei 12.846/2013, art. 16, § 2º).⁴⁹

Como não prevê outras formas de cooperação, a Lei Anticorrupção acaba restringindo à cooperação a apenas um agente econômico: o primeiro que firmar o acordo de leniência. Tal exigência até foi suprimida pela controversa Medida Provisória 703, de 2015, a fim de possibilitar várias leniências, o que deu margem a inúmeras críticas. Afinal, como a multiplicidade de leniências foi autorizada sem nenhuma gradação de incentivos, poderia comprometer totalmente a estrutura de incentivos para a autodelação, gerando, na verdade, o estímulo para que nenhum agente tomasse a iniciativa e aguardasse o comportamento dos demais.

Com a perda de vigência da Medida Provisória, foi restabelecida a redação original da Lei Anticorrupção, permanecendo o requisito de que a leniência

48. Segundo a Lei Anticorrupção, “A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte”: (i) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e (ii) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

49. A lei disciplina igualmente o acordo de leniência para os casos específicos de infrações à Lei 8.666/93, caso em que as sanções dos arts. 86 a 88 podem ser afastadas ou atenuadas.

apenas pode beneficiar a primeira empresa. Entretanto, subsiste o problema de a Lei Anticorrupção continuar restringido a cooperação aos casos de leniência, sem dispor de outros instrumentos interessantes que, a exemplo dos TCCs na esfera antitruste, poderiam ser inclusive complementares à leniência.

Por todas essas razões, é importante pensar além da leniência, buscando operacionalizar, também na esfera anticorrupção, outros mecanismos de cooperação que possam ser utilizados com mais largueza, inclusive do ponto de vista do maior número de agentes que deles poderão se utilizar.

Desde que sejam observadas as premissas essenciais da cooperação com o poder público e seja criada uma adequada estrutura de incentivos para estimular o pioneirismo entre os agentes econômicos, é de todo salutar que, também na esfera anticorrupção, sejam ampliadas as esferas de negociação, em face dos benefícios manifestos que desta decorrem. Dentre as vantagens, destaca-se a possibilidade de implementação de soluções mais variadas e efetivas (inclusive sob o aspecto temporal) do que aquelas que poderiam ser unilateralmente impostas pelas autoridades.

Todavia, é fundamental assegurar harmonia e congruência entre as iniciativas do Estado exemplo dos acordos de leniência na seara anticorrupção, sob pena de não se gerar os devidos incentivos para a cooperação. Tal ponto é especialmente importante em se tratando dos atos de corrupção, em relação aos quais são diversas as autoridades a participarem dos acordos. Relembre-se, aqui, que atos de corrupção podem tanto ser investigados pelo Ministério Público na seara criminal e, assim, levados ao Judiciário, quanto pela Controladoria-Geral da União, responsável pela apuração, processo e julgamento das infrações administrativas da Lei Anticorrupção. É possível, ainda, que o agente seja réu de processo com base na Lei de Improbidade Administrativa, respondendo portanto na esfera cível.

Dessa maneira, há que se criar um sistema coerente que possa endereçar não apenas a responsabilidade administrativa em ambas as searas, mas igualmente a responsabilidade criminal. Em um passo seguinte, há que se pensar em que medida não é necessário que até mesmo a questão da responsabilidade civil faça igualmente parte dos referidos acordos, a fim de evitar distorções em que o leniente seja o maior prejudicado em supervenientes ações de indenização, como as que ocorreram no caso da Siemens, quando o estado de São Paulo⁵⁰

50. PGE-SP. *PGE ajuíza ação contra Siemens por formação de cartel*. Disponível em: [www.pge.sp.gov.br/visualizanoticia.aspx?id=2980]. Acesso em: 28.10.2016.

e o Ministério Público de São Paulo⁵¹ ingressaram com pedidos de reparação civil em razão dos danos sofridos ao erário em razão de cartel em licitações de trem, tendo em vista a divulgação do acordo de leniência da empresa realizado no âmbito de inquérito administrativo no CADE.⁵²

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objetivo destacar, em primeiro lugar, a necessidade do diálogo entre o Direito Antitruste e o Direito Anticorrupção a partir da premissa essencial de que tais problemas precisam ser endereçados em conjunto e certamente não serão resolvidos apenas por meio de punições dos agentes envolvidos. Não obstante a importância das medidas punitivas, estas acabam resolvendo muito mais as consequências atuais da corrupção e das práticas antitruste do que propriamente as causas do problema.

Para assegurar um mercado em que a rivalidade se estabeleça em razão do mérito, livre de corrupção e ilícitos anticoncorrenciais, é imperioso e urgente avançar em três frentes, que precisam ser exploradas nas searas anticorrupção e antitruste, sempre sob perspectiva de harmonia, coerência e convergência de esforços: (i) *soluções estruturais*, que buscam modificar a própria dinâmica competitiva dos mercados; (ii) *autorregulação (compliance)*, que busca criar uma mudança da ética empresarial, criando novas “regras do jogo”; e (iii) *cooperação* em diversos níveis.

Somente por meio da mudança institucional, ou seja, por meio da alteração das regras do jogo, da dinâmica competitiva dos mercados e da reformulação dos espaços de ação tanto do Estado como dos agentes econômicos é que se poderá pensar em uma solução isonômica, prospectiva e eficaz para o problema.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKERLOF, George; SHILLER, Robert. *Animal spirits: how human psychology drives the economy, and why it matters for global capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

51. CRUZ, Elaine Patrícia. Ministério Público entra com ação contra empresas por suspeita de cartel na CPTM. *EBC – Agência Brasil*. Disponível em: [http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-12/mp-entra-com-acao-contra-empresas-por-suspeita-de-cartel-no-metro-de-sp]. Acesso em: 28.10.2016.

52. CADE, Processo Administrativo 08700.004617/2013-41, em tramitação.

- BANFIELD, E. *The moral basis of backward society*. Chicago: The University of Chicago, Research Center in Economic Development and Cultural Change, 1958.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; TAMASAUSKAS, Igor. A controversa responsabilidade objetiva na Lei nº 12.846/2013. *Revista do Advogado*. 125, p. 125-137, dez. 2014.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). *Guia – Programas de compliance: orientações sobre a estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrential* (Versão preliminar). Disponível em: [<http://cade.gov.br/upload/Guia%20Compliance%20-%20vers%C3%A3o%20preliminar.pdf>]. Acesso em: 25.08.2015.
- COASE, Ronald. The problem of social cost. *The Journal of Law & Economics*. v. 3, p. 1-44, out. 1966.
- CRUZ, Elaine Patrícia. Ministério Público entra com ação contra empresas por suspeita de cartel na CPTM. *EBC – Agência Brasil*. Disponível em: [<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-12/mp-entra-com-acao-contra-empresas-por-suspeita-de-cartel-no-metro-de-sp>]. Acesso em: 28.10.2016.
- ELLIOT, Kimberly Ann. *Corruption and the global economy*. Washington: Institute for International Economics, 1997.
- FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e política social. *Opinião pública*. v. 15, n. 2, nov. 2009.
- FRAZÃO, Ana. Pressupostos e funções da responsabilidade civil subjetiva na atualidade: um exame a partir do direito comparado. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. v. 77, n. 4, out.-dez., 2011.
- HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: Principles and Execution*. Massachusetts: Harvard University Press, 2005.
- JOHNSTON, Michael. *Syndromes of corruption: wealth, power, and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- KAND, David. *Crony capitalism: corruption and development in South Korea and the Philippines*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- KENNEDY, David. Political Choices and Development Common Sense, In: TRUBEK, David; SANTOS, Alvaro. *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- LAZZARINI, Sérgio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. São Paulo: Elsevier, 2011.
- LEFF, N. H. Economic development through bureaucratic corruption. *American Behavioral Scientist*, v. 8, n. 3, 1964.
- LIVIANU, Roberto; OLIVEIRA, Júlio Marcelo. Medida Provisória 703 é uma verdadeira aberração jurídica afrontosa à CF. *Consultor Jurídico*. 11.01.2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-jan-11/mp-debate-medida-provisoria-703-verdadeira-aberracao-juridica]. Acesso em: 21.10.2016.

- MCNEESE, Tim. *The robber barons and the Sherman Antitrust Act: reshaping American business*. Nova Iorque: Chelsea House, 2009.
- MEDINA OSÓRIO, Fábio. O Princípio da Culpabilidade e a Improbidade Administrativa na Lei 8.429/92. In: OLIVEIRA, Alexandre Albagli; FARIAS, Cristiano Chaves; GHIGNONE, Luciano Taques. (Org.). *Estudos sobre Improbidade Administrativa*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 2006.
- PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. *Revista DireitoGV*. v. 12, n.1, p. 13-48. jan.-abr. 2016.
- PGE-SP. *PGE ajuíza ação contra Siemens por formação de cartel*. Disponível em: [www.pge.sp.gov.br/visualizanoticia.aspx?id=2980]. Acesso em: 28.10.2016.
- RILEY, Anne; SOKOL, D. Daniel. Rethinking Compliance. *Journal of Antitrust Law*. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2475959]. Acesso em: 18.08.2015.
- RODAS, Sérgio. Entidades pedem ação de Janot contra norma que regula acordos de leniência. *Consultor jurídico*. 23.12.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-dez-23/entidades-pedem-acao-janot-mp-acordos-leniencia]. Acesso em: 21.10.2016.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. The challenge of poor governance and corruption. *Revista Direito GV*. Número especial 1. p. 207-266. 2005.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Respostas estruturais para a corrupção empresarial. *Valor econômico*. 01.04.2015.
- SARMENTO, Daniel; OSÓRIO, Aline. Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. São Paulo: Forense, 2015.
- SARMENTO, Daniel. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes. In: POSSAS, Mário L. (Org.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.
- SIEBER, Ulrich. Programas de “compliance” en el Derecho Penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: OLACHEA, Urquizo; VÁSQUEZ, Abanto SÁNCHEZ, Salazar. Homenaje a Klaus Tiedemann. *Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal*. v.1., p. Lima: Fondo, 2001.
- STUCKE, Maurice. In Search of Effective Ethics & Compliance Programs. *Journal of Corporation Law*. v. 39, n. 769, 2014.
- SUNSTEIN, Cass. *Markets and Social Justice*. New York: Oxford University Press, 1997.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en derecho comparado. In: COLOMER, Juan Luis Gómez; CUSSAC, José Luis GONZÁLEZ. *La reforma de la justicia penal* (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann). Madrid: Universitat Jaume I, 1997.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Acordos de leniência – Evolução do instituto na legislação brasileira – Abrangência, legalidade e atualidade da MedProv 703/2015 – Parecer, de Ives Gandra da Silva Martins – RT 967/367-395 (DTR\2016\4652);
- Lei Anticorrupção e a defesa da concorrência, de Ricardo Inglez de Souza e Luciana Dutra de Oliveira Silveira – RT 947/201-211 (DTR\2014\9950);
- Acordo de leniência na Lei Anticorrupção, de Renato de Mello Jorge Silveira – RT 947/157-177 (DTR\2014\9948); e
- A nova Lei Anticorrupção e o *compliance*, de Marcella Blok – RDB 65/263-318 (DTR\2014\15162).

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.

Jurisprudência Comentada



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TJSP – *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*
0023203-35.2016.8.26.0000 – Turma Especial Privado 1 –
j. 18.08.2016 – m.v. – rel. Des. Francisco Loureiro – *DJe*
27.09.2016 – Área do Direito: Processual.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – Admissibilidade – Indenização por danos morais decorrente de atraso de entrega de unidades autônomas em construção aos consumidores – Repetição de processos que contenham controvérsia sobre o mesmo tema – Risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 976 (JRP\2016\102654), *RBA* 3 (JRP\2016\19636) e *RDPriv* 73 (JRP\2016\98669).

Veja também Doutrina

- O incidente de resolução de demandas repetitivas e a proteção da coletividade consumista: uma análise crítica do novel instituto, de Joseane Suzart Lopes da Silva – *RDC* 109/267-309 (DTR\2017\232).

Registro: 2016.0000641185

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0023203-35.2016.8.26.0000, da Comarca de Piracicaba, em que é requerente MM JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE PIRACICABA.

ACORDAM, em Turma Especial - Privado 1 do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, não adiaram o conhecimento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, vencidos os Desembargadores Donegá Morandini, Beretta da Silveira, Piva Rodrigues e Cesar Ciampolini; por votação

unânime, admitiram os temas relacionados no voto do Relator Sorteado, itens "a", "c", "e", "g", "h" e "i"; por maioria, vencido o Desembargador Grava Brazil, admitiram o item "b"; ainda por maioria, admitiram o item "d", vencidos os Desembargadores Grava Brazil, Vito Guglielmi, Beretta da Silveira, Erickson Gavazza Marques, Alvaro Passos, Luis Mário Galbetti e Mary Grun; também por maioria, admitiram o item "f", vencidos os Desembargadores Grava Brazil e Donegá Morandini; quanto às deliberações procedimentais propostas pelo Relator, foram conhecidas, vencidos os Desembargadores Grava Brazil e Donegá Morandini; quanto a suspensão das ações repetitivas, por maioria, acolheram a proposta de não suspensão do Relator, vencidos os Desembargadores Grava Brazil, Donegá Morandini, Piva Rodrigues, Natan Zelinschi de Arruda, Salles Rossi e Carlos Alberto Garbi, declarará voto o Desembargador Grava Brazil.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GRAVA BRAZIL (Presidente), CESAR CIAMPOLINI, EDUARDO SÁ PINTO SANDEVILLE, LUIS MARIO GALBETTI, CARLOS ALBERTO GARBI, MARY GRÜN, VITO GUGLIELMI, DONEGÁ MORANDINI, BERETTA DA SILVEIRA, PIVA RODRIGUES, NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, ERICKSON GAVAZZA MARQUES, SALLES ROSSI, JAMES SIANO, GALDINO TOLEDO JÚNIOR E ALVARO PASSOS.

São Paulo, 18 de agosto de 2016

FRANCISCO LOUREIRO

RELATOR

Processo nº: 0023203-35.2016.8.26.0000

Classe: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Assunto: Promessa de Compra e Venda

Órgão Julgador: Direito Privado 1 - Fictícia

Partes: é requerente MM JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA

CIVIL DA COMARCA DE PIRACICABA

Foro/Vara de origem: Foro de Piracicaba - 5ª. Vara C

VOTO Nº. 29447

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. NOVE TEMAS RELACIONADOS AOS REQUISITOS E EFEITOS DO ATRASO DE ENTREGA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM CONSTRUÇÃO AOS CONSUMIDORES. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 976 DO NCP. EFETIVA REPETIÇÃO DE PROCESSOS QUE CONTENHAM CONTROVÉRSIA SOBRE O MESMO TEMA. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E SEGURANÇA JURÍDICA. ADMISSIBILIDADE DE PROCESSAMENTO DO INCIDENTE.

COMENTÁRIO

SUMÁRIO: 1. O caso *sub examen*. 2. Breves considerações sobre o atual ambiente processual e forense brasileiro. 3. Positivação, no novo CPC, de certos padrões decisórios de eficácia obrigatória. 4. A espécie versada no acórdão do TJSP, de 18.08.2016, proc. 0023203-35.2016.8.26.0000. 5. Algumas considerações acerca do acórdão do TJSP que admitiu o processamento do IRDR.

1. O CASO *SUB EXAMEN*

Cuida-se, no presente estudo, do julgamento, proferido pelo TJSP, no processo supra indicado, envolvendo incidente de resolução de demandas repetitivas instaurado pelo DD. Juízo da 5ª Vara Cível da comarca de Piracicaba, objetivando, em suma, a fixação de "tese jurídica" (na terminologia do art. 985, *caput*, do CPC) acerca de *nove temas* (ou subteses) reportados a uma *questão central*, a saber, a *indenização devida aos promissários compradores na hipótese de atraso na entrega das unidades autônomas nos edifícios em condomínio*.

Esse rol vem assim retratado às fls. 2 e 3 do voto do relator, Des. Francisco Loureiro:

"– alegação de nulidade da cláusula de tolerância de 180 dias para além do termo final previsto no contrato;

– alegação de nulidade de previsão de prazo alternativo de tolerância para a entrega de determinado número de meses (em regra 24 meses) após a assinatura do contrato de financiamento;

– alegação de que a multa contratual, prevista em desfavor do promissário comprador, deve ser aplicada por reciprocidade e isonomia, à hipótese de inadimplemento da promitente vendedora;

– indenização por danos morais em virtude do atraso da entrega das unidades autônomas aos promitentes compradores;

– indenização por perdas e danos, representada pelo valor locativo que o comprador poderia ter auferido durante o período de atraso;

– ilicitude da taxa de evolução de obra;

– restituição dos valores pagos em excesso de forma simples ou em dobro;

– congelamento do saldo devedor enquanto a unidade autônoma não for entregue aos adquirentes;

– aplicação da multa do art. 35, parágrafo 5º, da L. 4.591/64 ao incorporador inadimplente".

Ainda segundo consta do voto da D. Relatoria, o D. Juízo suscitante do incidente justificara tal iniciativa ressaltando a existência, no foro da comarca de Piracicaba, do "risco de sentenças contraditórias geradoras de insegurança jurídica, de modo que a fixação de precedente de natureza vinculativa traria inúmeros benefícios aos jurisdicionados e à própria celeridade que se espera do Judiciário".

Saliente-se que, por ocasião do juízo de admissibilidade do IRDR na Turma Especial – Privado I do TJSP, o Des. Grava Brasil, no voto em separado, "convergente e divergente em parte", assinalou que "em se tratando do primeiro IRDR a ser apreciado por esse Órgão Colegiado, o procedimento adotado certamente servirá de balizamento para outros futuros incidentes" (p. 24 do acórdão).

Em votações pontuais, colhidas por maioria, em 18.08.2016, a Turma conheceu do IRDR e autorizou seu processamento, inclusive no tocante às providências instrutórias indicadas pelo Relator.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ATUAL AMBIENTE PROCESSUAL E FORENSE BRASILEIRO.

Não é de hoje que a experiência forense brasileira – e o seu destinatário: o jurisdicionado – vêm se ressentindo de certas mazelas e deficiências que, com o passar do tempo, foram se tornando crônicas, à semelhança do que se passa com um enfermo quando não recebe o tratamento adequado ou quando lhe são ministrados remédios apenas paliativos. Assim tem se passado com certas carências da prestação jurisdicional que gradualmente foram se agravando em função de algumas concausas, podendo ser lembradas a *dilação temporal excessiva* (em que pese o diretriz constitucional da "razoável duração dos processos" – art. 5º LXXVIII); o *demandismo excessivo* e a *recorribilidade exacerbada*, a postergar a efetiva fruição do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado (contexto que hoje se procura em algum modo controlar, tendo o art. 4º do novo CPC consagrado o ideal da *jurisdição integral*, mormente o direito a "solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".

No que mais de perto toca à finalidade buscada através do incidente de resolução de demandas repetitivas, vale ressaltar o preocupante ambiente de *insegurança jurídica*, decorrente da falta de coesão interna e de estabilidade dos produtos finais da atividade jurisdicional – sentenças e acórdãos – ocorrência em boa medida insuflada pelo que a Exposição de Motivos do novo CPC denomina *dispersão jurisprudencial excessiva*: "O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. (...) A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário".

Efetivamente, pouco significa, no plano prático, a propalada "igualdade de todos perante a lei" (CF, art. 5º e inciso II), se tal isonomia se confina apenas à norma enquanto produto final do Parlamento – enunciado geral, abstrato e impessoal (dita *norma legislada*) – mas, depois, não mantém tal igualdade quando a norma tem a sua *passagem judiciária*, vindo aplicada nos processos judicializados (dita *norma julgada*). É dizer: é inaceitável que a norma, uma vez invocada para solução concreta das lides, possa consentir toda sorte de leitura e interpretação, sem um momento de harmonização e coerência num dado estágio da *pirâmide judiciária*, dando azo aos mais discrepantes resultados, levando à instalação de um errático ambiente judiciário que frustra os fins do Direito, desorienta os operadores e desserve aos jurisdicionados e à própria coletividade.

Ao rol das carências, insuficiências e ofertas insatisfatórias da prestação jurisdicional acresce a agravante de que tais mazelas não prejudicam de modo igual e indistinto a todos, mas antes sobrecarregam e são particularmente prejudiciais aos chamados *clientes eventuais* do Judiciário, que raramente figuram nos polos ativo ou passivo de uma ação judicial, a par dos *hipossuficientes*, desprovidos de condições para aguardar o arrastado e incerto desfecho do processo. Uns e outros tornam-se vulneráveis na cena judiciária, donde não raro ocorrer que celebrem acordos não equânimes, senão já injustos, buscando *encerrar* um processo que não conseguem sustentar.

Noutro polo, encontram-se os chamados *clientes habituais* do Judiciário, que, useiros e vezeiros em descumprir ou protelar seus compromissos e obrigações, em verdade acabam beneficiados pelas deficiências da máquina judiciária, já que a imprevisibilidade e o retardo na prestação jurisdicional para eles são *custos ou riscos calculados*, já que operam em economia de escala na sua relação com a Justiça estatal, *usando-a* para suas finalidades egoísticas. Esse largo segmento é ainda composto pelos que, de antemão, sabem que não estão amparados pelo bom direito, e assim, agem como franco-atiradores, predispondo-se para "o que der e vier". Isso é particularmente ocorrente na instância recursal, como afirma Adriana C. de S. Freire Pimenta: "Em outras palavras, recorre-se hoje, em boa parte dos casos, não para obter a reforma das decisões das instâncias inferiores, mas sim porque o

sistema processual vigente confere aos recorrentes ganhos secundários mas compensadores (como um significativo adiamento de um desfecho que se sabe será negativo, mas com ônus adicionais sobre o valor da condenação inferiores a qualquer aplicação equivalente no mercado financeiro (...):¹ Nem por outro motivo, o CPC considera *litigante de má-fé* a parte que "interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório" (art. 80, VII).

Em face de dos integrantes desses largos segmentos antes lembrados, opera a chamada *teoria dos incentivos*, que, em termos simples, pode ser assim explicada: a incerteza quanto ao resultado do processo e quanto ao tempo a ser empenhado no seu trâmite, induz uma situação de imprevisibilidade que, paradoxalmente, labora como fator de estímulo à judicialização, na medida em que a própria aleatoriedade mostra-se atraente para a parte que *usa*, em mau sentido, o Judiciário (os que não têm o direito; os que almejam ganhar tempo; os que não pretendem cumprir suas obrigações): em tais condições, se ao fim e ao cabo advier a sucumbência, o prejuízo não será muito significativo (seria, quando muito, um custo ou risco calculado); de outro modo, se porventura advier ganho de causa (por conta da própria aleatoriedade), então o proveito será enorme.

Ao propósito, escreve Antonio César Bochenek: "A excessiva e abusiva utilização da via judicial nos juizados especiais ainda decorre da racionalidade econômica das partes envolvidas no conflito. De um lado, os litigantes frequentes, que auferem vantagens econômicas ao desprezar direitos e deixá-los para eventual acertamento na via judicial, em face dos obstáculos de ordem extraprocessual (desinformação, desconhecimento, hipossuficiências, resignação) e processual (morosidade, insuficiência de defesa técnica, litigação individualizada). Noutro lado, as despesas suportadas individualmente pelo litigantes são irrisórias ou diminutas, em face da gratuidade processual e da ausência de ônus financeiro com a demanda. Assim, qualquer expectativa de ganho (chance e sucesso), por mínima que seja, faz com que o agente com comportamento racional opte pela propositura de uma ação judicial".²

Bem por isso, em mais de uma passagem, o vigente CPC procura opor algumas barreiras a essa *cultura demandista*, agregada à recorribilidade exacerbada, por exemplo: ao exacerbar o ônus de sucumbência na instância recursal (CPC, art. 85, § 11); ao prever multa no caso de reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios (CPC, art. 1.026, § 3º); ao autorizar a rejeição liminar dos embargos do executado quando manifestamente protelatórios (CPC, art. 918, III); e, de modo geral, ao exortar as partes para uma postura de colaboração, sob o ideário de um processo de estrutura cooperatória (CPC, art. 6º). É nesse contexto que vêm permitidos certos *negócios jurídicos processuais*, tais o saneamento do processo em colaboração com as partes (CPC, § 3º do art. 357); a alteração consensual acerca do rito; a convenção quanto aos ônus, poderes, faculdades e deveres (CPC, art. 190, *caput*). Por certo, tais inserções legislativas, *de per se*, não bastam para alcançar o resultado almejado, o que sempre fica a depender do empenho e da vontade dos atores da cena jurídica, a saber, não só os operadores do Direito (magistrados, advogados, membros do Ministério Público, Defensoria Pública), mas também as próprias partes, enquanto destinatárias finais da prestação jurisdicional.

Por certo, um dos fatores – uma concausa – que concorre para a situação de sobrecarga do Judiciário é a exacerbada litigação individual massiva e repetitiva, gerada, em parte, por certas incom-

1. As ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas do projeto do novo Código de Processo Civil. Revista LTr, vol. 78. n. 10, p. 1.175.
2. Limitar o acesso à Justiça para ampliar os direitos. Boletim Conjur, disponível em: [www.conjur.com.br/2013-jan-27/segunda-leitura]. Acesso em: 25.11.2016.

preensões conceituais e dificuldade de manejo com a categoria dos interesses individuais homogêneos, o que permitiria a emissão de uma decisão-quadro, aglutinadora das pretensões individuais (Lei 8.078/90, arts. 81, parágrafo único III, *c/c* art. 95); de outra parte, a *atomização dos conflitos coletivos* em multifárias ações isomórficas (demandas seriais) insuflou o demandismo judicial, abrindo espaço para o surgimento de um *tertium genus*, equidistante da jurisdição coletiva e da jurisdição singular, a que se vem denominando *tutela plurindividual*.

Esse novo alvitre pressupõe que uma controvérsia de largo espectro *já se encontra fracionado* em múltiplas e repetitivas demandas individuais, restando então eleger um caso-piloto, afetado como *representativo*, apto a receber a decisão-quadro que irá parametrizar a solução das demandas subsumidas na mesma questão de direito. Assim se passa, na instância recursal excepcional, com o RE ou o REsp afetado como *representativo da controvérsia* (CPC, arts. 1.036 – 1.041), e, em primeiro grau e nos TJs e TRFs, com o incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC, arts. 976–987), este último reportado à experiência alemã, na qual o procedimento dito *Musterverfahren* (caso-piloto) vem expressamente invocado na Exposição de Motivos do novo CPC, esclarecendo-se que o IRDR “é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisão conflitantes”.

3. POSITIVAÇÃO, NO NOVO CPC, DE CERTOS PADRÕES DECISÓRIOS DE EFICÁCIA OBRIGATÓRIA

O produto final da intervenção jurisdicional exercida ao interno dos tribunais – os acórdãos – apresenta diversa carga eficaz: no plano da jurisdição singular, os acórdãos isolados restringem seus efeitos aos processos nos quais foram prolatados, aplicando-se apenas aos sujeitos que compuseram o contraditório, em simetria com o que se passa com os limites subjetivos da coisa julgada (CPC, art. 506); apenas quando os acórdãos se alinham em conformidade com outros de análogo conteúdo é que se configura a *jurisprudência*, a qual, uma vez tornada *dominante* ou *pacífica*, passa a projetar uma eficácia *persuasiva*, no plano da *influência*, em face dos demais processos nos quais a mesma *quaestio iuris* venha agitada. (Sem embargo, a “jurisprudência dominante” e a “jurisprudência pacificada” vêm mencionadas nos parágrafos 3º e 4º do art. 927 do novo CPC, dispositivo que trata dos produtos jurisdicionais otimizados, de eficácia obrigatória).

Durante a vigência do precedente CPC – 1974/2015 – o direito sumular, compreensivo dos extratos correspondentes à jurisprudência assentada, projetavam eficácia *persuasiva*, como se colhia do art. 479, *caput*, pelo qual a súmula “constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”; ainda, no plano dos tribunais, a existência de enunciado sumulado operava como *atalho* na argumentação jurídica, agilizando os trâmites, na medida em que, como, *v.g.*, previsto no RISTF, a “citação da súmula, pelo número correspondente, dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido” – § 4º do art. 102. É dizer: à exceção da súmula vinculante do STF (CF, art. 103-A e parágrafos, cf. EC 45/2004) que, como o próprio nome indica, projeta eficácia obrigatória, sob o regime do CPC/73 os produtos finais da atividade jurisdicional, mesmo otimizados, como se dá com a jurisprudência dominante ou sumulada, apenas projetavam eficácia *persuasiva*, em maior ou menor intensidade, a depender de fatores diversos, como a hierarquia do tribunal donde promanavam, a consistência da argumentação jurídica, a transcendência da matéria.

Justamente por isso, no acórdão do TJSP que autorizou o processamento do IRDR, objeto do presente estudo, o Relator consignara que a existência de súmulas dessa Corte em matérias afins ao objeto desse incidente, não constituíam empecilho ao seu conhecimento, visto que, ainda assim, “persiste a utilidade e a necessidade de recebimento e processamento do presente feito”, dado que “não se confundem os efeitos dos verbetes sumulados de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

com os efeitos da decisão que julga incidente de resolução de demandas repetitivas", dado que as "súmulas de jurisprudência apenas indicam o entendimento prevalecente do Tribunal de Justiça estadual, sem qualquer efeito vinculativo ou consequências processuais mais expressivas", ao passo que a decisão no IRDR "além do efeito vinculativo, gera expressiva gama de consequências processuais (...)" (p. 4 do voto do Relator, *passim*). Mais adiante, tornando a esse tópico, o Relator pontuou que a decisão no IRDR "surtirá efeitos processuais distintos e mais vigorosos do que as súmulas de jurisprudência" (p. 8 desse voto).

Com a vigência do novo CPC – Lei 13.105/2015, que revogou o precedente CPC – outro ambiente judiciário está, seguramente, implantado, revelando visível conotação precedentalista, harmonizando-se com o esforço de superação da *dispersão jurisprudencial excessiva*, aí se podendo reconhecer uma *rota de aproximação* com o ambiente da família *common law*, onde imperam os *binding precedents*, respaldados pela diretriz *stare decisis et non quieta movere*. Nesse sentido, Dierle Nunes e Aline Hadad Ladeira afirmam: "Hoje, a dicotomia entre essas duas tradições não se apresenta tão nítida e radical como foi outrora, sendo visível um gradativa e mútua aproximação entre elas (...)"³

Embora o novo CPC tenha – querendo ou não – evitado a palavra *vinculante* – (com única exceção, salvo engano, no texto do § 3º do art. 947, ao tratar da eficácia do acórdão firmado em incidente de assunção de competência) – não há negar que em muitas passagens fica evidente o propósito de revestir de *força obrigatória* os produtos otimizados da atividade jurisdicional, como se colhe deste breve rol, não exaustivo: (i) *improcedência liminar*, ainda sem citação do réu, de pretensão inicial contrária aos precedentes listados nos incisos do art. 332; (ii) *tutela da evidência*, "independentemente de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo" quando as alegações de fato forem respaldadas documentalmentemente "e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante" (art. 311 e inciso II); (iii) *decisão monocrática do relator*, quando o recurso, ou a decisão atacada comportarem exame mediante contraste com os padrões decisórios listados nas alíneas dos incisos IV e V do art. 932; (iv) *execução provisória, sem caução*, quando a decisão exequenda se tenha fundado em tese jurídica fixada no âmbito de IRDR – art. 521, IV, e, c/c art. 928, I; (v) *decisão de plano, no conflito de competência*, quando o julgamento fundar-se em tese firmada em IRDR (CPC, art. 955, II, c/c art. 928, I); (vi) *eficácia obrigatória* dos padrões decisórios otimizados, tais os listados nos incisos do art. 927, inclusive as súmulas dos tribunais, as questões de ordem firmadas no Pleno ou Órgão Especial e as decisões-quadro tomadas pelo STF ou STJ nos REs e REspS afetados como representativos da controvérsia (art. 928, II, c/c arts. 1.040 e incisos).

De ressaltar, ainda, que desafia *ação rescisória* a decisão de mérito transita em julgado, "baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento" (CPC, § 4º do art. 966, acrescido pela Lei 13.256/2016), e, por outro lado, desafia *reclamação* a decisão que não aplica a tese jurídica fixada no bojo do incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC, § 1º do art. 985, c/c inciso IV do art. 966, inciso com redação da Lei 13.256/2016).

Dentre os padrões decisórios positivados no novo CPC ora merece destacar a "tese jurídica" firmada ao final do incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC, arts. 976-987), procedimento de competência instrutória/decisória do tribunal *ad quem*, mas que pode – e geralmente será – instau-

3. Aspectos da dinâmica do direito jurisprudencial no Brasil versus a busca da coerência e integridade. Uma primeira impressão das premissas dos precedentes no novo Código de Processo Civil. Revista Brasileira de Direito Processual n. 87, jul.-set.2014, p. 2.

rado em primeiro grau, como se passou com a espécie analisada neste estudo, objeto de acórdão do TJSP, a cujo respeito se tecerá as considerações que se seguem.

4. A ESPÉCIE VERSADA NO ACÓRDÃO DO TJSP, DE 18.08.2016, NO PROC. 0023203-35.2016.8.26.0000.

Com o objetivo de alcançar um parâmetro decisório capaz de formatar, em modo isonômico, a recorrente questão do retardo, pelas construtoras, na entrega de unidades condominiais, referidos no item 1º deste estudo, o D. Juízo de primeiro grau houve por bem suscitar um IRDR junto ao TJSP, na expectativa de obter uma "tese jurídica" (no caso, sobre uma *questão central*, defractada nas nove "subteses" indicadas no item 1º deste estudo) com vistas à obtenção de um *parâmetro decisório* de eficácia expandida, como se colhe do art. 985 do CPC, ao determinar a aplicação de tal precedente: "I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986".

O IRDR é cabível, a teor do art. 976 do CPC, quando presentes, *cumulativamente*, dois pressupostos objetivos: "I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica". No caso *sub examen*, o D. Juízo suscitante, como referido no voto do Relator, ressaltara o "risco de sentenças contraditórias geradoras de insegurança jurídica, de modo que a fixação de precedente de natureza vinculativa traria inúmeros benefícios aos jurisdicionados e à própria celeridade que se espera do Poder Judiciário" (fls. 3 do voto em questão).

Em sede doutrinária, asseveramos que aqueles pressupostos objetivos de admissibilidade do IRDR, "além de se apresentarem *cumulativamente*, devem revelar-se como ocorrências *reais e evidentes*, e não *potenciais* ou *virtuais* (como previa o art. 930, caput, do PLS 166/2010), falando em 'controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos). (...) Essa exigência de uma *real* constatação da situação-base – expressiva dispersão de ações envolvendo uma mesma questão de direito – aplica-se, ao nosso ver, inclusive no tocante à *segunda* das condições de admissibilidade do IRDR – o *risco* para a isonomia e a segurança jurídica – dado que esse *dano temido* deve igualmente ser verossímil, palpável, evidenciado pela notória profusão de uma questão de direito, não bastando, evidentemente, que *algumas* ações guardem afinidade entre si por um ponto comum, até porque, para tais casos, o CPC disponibiliza outras técnicas, mormente a reunião para julgamento conjunto no juízo prevento (CPC/2015, § 1º do art. 55, arts. 57, 58, 286; CPC/73, arts. 105, 106, 253)".⁴

Dai que, entendendo presentes, *in statu assertionis*, os pressupostos de admissibilidade, o órgão colegiado do TJSP houve por bem conhecer do IRDR e autorizar seu prosseguimento, cabendo apenas registrar que: (i) os nove temas nos quais se defracta a questão central foram considerados *de per se*, sendo cada qual objeto de valorações tomadas por maioria de votos, como se colhe da ementa; (ii) também por maioria foi acolhida a proposta do relator para a *não suspensão* dos processos pendentes no Estado de São Paulo envolvendo a *vexata quaestio*, tendo o Relator, evocando nossa contribuição doutrinária, observado que, apesar de certa controvérsia que ainda grassa sobre esse

4. Incidente de resolução de demandas repetitivas – a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 202-203.

tópico (inclusive por conta da relativa novidade do tema), tal paralização "provocaria efeito inverso à celeridade e segurança que o instituto do IRDR almeja. Para fins de evitar a instabilidade e insegurança jurídica de franca minoria de julgamentos dissonantes [das súmulas do TJSP a respeito] seria suspensa a maioria dos julgamentos que se filiam ao entendimento já sumulado"; (...) "o risco de quebra do princípio da segurança jurídica em virtude de pequeno número de casos dissidentes da jurisprudência hoje dominante não sobrepuja o sacrifício que milhares de credores sofreriam, além da violação à boa ordem judiciária, caso seus processos permanecessem paralisados pelo prazo de um ano" (p. 8 e 9 do seu voto); (iii) enfim, igualmente por maioria, foram acolhidas as deliberações procedimentais preliminares, indicadas pelo relator, a saber: "a) intimação da Procuradoria Geral de Justiça para manifestação no incidente, no prazo de 15 dias (art. 982, III, NCPC); b) divulgação e publicidade do incidente, mediante publicação de editais e registro em banco eletrônico de dados do TJSP e CNJ (art. 979, par. 1º, NCPC e 192 RITJSP); c) oitiva das partes do processo do qual se extraiu o incidente, no prazo de 15 dias (art. 983 NCPC)"(p. 7 do voto do Relator).

Registre-se ainda que o voto do Relator mereceu percuciente análise e instigantes ponderações no voto "convergente e divergente em parte", apresentado pelo Des. Grava Brasil (p. 10 a 26 do acórdão).

5. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ACÓRDÃO DO TJSP QUE ADMITIU O PROCESSAMENTO DO IRDR

Conforme já antes referido, um dos objetivos almejados pelo novo CPC é o de coarctar, em boa medida, a *dispersão jurisprudencial excessiva*. Com efeito, pouco ou nada adianta que *todos sejam iguais perante a lei* (CF, art. 5º e inc. II) se, uma vez judicializada a controvérsia, o texto legal aplicável vem a consentir as mais diversas leituras, não raro até contraditórias, gerando um ambiente caótico e errático, no qual ninguém mais está seguro de seus direitos nem tampouco consciente de suas obrigações. Esse ambiente dispersivo, que não consegue alcançar um momento de superação e de estabilidade interpretativa, gera ainda, como externalidade negativa, o efeito de estimular o acesso à Justiça estatal de toda sorte de pretensões ou até de meras expectativas, na medida em que a profusão de respostas discrepantes acerca de uma mesma questão jurídica acaba por *incentivar* aqueles que, sabendo de antemão que não têm o direito, todavia arriscam-se a judicializar sua pretensão, fiando-se na eventualidade de que a *loteria judiciária* possa, porventura, lhes favorecer.

Assim é que o novo CPC acolhe e potencializa, francamente, os *precedentes judiciais*, em sentido largo – jurisprudência dominante ou pacífica; súmulas simples e vinculantes; questões de ordem do Plenário ou Órgão Especial; *decisões-quadro* tomadas pelo STF ou STJ no RE ou REsp afetado como *representativo da controvérsia*; acórdão em incidente de assunção de competência – e, no que ora mais interessa, a "tese jurídica" alcançada no julgamento do IRDR, conforme já indicado no item 3º supra, valendo ressaltar que, em sucedendo que dito padrão decisório venha a ser conhecido pelo STF ou STJ por força de recurso extraordinário ou especial, o entendimento fixado se estenderá ao largo e ao longo do território nacional (CPC, art. 987 e parágrafos). Cabe, pois, reconhecer, com Eduardo Cambi, que o IRDR, "ao primar pela segurança jurídica, permite a minimização da possibilidade de decisões antagônicas, imprevistas e incontrolláveis, que levam ao fenômeno da *jurisprudência lotérica*."⁵

5. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. Revista de Processo n. 243, maio, 2015, p. 341.

Ao tempo do processo legislativo que ao final levaria à promulgação do novo CPC, o IRDR fora de início previsto quando houvesse "controvérsia com *potencial* de gerar relevante multiplicação de processos" (PLS 166/2010, art. 930, *caput*) ou quando houvesse o "risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica" (PLC 8.046/2010, art. 988, *caput*), ou seja: nessas formulações, o IRDR teria uma feição precipuamente *preventiva* da dispersão jurisprudencial acerca de uma dada tese jurídica. Todavia, na redação final prevaleceu o entendimento de que o IRDR é de ser admitido apenas quando a profusão de ações isomórficas se revele *efetiva* (inciso I do art. 976), isto é, demonstrável objetivamente, não bastando a singela potencialidade daquela ocorrência. De resto, até mesmo o "risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica" (inciso II do art. 976) não pode reduzir-se a um temor vago, meramente suposto, mas há que ser palpável, a partir da objetiva constatação da profusão de processos no foro suscitante, envolvendo uma mesma questão de direito, capaz de pôr em risco aqueles dois valores.

No caso concreto ora em comento, o voto do Des. Grava Brasil registra que o D. Juízo de primeiro grau, suscitante, noticiara a existência de "diversas ações que envolvem as mesmas questões unicamente de direito, ajuizadas por compromissários compradores de unidades autônomas na planta, deduzindo diversos pedidos condenatórios em face da promitente vendedora" (p. 11 do acórdão). A isso se agrega o informado no voto do Relator: "São dezenas de milhares de processos em andamento perante a Justiça Comum e os Juizados Especiais no Estado de São Paulo, versando sobre os efeitos do atraso da entrega de unidade autônomas, produto do período de extraordinária expansão imobiliária entre os anos de 2010 e 2014". Tais elementos permitem deduzir que o risco à isonomia e segurança jurídica não se restringe às ações em curso no foro de Piracicaba, mas se projeta em face de outras comarcas do Estado de São Paulo, valendo lembrar que o TJSP é "órgão superior do Poder Judiciário do Estado, com *jurisdição em todo o seu território (...)*" – Constituição do Estado de São Paulo, art. 73, *caput*.

Verdade que, bem vistas as coisas uma tal profusão de demandas isomórficas estaria a sinalizar, antes e superiormente, o caminho da jurisdição propriamente coletiva como o *modus* processual quiçá mais adequado, sob a figura da ação coletiva em nome de um interesse individual homogêneo (Lei 8.078/90, art. 81, parágrafo único, III), porque com isso se alcançaria, num só processo, uma *condenação genérica* (Lei supra, art. 95), capaz de dar tratamento isonômico à controvérsia, prevenindo a judicialização individualizada. Tanto mais em se considerando que o novo CPC incumbe o juiz, ao se deparar com numerosas demandas repetitivas, officiar aos colegitimados da Lei 7.347/85 (ação civil pública) para que verifiquem a pertinência do ajuizamento de ação coletiva na espécie (art. 139, X).

O acórdão ora em comento limitou-se a expressar *juízo positivo de admissibilidade* do IRDR, sem adentrar, naturalmente, no *mérito* de cada uma das nove *subteses* em que se decompõe a questão central, e, nesse ponto, parece-nos que andou bem a Turma julgadora, porque, *in statu assertionis*, parecem atendidos, *quantum satis*, os dois pressupostos de admissibilidade indicados nos incisos do art. 976 do CPC: (i) a efetiva multiplicação de ações isomórficas, agitando questões afins, agregadas à questão central do retardo, pelas construtoras, da entrega de unidades condominiais); (ii) o risco, palpável, e não meramente temido ou suposto, de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, já que, em persistindo a judicialização individualizada, torna-se curial o perigo de decisões discrepantes, engendrando o trato de desigual de situações iguais.

Sem embargo, três pontos merecem ainda algum desenvolvimento, por serem imanentes ao IRDR, podendo-se antever que suscitarão debates instigantes: o primeiro tópico, sobre o qual não se demorou o legislador, consiste em saber se a existência de súmula ou outro precedente obrigatório a respeito do tema objetivado no IRDR suprimiria o *interesse* na sua instauração, entendido o interesse de agir como a *necessidade e utilidade* do manejo de um dado meio processual; o segundo ponto,

voltado ao tribunal *ad quem*, diz com a eventual pendência, na Corte, de anterior IRDR envolvendo a questão de direito que constituiria objeto de outro IRDR em cogitação ou em preparação; o terceiro tópico diz com a inexistência de um seguro parâmetro *quantitativo* a permitir o reconhecimento, *in concreto*, da ocorrência de uma "efetiva repetição de processos".

Vejamos, nessa ordem, essas questões.

(I) Numa primeira leitura, a súmula, por representar o extrato de um entendimento reiteradamente aplicado num dado tribunal, já deveria bastar para as finalidades de agilização dos ritos e uniformização dos julgamentos, assim atendendo à isonomia e à segurança jurídica a que fazem jus os destinatários da prestação jurisdicional, o que, em princípio, *recobriria o espaço* que seria reservado ao IRDR, suprimindo o interesse de agir em sua instauração. Por exemplo, cabendo ao STJ uniformizar a interpretação do direito federal comum, e já tendo sumulado o entendimento de que "É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação" (Enunciado 549), em primeira análise tal enunciado suprimiria a utilidade-necessidade na instauração de IRDR envolvendo esse tema. Todavia, essa aproximação conceitual e finalística entre súmula e IRDR não é perfeita, nem absoluta, sendo válido surpreender alguns *discrimens*: a súmula é extraída a partir da reiteração de acórdãos consonantes, comportando as modalidades persuasiva (plano da influência) e impositiva (caso da súmula vinculante do STF), cuidando-se de enunciado formado ao interno de um dado tribunal, ao passo que a tese jurídica firmada ao final do IRDR é um *padrão decisório vinculativo*, que se preordena a ser *aplicado* (CPC, art. 985, *caput*) a todos os demais processos, pendentes e futuros nos quais tal questão venha ventilada, projetando vários efeitos processuais, como os identificados supra, no item 3º deste estudo, cuidando-se, ademais, de um padrão decisório formado, sob uma dinâmica, por assim dizer, *de baixo para cima*, na medida em que surge da experiência vivenciada em primeiro grau, ante o afluxo numeroso de demandas seriais, passando, na sequência, ao tribunal, onde completará sua instrução e receberá decisão. Esse trâmite "bicameral" entre as duas instâncias permite uma decantação e depuração da questão de direito mais intensa do que aquela observada no *processus* de formação de uma súmula, o que a nosso ver empresta à tese jurídica firmada ao final do IRDR uma carga eficaz mais intensa e transcendente do que aquela projetada pelo direito sumular.

(II) O fato de um IRDR sobre uma dada *quaestio iuris* já estar em curso no tribunal *ad quem*, ao tempo em que um outro análogo se encontra em formação no primeiro grau é uma eventualidade a ser considerada, até porque o relator consta dentre os colegitimados à instauração do IRDR, podendo, portanto, fazê-lo de ofício (CPC, art. 977, I). Em caso que tal, visto que o IRDR visa, justamente, coarctar o risco de decisões discrepantes sobre uma mesma questão de direito, parece-nos que não se deve consentir a livre distribuição e o trâmite em separado de um "segundo" IRDR no âmbito de um mesmo tribunal, envolvendo a mesma *vexata quaestio*; mais se reforça tal conclusão em se considerando que a admissão de IRDR no tribunal autoriza o juiz de primeiro grau a suspender o(s) processo(s) a seu cargo, envolvendo a mesma controvérsia (CPC, art. 313, IV), numa sorte de "prejudicialidade externa", assim se evidenciando o propósito de prevenir a prolação de decisões divergentes sobre uma mesma questão de direito. Quer nos parecer, assim, que a distribuição de um IRDR a um dado órgão colegiado de um tribunal, firma a *prevenção* dessa fração para conhecer de outro(s) procedimento(s) análogo(s) que porventura venha(m) a ser instaurado(s), à semelhança do que se passa com os processos em primeiro grau que se apresentam conexos (CPC, art. 58), valendo colacionar o prudente aviso do § 3º do art. 55 do CPC: "Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar *risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente*, mesmo sem conexão entre eles"; (que dirá, então, quando a conexão for evidente, como ocorreria entre dois ou mais IRDRs nos quais se agita uma mesma questão de direito).

(III) Ao contrário do que se passa alhures (por exemplo no *Musterverfahren*, alemão, cuja instauração pressupõe a existência de um número mínimo de processos envolvendo a mesma questão de direito),⁶ já na experiência brasileira o legislador houve por bem não indicar esse dado quantitativo (como também não o fez no caso dos REs e Resps configurados como repetitivos, falando apenas em *multiplicidade* – CPC, art. 1.036, *caput*); assim, é razoável entender-se que a "efetiva repetição de processos" (art. 976, *caput*), se é verdade que não chega a configurar um conceito vago ou indeterminado (o qual, de resto, não dispensa certa demonstração a respeito: CPC, art. 489, § 1º, II), tampouco consente qualquer exigência de prévia quantificação de um dado acervo de processos isomórficos, para que se tenha por configurada a "efetiva repetição". Assim, quer nos parecer que, tanto em primeiro grau, como no tribunal *ad quem*, abre-se, num limite razoável, uma certa franquia cognitiva, permitindo ao juiz, tanto quanto ao relator, aquilatar, ao seu prudente juízo, se no caso concreto a afluência de ações seriais se apresenta em tal porte que já permite configurar uma *efetiva* repetição. No dizer de Eduardo Cambi, "deve prevalecer o bom senso, tendo como critérios norteadores o risco de quebra dos princípios da isonomia e da segurança jurídica".⁷ Vem ao encontro desse entendimento a *conclusão 87 do III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis* (25 a 27.04.2014): "A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica".⁸

Essas as considerações que pretendíamos expender acerca do acórdão do TJSP que admitiu o processamento do IRDR comentado no presente estudo, com o objetivo de, modestamente, contribuir para o esclarecimento e desenvolvimento dessa nova e instigante figura processual, vocacionada a contribuir para o enfrentamento da dispersão jurisprudencial excessiva.

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO

Procurador, aposentado, do Município de São Paulo. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

rmancuso@usp.br

6. V. Marcos de Araújo Cavalcanti, Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento – modelo alemão e as ordens de litígio em grupo inglesas. *Revista de Processo* n. 238, dez., 2014, p. 345-346.
7. Incidente de resolução..., cit., *Revista de Processo* n. 243, p. 344.
8. V. DIDIER JÚNIOR, Fredie; SCARPINELLA BUENO, Cassio; CREMER, Ronaldo. III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis. *Revista de Processo* n. 233, p. 304.

Cuida-se de incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976/987 NCPC) instaurado a requerimento do MM. Juiz de Direito Mauro Antonini, Titular da 5ª. Vara Cível da Comarca de Piracicaba, utilizando como caso paradigma ação indenizatória por atraso de entrega de unidade autônoma futura, em contrato de compromisso de compra e venda.

Propõe o MM. Juiz de Direito que as questões repetitivas objeto do presente pedido de resolução, unicamente de direito, comuns a milhares de ações similares que se processam em todo o Estado de São Paulo, abordem os seguintes temas:

- I. Alegação de nulidade da cláusula de tolerância de 180 dias para além do termo final previsto no contrato;**
- II. Alegação de nulidade de previsão de prazo alternativo de tolerância para a entrega de determinado número de meses (em regra 24 meses) após a assinatura do contrato de financiamento;**
- III. Alegação de que a multa contratual, prevista em desfavor do promissário comprador, deve ser aplicada por reciprocidade e isonomia, à hipótese de inadimplemento da promitente vendedora,**
- IV. Indenização por danos morais em virtude do atraso da entrega das unidades autônomas aos promitentes compradores;**
- V. Indenização por perdas e danos, representada pelo valor locativo que o comprador poderia ter auferido durante o período de atraso;**
- VI. Ilícitude da taxa de evolução de obra;**
- VII. Restituição dos valores pagos em excesso de forma simples ou em dobro;**
- VIII. Congelamento do saldo devedor enquanto a unidade autônoma não for entregue aos adquirentes;**
- IX. Aplicação da multa do art. 35 , parágrafo 5º., da L. 4.591/64 ao incorporador inadimplente;**

Entende o MM. Juiz de Direito proponente que existe o risco de sentenças contraditórias geradoras de insegurança jurídica, de modo que a fixação de precedente de natureza vinculativa traria inúmeros benefícios aos jurisdicionados e à própria celeridade que se espera do Poder Judiciário.

2. Inicialmente, lembro que alguns dos temas objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas já foram objeto de verbetes de Súmulas de Jurisprudência aprovadas e editadas por este Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

As Súmulas, relacionadas direta ou indiretamente aos temas propostos, que envolvem os requisitos e efeitos do atraso da entrega de unidades autônomas aos promitentes compradores, são as seguintes:

- Súmula 159: É incabível a condenação da vendedora ao pagamento de multa ajustada apenas para a hipótese de mora do comprador, afastando-se a aplicação da penalidade por equidade, ainda que descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra. Incidência do disposto no artigo 411, do Código Civil.

- Súmula 160: A expedição do habite-se, quando não coincidir com a imediata disponibilização física do imóvel ao promitente comprador, não afasta a mora contratual atribuída à vendedora.

- Súmula 161: Não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior, a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram “res inter alios acta” em relação ao compromissário adquirente.

- Súmula 162: Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio.

- Súmula 163: O descumprimento do prazo de entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra não cessa a incidência de correção monetária, mas tão somente dos encargos contratuais sobre o saldo devedor.

- Súmula 164: É válido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias, para entrega de imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível.

Sem embargo de parte dos temas objeto deste incidente de resolução de demandas repetitivas já se encontrar sumulado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, persiste a utilidade e a necessidade de recebimento e processamento do presente feito.

Isso porque não se confundem os efeitos dos verbetes sumulados de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo com os efeitos da decisão que julga incidente de resolução de demandas repetitivas.

As sumulas de jurisprudência apenas indicam o entendimento prevalente do Tribunal de Justiça estadual, sem qualquer efeito vinculativo ou consequências processuais mais expressivas.

Já a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas, de acordo com o novo Código de Processo Civil, além do efeito vinculativo, gera expressiva gama de consequências processuais, dentre as quais:

- a) A possibilidade de o juiz julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar o entendimento firmado em incidente de resolução (artigo 332, III, NCPC);
- b) A possibilidade de o juiz conceder tutela de evidência se as alegações de fato puderem ser comprovadas por documentos e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos (art. 311, II, NCPC);
- c) A possibilidade de se promover execução provisória sem prestar caução (art. 521, IV, “e”, NCPC);
- d) A possibilidade de se negar provimento a recurso de apelação por decisão monocrática (art. 932, IV, “c”, NCPC).

Essas as razões pela qual proponho o recebimento do incidente de resolução em relação a todos os temas propostos, ainda aqueles que já foram objeto de súmulas aprovadas por este Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Destaco que durante a sessão de julgamento que admitiu o processamento do presente IRDR surgiram diversas e proveitosas discussões entre os julgadores, em especial quanto ao exato conteúdo dos temas objeto do incidente.

Tais discussões se encontram resumidas no culto voto em separado lançado pelo Eminentíssimo Desembargador Grava Brasil. Prevaleceu por votação da maioria, porém, o entendimento de que o julgamento de mérito dos temas objeto do incidente é que proporcionará a exata redação e o limite dos enunciados.

Entendeu a Turma Especial, por maioria de votos, que o julgamento do incidente, em seu mérito, permitirá ao C. Colegiado redigir com precisão, modular, restringir, ou rejeitar os temas propostos e ora admitidos. Essa a razão pela qual se entendeu prematuro que desde logo, em singelo juízo de admissibilidade, promover incursão sobre o exato teor do temário.

3. O único dos temas propostos que despertou alguma dúvida quanto à sua viabilidade foi o que trata da indenização por danos morais por atraso da entrega das unidades autônomas aos promitentes compradores.

Isso porque a indenização por danos morais envolve necessário exame das circunstâncias de cada um dos casos concretos submetidos à apreciação judicial. Sabido que o inadimplemento de obrigações pode gerar, ou não, pretensão indenizatória por danos morais.

Podem os danos morais ter origem tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual. O simples inadimplemento não gera, por si só, dano moral. Exige-se que o inadimplemento provoque diretamente atentado ao bem-estar psicofísico do indivíduo, vale dizer, deve apresentar uma certa magnitude para ser reconhecido como dano extrapatrimonial. Leva-se em conta, assim, apenas os efeitos do inadimplemento contratual que, por sua natureza ou gravidade, atinjam bens da personalidade ou provoquem sofrimento negativo intenso e diferenciado ao credor.

A ocorrência de dano moral não se verifica pela origem da responsabilidade (aquiliana ou contratual), mas sim pelo resultado, ou seja, pela natureza do interesse violado do ofendido.

Pareceu-me, porém, acompanhado pela D. Maioria, conveniente admitir ao menos o processamento do incidente de resolução quanto a tal tema, apenas para fixar se o inadimplemento da prestação de entrega de unidades autônomas pode em tese gerar danos morais, caso violados direitos da personalidade ou causem sofrimento intenso ao credor.

Evidente que não se decidirá em quais situações concretas – porque infinitas e fáticas – podem ocorrer os danos morais, mas tão somente a potência do inadimplemento da prestação de atraso de entrega de unidades gerar tal modalidade de indenização.

No mais, não é próprio e nem conveniente, em sede de simples juízo de admissibilidade, se aprofunde a apreciação de qualquer dos temas sujeitos ao presente IRDR.

4. Dispõe o artigo 192, parágrafo 3º., inciso I do RITJSP:

“I - Protocolizado o pedido de instauração do incidente dirigido ao Presidente do Tribunal, será, imediatamente, distribuído ao órgão competente e encaminhado ao relator, que o encaminhará à Mesa para o juízo de admissibilidade pela Turma Julgadora (art. 191, §2º, I)”;

Na forma do artigo 981 do NCPC, após a distribuição ao relator, o órgão competente para julgar o incidente procederá ao juízo de admissibilidade, considerando a presença dos requisitos previstos no artigo 976 do mesmo diploma.

Referidos requisitos cumulativos do artigo 976 do NCPC são:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsias sobre o mesmo tema;

II - risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica.

Entendo presentes os requisitos acima e proponho a admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas, quanto a todos os temas acima relacionados.

5. Acolhida, em sede de juízo de admissibilidade, a proposta de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, na forma dos artigos 976 e seguintes do NCPC, proponho ainda as seguintes providências:

a) intimação da Procuradoria Geral de Justiça para manifestação no incidente, no prazo de 15 dias (art.982, III NCPC);

b) divulgação e publicidade do incidente, mediante publicação de editais e registro em banco eletrônico de dados do TJSP e CNJ (art. 979, par. 1º. NCPC e 192 RITJSP);

c) oitiva das partes do processo do qual se extraiu o incidente, no prazo de 15 dias (art. 983 NCPC);

d) oitiva do PROCON, SECOVI e Comissão de Direito Imobiliário da OAB, no prazo de 15 dias (art. 983 NCPC);

Entendo desnecessária a requisição de informações do MM. Juízo que requereu a instauração do incidente, porque claro e fundamentado o pedido, acompanhado de todas as cópias e documentos necessários à apreciação das questões.

6. Finalmente, entendo desnecessária e imprópria a determinação de suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam em todo o Estado de São Paulo (art. 982 I, NCPC).

Após refletir detidamente sobre a questão, justifico as razões que me levaram a propor a não suspensão dos milhares de processos pendentes.

São dezenas de milhares de processos em andamento perante a Justiça Comum e os Juizados Especiais no Estado de São Paulo, versando sobre os efeitos do atraso da entrega de unidades autônomas, produto do período de extraordinária expansão imobiliária entre os anos de 2.010 a 2.014.

Parte dos temas objeto do incidente tem jurisprudência consolidada e sumulada por este próprio Tribunal de Justiça, ou enunciados dos Colégios Recursais dos Juizados Especiais.

Explicitarei acima as razões pelas quais propus a admissão, para fins de IRDR, de temas já sumulados por este Tribunal de Justiça. O incidente surtirá efeitos processuais distintos e mais vigorosos do que as súmulas de jurisprudência.

A realidade é que os julgamentos de Primeira Instância que violam as Súmulas jurisprudenciais aprovadas por este Tribunal de Justiça, embora existam, são francamente minoritários.

A paralisação de todos os processos do Estado de São Paulo por até um ano provocaria efeito inverso à celeridade e segurança que o instituto do IRDR almeja. Para fins de evitar a instabilidade e insegurança jurídica de franca minoria de julgamentos dissonantes, seria suspensa a maioria dos julgamentos que se filiam ao entendimento já sumulado.

Em última análise, com o escopo de evitar o risco a isonomia e a segurança jurídica de número não expressivo de feitos, se paralisaria pelo prazo de até um ano (sujeito ainda a Recursos Especial e Extraordinário dotados de efeito suspensivo) a imensa maioria dos feitos que já seguem a jurisprudência consolidada e sumulada do Tribunal de Justiça.

Persiste em doutrina fundada dúvida acerca da paralisação dos feitos, se consequência necessária ou facultativa, a critério da Turma Julgadora que decidirá o juízo de admissibilidade do incidente.

Pontua **Rodolfo de Camargo Mancuso** que se discute, “*em doutrina, se tal sobrestamento é de ser deixado ao prudente discernimento do relator, conforme as peculiaridades da espécie, ou se é providencia a ser necessariamente por ele implementada*” (**Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Editora RT, p 242**).

Após relacionar os posicionamentos de diversos autores, conclui, com acerto, que a virtude se encontra no meio-termo, ou seja, implica em que se dê o devido peso à prevalência do interesse público e social que permeia o IRDR. De um lado, deve ser sopesada a possibilidade de se colocar em risco a isonomia e a segurança jurídica. De outro lado, deve o relator ponderar o risco concreto que o andamento das ações em paralelo pode provocar à boa ordem judiciária (**obra citada, p. 242/243**).

No caso concreto, repito que o risco de quebra do princípio da segurança jurídica em virtude de pequeno número de casos dissidentes da jurisprudência hoje dominante não sobrepuja o sacrifício

que milhares de credores sofreriam, além da violação à boa ordem judiciária, caso seus processos permanecessem paralisados pelo prazo de um ano.

Filio-me por isso aos ensinamentos de **Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery**, para quem “*o relator do IRDR, assim que admitido o incidente pelo órgão colegiado, poderá determinar a suspensão de todos os processos, individuais e coletivos, que tramitam na região (TRF) ou no Estado (TJ) que contenham a mesma questão jurídica posta para análise..*” (**Comentários ao CPC**, Editora RT, p. 1.972; cfr. também **José Miguel Garcia Medina**, **Novo Código de Processo Civil Comentado**, 2.015, nota ao artigo 982, p. 1.327).

Proponho, portanto, que o IRDR se processe, em caráter excepcional, sem a suspensão das ações que tenham por objeto os mesmos temas que correm no Estado de São Paulo.

É o voto que submeto à D. Turma Especial da 1ª. Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

FRANCISCO LOUREIRO

Relator

**DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE E DIVERGENTE EM PARTE
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS Nº:
0023203-35.2016.8.26.0000**

**REQUERENTE: MM JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CÍVEL DA COMARCA
DE PIRACICABA**

**INTERESSADOS: JUNIOR DE MOURA ATAÍDE, M.R.V. ENGENHARIA E
PARTICIPAÇÕES S/A E PARQUE PIAZZA NAVONA INCORPORAÇÕES
SPE LLTDA.**

COMARCA: PIRACICABA

JUIZ PROLATOR: MAURO ANTONINI

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR –
Proposição com fundamento nos arts. 976 e 977, I, do NCPC –
Nove temas relacionados aos efeitos do atraso na entrega de
imóveis adquiridos na planta ou em fase de construção –
Admissibilidade sem restrição em relação a seis temas, tal
como proposto pelo Relator Sorteado – Admissibilidade em
relação ao tema referente ao prazo alternativo de tolerância,
item *b*, com determinação de se ouvir entes federais –
Admissibilidade em relação ao tema da ilicitude da *taxa de
evolução de obra*, com alteração de redação – Rejeição em
relação ao tema referente ao dano moral, por estar relacionado
às circunstâncias do caso concreto, com divergência de
julgamentos que não se situam no plano unicamente de direito
– Suspensão dos processos pendentes e diligências
decorrentes da admissibilidade que deverão ser objeto de
deliberação do Relator – Competência da Turma Especial, no
que diz com essas providências, que se opera no plano
recursal - Processamento do IRDR admitido em parte, com
determinação.

VOTO Nº 26199

I - Trata-se de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, apresentado pelo MM Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Piracicaba, legitimado pelo art. 977, I, e com fundamento no art. 976, ambos os dispositivos do NCPC, sob o argumento de que a matéria diz “com diversas ações que envolvem as mesmas questões unicamente de direito, ajuizadas por compromissários compradores de unidades autônomas na planta, deduzindo diversos pedidos condenatórios em face da promitente vendedora”.

Segundo o relatório do r. voto do culto Relator Sorteado, “as questões repetitivas objeto do presente pedido de resolução, unicamente de direito, comuns a milhares de ações similares que se processam em todo o Estado de São Paulo” dizem com nove temas, são eles:

- I. Alegação de nulidade da cláusula de tolerância de 180 dias para além do termo final previsto no contrato;**
- II. Alegação de nulidade de previsão de prazo alternativo de tolerância para a entrega de determinado número de meses (em regra 24 meses) após a assinatura do contrato de financiamento;**
- III. Alegação de que a multa contratual, prevista em desfavor do promissário comprador, deve ser aplicada por reciprocidade e isonomia, à hipótese de inadimplemento da promitente vendedora,**
- IV. Indenização por danos morais em virtude do atraso da entrega das unidades autônomas aos promitentes compradores;**

V. Indenização por perdas e danos, representada pelo valor locativo que o comprador poderia ter auferido durante o período de atraso;

VI. Ilicitude da taxa de evolução de obra;

VII. Restituição dos valores pagos em excesso de forma simples ou em dobro;

VIII. Congelamento do saldo devedor enquanto a unidade autônoma não for entregue aos adquirentes;

IX. Aplicação da multa do art. 35, parágrafo 5º, da L. 4.591/64 ao incorporador inadimplente;

O Relator Sorteado admite o incidente, em relação a todos os temas e, caso acolhida a proposta de instauração do IRDR, propõe sejam adotadas as seguintes providências:

- a) intimação da Procuradoria Geral de Justiça para manifestação no incidente, no prazo de 15 dias (art.982, III NCPC);
- b) divulgação e publicidade do incidente mediante publicação de editais e registro em banco eletrônico de dados do TJSP e CNJ (art. 979, par. 1º. NCPC e 192 RITJSP);
- c) oitiva das partes do processo do qual se extraiu o incidente, no prazo de 15 dias (art. 983 NCPC);
- d) oitiva do PROCON, SECOVI e Comissão de Direito Imobiliário da OAB, no prazo de 15 dias (art. 983 NCPC);

Por fim, o douto Relator entende “desnecessária e imprópria a determinação de suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam em todo o Estado de São Paulo (art. 982, I, NCPC)”,

O r. voto encontra-se assim ementado:

“INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. NOVE TEMAS RELACIONADOS AOS REQUISITOS E EFEITOS DO ATRASO DE ENTREGA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM CONSTRUÇÃO AOS CONSUMIDORES. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 976 DO NCPC. EFETIVA REPETIÇÃO DE PROCESSOS QUE CONTENHAM CONTROVÉRSIA SOBRE O MESMO TEMA. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E SEGURANÇA JURÍDICA. ADMISSIBILIDADE DE PROCESSAMENTO DO INCIDENTE.”

Com a devida vênia, ousou divergir pontualmente do i. Relator, nos termos deste voto, em cinco pontos, que passo a examinar.

É o relatório do necessário.

II – O primeiro ponto, diz com a admissibilidade da matéria referida no item **b**, que segue novamente transcrito:

b) Alegação de nulidade de previsão de prazo alternativo de tolerância para a entrega de determinado número de meses (em regra 24 meses) após a assinatura do contrato de financiamento;

Ocorre que, ainda que esse prazo tenha previsão original no contrato celebrado entre comprador e vendedor ou construtora, a rigor, seu objetivo é garantir o respeito ao prazo que

vier a ser fixado no contrato de financiamento, visto que a viabilização do empreendimento está inserida no Programa Carta de Crédito Associativo.

Com efeito, para uma melhor visão da questão, faz-se necessário melhor entender o Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV, que, por respaldado nas metas do PAC - Programa de Aceleração de Crescimento, é destinado não apenas à melhoria do *déficit* habitacional, mas, também, como forma de estímulo à concessão de crédito, a fim de impulsionar o crescimento econômico do país.

Assim, com vistas à sua finalidade de “criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal até R\$ 4.650,00” (art. 1º, da Lei n. 11.977/2009), destaca-se a instituição do Programa de Carta de Crédito Associativo, pelo Ministério da Cidade.

Regulamentado com objetivo de “oferecer acesso à moradia, em áreas urbanas ou rurais, por intermédio da concessão de financiamentos a pessoas físicas, integrantes da população-alvo do FGTS, organizadas sob a forma de grupos associativos”, a ser operado, dentre outros modos, em construção de unidades habitacionais, sua utilização em empreendimentos do PMCMV passou a ser maciça, trazendo reflexos concretos aos termos do contrato individual (comprador e vendedora /construtora).

Ora, a alocação de recursos nessa modalidade de crédito possui características peculiares, sendo importante destacar

que, por participarem diretamente do empréstimo destinado à própria construção das unidades habitacionais, as condições específicas de cada um dos compradores (mutuários) e a obtenção de um número mínimo de pessoas físicas vinculadas, passam a ter aspectos importantes na análise da proposta de crédito pelo Agente Financiador e, bem por isso, os recursos apenas começam a ser repassados à construtora depois dessa fase.

Nesse sentido, podem ser citadas a Instrução Normativa n. 35/2012, do Ministério das Cidades, e a Resolução n. 723/13, do CCFGTS, entre outras.

Como, portanto, discutir sobre a legalidade de um prazo previsto, em um primeiro momento, em uma relação bilateral, envolvendo comprador e construtora, mas que tem origem e embasamento em todo o sistema de construção de moradia popular, envolvendo uma relação contratual complexa e composta por mais de um polo?

Não se pode perder de vista, aliás, que o comprador, sob vários aspectos, auferir benefícios com a aquisição de unidade habitacional, fruto dos referidos programas habitacionais, de modo que, em princípio, deve se submeter aos seus regramentos.

Com esse enfoque, o avanço sobre o tema provocaria, no mínimo, discussão sobre possível interesse da CEF, da União Federal e sobre a necessidade de intervenção do

Ministério Público Federal, da Defensoria Pública Federal e da Advocacia Geral da União, trazendo para o âmbito do IRDR a indesejável discussão sobre a competência e o impasse de se dar prosseguimento ao incidente na Justiça Estadual, sem a possibilidade de sua remessa à Justiça Federal, visto que as demandas repetitivas se materializam aqui e não lá.

Assim, não vislumbro, em tese, solução, a meu sentir, plausível, a permitir que o IRDR tenha prosseguimento sobre a referida controvérsia, que, embora diga com cláusula inserta no contrato firmado entre comprador e construtora, seu reflexo no crédito associativo e, assim, no próprio PMCMV, é inconteste e não pode ser olvidado.

Entretanto, como, sob certo aspecto, o interesse se dá de forma reflexa ou indireta, não me parece lícito presumi-lo, sem que ocorra provocação dos próprios interessados.

Sob essa visão, proponho que se admita o incidente sob o tema, mas se delibere, de ofício, pelo colegiado, que sejam ouvidos a respeito os entes federais mencionados, nos termos do art. 983, do NCPD, procedendo-se ao exame do conhecimento ou não da matéria ou do tema, quando do julgamento do IRDR.

III – O segundo ponto, diz com a admissibilidade da matéria referida no item f, que tem a seguinte redação:

f) Ilícitude da taxa de evolução de obra;

Ocorre que a discussão sobre a ilicitude, *data venia*, nos termos da divergência, tal como sustentada pelo MM Juiz autor

do requerimento de instauração do IRDR, não tem a amplitude da discussão, tal como posta no tema.

É que a divergência jurisprudencial, que é objeto das demandas repetitivas, não diz propriamente com a legalidade da cobrança da *taxa de evolução de obra* ou *encargos de juros da obra*, mas com sua incidência no caso de atraso da obra, ou seja, além do prazo contratualmente previsto.

Nessa linha, a justificativa do Magistrado que suscitou o incidente:

“A questão repetitiva, unicamente de direito, é se a promitente vendedora, por ter dado causa ao atraso, responde pelo ressarcimento do que foi pago a esse título, a partir do momento em que caracterizado o atraso na entrega da unidade autônoma, pois, segundo alegam os consumidores, se tivesse ocorrido entrega pontual, a cobrança desses valores pela instituição financeira teria cessado, de modo que a vendedora é que dá causa a esses pagamentos adicionais.”

Como se verifica, o ponto fulcral da questão diz com a responsabilidade pela *taxa de evolução de obra* após o prazo de entrega, **não se questiona a licitude da taxa em si.**

Aliás, essa discussão, se travada nessa esfera, teria amplitude muito maior, pois, como o encargo diz com os contratos próprios do Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV, haveria afetação do interesse da União, que desenvolveu o programa, e da CEF, que está incumbida de seu financiamento, gerando a

necessidade de intervenção desses entes, como verdadeiros assistentes.

É que, sofrendo o impacto de uma eventual decisão favorável, já que a cobrança da discutida taxa é uma das características próprias desse tipo de contrato, participando o comprador do financiamento da obra, haveria por parte de uma < a União > ou de outra < a CEF > “interesse público na questão, isto é, a eventual decisão favorável a uma das partes deve impactar indiretamente a relação jurídica da qual faz parte, tal como prevê o *caput* do art. 119”¹, possibilitando a caracterização da condição de assistente jurídico simples.

À vista desses aspectos e atento à sistemática do próprio IRDR, haveria, inclusive, de se cogitar da intervenção do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública Federal e da Advocacia Geral da União.

Nessas circunstâncias, haveria necessidade de intervenção ou, no mínimo, a provocação desses entes mencionados, como possíveis interessados, para dizer a respeito desse tema, no plano do IRDR (art. 983, do NCPC), o que, novamente, no mínimo, causaria espécie, visto que o interesse federal poderia gerar o reconhecimento da incompetência deste Órgão ou desta Justiça para deliberar a respeito, ainda que se cuide de demandas propostas no âmbito da Justiça Estadual, o que, como condição fática, inibiria, por outro lado, o deslocamento

¹ Bruno Dantas, *in* Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil, RT, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e Outros, p. 2193.

da competência para a Justiça Federal.

Nesse foco, estaria criado o impasse.

Penso, no entanto, que a solução se dá por outro caminho, pois, na medida em que se reconhece que a divergência é pontuada pelo descumprimento do prazo de entrega, cuja observância levaria, **como ressaltado pelo Magistrado autor do requerimento de IRDR**, à cessação de sua cobrança, nesse sentido: “se tivesse ocorrido entrega pontual, a cobrança desses valores pela instituição financeira teria cessado”.

Logo, o tema deve estar voltado à discussão da divergência exclusivamente no âmbito da relação entre e comprador e construtora, para saber se é correto afirmar que “a vendedora é que dá causa a esses pagamentos adicionais”.

Assim, proponho a admissibilidade do tema sobre a responsabilidade pelo pagamento da *taxa de evolução de obra* quando houver descumprimento do prazo de entrega da obra pela construtora.

A redação proposta é a seguinte:

“Responsabilidade pelo pagamento da taxa de evolução de obra a partir do momento em que caracterizado o atraso na entrega da unidade autônoma.”

Concluindo, voto pela admissibilidade do IRDR, atribuindo a redação retro ao tema.

IV – O terceiro ponto, diz com relação ao item **d** da proposta de incidente, a saber:

d) Indenização por danos morais em virtude do atraso da entrega das unidades autônomas aos promitentes compradores;

Conquanto o i. Relator expresse alguma dúvida sobre a admissibilidade do tema, como IRDR, acaba por propor sua admissão, com a seguinte fundamentação:

“O único dos temas propostos que despertou alguma dúvida quanto à sua viabilidade foi o que trata da Indenização por danos morais por atraso da entrega das unidades autônomas aos promitentes compradores.

Isso porque a indenização por danos morais envolve necessário exame das circunstâncias de cada um dos casos concretos submetidos à apreciação judicial. Sabido que o inadimplemento de obrigações pode gerar, ou não, pretensão indenizatória por danos morais.

Podem os danos morais ter origem tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual. O simples inadimplemento não gera, por si só, dano moral. Exige-se que o inadimplemento provoque diretamente atentado ao bem-estar psicofísico do indivíduo, vale dizer, deve apresentar uma certa magnitude para ser reconhecido como dano extrapatrimonial. Leva-se em conta, assim, apenas os efeitos do inadimplemento contratual que, por sua natureza ou gravidade, atinjam bens da personalidade ou provoquem sofrimento negativo intenso e diferenciado ao credor.

A ocorrência de dano moral não se verifica pela origem da responsabilidade (aquiliana ou contratual), mas sim pelo resultado, ou seja, pelo interesse violado do ofendido.

Pareceu-me, porém, acompanhado pela D. Maioria, conveniente admitir ao menos o processamento do incidente de resolução quanto a tal tema, apenas para fixar se o inadimplemento da prestação de entrega de unidades autônomas pode em tese gerar

danos morais, caso se violados direitos da personalidade ou causem sofrimento intenso ao credor.”

Penso que a dúvida expressada, a rigor, impõe uma certeza e uma conclusão em sentido diverso do proposto.

Ainda que se possa dizer que, em tese, a controvérsia instalada sobre o dano moral diga respeito à questão unicamente de direito, o reconhecimento de dano dessa natureza reclama análise de fato, não se trata de mera consequência do inadimplemento contratual.

Nos termos do quanto dito pelo d. Relator: “a indenização por danos morais envolve necessário exame das circunstâncias de cada um dos casos concretos submetidos à apreciação judicial. Sabido que o inadimplemento de obrigações pode gerar, ou não, pretensão indenizatória por danos morais”.

Assim, a meu sentir, o afastamento da análise das circunstâncias do caso concreto somente seria possível se o dano moral, como consequência do inadimplemento, pela vendedora, oriundo de compromisso de venda e compra de unidades autônomas na planta ou em construção, fosse considerado *in res ipsa*, ou seja, o dano moral seria mera decorrência da demonstração do inadimplemento, deitando por terra qualquer discussão sobre as circunstâncias do inadimplemento e seus reflexos em relação ao comprador.

Nas palavras do próprio Relator:

“Podem os danos morais ter origem tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual. **O simples inadimplemento não gera, por si só, dano moral.** Exige-se que o inadimplemento provoque diretamente atentado ao bem-estar psicofísico do indivíduo, vale dizer, deve apresentar uma certa magnitude para ser reconhecido como dano extrapatrimonial. Leva-se em conta, assim, apenas os efeitos do inadimplemento contratual que, por sua natureza ou gravidade, atinjam bens da personalidade ou provoquem sofrimento negativo intenso e diferenciado ao credor.

A ocorrência de dano moral não se verifica pela origem da responsabilidade (aquiliana ou contratual), mas sim pelo resultado, ou seja, pelo interesse violado do ofendido.”
(negrito não original)

Essa visão coaduna com entendimento corrente no C. STJ, que, por diversas vezes, não conheceu da discussão, ao entender que sua análise afrontaria o enunciado da Súmula n. 07, posto ser imprescindível o reexame do conjunto probatório.

Nesse sentido, exemplificam os seguintes precedentes, proferidos pela Terceira Turma: AgRg no AREsp 801.201/RS, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 02.06.16; AgRg no AREsp 738.617/RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro, julgado em 26.04.16, e AgRg no AREsp 782.138/RJ, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 15.03.16.

Ademais, em relação ao dano moral, a divergência que se verifica nos julgados deste E. Tribunal de Justiça, dizem com a interpretação dos fatos do caso concreto, não se trata de discussão puramente de direito material, o que reforça o descabimento do IRDR nesse ponto.

Nessa linha, a título de exemplo, podem ser mencionados os excertos de alguns julgados:

“APELAÇÃO. COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. Ação ordinária de indenização por danos materiais e morais. Sentença de procedência parcial. Inconformismo de ambas as partes. Atraso na entrega do imóvel. Ocorrência. Obra não concluída no prazo contratual... danos morais. **Devida indenização pelos danos morais sofridos, diante das peculiaridades do caso concreto.** Valor reduzido para R\$ 15.000,00. Sentença parcialmente reformada. Sucumbência recíproca. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR” (Apel. n. 1010095-30.2014.8.26.0019, 3ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Viviani Nicolau, julgado em 25.07.16; grifo não original)

“Apelação – Compromisso de compra e venda de imóvel – Indenização por danos morais e materiais em virtude do atraso na entrega das chaves - Procedência em parte... - Apelo do autor objetivando a majoração do percentual dos lucros cessantes (de 0,8% para 1,5%), a redefinição do término do período de mora, a aplicação da multa moratória de 2%, assim como o reconhecimento dos danos morais – Manutenção do percentual adotado, que se aproxima do usualmente fixado a título de locativo mensal – Mora que deve ser computada até a data da efetiva entrega das chaves – Inviabilidade de aplicar multa invertida (2%) – **Ocorrência de danos morais – Privação do uso do imóvel pelo prazo de um ano, levando o autor, recém-casado, a se abrigar na casa de familiares** – Quantum arbitrado em R\$ 10.000,00 - Provimento, em parte.” (Apel n. 1017559-90.2013.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Enio Zuliani, j. em 02.06.16; grifo não original)

Logo, a admissibilidade do incidente em relação a essa matéria, a pretexto de “fixar se o inadimplemento da prestação de entrega de unidades autônomas pode em tese gerar danos morais” não

harmoniza, *data venia*, com o objetivo do instituto, que não se volta à discussão de questão em tese.

Com esse foco, tem-se que eventual deliberação a respeito, no plano do incidente, poderá dar ensejo a maior controvérsia, em vez de solucioná-la mais facilmente, dando margem a interpretação não objetivada pelo IRDR e, conseqüentemente, possibilitando maior insegurança jurídica.

Assim, sempre respeitando entendimento diverso, não admito o incidente sobre esse tema.

V – O quarto ponto diz com as providências decorrentes da admissibilidade do IRDR, elencadas no item 5 do voto do relator e objeto de suas alíneas *a*, *b*, *c* e *d*.

Esse aspecto é muito simples, mas necessita ser enfrentado, pois em se tratando do primeiro IRDR a ser apreciado por esse Órgão Colegiado, o procedimento adotado certamente servirá de balizamento para outros futuros incidentes.

Ora, nos termos do art. 982, do NCP, as providências e/ou diligências decorrentes da admissibilidade do incidente, competem ao Relator, não ao Órgão Colegiado.

Assim, em regra, não cabe a este Órgão dizer a quem oficiar, se as informações haverá ou não de ser requisitadas ou quem deverá ser intimado, o Relator do IRDR é o *Juiz* do processo, a ele compete adotar todas as providências que entender necessárias.

Logo, pelo meu voto, não conheço da proposta do Relator nessa parte, deixando a seu critério as providências a serem adotadas, ressalvado o quanto mencionado no item II retro, por sua excepcionalidade.

VI – O quinto é último ponto é um desdobramento da questão anterior, ainda que de maior relevância, posto que diz com a proposta de não suspender os processos pendentes de julgamento.

Esta divergência, entretanto, não passa pela discussão sobre a obrigatoriedade ou não da suspensão, acenada pelo Relator ao referir “Persiste em doutrina fundada dúvida acerca da paralisação dos feitos, se consequência necessária ou facultativa, a critério da Turma Julgadora que decidirá o juízo de admissibilidade do incidente”.

Ainda que se reconheça a controvérsia e a importância sobre o debate dessa questão, a divergência situa-se em outro plano e antecede esse exame.

É que, nos termos do art. 982, I, do NCPC, a competência para deliberar a respeito é do Relator e não do Órgão Colegiado competente para deliberar sobre a admissibilidade e para julgamento do incidente.

Este Órgão somente será acionado se e quando houver inconformismo em relação à decisão proferida a respeito

pelo Relator, materializado pela via do agravo interno, por algum dos legitimados a intervir no IRDR.

Assim, a meu ver, a competência desta Turma Especial para deliberar sobre a suspensão dos processos pendentes se dá no plano recursal, não no plano direto e nem suprimindo o juízo natural e prévio a ser exercido pelo Relator.

Por isso, sem entrar no mérito da suspensão dos processos pendentes, não conheço da questão, deixando de apreciar a proposta do Relator nesse ponto.

VII - Ante o exposto, pelo meu voto, é admitido em parte o processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, com determinação, sem exame, pelo colegiado, das questões relativas à suspensão dos processos pendentes e às diligências próprias de seu processamento.

DES. GRAVA BRAZIL

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, on-line, 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 Auto-
res 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.
-

