

**OPINIÕES
DOCTRINÁRIAS**

**PARECERES
PROCESSO CIVIL E
PROCESSO COLETIVO**

TERESA ARRUDA ALVIM

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiárias: Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

Produção Editorial

Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Vanessa Mafra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thaís Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfourri

Estagiárias: Bianca Satie Abduch, Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILA FUREGATO DA SILVA

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Alvim, Teresa Arruda

Opiniões doutrinárias, volume IV : pareceres : processo civil e processo coletivo / Teresa Arruda Alvim. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5614-830-4

1. Direito processual civil 2. Direito processual civil - Pareceres - Brasil
3. Pareceres jurídicos - Brasil I. Título.

21-56147

CDU-347.9(81)(094.98)

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito processual civil : Pareceres : Brasil 347.9(81)(094.98)

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

OPINIÕES DOCTRINÁRIAS

PARECERES
PROCESSO CIVIL E
PROCESSO COLETIVO

TERESA ARRUDA ALVIM

VOLUME **IV**

- Recursos
- Execução
- Ações coletivas

- Provas
- Nulidades

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

– OPINIÕES DOUTRINÁRIAS –

Volume IV

PARECERES PROCESSO CIVIL E PROCESSO COLETIVO

TERESA ARRUDA ALVIM

© desta edição [2021]

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO
Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia
CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

A autora goza da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhe a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seu trabalho.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacr@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.livro@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso eComm

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil [03-2021]

Profissional

Fechamento desta edição [09.02.2021]



ISBN 978-65-5614-830-4

APRESENTAÇÃO

Reuni, neste volume, pareceres selecionados dentre aqueles que considero mais interessantes, dentre os elaborados de 2012 até 2020, sobre processo civil individual (clássico) e coletivo. Os cinco primeiros foram escritos ainda à luz do CPC de 1973, mas versam sobre temas relevantes e ainda polêmicos. Trata-se, portanto, de pareceres que não perderam a sua atualidade.

Tivemos o cuidado de indicar os artigos do CPC de 2015, correspondentes aos do CPC de 1973, nos pareceres elaborados antes que o novo CPC entrasse em vigor.

O interesse na divulgação de pareceres é revelador da realidade de que a teoria e prática se interpenetram constantemente no direito. A vida prática é indissociável do estudo, do conhecimento abrangente e profundo das matérias com que se lida.

De fato, é surpreendente a distância que existe entre a *imaginação* do legislador e a riqueza do *mundo real*: são incontáveis os problemas que surgem no dia a dia dos processos sobre os quais o legislador nada dispõe, i. e., problemas que a lei não resolve.

Muito dos pareceres de *processo civil individual ou clássico*, escolhidos para constar deste volume, dizem respeito a “temas eternos”. Lida-se, por exemplo, com os limites da liberdade do juiz na apreciação da prova; com a necessidade de se preservarem efeitos de atos nulos; com o valor do seguro garantia (equivalente a dinheiro?); abordam-se os rumos que o Tribunal Superior pode tomar quando julga embargos de divergência (haveria uma terceira via?) e tantos outros assuntos atuais e instigantes.

Trata-se também, na segunda parte, de relevantes (relevantíssimos problemas) das *ações coletivas brasileiras*. Abordam-se, de rigor, os principais aspectos polêmicos: limites subjetivos da coisa julgada, quando proposta por associações, legitimidade para a execução da sentença coletiva e a possibilidade de haver ação coletiva em matéria tributária.

O interesse das teses contidas nestes pareceres está em que elas se distanciam da doutrina tradicional, mas se aproximam de parte expressiva da jurisprudência de nossos Tribunais, notadamente o STF.

Na grande maioria dos pareceres, que constam deste volume, as partes foram, a pedido dos advogados que nos solicitaram a elaboração dos pareceres, desidentificadas. Evidentemente, esta substituição por letras não gera prejuízo algum ao leitor, e, por outro lado evita exposições desnecessárias.

Os agradecimentos aos meus queridos sócios e amigos, Maria Lúcia Lins Conceição, Evaristo Aragão Santos, Priscila Kei Sato, Smith Robert Barreni, David Pereira Cardoso, Daniela Peretti D'Ávila, Suelen Henk, Manuela Rupel e Caroline Rupel, nunca serão suficientes. O ambiente agradável de trabalho, mesmo *on-line*, a sempre proveitosa e rica troca de ideias é que criam as condições para que todos possamos estudar, escrever e dar consultoria de qualidade aos nossos clientes.

Não posso, também, deixar de agradecer à Editora Thomson Reuters Revista dos Tribunais, que publica meus trabalhos desde 1987, a sempre e ótima receptividade às nossas iniciativas.

SOBRE A AUTORA

TERESA ARRUDA ALVIM

Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de Cambridge - Inglaterra. Professora Visitante na Universidade de Lisboa. Diretora de Relações Internacionais do IBDP. Honorary Executive Secretary General da International Association of Procedural Law. Membro Honorário da Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, do IAPPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM e da ABDConst. Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná - CAMFIEP. Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Thomson Reuters Revista dos Tribunais). Coordenadora da *Revista de Processo - RePro*, publicação mensal da Editora Thomson Reuters Revista dos Tribunais. Relatora da Comissão de Juristas, designada pelo Senado Federal em 2009, que redigiu o Anteprojeto de Código de Processo Civil. Relatora do Anteprojeto de Lei de Ações de Tutela de Direitos Coletivos e Difusos, elaborado por Comissão nomeada pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2019, (PL 4778/20). Advogada.



ESTRUTURA DA COLEÇÃO

Volume I

Tomo I:

Pareceres

Direito Público 1

Autor: Arruda Alvim

Volume I

Tomo II:

Pareceres

Direito Público 2

Direito Processual Civil

Autor: Arruda Alvim

Volume II:

Pareceres

Direito Privado

Civil e Empresarial

Autor: Arruda Alvim

Volume III:

Novos problemas de Direito Privado

Autor: Gustavo Tepedino

Volume IV:

Pareceres

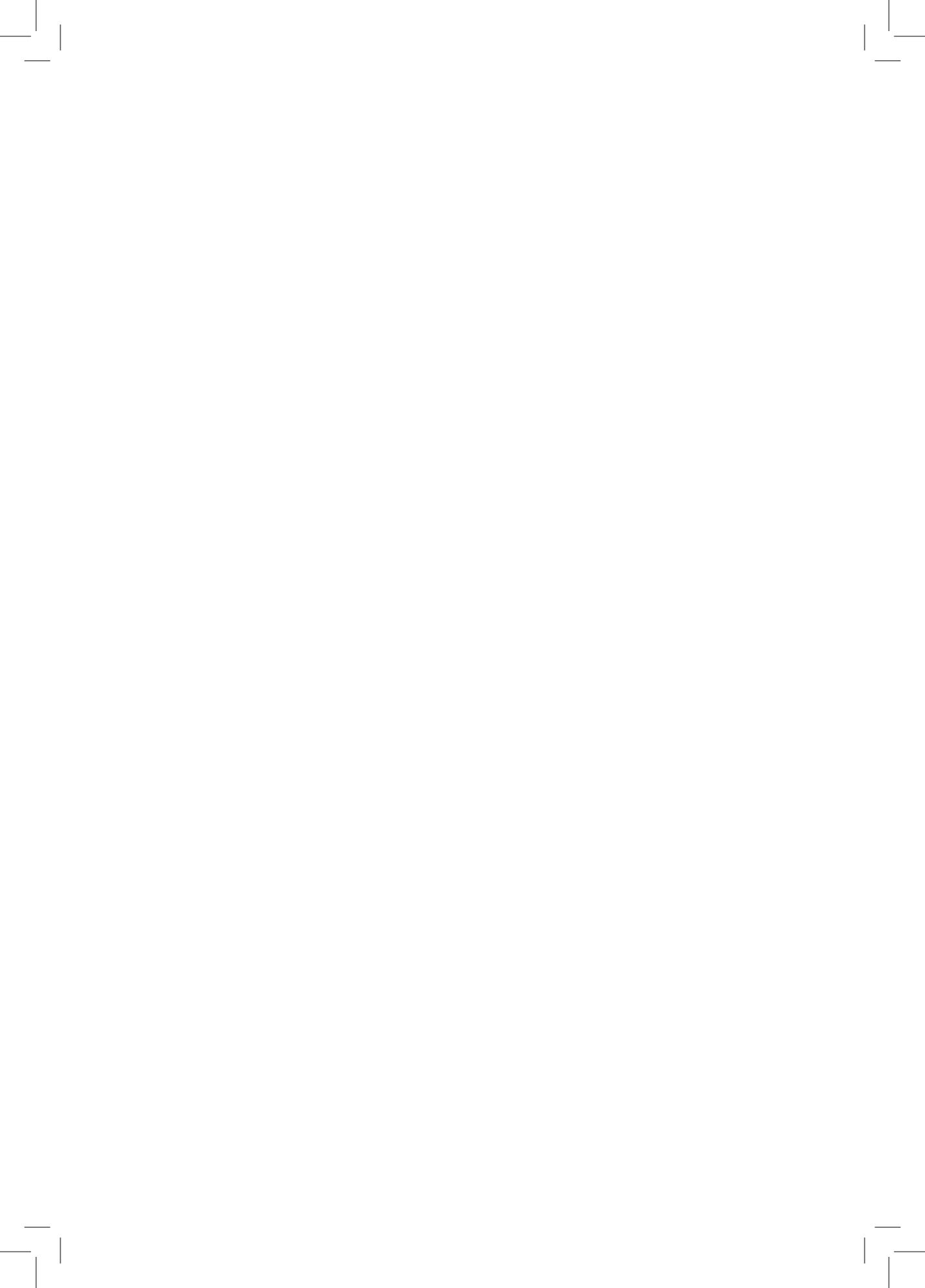
Processo Civil e Processo Coletivo

Autora: Teresa Arruda Alvim

Volume V:

Pareceres

Autora: Teresa Arruda Alvim



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	5
SOBRE A AUTORA	7
ESTRUTURA DA COLEÇÃO	9

PROCESSO CIVIL

1. Prova pericial – Liberdade do juiz – “Indivisibilidade” do laudo; recursos – Limites da reforma do acórdão em embargos de declaração – Dois embargos de declaração da mesma decisão, um só precisa ser julgado?.....	29
I. Síntese da situação jurídica existente e consulta	29
II. Quesitos.....	32
III. Sobre a “contradição” apontada nos embargos de declaração opostos pela Y, e a opção feita pelo v. acórdão que julgou os primeiros embargos de declaração, pelo valor descrito no laudo pericial. Alcance dos embargos de declaração, à luz do direito positivo brasileiro.....	33
III.1. Duas categorias de problemas.....	33
III.2. Não há contradição quando a decisão opta por um dos caminhos possíveis – trata-se de uma escolha.....	34
III.3. O sentido do labor pericial e os fatos que servem de base ao seu trabalho. Distinções necessárias	36
III.4. Os embargos de declaração opostos pela Y, tal como julgados pelo TJBA, serviram ao <i>reajulgamento da lide</i> , à revisão integral da decisão em-	

	bargada, e não apenas à supressão de “contradição”. Ocorrência de <i>error in procedendo</i>	39
IV.	Da ausência de fundamentação nos vv. acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça da Bahia a respeito da condenação da Consulente ao pagamento de lucros cessantes. Adesão dos referidos acórdãos à conclusão do laudo pericial, a despeito da ausência de fundamentação deste	41
V.	Da omissão dos vv. acórdãos que julgaram os embargos de declaração a respeito de argumentos de defesa expostos pela Consulente	44
VI.	Respostas às questões formuladas	46
2.	Fraude à execução – Recuperação judicial – Penhora de credor não habilitado – Embargos de terceiro – Redirecionamento da execução	49
1.	Síntese da consulta	49
2.	Questões	55
3.	Fundamentos jurídicos para análise das questões propostas	56
4.	Conclusões – Respostas às questões formuladas.....	72
3.	Execução – Circular 477 – Seguro-garantia na execução fiscal ou trabalhista	91
I.	Objeto da consulta e quesitos.....	91
II.	Primeiras observações doutrinárias relevantes	92
1.	O seguro-garantia	92
2.	O seguro-garantia judicial.....	94
3.	O seguro-garantia judicial e a penhora.....	96
4.	A ordem da penhora, o princípio da menor onerosidade ao devedor e o seguro-garantia judicial.....	98

5.	Distinções entre seguro-garantia judicial e fiança bancária.....	104
6.	Principais óbices, encontrados na jurisprudência, para aceitação do seguro-garantia judicial como caução processual	105
6.1.	Seguro com vigência inferior à duração do processo judicial	105
6.2.	Mora do tomador quanto ao pagamento do prêmio	106
6.3.	Seguro-garantia judicial como substituto da penhora sobre o dinheiro	107
6.4.	Da necessidade de concordância do exequente.....	111
6.5.	Do momento da apresentação do seguro-garantia judicial.....	111
7.	O seguro-garantia judicial e os débitos fiscais ...	113
7.1.	O seguro-garantia judicial como meio de suspensão da exigibilidade do crédito tributário	113
7.2.	O seguro-garantia judicial como substituto da penhora em dinheiro no executivo fiscal	116
8.	O seguro-garantia judicial e as execuções trabalhistas.....	121
III.	Resposta aos quesitos.....	122
IV.	Conclusão.....	124
4.	Conflito de competência do STF – Órgão competente – Anulação de todos os atos?.....	127
1.	Síntese da consulta	127
2.	Síntese das questões discutidas.....	128
3.	Questões	145

4.	Fundamentos jurídicos para análise das questões propostas	145
5.	Conclusões – Respostas às questões formuladas.....	165
5.	Nulidade da sentença – Apreciação de prova; Inépcia da inicial; Sócio ajuíza ação contra sócio – Idênticos poderes de administração – Locação e <i>animus domini</i> – Incompatibilidade – Não pagamento de aluguéis – Tolerância	171
1.	Síntese da consulta e breve histórico	171
2.	Quesitos	175
3.	Do evidente cerceamento de defesa e da nulidade da sentença.....	177
4.	Da inépcia da petição inicial.....	183
5.	Da ausência de interesse de agir	184
6.	Da má-fé no âmbito processual e da proibição do comportamento contraditório – “ <i>venire contra factum proprium</i> ”	187
7.	Da relação de confiança entre as partes	194
8.	Da ofensa ao dever de lealdade societário	197
9.	Dos requisitos da usucapião	203
10.	Da ausência de <i>animus domini</i>	206
	a) Da locação como <i>causa possessionis</i>	206
	b) Da prorrogação da locação	210
	c) Da posse direta decorrente da locação	214
11.	Da não transmutação da natureza da posse.....	217
12.	Respostas aos quesitos	227
6.	Astreintes – Multa Ominatória – Revisão de valor (<i>quantum</i>) – Parcelas vencidas e vincendas	233
I.	Objeto da consulta.....	233

II.	Breve resumo do caso.....	233
III.	Quesitos.....	235
IV.	Fundamentos que embasam as respostas dos quesitos.....	236
V.	Resposta aos quesitos.....	244
7.	Pedido e causa de pedir – Alteração – <i>iura novit curia</i> – amplitude do dever de cognição do juiz – conduta da parte: pedidos contraditórios, <i>venire contra factum proprium</i>	247
I.	Objeto da consulta.....	247
II.	Quesitos.....	248
III.	Breve retrospecto.....	248
IV.	Considerações jurídicas sobre temas relevantes para a solução do caso concreto.....	255
IV.1.	Sobre o contraditório e apresentação de novos elementos no processo.....	255
IV.2.	Alteração da causa de pedir e alteração do pedido no curso do processo.....	259
IV.3.	Má-fé processual.....	269
V.	Respostas aos quesitos formulados.....	272
8.	Execução forçada de bem dado em alienação fiduciária/compra e venda: equiparação?.....	275
I.	A consulta.....	275
II.	Quesitos.....	276
III.	Breve retrospectiva para contextualização.....	277
IV.	Sobre a alienação fiduciária em garantia.....	281
V.	Do procedimento de excussão extrajudicial de ações...	291
(i)	Das limitações derivadas da própria natureza da alienação fiduciária.....	291

(ii)	Das limitações decorrentes da boa-fé.....	294
(iii)	Das limitações impostas pela função ou destinação econômica e social	296
VI.	Do controle jurisdicional da higidez do procedimento de venda extrajudicial	301
VII.	Resposta aos quesitos.....	305
9.	Prazo decadencial – Duas coisas julgadas operadas em momentos distintos – Erro de fato	311
I.	A consulta.....	311
II.	Quesitos.....	311
III.	Breve retrospectiva para contextualização	312
IV.	Sobre o termo inicial para propositura da Ação Rescisória	316
A)	O conflito de entendimentos entre os Tribunais Superiores. A orientação do STJ	316
B)	Todo o recurso tem, em tese, aptidão para reverter o resultado do julgamento.....	322
C)	A certidão de trânsito em julgado e a boa-fé	324
V.	Ainda sobre o termo inicial para propositura da Ação Rescisória	328
VI.	Da configuração do erro de fato	330
VII.	Resposta aos quesitos.....	333
10.	Recurso especial – Liminar – Perda do objeto – Superveniência de sentença; astreintes – Multa monitoria – Redução – Parcelas vencidas e vincendas; prazo para terceiro recorrer	337
I.	Objeto da consulta.....	337
II.	Breve retrospectiva	338
III.	Quesitos.....	355

IV. Fundamentos que embasam as respostas dos quesitos.....	356
1. Da <i>perda de objeto</i> (<i>rectius</i> = perda de interesse) no julgamento de <i>REsp</i> sobre concessão, indeferimento, revogação ou alteração de liminar, <i>depois</i> de proferida a <i>sentença</i>	356
2. Da impossibilidade da alteração, com efeito retroativo, do valor da multa fixada por descumprimento da liminar.....	365
3. Sobre a preclusão <i>pro judicato</i> relativa à apreciação da adequação do valor da multa.....	373
4. Sobre os <i>critérios</i> para se verificar a <i>adequação</i> do valor da multa	376
5. Termo <i>a quo</i> da incidência das astreintes e necessidade de intimação pessoal da liminar que a fixa	386
6. Denúnciação à lide em causas envolvendo relações de consumo	398
7. Quais os limites da atividade de terceiro que ingressa no feito tardiamente?	399
8. Sobre a juntada de documentos, pelos réus, após a prolação da sentença	404
9. Sobre o efeito obstativo do prosseguimento da execução. Verificação do <i>fumus boni iuris</i>	407
V. Resposta aos quesitos.....	413
1.1. A oposição de Embargos de Declaração contra a sentença teria o condão de impedir o reconhecimento dessa perda de objeto?	414
11. Agravo Interno - Legitimidade terceiro interessado	427
I. Objeto da consulta.....	427
II. Brevíssimo retrospecto da situação que deu origem à presente Consulta.....	427

III.	Da inadmissibilidade do agravo interno.....	429
a)	Ausência de legitimidade para recorrer.....	430
a.1.	O processo coletivo e as limitações para a intervenção de terceiros.....	430
a.2.	A contribuição das demais técnicas voltadas à obtenção de decisão paradigmática	436
b)	Ausência de interesse em recorrer: já há coisa julgada; a tutela que se pede é de cumprimento impossível em razão da indivisibilidade da transação; a jurisdição do STJ já se encerrou ...	438
IV.	Conclusão.....	443
12.	Prova Pericial – Valoração – Fundamentação Adequada....	445
I.	Síntese da situação jurídica existente	445
II.	Objeto da Consulta.....	455
III.	Opinião Legal.....	456
IV.	Conclusão.....	462
13.	Recurso extraordinário – Afetação – Suspensão generalizada – Todos os processos pendentes – Relevância do tema – não só na esfera cível (tributária), mas também na esfera penal e administrativa – Unidade do direito.....	463
I.	Síntese da situação jurídica existente e a Consulta....	463
II.	Quesitos.....	475
III.	Pontos cuja análise é necessária para responder à Consulta	476
III.a.	Precedentes vinculantes e a necessidade de suspensão de toda e qualquer demanda que compreenda o tema objeto de afetação no âmbito do STF.....	476

III.b. Necessidade de Suspensão da Ação Penal	485
III.c. A questão da prescrição à luz dos casos que devem ser sobrestados.....	496
III.d. Sobre a impossibilidade de a ação penal servir como meio coercitivo-arrecadatório: necessidade de observância da Lei das Execuções Fiscais – LEF (Lei n. 6.830/80) e do CPC (incidente de desconsideração da personalidade jurídica)	499
IV. Respostas aos quesitos	503
14. Autoridade de precedentes – STF – Identidade de ações – Contextos fáticos diversos – Necessidade de se fazer a distinção e não de se fazer a adequação automaticamente	507
1. Síntese da consulta	507
2. Questões	510
3. Compreensão das peculiaridades do contexto decisório analisado pelo STJ no julgamento do REsp 1.677.414/SP.....	510
4. Fundamentos teóricos e dogmáticos para análise das questões propostas.....	519
5. Respostas às questões formuladas	527
15. Conexão – Racionalidade do julgamento conjunto – Pedido “genérico” e “preventivo” – Mesmas patentes	537
I. Situação jurídica existente e consulta.....	537
I.1. Primeira Ação.....	537
I.2. Segunda Ação.....	538
I.3. Outros fatos relevantes para o presente parecer...	540
II. Da vedação ao pedido abstrato e condicional	541
II.1. Considerações iniciais.....	541
II.2. Vedação expressa ao pedido abstrato e condicional	545

II.3.	Ausência de interesse de agir e inexistência de eventual sentença condicional	550
II.4.	Necessidade de interpretar-se o pedido de acordo com o conjunto da postulação e a boa-fé objetiva	554
III.	Da identificação da relação entre as demandas	558
III.1.	Considerações iniciais.....	558
III.2.	Causa de pedir da Primeira Ação	558
III.3.	Causa de pedir da Segunda Ação	559
IV.	Relação entre as demandas: reunião de ações para julgamento conjunto	561
IV.1.	Considerações preliminares: ausência de litispendência total ou parcial (continência).....	561
IV.2.	Conexão.....	563
IV.3.	Reunião de ações não conexas (conexão imprópria).....	564
V.	Resposta aos quesitos e conclusão.....	566
16.	Provas - Hierarquia legal é diferente de relevância natural de algumas espécies de prova, que prevalecem sobre outras - Prova em segundo grau de jurisdição - Dever de fundamentação - Alusão a todos os elementos constantes dos autos? - Hipótese de nulidade?.....	569
I.	Situação jurídica existente e consulta	569
II.	Resumo do essencial	569
III.	Quesitos	579
IV.	Liberdade do juiz no campo probatório	580
IV.1.	A percepção do juiz - O conjunto probatório - As provas individualmente consideradas	580
IV.2.	Ausência de hierarquia entre as provas - <i>Status</i> diferenciado de certos meios de prova	586

IV.3. Produção de prova quando o processo está no 2º grau de jurisdição	589
IV.4. Preclusão do direito à produção da prova	591
V. Boa-fé objetiva	597
V.1. A boa-fé e o caso dos autos	600
VI. Fundamentação das decisões – argumentos do sucumbente (= elementos trazidos aos autos).....	606
VI.1. Sobre a fundamentação da sentença no caso concreto	608
VII. Resposta aos quesitos e conclusão.....	612
17. Embargos de divergência – Tese inédita – Atinge terceiros? – Adstrição às partes e ao objeto do processo	617
I. Objeto da consulta.....	617
II. Resumo do Essencial.....	618
III. Premissas Necessárias.....	623
III.1. Embargos de divergência – É permitida a terceira via?	623
III.2. Limites do tribunal ao decidir recursos	628
III.3. <i>Obiter dicta</i> – não integram a essência da decisão, nem a parcela da decisão que pode ser tida como precedente	637
III.4. Modulação – Alcance possível	638
III.5. Art. 42 do CDC – Sanção Aflitiva.....	641
III.6. A devolução em dobro depende da demonstração da má-fé	647
IV. Resposta aos quesitos.....	651
V. Conclusão	652
18. Modulação de efeitos – Imprescindibilidade – proteção ao princípio da confiança legítima – Incompatibilidade	

de posicionamento dos tribunais superiores (STJ e STF) – Alteração de jurisprudência	653
I. Situação jurídica existente e a Consulta	653
II. Quesitos	669
III. Pontos cuja análise é necessária para responder à Consulta	670
III.1. Sobre o modo como se identificam as ações e as decisões judiciais (de mérito).....	670
III.2. Competências do STF e do STJ	673
III.2.1. No caso da Consulente, compete ao STJ dar a palavra final sobre as ques- tões relativas ao fato gerador e à base de cálculo do IPTU, à luz das disposi- ções do Código Tributário Nacional.....	676
III.3. A amplitude da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, “a”, da CF) é tema jurídico distinto daqueles relacionados ao fato gerador e à base de cálculo do IPTU (arts. 32 e 33, respectiva- mente, do CTN).....	683
III.4. Sobre a modulação	694
IV. Resposta aos quesitos.....	704
19. Juros de mora – Matéria de ordem pública?; prova – Apreciação – Limites; efeito translativo dos recursos ex- cepcionais.....	707
I. Objeto da consulta.....	707
II. Síntese do Essencial.....	708
III. Quesitos.....	714
IV. Da impossibilidade de reanálise ou reavaliação do conteúdo fático probatório em recursos de estrito di- reito	714
IV.1. Reanálise do quadro probatório	714

IV.2. Questão de fato/Questão de direito	720
V. Quanto ao pedido de aplicação da Taxa SELIC formulado perante o STJ	722
V.1. O efeito translativo e as questões de ordem pública.....	723
V.2. Das limitações ao efeito translativo nos recursos de estrito direito.....	728
a) Superação dos juízos de admissibilidade e cassação.....	728
b) Desnecessidade de análise de fato.....	730
c) Inexistência de decisão já <i>estável</i> sobre a questão de ordem pública - Capítulos da decisão e recorribilidade	731
d) Limitação do efeito translativo aos capítulos impugnados.....	733
e) Não pode ser <i>ex novo</i>	736
VI. Resposta aos quesitos.....	739
20. Modulação - Momento de eficácia da decisão enquanto precedente - Diferente do momento de eficácia da decisão para as próprias partes - Conceito de processo pendente para efeito de aplicação da nova tese, em caso de alteração de orientação anterior	743
I. Situação jurídica existente e a Consulta	743
II. Quesito.....	751
III. Considerações indispensáveis para a solução do caso	751
III.1. A “dupla eficácia” de um precedente vinculante e os diferentes momentos ligados à sua aplicação.....	751
III.2. O caso concreto.....	762
IV. Conclusão.....	768

PROCESSO COLETIVO

1. Ações coletivas – Legitimidade das associações – Limites subjetivos da coisa julgada – Direitos individuais homogêneos – Legitimidade ativa para execução individual.....	773
I. Objeto da consulta.....	773
II. Brevíssima contextualização do atual cenário da jurisprudência e dos debates que em torno dela gravitam.....	773
III. A estrutura normativa para tutela coletiva de direitos individuais por meio de entidades associativas.....	777
IV. A tentativa de ampliação da legitimidade das associações por meio da distinção entre <i>representação</i> e <i>substituição</i> na relação processual coletiva.....	782
V. Sobre a aparente distinção de tratamento entre “Ação Civil Pública” e “Ação Coletiva Ordinária”	785
VI. Os recentes precedentes do STF e sua inequívoca aplicação às demandas coletivas versando sobre direitos individuais homogêneos	789
VII. Conclusões.....	790
2. Ação Civil Pública – Matéria tributária; direitos disponíveis; inconstitucionalidade da lei que cria o tributo; “equivalência” a uma ADIN – Causa de pedir	793
I. A consulta.....	793
II. Sobre a ACP e o contexto em que foi movida	794
III. Temas relevantes	798
III.1. Ilegitimidade do MP para entrar com ACP envolvendo direitos individuais homogêneos e da impossibilidade de se usar a ACP para veicular pretensões de direito tributário	798
III.2. A ação coletiva fazendo as vezes de ADIn.....	807

III.3. ADIn – Coisa julgada – Causa de pedir universal da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade...	812
III.4. Recurso Especial e Ação Rescisória como meios idôneos a levantar os vícios que maculam a ACP 2.....	817
III.4.1. Recurso especial e matéria de ordem pública	817
III.4.2. Ação rescisória, por manifesta ofensa a norma jurídica (art. 966, V, do CPC)	823
IV. Quesitos	832
V. Respostas aos quesitos	833
3. Coisa Julgada Coletiva – Limites – Art. 16 da Lei nº 7.347/85.....	841
I. Objeto da consulta.....	841
II. Quesitos	841
III. Breve retrospecto	842
IV. Premissa indispensável: a questão em discussão – limitação da eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva – é de índole constitucional e apresenta repercussão geral	845
V. A CF protege a coisa julgada e assegura o acesso à justiça, mas seus contornos são fixados pela lei ordinária.....	851
VI. Os mecanismos existentes em nossa ordem jurídica, voltados a minimizar eventual risco de desuniformidade de tratamento que poderia decorrer da existência de inúmeras demandas coletivas com o mesmo objeto	856
VII. O entendimento do STJ, no acórdão impugnado pelo Recurso Extraordinário, vulnera os critérios de competência e de territorialidade (corolários do princípio federativo) e o princípio do juiz natural	858
VIII. Resposta aos quesitos.....	860



PROCESSO CIVIL





1

PROVA PERICIAL – LIBERDADE DO JUIZ – “INDIVISIBILIDADE” DO LAUDO; RECURSOS – LIMITES DA REFORMA DO ACÓRDÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – DOIS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA MESMA DECISÃO, UM SÓ PRECISA SER JULGADO?

PARECER

I. Síntese da situação jurídica existente e consulta¹

Consulta-nos X, por meio de seu ilustre advogado Domingos Fernando Refinetti, acerca da existência de **vícios nos acórdãos do Tribunal de Justiça da Bahia**, que apreciaram recursos interpostos em ação movida pela Y contra a Consulente, com o intuito de ver esta condenada ao pagamento de indenização, em razão da rescisão unilateral do contrato antes existente entre as partes.

Trata-se, *grosso modo*, do julgamento de embargos de declaração, interpostos por ambas as partes, em face do acórdão que julgou duas apelações, interpostas por ter havido sucumbência “recíproca”. Destes acórdãos todos, interpõe-se, agora, Recurso Especial.

1. Embora este parecer tenha sido elaborado à luz do CPC de 1973, os problemas tratados continuam atuais. Os artigos referidos no texto são do CPC de 1973 (arts. 535, I, e 436) e correspondem aos arts. 1.022, I, e 479 do CPC de 2015, respectivamente.

A consulta emerge, agora mais minuciosamente, de situação jurídica oriunda dos sucessivos seguintes eventos processuais:

1º) Em 1º grau, a r. sentença julgou o pedido procedente em parte, para condenar a Consulente ao pagamento de indenização por danos materiais emergentes. Rejeitou, contudo, o pedido de condenação da Consulente ao pagamento de indenização por lucros cessantes e por danos morais.²

2º) Ambas as partes apelaram contra a r. sentença – tendo a Consulente interposto apelação adesivamente.

3º) O Tribunal de Justiça deu provimento à apelação interposta pela Y, reformando, em parte, a r. sentença apelada, para **condenar a Consulente ao pagamento de indenização por lucros cessantes**, “referentes ao período de 60 (sessenta) dias após o término da relação comercial entre as partes”. Acolheu, também, a apelação, para condenar a Consulente **ao pagamento de danos emergentes, levando em consideração** o “valor do patrimônio que restou inutilizado em virtude da rescisão contratual”.³

4º) Ambas as partes opuseram embargos de declaração contra o v. acórdão referido.

5º) Em seus embargos de declaração,⁴ afirmou a Y que o v. acórdão embargado teria incorrido em contradição, revelada “no momento da delimitação da expectativa de lucro da embargante, ou seja, o que a empresa razoavelmente deixou de auferir durante o tempo que se esperava tivesse em vigor o contrato de prestação de serviço”.⁵ A contradição consistiria no seguinte: “o aresto embargado aplicou o prazo de 60 (sessenta dias), utilizando como parâmetro a cláusula contratual que estabelece o mesmo tempo para o aviso prévio no caso de rescisão sem culpa por se tratar de contrato por prazo indeterminado”.⁶ No entanto, segundo se afirma em tais embargos, “o prazo de 60 (sessenta dias) para o cômputo dos lucros cessantes revela-se extremamente dissonante e não vai reduzir ‘os efeitos negativos da rescisão,’ como equivocadamente justificou a

2. Cf. fls. 1964 a 1980 dos Autos, especialmente fls. 1977 e 1979.

3. Cf. fls. 2129 a 2152 dos Autos. Os trechos citados encontram-se à fl. 2135.

4. Cf. fls. 2157 a 2188 dos Autos.

5. Cf. fls. 2170.

6. Idem.

Eminente relatora”⁷ Mais adequado, segundo a Y, seria o critério supostamente indicado na prova pericial realizada: “o Perito do Juízo, ao exame detalhado da escrita contábil, estipula uma indenização com base na expectativa de vida⁸ comercial da embargante”⁹⁻¹⁰

Outros vícios foram também suscitados, nos referidos embargos. A “contradição” referida, no entanto, é o que mais nos chama a atenção, especialmente em razão do vício processual gerado pelo seu acolhimento, no acórdão que os julgou.

6º) Os embargos de declaração opostos pela Y foram providos, em parte. Além de acolher as razões apresentadas pela Y para justificar a ocorrência de contradição (cf. *supra*), o v. acórdão, ao julgar os referidos embargos de declaração, afirmou ser “forçoso ponderar que, se para condenar em danos emergentes, que também é indenização, o acórdão embargado fundamentou-se no laudo do perito oficial, **incorreu em contradição ao não adotar o mesmo critério de condenação para os lucros cessantes**”¹¹⁻¹² (g.n.)

7. Fls. 2174.

8. Observe-se, aliás, que previsões quanto à expectativa de vida de uma empresa não se aferem com base em conhecimentos contábeis.

9. Fls. 2174-2175.

10. Vê-se que, a rigor, não há contradição. O que fez a Y em seus embargos foi questionar o critério empregado pelo v. acórdão, para a definição de prazo que seria utilizado como critério para o cálculo dos lucros cessantes. Por meio dos embargos, na verdade, a Y pediu a *revisão* do v. acórdão embargado, isto é, o *rejulgamento* da causa, em relação ao item indicado.

11. Cf. p. 8 e 9 do referido acórdão.

12. O prazo que foi levado em consideração pelo Sr. perito judicial, para a realização do cálculo (cf. fl. 1337 dos autos), foi por ele assim referido no primeiro laudo (cf. fl. 767): “Levando-se em consideração a data do recebimento da última fatura, a parte autora manteve operação com a parte ré pelo período de 49 meses. Tomando-se por base a estimativa do negócio para um período de 10 anos, restam 71 meses (120 - 49 = 71) para o cálculo de lucros cessantes” (grifou-se). É curioso notar que o Sr. perito não informa o porquê de ter sugerido tal período (de 10 anos) para realizar, posteriormente, o cálculo. Fica claro, contudo, pela leitura do texto retrotranscrito (e em especial o trecho sublinhado), que o Sr. perito não sugeriu que, pela ele, o negócio duraria, de fato, 10 anos; ao que tudo indica, tal período foi por ele *apenas estimado para a realização do cálculo*. Se o período a ser considerado seria de um dia, um mês, um

7º) Em seus embargos de declaração, a Consulente indicou vários vícios, consistentes em **omissões** e **contradições**. Tal recurso, contudo, foi rejeitado, tendo afirmado o v. acórdão que assim o fazia em razão do acolhimento dos embargos de declaração opostos pela Y.¹³

8º) Em seguida, opôs a Consulente novos embargos de declaração, com o intuito de sanar omissões e contradições, surgidas no acórdão que julgou seus primeiros embargos de declaração e nos embargos de declaração opostos pela Y. Tais embargos, contudo, foram rejeitados, com base na concepção equivocada de que teriam ficado “prejudicados”, não tendo sido sanadas as contradições indicadas, nem supridas as omissões apontadas pela Consulente.

9º) Contra tais decisões, interpôs a Consulente Recurso Especial, ora em trâmite perante o Tribunal de Justiça da Bahia.

II. Quesitos

Em razão do que se disse no item precedente, foram-nos formulados os seguintes quesitos:

“1) Poderia o TJBA, ao julgar os embargos de declaração opostos pela Y, ter revisado integralmente o acórdão embargado? O vício indicado pela Y consistia, de fato, em **contradição**, nos termos do art. 535, I, do CPC?”

“2) A prova pericial vincula o juiz? Caso o juiz a tenha considerado, para fixar indenização a título de danos emergentes, deveria só por isso tê-la necessariamente adotado para definir o valor dos lucros cessantes?”

“3) Poderia o TJBA ter rejeitado os embargos de declaração opostos pela X, deixando de examinar *os argumentos neste recurso deduzidos (de defesa, portanto)*, sob o **fundamento** de que teriam sido acolhidos os embargos de declaração, opostos pela Y?”

ano ou qualquer outro, não incumbiria ao Sr. perito afirmar (este realizou, nos laudos que apresentou, apenas cálculos contábeis, realizados com base nos livros respectivos e em documentos fiscais), mas ao juiz da causa. Ao que tudo indica, a afirmação realizada pelo Sr. Perito, embora não tivesse por finalidade sustentar que o negócio duraria 10 anos, acabou induzindo o TJBA ao equivocado entendimento de que este seria “o” prazo a ser considerado, já que “atestado” pelo labor pericial.

13. Cf., especialmente, p. 12 do referido acórdão.

A seguir, analisaremos os elementos que consistem na base da solução jurídica que nos parece apropriada ao caso.

III. Sobre a “contradição” apontada nos embargos de declaração opostos pela Y, e a opção feita pelo v. acórdão que julgou os primeiros embargos de declaração, pelo valor descrito no laudo pericial. Alcance dos embargos de declaração, à luz do direito positivo brasileiro

III.1. Duas categorias de problemas

Em seus embargos de declaração, a Yq afirmou que o v. acórdão embargado teria incorrido em “**contradição**”. É que, embora reconhecendo que a Consulente teria rescindido unilateralmente o contrato outrora celebrado entre as partes, o v. acórdão tomou como parâmetro, para a fixação do valor de indenização, a título de lucros cessantes, o prazo de sessenta dias, previsto no instrumento contratual, para o caso de rescisão pretendida por qualquer das partes,¹⁴ e não o que decorreria do exame da prova pericial produzida perante o juízo de 1º grau – que seria a “única prova segura”, segundo afirma a Y, em seus embargos.¹⁵

No v. acórdão que julgou tais embargos de declaração, por sua vez, afirmou-se que a “contradição” consistiria no seguinte: “Forçoso ponderar que, se para condenar em danos emergentes, que também é indenização, o acórdão embargado fundamentou-se no laudo do perito oficial, incorreu em contradição ao não adotar o mesmo critério de condenação para os lucros cessantes”.¹⁶ Diante disso, ao afastar tal “contradição”, afirmou tal julgado que “a indenização por lucros cessantes a que tem direito a primeira embargante Y deve ter por base o valor apurado na perícia oficial”.¹⁷

Identificamos, aqui, duas ordens de problemas, que serão objeto de análise mais detida no presente parecer:

-
14. Dispõe o contrato celebrado entre as partes: “Cada uma das partes poderá rescindir o presente contrato, com ou sem justa causa, mediante notificação escrita para a outra, com 60 dias de antecedência” (cf. fls. 1976 dos Autos).
 15. Cf. consta das razões de embargos de declaração, à fl. 2176 dos Autos.
 16. Cf. p. 8-9 do v. acórdão que julgou os referidos embargos de declaração.
 17. Cf. p. 10 do mencionado acórdão.

1º) **Não se verifica a existência de contradição**, no sentido do art. 535, I, do CPC, quando (a) a decisão **opta** por um dos critérios possíveis para chegar a determinada conclusão, bem como quando (b) usa o afirmado pelo perito como base de fixação de indenização por danos emergentes, mas não dos lucros cessantes;

2º) **A mera remissão à conclusão a que chegou o perito, *sic et simpliciter*, não permite que se considere suficientemente fundamentada a decisão judicial.** Embora admissível a fundamentação *per relationem* (ou *aliunde*), é imprescindível que se explicitem os motivos *fático/jurídicos que justifiquem a decisão proferida*.

No presente item 3, nos ocuparemos do primeiro dos problemas postos. Daremos atenção à ausência de fundamentação – seja do v. acórdão, seja do laudo pericial ao qual referido julgado se reporta – no item 4.

III.2. *Não há contradição quando a decisão opta por um dos caminhos possíveis – trata-se de uma escolha*

No caso submetido a nosso exame, deu-se à expressão “contradição”, prevista no art. 535, I, do CPC, sentido equivocado, que destoa não apenas daquele desejado pelo legislador, mas até mesmo de seu sentido usual, não-jurídico, e até mesmo de seu sentido filosófico.

Há contradição quando se admitem, como verdadeiras, duas proposições **incoerentes** entre si, que, logicamente, **não** podem coexistir. Como ensina José Carlos Barbosa Moreira, há contradição quando na decisão há “posições entre si inconciliáveis”.¹⁸ Assim, por exemplo, um ato não pode ser considerado, ao mesmo tempo, lícito e ilícito, e se uma decisão judicial contém, em seu bojo, ambas as afirmações, podem ser opostos embargos de declaração, com o intuito de sanar o vício. Um raciocínio contraditório, portanto, conduz a uma falsidade lógica, já que algo não pode ser e não ser ao mesmo tempo (isto é, as proposições, por serem inconciliáveis, não se sustentam; se afirmo que $p = \text{não-}p$, tal conclusão só pode ser logicamente falsa).

Diversa é a hipótese quando, à luz de determinado ponto de partida, puder chegar-se a variados resultados ou conclusões, todos

18. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, 12. ed., Ed. Forense, 2005, n. 302, p. 554.

válidos e não excludentes. Assim, se se considera que, em razão de rescisão realizada unilateralmente por um dos contratantes, a parte prejudicada tem direito a alguma indenização em razão da expectativa do que seria a duração futura do contrato, e do que, potencialmente, lucraria com isso (= lucros cessantes), vários critérios podem ser considerados, e tudo dependerá das circunstâncias presentes, no caso concreto.

A operação que deverá ser considerada, contudo, é diferente da indicada no parágrafo anterior. Aqui, o que se diz é o seguinte: “A” rescindiu indevidamente o contrato, *logo* deve indenizar “B” por lucros cessantes. Os critérios a serem considerados para a definição dos lucros cessantes não integram as proposições, não fazem parte das premissas. Os elementos a serem levados em consideração para a apuração do *quantum debeatur* pertencem a um raciocínio posterior, que devem observar outros parâmetros.

O erro mais grave, indubitavelmente, em que incorreu o julgado ora examinado, que acolheu os embargos de declaração opostos pela Y, consiste, usando-se uma expressão da lógica filosófica, em uma *falácia*. Afinal, supõe o v. acórdão referido que, *se* houve rescisão unilateral, “o cálculo da indenização não poderia se basear no prejuízo experimentado pela primeira embargante apenas no prazo de sessenta dias”.¹⁹ Ora, tal critério – o prazo de sessenta dias, previsto no contrato, a contar da notificação, para o caso de rescisão provocada por iniciativa de uma das partes – é um dos possíveis, *e nada tem de incoerente, inconciliável ou contraditório* com a primeira afirmação (a de que a Consulente teria dever de indenizar por lucros cessantes).

Do ponto de vista técnico-processual, ao acolher os embargos de declaração opostos por Y, assim, incidiu o referido acórdão em *error in procedendo*, pois considerou haver contradição onde havia apenas opção (válida!) por um critério, dentre muitos possíveis. Ao fazê-lo, o v. acórdão deu aos embargos declaração dimensão e amplitude que tal recurso não tem, pois se pretendeu que o tribunal, ao julgar os embargos, refizesse a opção, fizesse uma nova escolha: ou seja, re julgasse a causa, violando-se, pois, o disposto no art. 535, I, do CPC.

19. P. 7 do mencionado acórdão.

III.3. *O sentido do labor pericial e os fatos que servem de base ao seu trabalho. Distinções necessárias*

Ainda, de acordo com o julgado ora examinado, os embargos de declaração opostos por Y deveriam ser acolhidos, pois, “se para condenar em danos emergentes, que também é indenização, o acórdão embargado fundamentou-se no laudo do perito oficial, incorreu em contradição ao não adotar o mesmo critério de condenação para os lucros cessantes”.²⁰

Supôs o v. julgado, assim, que, de algum modo, o laudo pericial seria “indivisível”: se levada em conta uma de suas conclusões, todas as demais deveriam ser necessariamente observadas.

O *error in procedendo*, aqui, decorre da adoção de várias premissas, todas equivocadas, a saber:

1^a) A de que o que produz efeitos é *o meio de prova*, e não *o fato descrito no meio de prova*.

Como se sabe, não se confundem a *manifestação formal da prova* (o depoimento da testemunha, o documento, o laudo pericial), o *conteúdo* da prova (a declaração da testemunha ou contida no documento, a afirmação do perito), e o *juízo* realizado pelo magistrado, isto é, o *convencimento* do juiz.²¹ Ora, o que produz efeitos não é o meio de prova, mas *o conteúdo* veiculado na atividade probatória. Embora possa parecer evidente, o erro em que incorreu o v. acórdão ora examinado corresponde a afirmar, por exemplo, que o que cria obrigações para os contratantes é o documento, e não a declaração contida no documento.

O “*laudo do perito oficial*”, assim, não é critério. O laudo – no caso, os laudos, pois há, no caso dos autos ora examinados, além de um primeiro laudo, outro, complementar – veicula *relatos* do perito, com suas opiniões acerca de um ou vários eventos.

Ocorre que, na hipótese examinada, o primeiro laudo e o laudo complementar dizem respeito a diversos *fatos*, e contêm, além de *meras descrições*, também *opiniões* e, aqui e ali, *meras suposições e estimativas*. Assim, por exemplo, o primeiro laudo pericial tratou (a) do valor pago pelo condicionamento de cada aparelho de

20. Cf. p. 8-9 do v. acórdão que julgou os referidos embargos de declaração.

21. A respeito, cf., entre outros, Hernando Devis Echandia, *Compendio de pruebas judiciales*, t. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1984, p. 33, nota 29.

telefone celular (fls. 758 dos Autos); (b) do valor do patrimônio da Y, quando do encerramento de suas atividades (fls. 760 dos Autos); e (c) do valor equivalente aos lucros cessantes (fls. 760-761 dos Autos). Para cada um dos quesitos apresentados, o perito levou em consideração, para chegar a alguma resposta, dados ou suposições diferentes: para (a), a média do valor indicado nas notas fiscais emitidas; para (b), planilha e livros contábeis; para calcular o descrito em (c), valeu-se, inclusive, de mera estimativa: “Tomando-se por base **a estimativa** do negócio para um período de 10 anos [...]” (grifou-se).

Todas as declarações do perito, veiculadas no laudo, devem ser **autonomamente examinadas** pelo julgador, já que dizem respeito a **fatos diferentes**, e são emitidas com base em dados igualmente distintos. Nada impede que uma proposição seja acolhida pelo juiz, outra integralmente repelida, e a terceira seja levada em consideração, apenas em parte.

A adoção de uma das conclusões do laudo pericial, assim, não impõe ao juiz a adoção de todas as outras. Ao considerar que o laudo pericial seria indivisível, cometeu o v. acórdão examinado outro *error in procedendo*.

2^a) A de que a declaração do perito vincula o juiz. De acordo com o art. 436 do CPC, o magistrado não fica, necessariamente, adstrito às conclusões a que chegou o perito: deve, o julgador, sopesar os *dados* levados em consideração e a *fundamentação* das conclusões a que chegou o perito. Se é certo que determinadas modalidades de perícia – inseridas, por muitos, no rol de *provas científicas* – estabelecem grau de certeza quase absoluto, quanto à ocorrência de determinado fato (*v.g.*, é o que acontece em relação ao exame de DNA, em ações de paternidade), o mesmo não se pode dizer, necessariamente, a respeito de uma perícia contábil. Todo o labor realizado pelo perito deve sujeitar-se a exame crítico do magistrado.

É certo que, em relação a uma prova científica, tem o juiz a difícil tarefa de justificar a tomada de decisão em sentido distinto do que chegou a prova pericial. Por outro lado, se não fundamentada a perícia – p.ex., se não se baseia em dados objetivos, ou se apresenta apenas meras suposições, e não afirmações seguras –, não deve o juiz segui-la. Tanto num, quanto noutra caso, estará o magistrado violando o *princípio* presente no art. 436 do CPC. Ora, se toda decisão judicial deve ser fundamentada (CF, art. 93, IX), **é de se considerar não fundamentada a decisão que se assenta em laudo igualmente não fundamentado**.

Há, pois, no caso ora examinado, *error in procedendo*, pois o v. acórdão, ao acolher a conclusão a que chegou o laudo pericial, a ele aderiu sem examinar seus fundamentos.

3ª) A de que, em relação aos lucros cessantes, teria o perito realizado avaliação precisa, com contornos bem definidos, alicerçada em sólidos fundamentos, e não *mera estimativa*, apresentada em consonância com o quesito sugerido pela Y.

Aqui, é necessário tomar-se o devido cuidado, a fim de não se atribuir às declarações do perito sentido diverso do que elas efetivamente têm, ou, o que seria igualmente grave, atribuir ao perito declarações que ele, efetivamente, não fez.

Afirmou o v. acórdão que acolheu os embargos de declaração opostos por Y que “a indenização por lucros cessantes a que tem direito a primeira embargante Y deve ter por base o valor apurado na perícia oficial” (grifou-se).²² Vê-se, pois, que o v. acórdão considerou que referido valor teria sido *precisamente determinado* pelo perito.

Não é isso, contudo, o que se depreende das declarações que constam do laudo pericial.

A empresa Y, ao apresentar seus quesitos, indagou: “Qual o valor equivalente aos lucros cessantes/expectativa de duração do negócio, tomando-se por base o faturamento proporcional aos seis anos em que deveria a Y. ter permanecido em atividade, tomando-se como base a data de encerramento das atividades da sociedade autora [...]?”²³ Nota-se que tal quesito foi formulado por referida empresa em consonância com o que afirmara em sua petição inicial, no sentido de que o negócio celebrado entre as partes “possuía uma duração mínima de dez anos”.²⁴ A resposta a esse quesito foi a seguinte: “Levando-se em consideração a data do recebimento da última fatura, a parte autora manteve operação com a parte ré, pelo período de 49 meses. Tomando-se por base a estimativa do negócio para um período de 10 anos, restam 71 meses (120 - 49 = 71) para o cálculo dos lucros cessantes” (grifou-se).²⁵

22. Cf. p. 10 do mencionado acórdão.

23. Cf. fl. 739 dos Autos.

24. Cf. destaca a r. sentença proferida em 1º grau de jurisdição, à fl. 1966 dos Autos.

25. Cf. fl. 761 dos Autos.

Depreende-se, da resposta do perito ao referido quesito, que: (a) o perito não afirmou que o negócio duraria, necessariamente, 10 anos, mas apenas apresentou uma **estimativa**, uma **suposição**, um número de anos e meses para a realização de um cálculo; e (b) **tal estimativa não se assentou em dados objetivos, bases científicas ou pesquisas empíricas**, já que o perito estava apenas reproduzindo **o período sugerido pela parte autora (Y) em sua petição inicial e no quesito então respondido**.

Também aí, pois, identifica-se o erro do v. acórdão ora examinado: ainda que fosse correta a suposição de que o laudo pericial deveria ter sido adotado na íntegra, não se poderia dele extrair mais do que ele contém. O perito não afirmou que o negócio duraria dez anos, **mas apenas usou esse número de anos, sugerido pela Y**, como **estimativa** para a realização de um cálculo.

A afirmação, contida no v. acórdão ora examinado, no sentido de que, “se para condenar em danos emergentes, que também é indenização, o acórdão embargado fundamentou-se no laudo do perito oficial, incorreu em contradição ao não adotar o mesmo critério de condenação para os lucros cessantes”, é, pois, triplamente viciada, já que: (a) o laudo contém variadas declarações, exaradas com base em critérios e dados diferentes, relacionadas a objetos também distintos; (b) o juiz não deve, necessariamente, seguir as afirmações do perito; e (c) no caso, o perito não afirmou ser aquele o “*critério de condenação para os lucros cessantes*”, nem *apuro* tal valor como sendo o devido, mas apenas respondeu ao quesito apresentado pela Y – **essa sim sustenta que o negócio deveria ter tido duração mínima de 10 anos**.

Logo, inexistente contradição ao se adotar uma das conclusões do laudo pericial, para a condenação ao pagamento de danos emergentes, e não levar em consideração outra de suas conclusões, para a definição do valor dos lucros cessantes.

*III.4. Os embargos de declaração opostos pela Y, tal como julgados pelo TJBA, serviram ao rejulgamento da lide, à revisão integral da decisão embargada, e não apenas à supressão de “contradição”.*²⁶ Ocorrência de error in procedendo

Não se desconhece que os embargos de declaração podem ter efeitos infringentes, ou modificativos. Tal é o que acontece, por

26. Que, como se viu, de rigor, não ocorreu.

exemplo, quando, ao se suprir uma omissão, acabe o Poder Judiciário se pronunciando sobre questões que, uma vez solucionadas, conduzem a desfecho diverso daquele a que se tinha chegado na decisão embargada (*v.g.*, omissa a sentença de procedência a respeito da alegação de prescrição, o acolhimento dos embargos de declaração poderá levar à prolação de sentença fundada no art. 269, IV, do CPC).

Tal situação, no entanto, é excepcional. Os embargos de declaração são recurso de *fundamentação vinculada*, isto é, cabíveis somente se fundados nos vícios indicados no art. 535 do CPC. Não se prestam, consoante afirmação corrente, à *revisão* de decisões ou ao *reajulgamento* da causa.²⁷

Tanto é assim que, como se sabe, muito se discute, no plano da doutrina, se os embargos de declaração são, ou não são, um recurso. Em todo o caso, é evidente, não são um recurso típico.²⁸

O que se disse nos itens precedentes revela que os embargos de declaração opostos por Y, embora supostamente fundados em “contradição”, tinham por finalidade, a rigor, provocar o *reajulgamento* da causa, com a *integral revisão* da decisão embargada. **Contradição, a rigor, não havia; logo, não teriam cabido embargos de declaração, fundados em tal vício.**

Normalmente, veem-se decisões do Superior Tribunal de Justiça anulando julgados de tribunais inferiores, por violação ao art. 535 do CPC, quando não conhecidos embargos de declaração opostos com o intuito de afastar contradição, obscuridade ou omissão.²⁹ Viola-se o art. 535 do CPC, contudo, não apenas quando não se admitem embargos de declaração quando esses forem cabíveis. Há *error in procedendo* também **quando admitidos**, julgados e providos

27. Já sustentamos mais profundamente isso em Omissão Judicial e Embargos de Declaração, Ed. RT, 2005, item 1.2, p. 52 e ss.

28. Item 1, p. 15 e ss.

29. Cf., p.ex.: “O STJ tem entendimento firmado de que o não pronunciamento do Tribunal de origem sobre questão relevante para a resolução da lide viola o art. 535 do CPC. [...]. O Tribunal de origem, ao apreciar o recurso integrativo, resumiu-se ao fundamento de que ‘a intenção é a rediscussão da matéria e destaco que não cabem embargos de declaração para tal finalidade.’ Nesse contexto, está caracterizada a violação do art. 535 do CPC” (STJ, REsp 1.166.337/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, 1.a T., julgado em 24/04/2012).

embargos de declaração fundados em erro de julgamento, **ainda que tal erro seja dissimulado, como se contradição fosse.**³⁰ Em qualquer das hipóteses, resta violado o art. 535 do CPC.

IV. Da ausência de fundamentação nos vv. acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça da Bahia a respeito da condenação da Consulente ao pagamento de lucros cessantes. Adesão dos referidos acórdãos à conclusão do laudo pericial, a despeito da ausência de fundamentação deste

Contra o v. acórdão várias vezes referido no item 3., *supra*, a Consulente opôs novos embargos de declaração, sustentando, entre outros fundamentos, que aquele acórdão seria omissivo, já que não teria examinado as demais provas produzidas nos autos, cingindo-se apenas à prova pericial produzida.

Tais embargos de declaração, no entanto, foram rejeitados, não tendo sido examinadas as demais provas produzidas. Acrescentou esse segundo acórdão, ainda, que a prova pericial gozaria de notável preponderância em relação às demais provas. Afirmou-se, por exemplo, que a prova testemunhal “jamais poderia prevalecer sobre a prova pericial”.³¹

Após análise detida do referido acórdão, bem como do laudo pericial que lhe serve de base, consideramos inexorável a conclusão de que há, no caso, *error in procedendo*, por duas razões:

30. Nesse sentido, cf., p.ex., o seguinte julgado: “A contradição que rende ensejo à propositura de embargos declaratórios é aquela que encerra uma incongruência lógica entre os próprios termos da decisão ou entre esses e a conclusão do julgado. No caso concreto a decisão que acolheu a exceção de pré-executividade por não identificar a carga condenatória do título executivo judicial poderia caracterizar erro de julgamento, mas não contradição. Não podia, por isso, ser corrigida pelo seu próprio prolator em sede de embargos de declaração” (STJ, REsp 1.085.460/DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3ª T., julgado em 23/08/2011).

31. Cf. p. 7 do referido acórdão. Vê-se, pois, que aqui se está diante de argumento típico de apelação, recurso cujo objetivo é provocar o rejuízo da causa. De fato, na apelação, é comum a afirmação de que o juiz teria apreciado mal as provas dos autos. Mas não tem sentido a afirmação de que este não poderia dar mais valor à prova testemunhal do que à pericial: (1) porque assim não é, à luz do princípio da livre apreciação das provas (2) e porque se tratava de embargos de declaração e não de apelação!

1^a) Embora se tenha afirmado que o “acórdão embargado fez referência, em mais de uma passagem, ao conjunto das provas produzidas e, apenas, destacou a prova pericial em virtude da necessidade de quantificar o dano sofrido pela embargada”,³² **o fato é que tais provas não foram examinadas.** Está-se, aqui, diante de uma hipótese de ausência de fundamentação e omissão, que deveria ter sido corrigida no julgamento dos embargos de declaração, pois, como é cediço, **não se admite que se julgue procedente o pedido sem que sejam examinados e repelidos todos os argumentos expostos pelo réu, em sua defesa.**³³

2^a) Tanto o v. acórdão que acolheu os embargos de declaração opostos por Y quanto o que rejeitou os segundos embargos de declaração opostos pela Consulente aderiram, *de modo absoluto*, às conclusões do laudo pericial apresentado em 1º grau de jurisdição, quanto ao valor dos lucros cessantes. Ao assim proceder, o Tribunal de Justiça da Bahia violou o art. 436 do CPC.³⁴ Explica-se:

Não se põe em dúvida que, quanto menor a margem de erro decorrente de uma prova técnica – como o é a prova pericial –, maior será a restrição ao “livre convencimento” do juiz. Na hipótese, antes referida, de exame de DNA em ações de paternidade, ficam evidentemente reduzidas as possibilidades de o juiz fundamentar, racionalmente, uma decisão em sentido diverso.

Os resultados a que chegou o perito, contudo, não devem ser admitidos, **de modo acrítrico**, pelo magistrado. O art. 436 do CPC, ao dispor que “o juiz não está adstrito ao laudo pericial”, revela que não se admite ao Poder Judiciário **delegar** ao perito a solução da questão. Mantém-se atualíssima a lição de Moacyr Amaral Santos, que, ao ensinar sobre a relação entre o juiz e o perito, afirma que este “não o substitui, apenas auxilia, **colabora** na formação do material probatório, emitindo pareceres, para que o **juiz, após o trabalho crítico devido, forme sua convicção sobre os fatos**”³⁵

32. Cf. p. 5 do acórdão que julgou os segundos embargos de declaração opostos pela Consulente.

33. A respeito, cf. o que se afirma no item 5, a seguir.

34. Além de isso ter sido feito em sede de embargos de declaração, o que é inadmissível, já que este recurso não deve levar, pura e simplesmente, ao re julgamento da causa.

35. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 2º vol., 21. ed., Ed. Saraiva, 2000, p. 472, grifos nossos.

É o juiz, e não o perito, pois, quem deve julgar. O trabalho desenvolvido pelo perito deve ser examinado com cuidado pelo magistrado, sob pena de haver uma verdadeira *delegação* da atividade jurisdicional ao perito.

Tal preocupação, revelada pelo art. 436 do CPC e pela doutrina produzida em torno do referido preceito legal, não é restrita, evidentemente, ao direito brasileiro. Algo similar é previsto, até mesmo de modo mais minucioso, na *rule 702* das *Federal Rules of Evidence*, do direito norte-americano. Exige-se, de acordo com este dispositivo legal, que a manifestação do *expert* seja baseada em fatos ou dados suficientes, produzida à luz de método confiável e dos fatos da causa.³⁶

Não se admite, assim, que a decisão faça, simplesmente, uma remissão à conclusão a que chegou o perito, sem verificar se o laudo pericial preenche os requisitos referidos.

É verdade que a jurisprudência admite a fundamentação *per relationem* (ou *aliunde*). É imprescindível, porém, que “nestas se achem expostos os motivos, de fato ou de direito, justificadores da decisão judicial proferida”³⁷ Esse modo de pensar é confirmado pela *letra* do art. 131 do CPC, que impõe ao juiz o dever de “indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Vê-se que os vv. acórdãos referidos não sobrevivem, se testados diante dos referidos pressupostos.

É que, como antes se observou, o laudo pericial apresentou, apenas e tão somente, *uma estimativa* do período que serviria de base para o cálculo do valor devido, a título de indenização por lucros cessantes. Tal período, além disso, **não foi indicado como correto pelo perito, e calculado com base em dados técnicos ou científicos**; o lapso temporal de 10 anos foi sugerido pela parte autora em sua petição inicial e em seus quesitos, e simplesmente, como antes

36. In verbis: “A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if: (a) the expert’s scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue; (b) the testimony is based on sufficient facts or data; (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.”

37. STF, HC 69.438, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.03.1993.

dissemos, *referido* pelo perito, por ocasião da apresentação de seu laudo.³⁸

Vê-se, pois, que o laudo pericial carece de fundamentação, ao menos quanto à resposta ao referido quesito. A não fundamentação do laudo, quanto a este ponto, *contamina* a decisão judicial que nele se baseia, sem ancorar-se em outros fundamentos, além da mera remissão ao mencionado laudo.

Vê-se, pois, que os vv. acórdãos referidos, tal como proferidos, violaram, a um só tempo, o art. 436 e, também, os arts. 131, 165 e 458, II, do CPC, em razão da ausência de fundamentação.

Tal deficiência foi suscitada, de modo diligente, pela Consulente, em seus segundos embargos de declaração. As variadas omissões – e as contradições – apontadas, no entanto, **não foram sanadas, restando também violado o art. 535 do CPC.**

V. Da omissão dos vv. acórdãos que julgaram os embargos de declaração a respeito de argumentos de defesa expostos pela Consulente

Contra o v. acórdão que julgou as apelações interpostas pelas partes, a Consulente opôs embargos de declaração, pleiteando o exame de variados argumentos deduzidos em sua defesa, a respeito do qual tinha-se omitido referido julgado.³⁹ Tais embargos de declaração, porém, foram rejeitados, sob o fundamento de que, “tendo sido acolhidos os embargos da primeira embargante, não existe omissão a ser declarada como pretende a segunda embargante”.⁴⁰

Contra tal acórdão a Consulente opôs novos embargos de declaração. Nestes, além de ter insistido nas omissões indicadas nos primeiros embargos de declaração, sustentou que o referido Tribunal teria atuado “como verdadeira instância revisora” ao julgar os embargos de declaração opostos pela Y⁴¹. Também esses segundos embargos de declaração, contudo, foram rejeitados.

38. Cf. o que se disse supra, no item 3.3.

39. V.g., sobre os critérios de cálculo dos lucros cessantes, o valor de reparo dos aparelhos de telefone celular, critérios de conversão de dólar para o real, existência de débitos e créditos recíprocos, o que permitiria a compensação.

40. Cf. p. 13 do referido acórdão. Note-se, portanto, que os embargos não foram examinados, porque se entendeu equivocadamente que teriam ficado prejudicados.

41. Tal vício, de fato, ocorreu, consoante se demonstrou no item 3, supra.

Os vv. acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça da Bahia, ao rejeitarem os sucessivos embargos de declaração opostos pela Consulente, violaram o art. 535 do CPC, já que não supriram as omissões apontadas, nem sanaram as contradições existentes em tais julgados.

É imensamente relevante dizer-se, aqui, que não é viciada a decisão que julga procedente o pedido, mas rejeita todos os argumentos expostos pelo réu, que poderiam levar à improcedência do pedido. *Mutatis mutandis*, não há omissão, se o pedido é julgado improcedente, mas o juiz examina e rejeita todos os fundamentos aduzidos pelo autor, que poderiam conduzir à procedência do pedido.

Correlatamente, o pedido não pode ser julgado procedente se não se examinam todos os fundamentos da defesa.

Tal não ocorreu, contudo, no caso submetido ao nosso exame. Aqui, ao rejeitar o pedido formulado pela Consulente, sem repelir, expressamente, as razões que poderiam conduzir à sua procedência, acabou o Tribunal de Justiça da Bahia proferindo decisão incompleta, cerceando o direito de defesa da Consulente (CF, art. 5º, LV). Acaba-se, assim, por violar o direito constitucional à prestação jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV).⁴²

Nesse sentido, a jurisprudência dos tribunais superiores vem, com acerto, se manifestando reiteradamente. Decidiu o Supremo Tribunal Federal que “a garantia constitucional alusiva ao acesso ao judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes. Nisso está a essência da norma inserta no inciso XXXV do art. 5º da Carta da República.”⁴³ Semelhantemente, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “o Tribunal não está obrigado a responder questionário das partes. Entretanto, deve examinar **questões**, oportunamente suscitadas, e que, se acolhidas, **poderiam levar o julgamento a um resultado diverso do ocorrido**.”⁴⁴ (g.n.)

42. Sobre a violação dos princípios referidos, quando deficiente a fundamentação da decisão judicial, cf. Michele Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Ed. Cedam, 1975, cap. VI, p. 402. Escrevemos sobre o tema mais vagorosamente em Omissão Judicial e Embargos de Declaração, *op. cit.*, item 7, p. 291 e ss.

43. STF, 2ª T., RE 172.084/MG, DJU 03.03.1995, p. 4.111.

44. STJ, 2ª T., REsp 785.913/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.05.2008. No mesmo sentido: “Deve ser declarado nulo o acórdão recorrido para que

Diante disso, portanto, os vv. acórdãos referidos violaram o disposto no art. 535 do CPC.

VI. Respostas às questões formuladas

Analizados todos os dados que nos foram fornecidos pela Consultante, e tendo em vista os elementos jurídicos examinados nos itens precedentes, aos quais nos reportamos, assim manifestamos nossa opinião em relação às questões formuladas:

“1) Poderia o TJBA, ao julgar os embargos de declaração opostos pela Y, ter revisado integralmente o acórdão embargado? O vício indicado pela Y consistia, de fato, em **contradição**, nos termos do art. 535, I, do CPC?”

A resposta a ambas as questões é negativa.

Não há contradição alguma no v. acórdão que julgou as apelações interpostas perante o TJBA. Afinal, ao decidir que a Consultante teria dever de indenizar por lucros cessantes, optou por um dos critérios possíveis. Ainda que tal critério não fosse considerado o melhor, o fato é que, a rigor, **contradição não houve**.

Não há contradição, também, no fato de o acórdão que julgou as apelações interpostas pelas partes ter acolhido apenas parte das conclusões expostas no laudo pericial. É que tais conclusões são autônomas entre si, baseiam-se em dados diferentes, e foram elaboradas em resposta a questões também distintas.

Vê-se, pois, que, ao dar provimento aos embargos de declaração opostos por Y, o Tribunal de Justiça da Bahia afirmou haver contradição onde, no máximo, poderia haver *error in iudicando*. Assim sendo, restou evidentemente violado o art. 535 do CPC.

“2) A prova pericial vincula o juiz? Caso o juiz a tenha considerado, para fixar indenização a título de danos emergentes, deveria, só por isso, tê-la necessariamente adotado, para definir o valor dos lucros cessantes?”

Não.

outro julgamento seja proferido, em obediência ao devido processo legal, quando o tribunal de origem deixa de apreciar fundamentadamente questões indispensáveis ao irrepreensível deslinde da controvérsia, mesmo que instado a fazê-lo por meio de embargos de declaração” (STJ, 3ª T., REsp 885.618/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.10.2007).

No caso submetido a nosso exame, o v. acórdão que acolheu os embargos de declaração opostos pela Y aderiu, de modo absoluto, à conclusão exposta no laudo pericial, em relação ao montante supostamente devido, a título de indenização por lucros cessantes. A conclusão a que chegou o laudo pericial, contudo, baseou-se em mera estimativa, que não decorreu de efetiva avaliação, fundada em elementos técnicos ou científicos, mas consistiu em mera resposta a quesito formulado pela parte autora (Y), que sugeriu, quando da apresentação de seus quesitos, que o cálculo do valor da indenização por lucros cessantes tomasse por base o período de 10 anos.

A ausência de fundamentação do laudo pericial, quanto ao ponto, **contagia** os vv. acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça da Bahia, que tomaram por base a referida conclusão do perito, **sem qualquer exame crítico**. Restaram violados, assim, os arts. 131 e 436 do CPC. A ausência de fundamentação conduz, também, à violação dos arts. 165 e 458, II, do CPC.

“3) Poderia o TJBA ter rejeitado os embargos de declaração opostos pela Ericsson Telecomunicações S/A, deixando de examinar os argumentos neste recurso deduzidos (*de defesa, portanto*), *sob o fundamento de que teriam sido acolhidos os embargos de declaração, opostos pela Y?*”

Ao contrário. Justamente porque acolhidos os embargos da Y, é que se deve ter como pressuposto, teriam sido examinados e repelidos os contra-argumentos da outra parte.

A resposta, também a esta questão, é negativa.

Ao rejeitar os sucessivos embargos de declaração opostos pela Consulente, deixou o Tribunal de Justiça da Bahia de apreciar fundamentos que, se acolhidos, poderiam ter levado à improcedência do pedido formulado pela parte autora.

Como tais vícios não foram sanados, no julgamento dos embargos de declaração opostos pela Consulente, os referidos acórdãos violaram o art. 535 do CPC.

Diante das razões anteriormente expostas, consideramos que o Recurso Especial interposto pela Consulente deve ser conhecido e provido, (a) para que se declare não serem admissíveis (na parte em que se escoram no fundamento **contradição**) os embargos de declaração interpostos pela Y (e julgados com amplitude absolutamente vedada pelo sistema recursal brasileiro) porque não estava

presente aquele requisito de admissibilidade (já que contradição não houve), e, portanto, que se declare dever prevalecer (nesta medida) o julgamento da apelação; (b) ou subsidiariamente, para que se anule o julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça da Bahia, a fim de que outro seja proferido, em seu lugar, com o adequado exame das questões suprarreferidas.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Curitiba, 14 de setembro de 2012.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

2

FRAUDE À EXECUÇÃO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PENHORA DE CREDOR NÃO HABILITADO – EMBARGOS DE TERCEIRO – REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO

PARECER

1. Síntese da consulta¹

Consulta-nos o X [*a que nos referiremos, a seguir, simplesmente como CONSULENTE*] sobre questões relativas à caracterização de fraude à execução e às consequências que disso resultam para a satisfação de crédito, discutido na execução de título extrajudicial, movida contra o Y [*referido, a seguir, apenas como Y*] e em trâmite perante o d. juízo de direito da Z Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP.

1. Embora este parecer tenha sido elaborado à luz do CPC de 1973, os problemas tratados continuam atuais. Os artigos referidos no texto são do CPC de 1973:

Arts. 472 (1973) / 506 (2015);

Arts. 591 (1973) / 789 (2015);

Arts. 593 (1973) / 792 (2015);

Arts. 655 (1973) / 835 e 842 (2015);

Arts. 659 (1973) / 831, 836, 837, 844 e 845 (2015); e

Arts. 672 (1973) / 856 (2015).

A situação *[em que se caracteriza hipótese de fraude à execução]* nos foi resumida, pelo CONSULENTE, nos seguintes termos:

a) na condição de credor do Y *[em decorrência de dívida resultante de contratos de câmbio]*, o CONSULENTE ajuizou execução de título extrajudicial, em que pediu o cumprimento de obrigação de pagar quantia equivalente a quase R\$ 30.000.000,00 *[em valores históricos]*;

b) na petição inicial da demanda executiva, o CONSULENTE, informando a existência de recuperação judicial do Y, requereu a formalização de penhora sobre produto resultante da alienação dos ativos pertencentes a tal empresa;

c) o juízo da execução determinou a expedição de mandado de penhora, para formalização no rosto dos autos da recuperação judicial, que foi cumprido em 24.04.2012 e, quase imediatamente depois disso *[em 30.04.2012]*, o Y apresentou, na recuperação judicial, plano que previa complexas operações de alienação, para a empresa J *[doravante mencionada simplesmente J]*, da quase totalidade dos bens imóveis de sua propriedade [= Y] onde estavam estabelecidas 11 Unidades Produtivas Isoladas *[a seguir referidas, apenas, como UPI's]*;

d) de fato, o negócio de alienação dos referidos imóveis/UIP's ocorreria mediante consecução de várias etapas: consolidação da propriedade das UIP's em favor de **B** *[a seguir referida apenas como B]*, para quem haviam sido tais bens alienados fiduciariamente; subsequente transferência de tais bens para outra sociedade, denominada M; incorporação desta empresa pela J; e, emissão de ações da J e entrega ao B a título de preço pela aquisição dos bens em questão;

e) a penhora, já mencionada, ocorreu antes de serem concretizadas todas as etapas desse negócio, e implicou constrição de valores até o limite necessário para satisfação do crédito do CONSULENTE, tendo havido intimação de todos os envolvidos quanto à ordem de constrição judicial em questão, isto é, **Y, B e J**; e

f) apesar da intimação prévia e **independentemente de homologação do plano de recuperação** *[o que somente ocorreu no final de novembro de 2012, com a realização de Assembleia de Credores, no dia 26, e publicação da decisão de homologação do plano, no dia 30]*, o negócio se realizou nos termos retromencionados, não tendo

havido, pela J, cumprimento da ordem judicial de reserva, mediante depósito judicial, de parte do preço [= ações em valor equivalente ao da dívida discutida na execução em que proferida a ordem de penhora].

Foi com base nessas premissas de fato que o CONSULENTE requereu, ao juízo da execução, o reconhecimento da ocorrência de fraude, bem como a adoção das providências necessárias para evitar qualquer prejuízo à satisfação de seu crédito.² Também requereu, em caráter subsidiário, e com fundamento nos arts. 312 do Código Civil, 671, I, e 672, § 2º, do CPC, o redirecionamento da execução contra a J, com o consequente bloqueio *online* de seus ativos

-
2. De fato, nessa oportunidade, o CONSULENTE requereu, no processo de execução, que: **a) todos os atos de alienação ou oneração de bens do Y [executado], praticados no curso da execução, a partir de sua citação (18/07/2012), fossem declarados ineficazes em relação ao X, por fraude à execução (art. 593, II, do CPC)**, isto é, que fosse declarada a ineficácia da cadeia de atos praticados com o objetivo de transferir a propriedade dos referidos imóveis à J e permitir a destinação do preço respectivo para o B: **(i)** a consolidação da propriedade dos imóveis/UPI's do Y em nome do B; **(ii)** a celebração de Contrato de Permuta de Ações (Swap) entre o B e a J, visando trocar ações da "SPE dos Ativos" do Y por ações do J; **(iii)** a transferência dos imóveis/UPI's do Y à "SPE dos Ativos" M, criada pelo B; **(iv)** a concretização da aquisição, pelo J, dos imóveis/UPI's do Y, mediante o pagamento do preço (R\$ 181 milhões), com dação em pagamento de 22.987.331 ações da J ao B; e **(v)** o registro da transferência das cotas da "SPE dos Ativos" do Y (M) para a J (J); **b) fosse expedido ofício ao Banco Bradesco S/A [que escriturou as 3.832.112 ações da J que foram entregues ao B como pagamento da venda dos imóveis/UPI's que pertenciam ao executado, Y], para que promovesse as necessárias averbações e registros em razão da penhora de parte do produto arrecadado com a venda das UPI's e, conseqüentemente, de parte daquelas ações escrituradas [pois entregues à B como parte de pagamento], abstando-se de transferi-las a terceiros;** **c) fosse nomeado como depositário das ações [que correspondem a parte do preço pago pelos imóveis alienados] o representante legal do B** ou, na eventual recusa em assumir o encargo, seja determinada a transferência de custódia das ações ao Banco do Brasil ou à Caixa Econômica Federal, nos moldes do art. 666, I, do CPC; e **d) fosse determinado, ao B e também ao agente custodiante (Banco Bradesco S/A) das ações da J que foram dadas em pagamento do negócio, o depósito em juízo do produto da venda das ações, tão logo tal venda venha a ser autorizada**, conforme previsto na Cláusula 3.321 da "Proposta de Aditamento e Consolidação ao Plano de Recuperação Judicial Revisto".

financeiros, em valor suficiente para satisfação do crédito exequendo e dos honorários advocatícios de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), fixados na decisão que recebeu a execução.

Em março de 2013, o juízo da execução proferiu decisão em que acolheu tal pretensão, determinando providências para reverter, no plano concreto, o quadro prejudicial resultante da fraude à execução, nos seguintes termos:

“O crédito do exequente é prioritário e extraconcursal, não se sujeitando aos efeitos da recuperação judicial da executada, nos termos do artigo 75, § 3º, da Lei 4.728/65, e artigo 49, § 4º, combinado com o artigo 86, II, ambos da Lei 11.101/05.

A operação de venda do patrimônio do devedor aprovada em plano de recuperação judicial não é oponível e, portanto, é ineficaz em relação ao exequente, como já dito supra.

A empresa executada, o credor estrangeiro (B) e o proponente da aquisição dos imóveis (J) foram intimados da execução, nos termos do artigo 671, I, do CPC, sendo ordenado o depósito em juízo dos créditos arrecadados com tal venda, até o limite da execução.

A alienação dos imóveis da empresa executada deu-se após a intimação da penhora, sendo o preço pago com dação em pagamento de ações do adquirente (J) e o produto integral da venda foi entregue ao credor estrangeiro (B), em afronta à decisão deste juízo, o que vale dizer que a empresa J, adquirente, pagou mal, havendo fraude à presente execução, nos termos do artigo 593, II, do CPC.

Posto isso, declaro ineficaz em relação ao exequente a venda dos imóveis da executada Y feita à empresa J, nos termos do artigo 593, II, do CPC.

Assim sendo, nomeio a empresa B depositária das ações recebidas do adquirente dos imóveis, o J e determino que a referida empresa, B, realize a venda das ações e deposite o produto em juízo, no prazo de dez dias, sob pena de prosseguimento da execução em face da mesma e da empresa adquirente, J, nos termos dos artigos 312 do Código Civil e 672, § 2º, do Código de Processo Civil.”

Contra a referida decisão, foram interpostos recursos de agravo de instrumento – pelo Y³, e pelo B⁴ – ainda pendentes de julgamento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

3. Que se voltou contra o reconhecimento de fraude à execução, sob o fundamento de que os imóveis/UPI's alienados não lhe pertenciam, mas

Além disso, o B ajuizou embargos de terceiro, sob os fundamentos de que:

- sim ao B, que, no negócio em questão, apenas consolidou a propriedade fiduciária que detinha em relação a tais bens. Portanto, o negócio se realizou dentro dos parâmetros estabelecidos na lei, tendo sido, inclusive, objeto de prévia aprovação dos credores da recuperação judicial (doc. 23). Também afirmou que: **a)** o juízo da execução apenas teria deferido a penhora no rosto dos autos e, não, a penhora do produto da alienação de ativos que lhe pertenceram no passado; **b)** a alienação fiduciária de que resultou transferência da propriedade dos imóveis/UPI's ao B é válida e eficaz, conforme decisão proferida anteriormente pelo TJ/SP; **c)** a consolidação da propriedade [isto é, transferência dos bens ao patrimônio do B] ocorreu antes do ajuizamento da execução; **d)** a proposta aprovada na Assembleia Geral de Credores, que vincula o B e a J, não previa o pagamento em dinheiro pela aquisição dos imóveis/UPI's, sendo inviável a intervenção do juízo de 1º grau naquilo que foi pactuado naquela proposta, com a declaração de vontade de pessoas jurídicas que sequer figuram como demandadas na execução; **e)** não estariam presentes os requisitos essenciais para a decretação de fraude à execução; **f)** a decisão recorrida ameaça a operação realizada na recuperação judicial, sendo potencialmente prejudicial a centenas de credores que não têm qualquer relação com o CONSULENTE e com a dívida contraída junto a ele.
4. Que pediu o afastamento da ordem de venda das ações da J, determinando-se, por conseguinte, tão somente a lavratura de auto de penhora de tais ações ou, cumulação alternativa eventual, o reconhecimento de que não é possível o prosseguimento da execução contra o B, caso não realizada a venda das ações, na forma determinada na decisão agravada. **Para justificar tais pedidos, alegou, em síntese:** **a)** ofensa às regras dos arts. 620, 670, 676 e 685-C, do CPC, além do artigo 5º, LIV, da CF, de que resultaria, apenas, a possibilidade de penhora das ações em questão e, não, de venda, como determinado na decisão agravada; **b)** ofensa às regras dos arts. 2º, 128 e 460 do CPC, pois a determinação de venda das ações em questão não foi pedida pelo Consulente, portanto, a decisão agravada, nesse capítulo, teria sido *ultra petita*; **c)** a inviabilidade de venda das ações em questão, por iniciativa privada, na Bolsa de Valores, em decorrência de ônus que recai sobre tais bens; **d)** a impossibilidade de sujeitar o B aos riscos de desempenhar papel de verdadeira representante do juízo de direito, na venda das ações em questão; **e)** a inviabilidade de imputar ao B os custos da operação para venda das ações em questão no mercado; e, **f)** a ausência de amparo legal para incidência da sanção prevista na decisão agravada, em caso de não realização da venda das ações, inclusive porque o B não descumpriu a ordem de penhora anterior, afinal tal ordem implicava constrição de bens pertencentes ao patrimônio do Y e os imóveis alienados por meio dos negócios considerados fraudulentos já eram de sua propriedade, em decorrência de alienação dos bens anterior ao ajuizamento da execução.

a) seria detentor de crédito: (i) extraconcursal e prioritário em relação a qualquer outro [*inclusive aquele de que é titular o CONSULENTE*⁵], por se tratar de financiamento concedido no contexto da própria recuperação judicial; e (ii) garantido por alienação fiduciária regularmente constituída, portanto, que goza dos privilégios previstos no art. 958 do Código Civil;

b) os atos praticados pelo B [*constituição de garantia fiduciária para concessão de financiamento “extraconcursal” regularmente aprovada pelo juízo da recuperação judicial; excussão de tal garantia com transferência da propriedade para seu patrimônio, em razão do inadimplemento da obrigação assumida pelo executado, Y; transferência de tais imóveis/UPI’s para a sociedade M e posterior alienação de todas as ações desta companhia para o J, em favor de quem acabaram vertendo os bens imóveis em questão*] jamais poderiam ser considerados em fraude à execução, pois seria credor legítimo e privilegiado do executado;

c) a livre disposição dos bens imóveis alienados fiduciariamente ao B traduziria exercício regular de direito, não só em razão da sua preferência executiva, como também porque a transferência dos bens em questão para seu patrimônio [*excussão da garantia*] ocorreu muito antes de o CONSULENTE ajuizar a execução;

d) ocuparia condição de terceiro em relação ao negócio realizado entre o CONSULENTE e o Y, não podendo o produto da alienação de seus bens [*dados em garantia fiduciária e posteriormente executados*] ser usado para o pagamento da dívida inadimplida; e

e) seria irrepreensível sua conduta, no curso da execução movida pelo CONSULENTE.

Com base nisso, pediu o acolhimento dos embargos, para o fim de revogar, em caráter definitivo, qualquer ato de constrição realizado sobre as ações da J [*que lhe foram dadas em pagamento no negócio de que resultou a alienação dos bens imóveis/UPI’s do Y*], bem como de qualquer ordem de alienação ou disposição de tais ações.

5. Para justificar a preferência de seu crédito em relação àquele titularizado pelo CONSULENTE, o B afirmou que houve desvirtuamento dos contratos de Adiantamentos de Contrato de Câmbio [*com base nos quais o CONSULENTE ajuizou a execução em questão*], isto é, o crédito do CONSULENTE teria natureza de mútuo e não de um legítimo ACC.

Os embargos foram acolhidos em 1º grau, em sentença⁶ contra a qual já se insurgiu o CONSULENTE, por meio de recurso de apelação que já foi distribuído perante o Tribunal de Justiça de São Paulo e aguarda julgamento.

2. Questões

Em razão dos fatos narrados no item precedente, são nos apresentadas as seguintes questões:

1) Os bens imóveis/UPI's alienados fiduciariamente a uma classe de credores habilitados na recuperação judicial – representados pela B – poderiam ser objeto de transferência definitiva a terceiro [J], por meio de negócio de compra e venda realizado no curso da recuperação judicial?

2) O CONSULENTE, enquanto credor não habilitado na recuperação judicial, agiu em conformidade com a legislação em vigor, ao realizar penhora, no rosto dos autos da recuperação judicial, de valores ali arrecadados, visando à satisfação de seu crédito?

*3) Diante da deliberação, pelos credores habilitados na recuperação judicial e pelo próprio Y, quanto ao preço pelos quais seriam adquiridos os imóveis e quanto à destinação dos valores arrecadados com tal negócio, **sem se considerar, em absoluto, o crédito do CONSULENTE, já garantido por penhora**, é possível afirmar que está caracterizada hipótese de fraude à execução?*

4) Se sim, quais as consequências a que se sujeitam as empresas envolvidas no negócio, isto é, o Y, a J e o B?

5) Ainda quanto às consequências resultantes da caracterização de fraude à execução, é possível o redirecionamento da atividade executiva para a J, e, portanto, a constrição judicial de bens pertencentes

6. Sob o fundamento essencial de que não haveria como impedir, com base nela, a deliberação quanto à destinação dos bens pela Assembleia Geral de Credores, que foi homologada pelo juízo perante o qual se processa a recuperação judicial. Nesse quadro, tendo se consolidado a condição de proprietária, em relação a tais bens, do B, pela excussão da garantia fiduciária, seria regular a venda dos bens anteriormente alienados e a reversão do produto de tal venda em favor do B, para satisfação do crédito de que é detentora. Determinou-se, por tais razões, o levantamento da penhora incidente sobre as ações da J, bem como a revogação da ordem de alienação das ações.

ao patrimônio desta empresa para satisfação do crédito do Consultante, nos moldes dos arts. 672, § 2º, do CPC e 312 do CC?

6) *A aprovação, pela Assembleia Geral de Credores, de plano que previa a alienação dos bens mencionados impede o reconhecimento da fraude à execução ou a sujeição das referidas empresas aos efeitos resultantes da caracterização da fraude?*

7) *Perante qual juízo deveria ter sido formulado o pedido de reconhecimento de fraude à execução?*

8) *A sentença de procedência proferida nos embargos de terceiro opostos pelo B é incompatível com o reconhecimento da fraude à execução e/ou redirecionamento da execução contra a J?*

A seguir, analisaremos as regras e institutos jurídicos que, segundo nos parece, devem ser levados em consideração nessa situação concreta submetida à nossa apreciação, para as respostas, em momento subsequente, às questões jurídicas supramencionadas.

3. Fundamentos jurídicos para análise das questões propostas

a) A possibilidade de os bens dados em garantia fiduciária responderem, direta ou indiretamente, por outras dívidas assumidas pelo fiduciante

O ponto de partida que nos parece essencial, para compreensão das questões jurídicas discutidas na hipótese *sub examinem*, é a análise do procedimento previsto em lei para excussão de garantia fiduciária e dos direitos que dele resultam para o credor fiduciário.

De fato, as partes diretamente envolvidas no negócio [*de que resultou esvaziamento patrimonial do Y*] sustentam que a alienação fiduciária da quase totalidade dos bens pertencentes a esta empresa e a subsequente excussão da garantia dariam, para o credor fiduciário [*B*], o direito de livremente dispor de tais bens. Há afirmação expressa nesse sentido, nos embargos de terceiro opostos pelo B. O objetivo, então, da análise a que nos dedicaremos nesse tópico é verificar se há amparo para tal afirmação na legislação em vigor, e obviamente nas normas que especificamente regem o tema.

O art. 22 da Lei 9.514/1997, conceitua a alienação fiduciária de imóvel como “o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.

Trata-se de negócio acessório a outro, do qual resulta a constituição de propriedade resolúvel de bem infungível como forma de garantir o cumprimento de obrigação assumida pelo originário proprietário de tal bem. Enquanto a dívida não é paga, o devedor fica apenas na condição de possuidor direto do bem. Paga a dívida garantida pelo bem, a propriedade do credor fiduciário [*em favor de quem a garantia é prestada*] deixa de existir, razão pela qual, em palavras muito simples, é considerada *resolúvel*.⁷

A Lei 9.514/1997, que regula a alienação fiduciária de bem imóvel, prevê requisitos [*entre os quais a **efetiva constituição da mora***] e procedimento próprio para excussão da garantia fiduciária.

O *caput* do art. 26 estabelece que, havendo inadimplemento da dívida, a propriedade se consolida em favor do credor fiduciário. No entanto, os §§ 1º a 8º, do mesmo dispositivo, trazem uma série de requisitos e condições para efetiva constituição em mora do devedor [*fiduciante*] e, portanto, para adoção das providências para excussão da garantia fiduciária.

O art. 27, por sua vez, prevê a necessidade de realização de **leilão público** para alienação do imóvel dado em garantia e, portanto, para saldar a obrigação constituída em favor do credor fiduciário.

A realização de leilão público, com atendimento aos requisitos formais definidos naquele dispositivo [*art. 27*], é necessária para garantir não apenas a proteção dos interesses do credor fiduciário, mas também de seu devedor e de outros credores que tenha.

Com efeito, o § 4º do art. 27, expressamente prevê que a diferença entre o valor da dívida e o valor da arrematação do bem em leilão público reverterá em favor do devedor, isto é, daquele que deu o bem imóvel em garantia de dívida.

7. Nesse sentido: “Ao ser contratada a alienação fiduciária, o devedor-fiduciante transmite a propriedade ao credor-fiduciário e, por esse meio, demite-se do seu direito de propriedade; em decorrência dessa contratação, constitui-se em favor do credor-fiduciário uma propriedade resolúvel; por força dessa estruturação, o devedor-fiduciante é investido na qualidade de proprietário sob condição suspensiva, e pode tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto do contrato principal” (**Negócio Fiduciário**. 2ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 222).

À luz desse dispositivo, deve-se reconhecer que a alienação fiduciária de bem imóvel que integra ao patrimônio de devedor insolvente não exclui a possibilidade de outros credores [além do fiduciário, beneficiado pela garantia] realizarem atos de constrição judicial **que afetarão a disponibilidade deste bem.**

O que ocorre nessa hipótese é “a constrição judicial dos meros direitos do devedor fiduciante (RT 587/118). Tais direitos só serão adquiridos após a extinção da dívida, quando o bem alienado fiduciariamente passará de fato a pertencer ao devedor fiduciante”⁸

A legislação processual em vigor autoriza a penhora dos direitos do devedor fiduciante, nos termos retromencionados.

De fato, o art. 655, inciso XI, do CPC, prevê a possibilidade de penhora de direitos do executado, dos quais possa resultar a satisfação do crédito do exequente. E o art. 591, do mesmo diploma, estabelece que “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros”.

A interpretação conjunta de ambas as regras revela que, em determinadas hipóteses, a penhora pode recair sobre bem que, embora não faça parte naquele determinado momento do patrimônio do devedor/executado, venha a integrá-lo no futuro e, por consequência, a responder **pela satisfação das dívidas inadimplidas**. Idêntico raciocínio pode ser feito, *mutatis mutandis*, em relação aos bens que, embora façam parte do patrimônio do devedor, estão onerados em favor de terceiros. A *ratio* é a mesma: se existe a possibilidade futura de utilização dos bens para satisfação de dívidas inadimplidas, autoriza-se, no momento presente, a prática de atos de constrição judicial em relação a tais bens.

Com base nessa premissa essencial, o STJ já decidiu ser possível a penhora de bem imóvel hipotecado e de direitos do devedor fiduciante em relação ao imóvel dado em garantia fiduciária.

De fato, em paradigmático julgamento realizado na década de 1990, essa Eg. Corte rejeitou embargos de terceiro ajuizados pelo credor hipotecário, sob o fundamento de que “o ordenamento jurídico não impede a penhora de imóvel financiado e hipotecado pelo Sistema Financeiro da Habitação para garantir o pagamento de

8. PARIZATTO, João Roberto. Da Penhora e da Impenhorabilidade de Bens. São Paulo: LED, 1998, pág. 61.

despesas condominiais”⁹ Na fundamentação do v. Acórdão proferido neste julgamento, o ilustre relator, Min. Barros Monteiro, ressaltou que “nada impede a penhora de imóvel em tal condição, sem, contudo, se desconfigurar o privilégio preferencial outorgado pela garantia hipotecária no momento da venda do bem em praça”.

Em julgamento mais recente, posicionou-se no sentido de que “o bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, não pode ser objeto de penhora. Nada impede, contudo, que os direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato sejam constrictos”¹⁰ Essa também foi a orientação adotada no julgamento do REsp 1.171.341/DF, em que a relatora, Min. Maria Isabel Gallotti, bem ressaltou:¹¹ “[...] havendo a expectativa do devedor fiduciante em consolidar a propriedade do bem objeto de contrato de alienação fiduciária, aplica-se a norma contida no artigo 591, do Código de Processo Civil, segundo a qual o “devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros”.

Quais consequências resultam, no plano pragmático, para o credor que regularmente proceda à penhora de direitos do devedor fiduciante sobre bens que tenha dado em garantia fiduciária? Ou, dito de outro modo, o ato de constrição judicial assim praticado pode trazer resultados realmente úteis para o credor do devedor fiduciante?

A resposta a tais questões passa, em primeiro lugar, por admitir que, no contexto supramencionado, **a penhora dos direitos do devedor fiduciante é ato judicial praticado no presente, com perspectiva de utilidade futura.**

Somente quando realizado o procedimento previsto na lei de regência [*‘in casu,’ tratando-se de bens imóveis, a Lei 9.514/1997*], para excussão da garantia fiduciária, será possível determinar: **(i)** qual é a extensão da obrigação assumida perante o credor fiduciário e o valor do inadimplemento; **(ii)** se houve efetivamente mora do devedor

9. REsp 195.335/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, 4ª Turma, julgado em 23/02/1999, DJ 28/06/1999, p. 120.

10. REsp 679.821/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 23/11/2004, DJ 17/12/2004, p. 594.

11. REsp 1.171.341/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em 06/12/2011, DJe 14/12/2011.

fiduciário, a autorizar que aquele bem seja alienado; **(iii)** qual é o justo valor de mercado dos bens imóveis; e **(iv)** se, vendido o bem pelo preço justo, fixado em leilão, haverá saldo em favor do devedor fiduciante.

É possível que, realizado o leilão, por “n” razões, a penhora dos direitos do devedor fiduciante se revele infrutífera. Mas, de acordo com expressa previsão legal [art. 27, § 4º, da Lei 9.514/1997], também é possível que se verifique, ao final, saldo favorável ao devedor fiduciante, que pode e deve ser utilizado para saldar dívidas inadimplidas que possua perante outros credores.

São incertos, por tais razões, os resultados da penhora de direitos do devedor fiduciante sobre bem alienado para o credor. Mas a simples perspectiva de que tais resultados ocorram conduz à necessidade de adotar providências, no plano processual, para garanti-los. A lei material não reconhece nem concede direitos, sem garantir, automática e simetricamente, instrumentos adequados para sua proteção no processo civil.

Por outras palavras, a penhora sobre bens ou direitos futuros goza de proteção legal, deve ser concebida e praticada de tal modo que assegure, ao credor, **o resultado prático possível, em cada situação**. Não faria sentido autorizar a sujeição de bens ou direitos futuros à atividade executiva, sem garantir que, em momento próprio, possam se concretizar os efeitos pretendidos com a prática do ato de constrição [*efetiva satisfação da dívida inadimplida com base na qual se realiza a atividade executiva*].

É necessário, então, identificar, no ordenamento jurídico, quais os mecanismos aptos à proteção do credor/exequente, em favor de quem foi realizada a penhora de bens ou direitos futuros do devedor/executado.

Em situações como a presente, pensamos, essa proteção envolve, essencialmente, **tornar em certa medida “indisponível” o bem sobre o qual recai direito futuro e incerto do devedor** e, portanto, impedir que o bem dado em garantia fiduciária seja objeto de disposição, sem observância do procedimento definido na legislação em vigor [Lei 9.514/1997]. Aliás, a previsão desse procedimento, *per se*, visa a garantir o respeito aos interesses de outros sujeitos de direito, na excussão de garantia fiduciária.

Portanto, havendo iniciativa de um determinado credor para penhora de direitos futuros do devedor fiduciante, fica o credor

fiduciário absolutamente proibido de dispor do bem alienado, de que resultam tais direitos, sem a realização de leilão público. **Isso não esvazia o sentido ou o objetivo da alienação fiduciária: o bem alienado continua respondendo, prioritariamente, pela dívida constituída perante o credor fiduciário, mas ele tem o dever de excutir tal garantia de acordo com o procedimento legal, para compatibilizar seus interesses com os de outros credores, que o ordenamento jurídico, evidentemente, quis proteger.**

Deveres, se descumpridos, geram, para seus titulares, uma sanção. Se a lei prevê o dever de realizar a excussão da garantia fiduciária, com observância de determinadas formalidades, e credor fiduciário não atende a este dever, a primeira consequência a que se sujeita é a invalidade do ato praticado para disposição do bem, que pode ser discutida em demanda autônoma.

Não bastasse isso, a legislação processual prevê medidas enérgicas contra quem, desrespeitando ordem judicial de penhora, pratica ato que possa frustrar seus efeitos e, portanto, de que possa resultar prejuízo à satisfação do crédito a que visa a garantir. A alusão é à caracterização de fraude à execução, que se sujeita ao regime jurídico brevemente delineado no item “b”, *infra*.

Em resumo: **a)** a Lei 9.514/1997, definindo que a excussão de garantia fiduciária, em se tratando de bem imóvel, ocorrerá por meio de **leilão público**, com observância de determinados requisitos formais, reconhece que outros interesses [*do devedor fiduciante e, por extensão, de seus demais credores*] existem e devem ser conjugados com os do credor fiduciário; **b)** partindo de tal premissa e do que preveem os arts. 591 e 655, inciso XI, do CPC, os Tribunais Superiores consideram perfeitamente válida e regular a penhora dos direitos que o devedor fiduciante venha a ter sobre o bem imóvel dado em garantia fiduciária; e **c)** a penhora sobre bem futuro, em tais hipóteses, deve ter seus eventuais resultados assegurados, o que, concretamente, impõe ao credor fiduciário o dever de realizar a excussão da garantia de acordo com o procedimento previsto no art. 27 da Lei 9.514/1997, sob pena de **invalidade** do ato de disposição praticado [*a ser discutida em ação própria*] e de **caracterização de fraude à execução**.

b) Conceito, requisitos, efeitos e competência para apreciação da fraude à execução

A fraude à execução, como bem explica DINAMARCO, é espécie de um gênero mais amplo [*fraudes do devedor*], em que se

enquadram “as condutas com as quais alguém, na pendência de uma obrigação insatisfeita, procura livrar um bem da responsabilidade patrimonial que pesa sobre ele”.¹² Compreende-se em tal gênero, também, a fraude contra credores e a disposição de bem que já foi objeto de constrição judicial.

A primeira hipótese [*fraude contra credores*] “é causa de anulabilidade do ato (art. 171, II, do CC-02), cujo reconhecimento e o consequente desfazimento daquele ocorre em ação própria, prevista no art. 161 do CC-02. Em tal demanda, competirá ao credor prejudicado provar a insolvência do devedor e o concerto fraudulento com o terceiro [...]”.¹³

Na segunda hipótese [*fraude à execução*], verifica-se comportamento do devedor, de que resulta não apenas prejuízo ao seu credor, mas ato atentatório à dignidade de Justiça, isto é, ato que desrespeita a autoridade do Estado no exercício da função jurisdicional.¹⁴

Diferentemente do que ocorre na fraude contra credores,¹⁵ portanto, que implica ofensa a interesses privados, disponíveis, a

12. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. V. IV, 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 422.

13. ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 272.

14. Nesse sentido: “(...) Não há necessidade de ação autônoma nem de qualquer outra providência mais formal para que se decrete a ineficácia do ato havido em fraude de execução. Basta ao credor noticiar na execução, por petição simples, que houve fraude de execução, comprovando-a, para que o juiz possa decretar a ineficácia do ato fraudulento. Nesse caso, pode o juiz determinar que a penhora recaia sobre o bem de posse ou de propriedade de terceiro, porque o bem vai responder pela obrigação executada. O bem continua na posse ou propriedade do terceiro, mas para a execução a oneração ou alienação é ineficaz. O bem, no patrimônio do terceiro, responde pela execução: o produto de sua alienação em hasta pública é revertido para satisfazer o crédito e o que sobejar retorna ao terceiro, proprietário do bem” (NERY JUNIOR, Nelson.; NERY, R. M. de A. *Código de Processo Civil Comentado* e Legislação Extravagante. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012, p. 1187).

15. “A fraude contra credores é instituto de direito material, representando defeito do negócio jurídico que importa alienação ou oneração patrimonial, praticado por quem está em condição de insolvência – criada por fato anterior ou pelo próprio negócio jurídico – em prejuízo dos seus credores” (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 261).

fraude à execução traduz-se em gravíssima afronta ao Poder Judiciário, sendo tipificada como crime no art. 179 do Código Penal.

Outro importante critério para distinção dos dois institutos diz respeito à existência de ação em curso para caracterização da fraude.

A fraude contra credores fica caracterizada pela criação ou agravamento do estado de insolvência do devedor em decorrência de negócio ou ato de disposição de bem, independentemente da existência de um processo para cobrança da dívida [*daí porque, aliás, não há que se cogitar de ato atentatório à dignidade da Justiça*]. Já a caracterização da fraude à execução pressupõe a prática de ato ou realização de negócio de disposição de bem, quando já há um processo pendente para cobrança da dívida, de qualquer natureza. Há, nessa última hipótese, ofensa à autoridade do Estado, porque o ato ou o negócio tem o objetivo de esvaziar a utilidade do provimento jurisdicional, impedindo a efetiva satisfação do crédito cobrado.¹⁶

De acordo com o art. 593 do CPC, considera-se fraude à execução a alienação ou oneração de bens: “I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real; II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; III – nos demais casos expressos em lei”.

Antes de quaisquer considerações quanto ao significado de tal regra, isto é, quanto ao conceito de fraude à execução nela adotado e quanto aos requisitos para sua caracterização, é indispensável ter em mente que: “As normas jurídicas hão de ser entendidas tendo em vista o contexto legal em que inseridas e considerando os valores tidos como válidos em determinado momento histórico. Não há como interpretar-se uma disposição ignorando as profundas modificações por que passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos”.¹⁷

Essa advertência é, no presente contexto, muito oportuna, pois remete para a necessidade de interpretar o instituto da fraude à execução, tal como concebido há mais de 40 anos, com dose de sensibilidade para as mudanças profundas que ocorreram na vida em

16. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*, p. 423.

17. STJ, REsp nº 194.866-RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 20.04.1999, DJU 14.06.1999.

sociedade desde então. De fato, cabe ao intérprete extrair das normas a máxima eficiência possível. E, em situações como a presente, isso significa interpretar a regra do art. 593, para dela extrair meios visando à efetiva repressão ou frustração da conduta de má-fé adotada contra o credor, ainda que não pareça inicialmente possível subsumir os fatos do caso concreto ao esquema normativo nela delineado, por sofisticação censurável das “técnicas” concebidas para esvaziamento e “blindagem” patrimonial.

Assim, a primeira observação que se deve fazer quanto à redação do referido dispositivo [art. 593] é: embora o legislador tenha qualificado como fraudulentos os atos de alienação ou de oneração de bens, é possível cogitar de outros atos que impliquem esvaziamento do patrimônio do devedor/executado. Vale dizer: “todo ato de redução do patrimônio responsável pode ser caracterizado como fraude a credores ou à execução, desde que presentes os demais requisitos”¹⁸

É possível, por exemplo, o reconhecimento de fraude à execução em decorrência de simples ato de renúncia de herança pelo devedor, em favor de outro herdeiro.¹⁹

18. DINAMARCO, Cândido. *Op. cit.*, p. 432.

19. Veja-se, nesse sentido: “1. Os bens presentes e futuros – à exceção daqueles impenhoráveis –, respondem pelo inadimplemento da obrigação, conforme disposto nos arts. 591 do Código de Processo Civil e 391 do Código Civil. Com efeito, como é o patrimônio do devedor que garante suas dívidas, caracteriza fraude à execução a disponibilidade de bens pelo demandado, após a citação, que resulte em sua insolvência, frustrando a atuação da Justiça, podendo ser pronunciada incidentalmente nos autos da execução, de ofício ou a requerimento do credor prejudicado, sem necessidade de ajuizamento de ação própria. 2. O art. 592, V, do Código de Processo Civil prevê a ineficácia (relativa) da alienação de bens em fraude de execução, nos limites do débito do devedor para com o autor da ação. Nesse passo, não se trata de invalidação da renúncia da herança, mas sim na sua ineficácia perante o credor – o que não implica deficiência do negócio jurídico –, atingindo apenas as consequências jurídicas exurgidas do ato; por isso não há cogitar das alegadas supressão de competência do Juízo do inventário, anulação da sentença daquele Juízo, tampouco em violação à coisa julgada. 3. Assim, mesmo em se tratando de renúncia translativa da herança, e não propriamente abdicação, se extrai do conteúdo do art. 1.813, do Código Civil/02, combinado com o art. 593, III, do CPC que, se o herdeiro prejudicar seus credores, renunciando à herança, o ato será ineficaz perante aqueles que

Na situação ora em exame, a dilapidação do patrimônio do Y ocorreu em várias etapas sucessivas, começando pela consolidação dos bens imóveis [*e respectivas UPIs*] em favor dos credores fiduciários [*representados pelo B*], passando pela transferência de tais bens [*independentemente de leilão*] a uma terceira sociedade constituída especificamente para tal finalidade [= *ser detentora dos bens que saíram do patrimônio do Y*], até incorporarem o patrimônio da J, que, por sua vez, como último ato da cadeia, emitiu, em pagamento, ações em favor do B.

Essas múltiplas fases do negócio não constituem impedimento, à luz da interpretação adequada da regra citada, ao reconhecimento da fraude. Pouco importa se, para esvaziamento do patrimônio do Y, houve atos de efetiva transferência, alienação, incorporação ou sucessão empresarial. O fato é que, realizada a cadeia dos atos concebidos pelas partes negociantes, o resultado atingido foi esse: **redução [*senão extinção absoluta*] do patrimônio do Y, em prejuízo do CONSULENTE, que é seu credor e havia ajuizado execução e procedido à penhora de ativos antes da homologação do plano que instrumentalizou o negócio em questão.**

Reside aqui elemento essencial: a interpretação adequada do art. 593 revela que, para caracterização da fraude à execução, o **resultado** obtido [= *redução patrimonial do devedor, capaz de conduzir-lhe à insolvência ou a agravar o estado de insolvência em que já se encontra*] com a consecução do ato ou do negócio jurídico é **mais importante** do que o **meio** empregado pelo devedor e pelo terceiro [*alienação, oneração etc.*].

Também é necessária, naturalmente, a presença dos demais requisitos previstos nesse dispositivo, que tipifica, nos incisos I e II, duas hipóteses de fraude à execução, abrindo a possibilidade, no inciso III, de que outras normas venham a tratar do tema.

A caracterização da fraude à execução, de acordo com o inciso II do art. 593 [*em que se enquadra a hipótese em apreço*], supõe, em

com quem litiga. Dessarte, muito embora não se possa presumir a má-fé do beneficiado pela renúncia, não há como permitir o enriquecimento daquele que recebeu gratuitamente os bens do quinhão hereditário do executado, em detrimento do lícito interesse do credor e da atividade jurisdicional da execução” (REsp 1.252.353/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 21/05/2013, DJe 21/06/2013).

primeiro lugar, “que o ato seja danoso, apto a reduzi-lo à insolvência (*eventus damni*)”.²⁰ É necessária, então, como regra geral, a comprovação de que não há outros bens, no patrimônio do devedor, sobre os quais possa recair a atividade executiva, sendo comum afirmar que “basta a devolução do mandado executivo, acompanhada da certidão do oficial que não localizou bens penhoráveis (art. 659, § 3º)”²¹

HUMBERTO THEODORO JR. ressalva, quanto à comprovação de tal requisito: “Não havendo a prévia sujeição do objeto à execução para configurar a fraude, deverá o credor demonstrar o ‘*eventus damni*’, isto é, a insolvência do devedor decorrente da alienação ou oneração. Esta decorrerá normalmente da inexistência de outros bens penhoráveis ou da insuficiência dos encontrados”²²

Naturalmente, dependendo das peculiaridades do caso concreto, é desnecessária a produção de prova para demonstrar a insolvência do devedor [*ou o agravamento deste estado*] em decorrência do negócio fraudulento, pois as circunstâncias em que tal negócio foi realizado são suficientes para evidenciar a presença deste requisito. Vale dizer: cessa “o ônus de provar a insolvência do devedor quando existir algum fato ou situação da qual a lei ou o senso comum permita extrair racionalmente a presunção de existência desse estado patrimonial negativo”, como se observa ordinariamente nas hipóteses de “notoriedade da insolvência”²³

Isso, sem dúvida alguma, acontece na situação *sub examinen*, afinal a instauração do processo de recuperação judicial tem por premissa essencial a crise financeira da sociedade empresária recuperanda e, portanto, sua presumível incapacidade de lidar com as obrigações e compromissos assumidos perante seus credores. É a conclusão a que se pode chegar a partir da redação do art. 47 da Lei 11.101/2005: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a

20. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 303.

21. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução* – 14ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012 (p. 306/307).

22. THEODORO JUNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil* – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência – vol. II. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 198.

23. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*, p. 435.

manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

A conclusão quanto à insolvência do Y também é corroborada, no presente caso, pela constatação de que, a pretexto de viabilizar a continuidade de suas atividades, **teve a quase totalidade de seus ativos alienados** para empresa concorrente [J].

Outro requisito para configuração da hipótese de fraude à execução prevista no inciso II do art. 593, diz respeito à litispendência, isto é, à existência de ação pendente contra o devedor, quando o negócio fraudulento for firmado.

É irrelevante a natureza jurídica do processo pendente, isto é, não é indispensável que se trate de processo de execução ou de ação cognitiva em fase de cumprimento de sentença.²⁴

Embora o dispositivo aluda à existência de processo pendente, para a jurisprudência, só se caracteriza a fraude a execução pelo inciso II, quando o devedor tem ciência da existência da demanda.²⁵

Isso, como regra geral, acontece nas hipóteses em que há citação do devedor, a quem se imputa a realização do negócio invalidado, antes da realização do negócio fraudulento, pois é por meio de tal ato processual que ele tem ciência da existência de demanda em que poderá ser responsabilizado pelo pagamento de dívida.²⁶

Mas é perfeitamente possível deixar de exigir, para caracterização da fraude à execução, a realização da citação, “quando por algum modo o demandado já tiver conhecimento da pendência do processo, antes de ser citado”.²⁷

24. ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*, p. 275.

25. É o que explicam LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART: “Parte-se do pressuposto de que o devedor que aliena ou onera seus bens, ciente de demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, está agindo para fraudar a execução. Portanto, para a caracterização da presunção de má-fé, basta que, quando se deu a alienação ou oneração, esteja em curso demanda capaz de reduzi-lo à insolvência” (*Curso de Processo Civil*. V. III, 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 266).

26. ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 300.

27. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*, p. 443.

Isso, sem dúvida, aconteceu no presente caso. **Antes mesmo de ser apresentado, nos autos da recuperação judicial, o plano que instrumentalizou o negócio de venda das UPIs do Y, o CONSULENTE já havia realizado a penhora de seus ativos.** Não bastasse isso, antes da homologação do plano [*e, portanto, em momento anterior àquele em que, de acordo com a lei, poderiam surtir efeitos às vontades das partes envolvidas no negócio*], houve intimação do Y e da J, quanto à penhora realizada, sendo que o B, na qualidade de credor habilitado na *recuperação judicial*, teve ciência deste ato de constrição, quando realizada a penhora no rosto dos autos.

Em vez, contudo, de se absterem da realização das etapas previstas para efetiva transferência dos bens para o patrimônio da J, **aceleraram tais etapas**, realizando os atos previstos para cada uma delas independentemente da homologação judicial, que só ocorreu em novembro de 2012. Havia pressa, certamente pela consciência de que, existindo ação para cobrança de valores ajuizada por credor extraconcursal, não haveria condições de realizar o negócio na forma pretendida.

Enfim, na situação em exame, mesmo que algumas das etapas do negócio tenham ocorrido **antes** da realização de citação, **todas elas ocorreram após a realização de penhora, no rosto dos autos da recuperação judicial, por iniciativa do CONSULENTE** e determinação do juízo em que tramitou a execução. A ciência quanto à existência da demanda executiva está devidamente evidenciada, portanto.

Questão relevante, que tem sido objeto de debate acirrado na jurisprudência [*inclusive nas decisões do STJ*], diz respeito ao modo como o comportamento do terceiro pode influenciar, concretamente, a caracterização da fraude à execução [*com fundamento no inciso II*].

Por trás desse debate, está a dúvida sobre como proteger os interesses do terceiro de boa-fé, sem esvaziar o instituto da fraude à execução, privando o credor de importante instrumento contra manobras maliciosas de seu devedor, de que possa resultar a inviabilidade de satisfação da dívida cobrada.

Para HUMBERTO THEODORO JR., “a configuração da fraude de execução, de que tratam os incisos I e II do art. 593, não ocorre quando o terceiro adquire o bem, ignorando sua litigiosidade ou o estado de insolvência do alienante”²⁸

28. *Código de Processo Civil anotado*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 770.

É, contudo, inevitável indagar: quem tem o ônus de comprovar a ciência do terceiro adquirente em relação à existência da demanda, no momento da formalização do negócio? Sua má-fé pode ser presumida ou precisa ser demonstrada? O terceiro adquirente precisa comprovar, de algum modo, sua boa-fé?

Há pouco mais de 6 anos, a 3ª Turma do STJ proferiu decisão, no julgamento do REsp 655.000/SP, relatado pela Min. Nancy Andrighi, que foi considerada, pela doutrina, muito severa em relação à posição do terceiro adquirente.²⁹ Constatou, de fato, nesta decisão: “Tem o terceiro adquirente o ônus de provar que, com a alienação do imóvel, não ficou o devedor reduzido à insolvência, ou demonstrar qualquer outra causa passível de ilidir a presunção de fraude disposta no art. 593, II, do CPC, inclusive a impossibilidade de ter conhecimento da existência da demanda, apesar de constar da escritura de transferência de propriedade do imóvel a indicação da apresentação dos documentos comprobatórios dos feitos ajuizados em nome do proprietário do imóvel”.

Até hoje, há quem afirme, na doutrina, com base nessa linha de raciocínio, que “o terceiro deve diligenciar a obtenção de certidões negativas junto aos cartórios de distribuição de demandas no seu próprio domicílio e no domicílio do devedor-alienante. Trata-se de providências que devem ser tomadas, pois, de acordo com as regras da experiência, revelam probidade e cautela na aquisição de bem que podem ser exigidas da pessoa comum.”³⁰ No mínimo, as certidões em questão podem ser usadas pelo terceiro adquirente para impugnar a afirmação, feita pelo credor, de que teria agido de má-fé.

Após o julgamento supramencionado, sobreveio, contudo, a Súmula 375 do STJ, segundo a qual “o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente”.

Em decisão posterior a tal Súmula, essa Eg. Corte teve a oportunidade de enfatizar, quanto aos requisitos para caracterização da hipótese de fraude à execução tratada no inciso II do art. 593:³¹

29. REsp 655.000/SP, julgado em 23/08/2007, DJ 27/02/2008.

30. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 308/309.

31. REsp 437.184/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, 4ª Turma, julgado em 20/09/2012, DJe 23/04/2013. Grifamos. Nesse mesmo sentido:

“1. A fraude à execução de que trata o inciso II do art. 593 do Código de Processo Civil verifica-se quando presentes, simultaneamente, as seguintes condições: (I) processo judicial em curso com aptidão para ensejar futura execução; (II) alienação ou oneração de bem capaz de reduzir o devedor à insolvência (*eventus damni*); e (III) *conhecimento prévio pelo adquirente do bem da existência daquela demanda, seja porque houvesse registro desse fato junto a órgão ou entidade de controle de titularidade do bem, seja por ter o exequente comprovado tal ciência prévia.*

2. Havendo prévio registro, o credor tem o benefício da presunção absoluta de conhecimento pelo terceiro adquirente da pendência do processo (CPC, arts. 615-A e 659). De outro lado, não havendo esse registro prévio, sobre o credor-exequente recai o ônus de demonstrar que o adquirente tinha conhecimento da pendência do processo. Deve, nesse caso, ser resguardada a boa-fé do terceiro.”

Esse é o entendimento que parece prevalecer, por ora, em relação a essa questão específica atinente ao ônus de comprovar a má-fé do terceiro adquirente.

Na situação em apreço, todos os envolvidos no negócio sabiam da existência da demanda, antes da conclusão do negócio irregular de transferência das ações, seja pela existência de penhora no rosto dos autos da recuperação judicial, seja porque foram intimados especificamente de tal penhora [*como ocorreu com relação ao B*].

Configurados todos os requisitos supramencionados e, portanto, reconhecida a fraude, o juízo da execução declara que o ato ou negócio fraudulento é ineficaz, o que, como já sustentamos em trabalho sobre o tema das nulidades no processo civil, significa que “não deve dar origem a efeitos – se der, concretamente, estes serão anulados

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE REGISTRO DE PENHORA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 375. MÁ-FÉ DOS TERCEIROS QUE NÃO SE PRESUME. ÔNUS DA PROVA QUE RECAI SOBRE O CREDOR-EXEQUENTE. 1. ‘O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente’ (Súmula n. 375/STJ). 2. Inexistente o registro da penhora, o ônus da prova de que o terceiro agiu com má-fé recai sobre o credor-exequente” (AgRg no REsp 953.747/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª turma, julgado em 21/08/2012, DJe 30/08/2012).

(= varridos do mundo jurídico)”³² Ou seja, o juízo da execução desconsidera os efeitos do negócio, fazendo incidir a constrição, como regra geral (mas não absoluta, como se verá), sobre o bem alienado ou onerado já em mãos do adquirente, independentemente de ação específica para declaração de nulidade ou anulação do negócio.

O reconhecimento da fraude à execução não implica desfazimento do negócio, mas, ineficácia³³ dele em relação ao credor prejudicado,³⁴ e ao eventual responsável.

Como bem ressalta CÂNDIDO DINAMARCO, “todas as espécies de fraude que o devedor pode cometer e a lei reprime (fraude contra credores, fraude de execução, alienação ou oneração de bem penhorado) podem também ser cometidas pelo mero responsável – ou seja, por aquele que, não sendo ligado a um credor por vínculo

32. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 203.

33. Nesse sentido: “A fraude de execução é causa de ineficácia do negócio jurídico relativamente ao credor. Quer isso significar que o negócio é válido e existente, mas ineficaz. Não há nenhuma ação para declará-la, pois, como se trata de ineficácia como matéria de ordem pública (já que vício de natureza exclusivamente processual), basta a simples menção ao juiz da causa que houve fraude de execução, para que ele determine que se faça a constrição judicial sobre o bem, em consonância com o CPC 592 V. Poderia, portanto, vir a ser reconhecida de ofício ou mediante alegação do interessado” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012, p. 1185).

34. “O negócio jurídico, que fraudava a execução, diversamente do que se passa com a fraude contra credores, gera pleno efeito entre alienante e adquirente. Apenas não pode ser oposto ao exequente. Assim, a força da execução continuará a atingir o objeto da alienação ou oneração fraudulenta, como se estas não tivessem ocorrido. O bem será de propriedade do terceiro, num autêntico exemplo de responsabilidade sem débito. Da fraude de execução decorre simples submissão de bens de terceiro à responsabilidade executiva. O adquirente não se torna devedor e muito menos coobrigado solidário pela dívida exequenda. Só os bens indevidamente alienados é que se inserem na responsabilidade que a execução forçada faz atuar; de sorte que, exauridos estes, nenhuma obrigação ou responsabilidade subsiste para o terceiro que os adquiriu do devedor” (THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II, 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 195).

obrigacional, em algumas circunstâncias tem seu patrimônio, ou parte dele, sujeito à responsabilidade por obrigação daquele.”³⁵

Essa nos parece ser, sem dúvida, a situação do B. Embora não haja, entre ele [*ou os credores que representa*] e o CONSULENTE, relação jurídica obrigacional, por conta da condição de credor fiduciário, tinha o dever de realizar a alienação dos bens imóveis [*e respectivas UPIs*] dados em garantia de acordo com o procedimento definido na Lei 9.514/1997. E, não realizando tal procedimento, aliás, participando ativamente para burlá-lo no caso concreto, sujeita-se à situação de responsabilidade, que autoriza a repercussão, sobre sua esfera de direitos, da decisão que reconheceu a fraude à execução.

Por isso, da ineficácia do negócio, em relação ao credor, resulta a possibilidade de que os bens pertencentes a terceiros [*no caso, a empresa adquirente - J - e o B, na qualidade de responsável*], que participaram do negócio fraudulento, suportem, excepcionalmente, a responsabilidade executiva.³⁶

4. Conclusões - Respostas às questões formuladas

Analisados todos os elementos que extraímos das cópias dos autos que nos foram fornecidas pelo CONSULENTE, e alicerçados nos elementos jurídicos examinados nos itens precedentes, aos quais nos reportamos, manifestamos nossa opinião em relação às questões formuladas:

1) Os bens imóveis/UPIs alienados fiduciariamente a uma classe de credores habilitados na recuperação judicial - representados pela B - poderiam ser objeto de transferência definitiva a terceiro [J], por meio do negócio de compra e venda realizado no curso da recuperação judicial?

A resposta é negativa.

35. *Instituições de direito processual civil*, p. 453.

36. É o que adverte JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “No que concerne aos bens de terceiros, pode a penhora incidir sobre eles quando a lei atribua responsabilidade executiva ao respectivo dono. É o que se dá: (...) com o adquirente de bem alienado em fraude de execução (...), convido sublinhar que tal alienação é válida e produz efeitos entre as partes do contrato, embora permaneça relativamente ineficaz, no sentido de não obstar a que o bem seja atingido pela execução” (O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 237).

Conforme item 3, “a”, *supra*, embora o credor fiduciário tenha a propriedade resolúvel do bem alienado, dele não pode dispor livremente. A alienação, conforme disposição legal expressa [art. 27 da Lei 9.514/1997], deve ser feita em leilão público, com atendimento das formalidades específicas e reversão de eventual diferença em favor do fiduciante e, por consequência, de outros credores, de acordo com a ordem cronológica da penhora realizada.

Não há autorização legal para que tal procedimento deixe de ser observado, em decorrência de estar o devedor fiduciante em regime de recuperação judicial. Aliás, é exatamente o contrário: os arts. 60 e 142 da Lei de Falência, determinam a realização de procedimento público [leilão, propostas fechadas e pregão] para alienação de bens eventualmente prevista em plano de recuperação judicial.

É, portanto, absolutamente irregular a negociação direta, pelo credor fiduciário, do preço pelos quais serão adquiridos os bens alienados, havendo regra cogente que determina publicidade para alienação de tais bens e viabiliza a participação de outros interessados em adquiri-los, **justamente para garantir que a alienação ocorrerá por preço justo, evitando, desse modo, prejuízo aos interesses de outros credores do devedor fiduciário [que podem encontrar, em parte do produto da alienação, proteção aos seus interesses].**

Essa conclusão se impõe, com muito mais força, em hipótese na qual houve penhora do direito futuro do devedor fiduciante sobre os bens imóveis que foram dados em garantia fiduciária.

Embora pudesse, em momento futuro, conduzir a resultado incerto, a penhora realizada goza de proteção processual que, em hipóteses como a presente, se traduz na impossibilidade de disposição dos bens alienados, sem observância do procedimento previsto na Lei 9.514/1997. Vale dizer: a penhora em questão gerou indisponibilidade relativa de tais bens, com a qual era incompatível a realização do negócio tal como foi concebido no plano de recuperação judicial.

Se havia interesse na excussão da garantia oferecida pelo Y, deveria ter sido realizado procedimento público [e, mais especificamente, leilão, considerando o art. 27 da Lei 9.514/1997], adequadamente divulgado, e, assim, com participação de outros interessados, visando a resguardar os interesses dos demais credores, **considerando inclusive que os bens em questão correspondiam à quase totalidade dos ativos pertencentes ao Y.**

2) O CONSULENTE, enquanto credor não habilitado na recuperação judicial, agiu em conformidade com a legislação em vigor, ao realizar penhora, no rosto dos autos da recuperação judicial, de valores ali arrecadados, visando à satisfação de seu crédito?

Sim, a iniciativa do CONSULENTE foi legítima, amparou-se na legislação em vigor.

Não há controvérsia quanto à possibilidade de qualificar o CONSULENTE, na situação em apreço, como credor extraconcursal, usando, para tanto, linguagem que, embora desprovida de rigor técnico [*afinal, o concurso entre credores existe na falência e, na situação em apreço, o Y estava em processo de recuperação judicial*], reflete a inexigibilidade de sua participação no processo de recuperação judicial, para cobrança do débito inadimplido [*arts. 49, § 4º, e 86, inciso II, da Lei 11.101/2005*].

Ora, se o CONSULENTE era credor “extraconcursal”, se havia a possibilidade de alienação definitiva da quase totalidade dos bens do Y e se esses bens eram objeto de garantia fiduciária prestada em favor de outro credor, a única possibilidade concreta de satisfação de seu crédito remetia para a penhora dos direitos futuros do devedor fiduciante [Y].

Ao contrário do que sustentou o B, realizando a penhora, nos termos mencionados, o CONSULENTE não praticou ato de constrição sobre bens alheios ao patrimônio do devedor [Y], mas sim exerceu direito que lhe é reconhecido na lei [*arts. 591 e 655, XI, do CPC*] e em reiteradas decisões do STJ, proferidas em hipóteses análogas.

Diante da **penhora realizada**, o procedimento adequado teria sido necessariamente a **realização de leilão judicial**, por iniciativa do credor fiduciário, para venda dos bens alienados [*quase totalidade do patrimônio do Y*], apurando-se, depois disso, a destinação adequada do produto desta alienação de acordo com o valor da dívida, as condições de cada credor, a antecedência na realização da penhora etc. Caberia ao juízo falimentar, enfim, deliberar quanto a essas questões.

3) Diante da deliberação, pelos credores habilitados na recuperação judicial e pelo próprio Y, quanto ao preço pelos quais seriam adquiridos os imóveis e quanto à destinação dos valores arrecadados com tal negócio, **sem se considerar, em absoluto, o crédito do CONSULENTE, já garantido por penhora**, é possível afirmar que está caracterizada hipótese de fraude à execução?

A alienação de bens será considerada fraude à execução [item 3, “b”], nos termos do art. 593, inciso II, do CPC, quando dela resultar a impossibilidade de satisfação, pelo devedor/executado, de dívida cobrada na demanda executiva ajuizada antes do negócio. Além disso, à luz da Súmula 375 do STJ, o adquirente dos bens deve ter ciência de tais circunstâncias antes da realização do negócio, seja por meio do registro da penhora, seja por meio de outras provas apresentadas pelo credor.

No presente caso, pensamos que estão caracterizados todos esses requisitos e, portanto, que o negócio instrumentalizado pelo plano de recuperação judicial deve ser declarado ineficaz em relação ao CONSULENTE.

Como já ressaltamos, em situações como a presente, a **insolvência do devedor/executado [= Y] é notória**, considerando a existência de recuperação judicial, que, nos termos do art. 47 da Lei 11.101/2005, supõe a crise financeira da sociedade recuperanda e, portanto, a inviabilidade de arcar com as obrigações e compromissos assumidos perante seus credores.

Não bastasse isso, das 12 unidades produtivas independentes pertencentes ao Y, 11 foram vendidas para a J, com anuência e participação ativa do B, disso resultando esvaziamento patrimonial que não foi, até o momento, negado ou contrariado por meio de provas idôneas por nenhuma dessas três empresas.

Os bens que permaneceram em seu ativo são, portanto, presumidamente insuficientes para responder pela dívida cobrada na execução movida pelo CONSULENTE.

Por outro lado, a estruturação do negócio **no plano de recuperação**, as intimações realizadas a pedido do CONSULENTE e o modo como foi aprovado e concretizado tal plano, independentemente de homologação judicial, já seriam suficientes para evidenciar que **as empresas referidas tinham ciência da existência da demanda executiva [= litispendência]** e, mesmo assim, insistiram na realização do negócio, agindo com escancarada má-fé.

Com efeito, um primeiro aspecto que chama atenção no negócio em questão diz respeito ao grande número de etapas previstas para consecução do resultado desejado [aquisição, pela J, dos bens imóveis em que estabelecidas 11 unidades produtivas do Y].

Como já se expôs, o plano de recuperação judicial previa:
a) a consolidação da propriedade sobre tais bens, em favor do B;

b) a transferência dos bens para uma outra sociedade de propósito específico - M; **c)** a incorporação desta sociedade pela J; e **d)** a emissão de ações pela J, que deveriam ser entregues ao B, como pagamento pela aquisição dos bens em questão.

Não há justificativa minimamente plausível, à luz da legislação em vigor, para tantos atos visando à consecução de um mesmo fim. É razoável imaginar, diante desse quadro, a partir de regras da experiência comum, que **o negócio tenha sido concebido desse jeito com o intuito de dificultar a análise de suas peculiaridades, de desviar o foco do fim que seria atingido [esvaziamento patrimonial do Y, em desfavor da esmagadora maioria de seus credores] para os meios que seriam empregados.**

Somente a segunda etapa - a criação de uma sociedade, cujo único papel seria receber os bens alienados, para posteriormente repassá-los à J - já seria suficiente para colocar em dúvida a boa-fé das partes negociantes.

Não bastasse isso, **o preço para aquisição dos bens alienados, pela J, ao que tudo indica, foi ajustado com base na expectativa do credor fiduciário [B] e de outros credores que, em menor proporção, foram beneficiados pelo negócio.** Vale dizer: os credores fiduciários [*representados pelo B*] e os demais habilitados na recuperação judicial **agiram consciente e deliberadamente para excluir a participação de outros credores no produto da venda dos bens em questão.** Em nenhum momento, foi demonstrada preocupação com a condição de outros credores que, como o CONSULENTE, não haviam se habilitado na recuperação judicial, mas tinham preferência [*art. 84 da Lei 11.101/2005*] na satisfação de seu crédito.

Para proteção dos interesses desses credores, repita-se uma vez mais, era imprescindível a alienação dos bens por preço justo, de mercado, por meio de procedimento público com ampla participação de quaisquer interessados. Correto seria, após a realização deste procedimento, depositar, nos autos da recuperação judicial, o valor arrecadado, a fim de que fossem satisfeitos os créditos, com observância da condição de cada credor e de eventuais preferências, considerando-se inclusive a prioridade na realização da penhora. **Mas isso não foi possível porque o B, o Y e a J concatenaram negócio, com anuência de outros credores concursais, que impediu a realização do procedimento adequado segundo a lei.**

Além de tudo isso, e de forma contundente, o CONSULENTE diligenciou para que fossem intimados pessoalmente da penhora todos os que se envolveram diretamente no negócio [B, Y e J], agindo com excesso de zelo para tornar pública a realização da penhora que já havia sido formalizada no rosto dos autos *antes da homologação do plano de recuperação judicial*.

A realização do negócio, apesar da ciência inequívoca quanto à existência da referida demanda e o agravamento da situação de insolvência em que já se encontrava o Y [*razão pela qual, aliás, se sujeitou a procedimento de recuperação judicial*], já bastaria para caracterização da fraude à execução, com fundamento no art. 593, inciso II, do CPC. Entretanto, a tornar ainda mais grave a situação, parece inequívoca a configuração de má-fé.

4) Se sim, quais as consequências a que se sujeitam as empresas envolvidas no negócio, isto é, o Y, a J e o B?

O reconhecimento da fraude à execução implica, como visto, ineficácia, em relação ao credor, do ato ou do negócio de que resultou a disposição de bem, presente ou futuro, que poderia responder pela dívida cobrada na execução. A lei permite, em decorrência disso, como regra geral, que o bem alienado continue respondendo pela obrigação do executado.

Concretamente, isso significa que:

(i) o direito do CONSULENTE de participar do produto da venda dos imóveis/UIPs continua existindo e sendo oponível aos credores fiduciários [*representados pelo B*] e ao adquirente dos bens em questão [J], pois a vontade de ambos foi conjugada para impedir a realização do leilão público previsto no art. 27 da Lei 9.514/1997, para alienação de tais bens;

(ii) a legislação processual admite que, havendo fraude à execução, o credor se volte não apenas contra o terceiro adquirente, mas, também, contra o responsável, isto é, a pessoa física ou jurídica que estava, de algum modo, vinculada ao cumprimento da obrigação discutida no processo e contribuiu para que não fosse isso possível;

(iii) tratando-se de penhora sobre direito futuro e, portanto, sobre o numerário que adviria da alienação dos bens em questão, tendo havido reconhecimento da ineficácia do negócio [*e, portanto, da subsistência deste direito*] e da responsabilidade das referidas

empresas, o CONSULENTE pode se voltar contra o patrimônio de ambas para satisfação de seu crédito, inclusive e especialmente as ações da J dadas em pagamento ao B.

Essa última conclusão reflete a ideia de que, em situações atípicas como a presente, o redirecionamento patrimonial [= *responsabilidade patrimonial de terceiros por dívidas discutidas na execução*] atinge todos os bens que pertencem ao patrimônio dos envolvidos na fraude.

Nem poderia, segundo pensamos, ser de outro modo.

A legislação processual, estabelecendo a proibição de que o devedor e terceiros pratiquem atos de disposição de patrimônio que possam conduzir à insolvência e, portanto, à inviabilidade de satisfação de crédito discutido em demanda pendente, criou mecanismo que deve **eficientemente tutelar a situação do credor**. Vale dizer, é necessário encontrar meios que permitam a satisfação desse crédito em face de quem contribuiu ativamente para inviabilizá-la, realizando ato ou negócio fraudulento, pois processo, como instrumento que é, precisa ser efetivo e trazer resultados úteis para o jurisdicionado.

Não se trata de afirmar que, de algum modo, por algum fundamento, o B ou a J devem contribuir para satisfação da obrigação existente perante o CONSULENTE. Mas, **se o sistema coíbe a fraude à execução, sancionando-a com a pena de ineficácia, disso devem resultar consequências úteis para o credor prejudicado**.

Trata-se, como já se disse, de tornar efetiva a decisão quanto à caracterização da fraude, garantindo que sirva de instrumento para sanção do comportamento adotado pelas empresas envolvidas, até mesmo pelo desrespeito à autoridade do Poder Judiciário, que foi absolutamente desconsiderada *in casu*.

5) Ainda quanto às consequências resultantes da caracterização de fraude à execução, é possível o redirecionamento da atividade executiva para a J, e, portanto, a constrição judicial de bens pertencentes ao patrimônio desta empresa para satisfação do crédito do Consulente, nos moldes dos arts. 672, § 2º, do CPC e 312 do CC?

O redirecionamento, segundo pensamos, é consequência inerorável da caracterização da fraude à execução e implica sujeição dos bens pertencentes ao patrimônio da J à atividade executiva promovida pelo CONSULENTE.

No presente caso, esse redirecionamento, corretamente autorizado pelo juízo de 1º grau, em decisão recentemente proferida

[contra a qual interpostos recursos de agravo de instrumento ainda não julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo], também se justifica, segundo pensamos, a partir de duas outras perspectivas.

É que, depois de ser apresentado o plano de recuperação judicial e antes de serem concluídas as etapas nele previstas para transferência dos bens imóveis antes pertencentes ao Y, a J foi regularmente intimada, pelo juízo da execução, a depositar em juízo parte do valor pago por tais bens, visando a garantir o crédito do CONSULENTE e quedou-se inerte. Vale dizer: a J teve decisão judicial contra si proferida, que afetava diretamente seus interesses, e não se valeu dos meios próprios para impugná-la.

Mais recentemente, devidamente intimada da decisão que reconheceu a ocorrência de fraude à execução e determinou a adoção de medidas efetivas para constrição de seu patrimônio *[na hipótese de não serem atendidas as providências para liquidação das ações dadas em pagamento e reversão do produto destas ações em favor do juízo da execução, para garantir o crédito do CONSULENTE]*, a J de novo ficou inerte.

Pensamos que, à luz da legislação processual em vigor, as decisões em questão não podem mais ser discutidas pela J, pela ocorrência de preclusão temporal. Cabia-lhe se insurgir contra tais decisões utilizando meio de impugnação próprio *[recurso]*, sob pena de não poder mais discutir a questão em momento posterior.

Não lhe socorre a afirmação de que não é parte no processo e, portanto, não se sujeita às decisões ali proferidas, sendo eventualmente desnecessário impugná-las por meio de recurso, pois foi regularmente intimada de tais decisões e o art. 499 do CPC, confere legitimidade ao terceiro para impugnar decisões contra si proferidas em processo do qual não é parte.

Tampouco lhe aproveita o julgamento dos embargos de terceiro opostos pelo B, como se verá adiante.

Diante desses aspectos, a conclusão a que chegamos é que, em relação à J, é definitiva a decisão que determinou a sujeição de seu patrimônio à atividade executiva realizada pelo CONSULENTE.

6) A aprovação, pela Assembleia Geral de Credores, de plano que previa a alienação dos bens mencionados impede o reconhecimento da fraude à execução ou a sujeição das referidas empresas aos efeitos resultantes da caracterização da fraude?

Não há impedimento ao reconhecimento da fraude à execução *[e consequente sujeição das empresas envolvidas às consequências que disso resultam]*, em decorrência da homologação do plano judicial. O reconhecimento da fraude não invalida o negócio realizado, isto é, não implica que produza efeitos entre as partes envolvidas, mas tão somente impede que tal negócio projete seus efeitos pelo credor prejudicado pela fraude.

De fato, como já se expôs, várias normas e circunstâncias do caso concreto impunham, na situação em apreço, a realização de leilão para alienação dos bens imóveis dados em garantia fiduciária ao B.

A disposição de tais bens somente poderia ocorrer, validamente, mediante a realização de tal leilão, com observância de todos os requisitos formais previstos, especialmente, nos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/1997.

O juízo de 1º grau, levando em conta tais normas, não poderia ter homologado o plano apresentado, nem autorizado que o negócio se realizasse naquelas condições. Cabia-lhe, isso sim, zelando pelo interesse público resguardado em tais normas, impedir a transferência dos bens em questão, a partir da prática dos atos complexos concebidos, pelas partes negociantes, com o evidentíssimo propósito de prejudicar credores, como o X, que não participavam da recuperação judicial.

Não se ignora que o procedimento estabelecido na Lei 11.101/2005 para a recuperação judicial foi concebido de um tal modo que, após aprovação do plano de recuperação pela Assembleia de Credores, ao juiz caberá apenas o cumprimento das exigências formais para votação e aprovação do plano por esse ente colegiado, nos termos do art. 58 da mesma lei.

Nesse contexto, é quase intuitiva a impossibilidade de o juiz interferir quanto ao mérito da decisão da Assembleia de Credores que aprova o plano de recuperação, cabendo-lhe, tão somente, repita-se, verificar o cumprimento dos requisitos supramencionados, antes de proferir decisão concessiva da recuperação judicial.³⁷

37. Nesse sentido tem se posicionado a doutrina: “Não cabe ao juiz, portanto, nenhuma margem de discricionariedade a respeito da matéria ou, em palavras mais precisas, não há na lei, quanto a esse aspecto, conceitos abertos (chamados conceitos indeterminados) que confirmam ao juiz margem ampla de interpretação para a emissão dos respectivos juízos

Tal cenário revela a intenção do legislador de dar, aos credores, liberdade **quase** absoluta para decidir se aquele plano de recuperação proposto é idôneo para afastar a decretação de falência da empresa recuperanda, e assim capaz de adequadamente tutelar seus interesses.

Essa liberdade, contudo, não é absoluta e não impede que o juiz, ao apreciar o plano de recuperação, analise questões relativas: **(i)** à regularidade da convocação, quórum de instalação e regularidade procedimental da assembleia de credores; **(ii)** à manifestação de voto favorável dos credores necessária à aprovação do plano de recuperação (art. 45 ou art. 58, § 1º – *cram down*); **(iii)** à legalidade dos mecanismos de recuperação previstos no plano e se esse foi instruído com laudo de viabilidade econômico-financeira e laudo de avaliação de ativos (art. 53); e **(iv)** à ausência de violação de direitos dos credores (art. 56, § 3º).

Sobre a questão, o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu emblemática decisão,³⁸ em que considerou nulo o plano de recuperação aprovado pela Assembleia Geral de Credores, **quando violados princípios gerais de direito, normas constitucionais, normas de ordem pública e o princípio da “*pars conditio creditorum*”**. Assim se posicionou, sob a premissa de que “a Assembleia-Geral de Credores só é reputada soberana para a aprovação do plano se esse não violar os princípios gerais de direito, os princípios e regras da Constituição Federal e as regras de ordem pública da Lei nº 11.101/2005”.

Em outra decisão, proferida em contexto análogo àquele ora analisado, ressaltou aquele Eg. Tribunal:³⁹

“Da simples leitura do plano parcialmente transcrito, constata-se que ele alberga graves violações aos clássicos princípios gerais do

de legalidade. Assim, uma vez preenchidos os requisitos da Lei, que nesse aspecto não adota nenhuma cláusula aberta ou conceito indeterminado, e aprovado o plano pelos credores, cumpre ao juiz conceder a recuperação; se, por outro lado, não se configurar tal hipótese, cabe ao juiz decretar a falência” (MUNHOZ, Eduardo Secchi. *In: Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, coord. Francisco Satiro de Souza Júnior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 287).

38. TJSP, AI nº 0289541-80.2011.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Pereira Calças, j. em 31.07.2012.

39. TJSP, AI nº 0288896-55.2011.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Pereira Calças, j. em 31.07.2012.

direito, a diversos princípios constitucionais e às regras de ordem pública, não apresentando condições constitucionais, principiológicas e legais para ser homologado pelo Poder Judiciário. É importante ressaltar que nenhum plano de recuperação judicial pode ser aprovado quando houver claros indícios de que a proposta de pagamento, feita de forma escalonada, de maneira que os titulares de menores valores recebam antecipadamente aos credores da mesma classe, mas titulares de maiores valores, com evidências de que a proposta criará conflito de interesses entre os credores (menores contra maiores), de modo a se influenciar no quórum de aprovação. Em tal situação, a devedora deverá demonstrar que o princípio da igualdade dos credores de cada classe é religiosamente observado (*'pars conditio creditorum'*), o qual é de aplicação obrigatória em processo judicial que discipline a insolvência de qualquer espécie de devedor. **Em suma, a quebra da isonomia não pode ter por escopo agradar os menores credores para que estes, assim motivados e atraídos pela benesse concedida, aprovelem o plano que desfavorece os titulares de maiores créditos."**

Há, sem dúvida, traços relevantes de semelhança entre o contexto em que foi proferida a referida decisão e aquele no qual aprovado o plano de recuperação judicial do Y. Afinal, em ambas as hipóteses, sob o pretexto de proteger os interesses da grande maioria de credores [*que anuíram com a aprovação do plano de recuperação*], relegaram-se a segundo plano os de outros credores, **que eram extraconcur-sais e gozavam de privilégios na satisfação de seu crédito.**

No julgamento conduzido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, naquela situação, adotou-se a orientação de que:

"Só se pode afirmar que a Assembleia-Geral de Credores é soberana quando ela obedece a Constituição da República seus princípios e regras – e as leis constitucionais, notadamente as de ordem pública. Se a Assembleia-Geral de Credores aprova pelo quórum estabelecido na Lei nº 11.101/2005 um plano que viole princípios ou regras, compete ao Poder Judiciário [que, como já afirmei, não é mero chancelador de deliberações assembleares tanto que tem o dever-dever de não aplicar regras inconstitucionais] o dever de recusar a homologação ao plano viciado."

Esse entendimento está em perfeita harmonia com a orientação adotada no STJ quanto ao tema:⁴⁰ "A assembleia de credores é

40. REsp 1.314.209/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 22/05/2012, DJe 01/06/2012, g.n.

soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, **as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial**”.

De fato, na fundamentação da r. decisão supracitada, essa Eg. Corte, como não poderia deixar de ser, reconheceu que:

“A vontade dos credores, ao aprovarem o plano, deve ser respeitada nos limites da Lei. A soberania da assembleia para avaliar as condições em que se dará a recuperação econômica da sociedade em dificuldades não pode se sobrepujar às condições legais da manifestação de vontade representada pelo Plano. Do mesmo modo que é vedado a dois particulares incluírem, em um contrato, uma cláusula que deixe ao arbítrio de uma delas privar de efeitos o negócio jurídico, o mesmo poder não pode ser conferido à devedora em recuperação judicial. A lei é o limite tanto em uma, como em outra hipótese.”

Essa orientação pode e deve ser adotada na situação *sub examin*.

A observância dos requisitos para excussão da garantia fiduciária é matéria que o juízo de 1º grau deveria ter analisado, na decisão de homologação do plano de recuperação, e não o fez.

A invalidade do plano – e, por extensão, da decisão que o homologou – é evidente. Os requisitos formais previstos nos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/1997, não são disponíveis, devem ser necessariamente observados, pois exigidos para atendimento de interesse público. Eles garantem publicidade, transparência, isonomia e evitam que outros credores do devedor fiduciante sejam prejudicados por negócios maliciosos, manifestamente ilegais.

E a discussão pelo CONSULENTE quanto a estas questões não está, de nenhum modo, acobertada pela preclusão, isto é, não há, neste instituto processual, óbice a que ele venha a suscitá-las em juízo, via meio próprio.

Aqui é necessário lembrar que o CONSULENTE, como credor extraconcursal, não participou do processo de recuperação judicial e, portanto, diferentemente de outros credores que nele se habilitaram [*porque sujeitos aos efeitos de tal processo de acordo com a Lei de Falência*], não seria exigível, dele, a interposição de recurso, para impugnar a validade do plano de recuperação e, assim, impedir que produzisse os efeitos pretendidos.

A preclusão e a coisa julgada, concebidas, a toda evidência, para garantir maior segurança jurídica, tornam indiscutíveis as decisões judiciais para quem dele participe e possa exercer plenamente o contraditório e a ampla defesa antes da prolação de decisões *definitivas*, inclusive mediante interposição de recursos contra aquelas que lhe for desfavorável. Dito de outro modo, não se concebe a cristalização dos efeitos de uma decisão judicial, não se pode cogitar de imutabilidade do que foi decidido em relação a quem não participava do processo. Este é o sentido da regra do art. 472 do CPC, que prevê: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

Por tais razões, é evidente que os vícios do plano de recuperação judicial homologado não se tornaram, em relação ao CONSUMLENTE, indiscutíveis. Ele não tinha o ônus de se insurgir, por meio de recurso, contra a decisão que homologou tal plano, simplesmente porque não estava sujeito ao processo de recuperação judicial, por expressa previsão da Lei de Falências. Pode, em razão disso, discutir a validade desta decisão em ação própria, na qual poderá exercer, com plenitude, o contraditório e ampla defesa em relação a essa questão.

Essa conclusão também se justifica a partir do seguinte raciocínio: reconhecendo a ocorrência de fraude, na hipótese *sub examinena*, o juízo da execução não proferiu decisão quanto à validade do negócio previsto no plano de recuperação judicial e, portanto, não se manifestou de forma definitiva quanto à regularidade desse plano [*eventualmente incompatível, portanto, com a sentença que o homologou*].

Ao contrário do que ocorre na fraude contra credores, na fraude à execução, o negócio, realizado pelo devedor e terceiro(s), é examinado no plano da eficácia e, não, da validade. Isso significa, como já se mencionou [*item 3, “b”, “supra”*], que o reconhecimento da fraude à execução conduz apenas à ineficácia do negócio realizado, que se mantém hígido, então, em relação às partes envolvidas, mas não projeta seus efeitos em face do credor prejudicado.

Aqui, é oportuno lembrar a diferença entre ambos os conceitos [*invalidade x ineficácia*], de acordo com PONTES DE MIRANDA:⁴¹

41. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, tomo 5, ps. 35-103.

“A regra jurídica e com ela o sistema jurídico determinam desde onde e até onde se opera a eficácia dos fatos jurídicos, qual a sua qualidade e qual a sua intensidade. A técnica legislativa, fundada em experiências e investigações lógicas, adota, para isso, conhecimentos preciosos. Não há, porém, princípio ‘a priori’ de proporcionalidade, ou de equivalência entre fatos e efeitos: fatos distintos, às vezes assaz diferentes, podem ter os mesmos efeitos. Pense-se no efeito “propriedade dos móveis” e nos fatos que o sistema jurídico fez fatos jurídicos (“ocupação”, “caça”, “pesca”, “achada” ou “invenção”, “descobrimto do tesouro”, “especificação”, “posse da coisa como sua durante x anos”). Pense-se na variedade de atos que são punidos com reclusão. O testamento tanto é testamento se feito por instrumento público, como se feito por instrumento privado.

A regra jurídica tem todo poder no tocante aos efeitos jurídicos. Quanto aos fatos, é menor, porque ou os deforma, o que não pode ir até excluí-los, ou torná-los indiscerníveis dos outros, ou os toma como se apresentam, ou faz lhes corresponda fato-função (fato jurídico de que o outro é sinal). O silêncio dá-nos muitos casos de tal equivalência, sugerida por simples comodidade de técnica.

(...)

Todos aqueles que deixam de distinguir invalidade e ineficácia se expõem a erros graves. A distinção é imprescindível ao conhecimento dos sistemas jurídicos. Trata-se de dois conceitos fundamentais. O primeiro diz respeito à validade do negócio jurídico; o segundo só à projeção dos seus efeitos (Falando de projeção, excluimos que todo efeito, embora posterior ao negócio jurídico, tenha de ser no futuro). A falta de eficácia não é défice do negócio jurídico mesmo; é não-ser das suas consequências.”

Concretamente, isso significa que, mesmo sendo reconhecida a ineficácia do negócio em relação ao CONSULENTE, o plano de recuperação judicial aprovado e homologado continuará produzindo, em relação a todos os demais envolvidos, os efeitos pretendidos. Não haverá, diante disso, qualquer prejuízo à consecução dos objetivos pretendidos por intermédio desse plano de recuperação. Somente se poderia cogitar disso caso viesse a ser reconhecida, em ação própria, a invalidade do negócio instrumentalizado neste plano [*e, portanto, dele próprio*], pois o reconhecimento da invalidade leva à desconstituição, ao desfazimento do negócio, ao passo que a declaração de ineficácia [*em decorrência de fraude à execução*] implica, repita-se, à impossibilidade de que o negócio surta efeitos em relação a determinada pessoa [*na fraude à execução, o credor prejudicado*].

Enfim, no quadro que hoje está delineado, entendemos que deve ser reconhecida a fraude à execução, com a adoção das medidas concretamente determinadas pelo juízo de 1º grau, independentemente da discussão quanto à validade do plano de recuperação judicial.

7) Perante qual juízo deveria ter sido formulado o pedido de reconhecimento de fraude à execução?

Essa questão se revela, sem dúvida, muito delicada em situações como a presente, na qual o negócio fraudulento foi instrumentalizado em plano de recuperação judicial aprovado pela Assembleia de Credores e homologado pelo juízo falimentar.

A instauração do processo de recuperação judicial conduz inevitavelmente a discussões quanto ao juízo competente para analisar a situação dos créditos e dos credores da sociedade empresarial em recuperação.

Há muitas decisões, em que se afirma a competência do juízo falimentar para análise de todas essas questões, pois a visão do “todo” lhe permitiria proferir decisões compatíveis com a pluralidade de interesses envolvidos, evitando-se, assim, em muitos casos, que, ao tutelar os interesses de um credor, acabe prejudicando aqueles de que são detentores todos os demais e a própria sociedade em recuperação. A ideia é que, lidando com a totalidade das questões envolvidas, o juízo falimentar possa realizar, concretamente, o juízo de proporcionalidade, que é indispensável para conjugação dos inúmeros interesses em jogo no processo de recuperação.

Veja-se, nesse exato sentido, o posicionamento adotado pelo STJ em decisão recente:⁴² “(...) submetida a empresa a processo de recuperação judicial, com sua atuação no limite dos ativos financeiros disponíveis e na busca do saneamento da atividade operacional, quaisquer atos judiciais estranhos àquela tutela jurisdicional, principalmente de natureza constitutiva – penhora, arresto e alienação de bens, bloqueio ou levantamento de valores –, os quais, na sua maioria, ocorrem sem comunicação ao juízo responsável pelo sobredito feito, fugiriam dos propósitos maiores insculpidos na lei em apreço e ensejariam a inviabilização do beneplácito legal com

42. AgRg no CC 92.664/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Seção, julgado em 10/08/2011, DJe 22/08/2011.

a consequente frustração dos objetivos traçados tanto pelo devedor quanto pelos credores”.

A competência do juízo falimentar supõe, à luz de tal decisão, que a decisão judicial, potencialmente, ameace os interesses em jogo na recuperação judicial, frustrate o objetivo perseguido nesse processo, inviabilize a consecução do plano de recuperação, em detrimento da sociedade recuperanda e da generalidade dos credores.

Se essa ameaça não existir, deve prevalecer a competência fixada na legislação processual civil para o processamento da demanda ajuizada pelo credor, sobretudo em hipóteses nas quais a competência for fixada em razão da matéria, da função ou das pessoas envolvidas no litígio. Vale dizer: **havendo regra que defina competência absoluta** [*considerada, em nosso sistema processual, inderrogável*] e **não existindo prejuízo concreto ou potencial aos interesses em jogo na recuperação judicial**, fica afastada a competência universal do juízo falimentar que, em muitas decisões judiciais, se afirma existir.

Isso ocorre, sem dúvida, na situação em apreço.

Com efeito, a competência para apreciação da fraude à execução é do juízo perante o qual ela se processa. Trata-se de competência funcional, porque o juízo se torna competente para analisar a alegação de fraude [*fundada numa das hipóteses do art. 593 do CPC*], em decorrência de sua prévia atuação no processo de execução. É sua “função” na execução, portanto, que lhe torna competente para conhecer a alegação de fraude.

Por outro lado, em vista a diferença conceitual entre invalidade e ineficácia, a que nos referimos há pouco, pensamos que o reconhecimento da fraude à execução, em situação como a presente, não implique *per se* prejuízo concreto ou potencial aos interesses em jogo na recuperação judicial.

Tratando-se, no presente caso, de decisão que impediu a projeção dos efeitos do negócio em questão em relação ao CONSULENTE e que autorizou a persecução de bens pertencentes ao patrimônio do adquirente [*J*] e da interveniente [*B*], para satisfação do crédito, obviamente não ficam ameaçados os interesses dos demais credores, nem tampouco a consecução dos objetivos do plano de recuperação judicial.

Apesar do redirecionamento da execução contra o patrimônio de ambas as empresas, o negócio permanece hígido, pois, repita-se

mais uma vez, o reconhecimento da fraude à execução não implica desfazimento do negócio, que permanece intacto e, portanto, apto a produzir os efeitos **em relação às partes que dele participaram ou quanto a todos os demais que anuíram para sua realização** [*credores habilitados na recuperação judicial*].

Situação diversa ocorreria caso tivesse sido deduzida, pelo CONSULENTE, pretensão de anulação do negócio e, portanto, se estivesse em discussão a validade de tal negócio, existindo o risco concreto ou potencial de desfazimento. Isso sem dúvida poderia repercutir sobre os interesses das partes contratantes e dos demais credores habilitados na recuperação judicial. Não temos dúvida, em decorrência disso, da competência do juízo falimentar para apreciação de eventual pretensão de anulação do negócio.

Para a presente hipótese, em que o CONSULENTE pediu o reconhecimento de fraude à execução, concluímos que a competência é indiscutivelmente do juízo perante o qual ela se processa. **Não há, na afirmação em sentido contrário, segundo nos parece, fundamento idôneo ou plausível para reforma da decisão de 1º grau que reconheceu ter ocorrido, no presente caso, fraude à execução, e determinou providências para proteção dos interesses do CONSULENTE, em decorrência disso.**

8) A sentença de procedência proferida nos embargos de terceiro opostos pelo B é incompatível com o reconhecimento da fraude à execução e/ou redirecionamento da execução contra a J?

A sentença proferida nos embargos de terceiro está apoiada em fundamentos frágeis, pois não foi considerado todo o regime jurídico aplicável à excussão de garantia fiduciária, e tampouco a possibilidade de ser realizada penhora dos direitos futuros do devedor fiduciante ao saldo resultante de venda dos bens alienados. A penhora em questão foi legítima e seus efeitos, embora futuros e incertos, estão protegidos na legislação processual, que impedia a realização do negócio em questão.

Não bastasse isso, também não se observou, nessa decisão, que, no caso dos autos, rigorosamente, a alegada excussão de garantia representou, tão somente, **etapa** de negócio complexo, realizado com má-fé das partes diretamente envolvidas [*B e J*] e de terceiros que, com ele, anuíram para se beneficiar em detrimento de outros credores não habilitados na recuperação judicial.

Vislumbramos, à luz desses aspectos, a possibilidade, senão probabilidade, de que seja reformada referida decisão no julgamento da apelação interposta pelo CONSULENTE.

Não bastasse isso, como constou na parte dispositiva da sentença proferida em tal julgamento, os embargos foram acolhidos para o fim de “determinar o levantamento da penhora incidente sobre as ações de emissão da companhia J, fruto da alienação dos imóveis da empresa recuperanda Y, bem como a revogação da ordem de alienação das ações”.

Essa decisão, como já se disse, ainda não é definitiva [*pende, contra ela, segundo relato do CONSULENTE, recurso de apelação não julgado*] e, mesmo que fosse, isto é, mesmo que se tratasse de decisão judicial transitada em julgado, seus efeitos se limitariam ao B, isto é, somente impediriam, em tese, o redirecionamento da atividade executiva para o patrimônio dessa sociedade. Por outras palavras, não é possível extrair de tal decisão a consequência de que a J não se sujeitaria ao redirecionamento autorizado pelo juízo de 1º grau, sob pena de ofensa à regra do art. 472 do CPC, que limite os efeitos da coisa julgada às partes.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Curitiba, 30 de maio de 2014.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER



3

EXECUÇÃO – CIRCULAR 477 – SEGURO-GARANTIA NA EXECUÇÃO FISCAL OU TRABALHISTA

PARECER

I. Objeto da consulta e quesitos¹

Consulta-nos J, por meio de sua Diretoria Jurídica, a respeito da utilização do seguro-garantia judicial como meio idôneo de caução processual, formulando, para tanto, os seguintes quesitos:

1. A apólice de seguro-garantia judicial é meio idôneo para garantir processos judiciais, sobretudo o processo de execução?

-
1. Embora este parecer tenha sido elaborado à luz do CPC de 1973, os problemas tratados continuam atuais. Os artigos referidos no texto são do CPC de 1973:

Arts. 475-J (1973) / 523, 524, VII e 525 (2015);

Arts. 475-L (1973) / 525, §§ 1.º e 4.º (2015);

Arts. 543-C (1973) / 1.036 e ss. (2015);

Arts. 620 (1973) / 805 (2015);

Arts. 649 (1973) / 833 (2015);

Arts. 652 (1973) / 798, II, C, 829 e 841, §§ 2.º e 4.º (2015);

Arts. 655 (1973) / 835 e 842 (2015);

Arts. 655-A (1973) / 854 e 866 (2015);

Arts. 656 (1973) / 835, 847 e 848, §§ 2.º e 3.º (2015);

Arts. 668 (1973) / 805 e 847 (2015);

Arts. 692 (1973) / 891 e 899 (2015).

2. O oferecimento do seguro-garantia judicial antes ou em substituição à penhora já efetivada, nos termos do art. 656, parágrafo 2º, do CPC, constitui direito subjetivo do devedor?

3. A substituição do depósito em dinheiro pelo seguro-garantia judicial ofende a ordem de bens à penhora estabelecida no art. 655 do CPC?

4. O seguro-garantia judicial é instrumento apto a suspender a exigibilidade do crédito tributário?

5. O seguro-garantia judicial poderá garantir o juízo da execução fiscal, ou trabalhista, mesmo não havendo previsão expressa na Lei nº 6.830/1980 nem na Consolidação das Leis do Trabalho?

Desde logo, antecipamos nosso posicionamento, no sentido de que o seguro-garantia judicial é um instrumento idôneo de caução processual, previsto na lei, que pode ser melhor e mais explorado², uma vez que ostenta o atributo da liquidez e agrega, de forma equilibrada, características que, de um lado, asseguram o interesse do credor (e a efetividade da satisfação do seu direito), sem, de outro, sacrificar demasiadamente o devedor.

II. Primeiras observações doutrinárias relevantes

1. O seguro-garantia

A sociedade, de forma geral, é avessa aos riscos e, por essa razão, busca formas de mitigá-los ou diluí-los. É nesse contexto que o contrato de seguro tem adquirido maior relevância do ponto de vista social e econômico, com ampliação do seu uso e multiplicação de suas modalidades.

No que toca à sua disciplina jurídica, o contrato de seguro é forma típica de negócio jurídico, regulada pelo Código Civil nos arts. 757 a 802, que tem por objeto a proteção do segurado pela seguradora em relação a riscos determinados.

Conforme a definição de Pontes de Miranda o “*contrato de seguro (...) é o contrato pelo qual o segurador se vincula, mediante*

2. Embora, com relação à Consulente, tenha havido considerável crescimento no volume de contratações, entre 2007 e 2012, passando, segundo dados que nos foram fornecidos, de 488 apólices e endossos para 2.837.

pagamento de prêmio, a ressarcir ao segurado, dentro do limite que se convencionou, os danos produzidos por sinistro, ou a prestar capital ou renda quando ocorra determinado fato, concernente à vida humana, ou ao patrimônio”³.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o **seguro-garantia** é uma modalidade de seguro que tem por objeto a **garantia do fiel cumprimento de obrigações** assumidas em negócio jurídico.

Com o seguro-garantia, o segurador garante a indenização, até o valor fixado na apólice, dos prejuízos decorrentes do inadimplemento do tomador em relação às obrigações fixadas em contrato⁴. De acordo com a Circular nº 477/2013 da Superintendência de Seguros Privados, o contrato de seguro-garantia envolve três sujeitos: o tomador, o segurado e o garantidor.

O tomador é o devedor das obrigações assumidas no contrato principal, ou seja, a parte responsável pela realização da obra, pela entrega da coisa, ou pela prestação do serviço. Por via de regra, é o tomador quem paga o prêmio, assegurando o cumprimento das obrigações por ele mesmo assumidas. O segurado, por sua vez, é o credor da obrigação principal e o beneficiário da apólice. Por fim, o garantidor é a instituição autorizada a emitir apólices para garantir as obrigações do tomador, ou seja, a seguradora.

O instituto foi primeiramente previsto no Decreto-Lei nº 73/1966 (regulado pelo Decreto nº 60.459/1967), que disciplinou o Sistema Nacional de Seguros Privados e estabeleceu a obrigatoriedade de contratação do seguro-garantia em benefício do adquirente de imóvel sujeito ao risco de descumprimento contratual por parte do incorporador ou do construtor⁵.

Posteriormente, o seguro-garantia foi se desdobrando em outras modalidades, como o seguro-garantia do fornecedor, o seguro-garantia do prestador de serviços, o seguro-garantia de perfeito

3. *Tratado de direito privado*. 2 ed. vol. 45. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964, p. 272.

4. De acordo com a Circular nº 477/2013 da SUSEP, define-se o seguro-garantia como aquele que tem por objeto “garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado”.

5. Art. 20. Sem prejuízo do disposto em leis especiais, são obrigatórios os seguros de: (...) e) garantia do cumprimento das obrigações do incorporador e construtor de imóveis (Decreto-Lei nº 73/1966).

funcionamento⁶ e o seguro-garantia financeiro⁷, sempre com o intuito de mitigar os riscos associados ao descumprimento de obrigações contratuais.

No que se refere aos entes públicos, o seguro-garantia é previsto na Lei Federal nº 8.666/1993 (Lei das Licitações e Contratos Administrativos), como forma de assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelos particulares em contratos com a Administração⁸. Já a Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPPs) prevê, de maneira inversa, o uso do seguro-garantia, de modo a afiançar as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em favor dos sujeitos privados⁹. É utilizado, principalmente, como garantia relativa ao descumprimento de contratos para execução de obras ou prestação de serviços.

No âmbito do setor público, o seguro-garantia também pode ser utilizado para assegurar o cumprimento de obrigações não contratuais, como aquelas decorrentes de processos administrativos, parcelamentos administrativos de créditos fiscais (inscritos ou não em dívida ativa) e processos judiciais (inclusive execuções fiscais), como prevê a Circular nº 477/2013 da SUSEP.

2. *O seguro-garantia judicial*

O seguro-garantia judicial tem por finalidade assegurar o pagamento de uma quantia correspondente àquela exigida do tomador em um processo judicial. De forma mais direta, essa modalidade de seguro é uma alternativa ao depósito judicial, garantindo a satisfação do interesse do credor, enquanto pender discussão a respeito da dívida.

-
6. Assegura a reparação dos prejuízos decorrentes da falta de qualidade dos serviços ou do bem.
 7. Garante a obrigação de pagar, ao contrário das outras modalidades que se relacionam às obrigações de fazer.
 8. Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.
 9. Art. 8º. As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: (...) III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público.

A modalidade do seguro-garantia judicial é relativamente recente no nosso ordenamento. No Brasil, a primeira apólice dessa modalidade foi emitida pela Consulente em agosto de 1998 e garantia a importância de R\$ 86.671,85. Mas foi somente na última década que o tema passou a ser regulamentado pela SUSEP, por meio da Circular nº 214/2002, posteriormente sucedida pelas Circulares nº 232/2003 e nº 477/2013.

Além disso, o seguro-garantia judicial passou a contar com previsão expressa no Código de Processo Civil (art. 656, § 2º, com redação que lhe foi dada pela Lei 11.382/2006), como meio eficaz e racional de caução processual. Em especial no processo de execução, uma vez que, a par de resguardar os interesses do credor, permite que o patrimônio do devedor, sobretudo o dinheiro, não fique bloqueado durante o curso do processo.

No seguro-garantia judicial, o tomador é aquele a quem se imputa a obrigação de pagar (executado, na execução), que deve prestar garantia em processo em curso contra si, sendo o segurado o credor da obrigação pecuniária objeto do litígio.

Nesse caso, o juízo é garantido por uma apólice de seguro emitida pela seguradora (garantidor), que assegura as obrigações do tomador (devedor e contratante do seguro). Uma vez definido o *quantum* exato da dívida, e não tendo havido o adimplemento pelo tomador das obrigações garantidas, o segurado (credor) poderá exigir da seguradora o pagamento do valor fixado na apólice.

Embora a garantia seja prevista em benefício do segurado, o tomador é o maior interessado na contratação do seguro-garantia judicial, pois, dessa forma, seu patrimônio ficará preservado dos atos de constrição no curso da execução.

Conforme aponta Gustavo de Medeiros Melo, existem dois riscos a serem tutelados pelo seguro-garantia judicial: em primeiro lugar, o risco do devedor, sujeito aos atos executivos no curso do processo, e, em segundo lugar, o risco do credor, consistente no descumprimento da obrigação objeto do processo de execução¹⁰.

Vale dizer, a contratação do seguro-garantia judicial visa não só garantir o interesse econômico do exequente mas também o

10. *Seguro Garantia Judicial – Aspectos Processuais e Materiais de uma Figura Ainda Desconhecida*. Revista de Processo. Vol. 201, Nov./2011, p. 101.

interesse legítimo do executado, consistente no pagamento estrito daquilo que for considerado devido, sem oneração excessiva a seu patrimônio.

No processo de execução, não é incomum a determinação judicial de constrição dos ativos financeiros do devedor, o que pode imobilizar o capital de giro de uma empresa, comprometendo sua atividade produtiva e a dinâmica da economia. Como se sabe, o fluxo de caixa é essencial nas sociedades empresariais, sem o qual seu negócio não se sustenta.

É, sobretudo, por esse motivo que o seguro-garantia judicial é contratado, prevenindo que o particular sofra medidas constritivas antes de ver definitivamente assentada pelo Judiciário sua condição de devedor, ou o efetivo montante da dívida. Paralelamente, esse seguro trará também conforto ao credor, pois, caso o devedor não pague o valor definido em juízo, a seguradora será compelida a realizar o pronto pagamento da importância devida.

O seguro-garantia judicial é, portanto, forma equilibrada de se garantir o juízo, pois, além de preservar os interesses do credor, permite que os bens do devedor, sobretudo o dinheiro, não fiquem “congelados” durante o trâmite do processo, às vezes durante anos, podendo ser utilizados na atividade produtiva, para o bem do devedor e da própria sociedade.

3. *O seguro-garantia judicial e a penhora*

Iniciada a execução (ou fase de cumprimento) pelo credor, seja de sentença condenatória (em que haverá a intimação do devedor para pagar em 15 dias, sob pena de multa de 10%) ou de título extrajudicial (em que haverá a citação para pagamento em 3 dias), deverá ocorrer a penhora e avaliação dos bens penhorados, caso não aconteça o pronto pagamento pelo devedor (arts. 475-J e 652, § 1º, do CPC).

A penhora é o ato pelo qual se apreendem bens do devedor para empregá-los, de maneira direta (quando há adjudicação, por exemplo) ou indireta (quando há a alienação judicial), na satisfação do crédito exequendo.

É, em verdade, o primeiro ato propriamente executivo do processo, que afeta, de todo o patrimônio do devedor, a parte que será utilizada para quitar a dívida. Ou seja, é o ato processual que

individualiza o bem do executado sobre o qual irão recair os atos de expropriação.

Todavia, além de destacar a parte do patrimônio do executado destinada à satisfação do credor, a penhora tem função **conservativa**, privando, em regra, o devedor da detenção física do bem, ou tornando ineficazes os atos de disposição que por ele vierem a ser praticados.

Conforme Dinamarco, “*graças a esses efeitos conservativos que a penhora tem, o bem penhorado considera-se firmemente predestinado à futura expropriação, sem que eventual alienação ou oneração pelo executado o retire dessa condição e sem que possíveis penhoras subsequentes possam eliminar ou reduzir a utilidade que ele terá para o exequente*”¹¹.

A função conservativa da penhora é importante, sobretudo, em razão do **lapso temporal** entre a apreensão do bem do devedor e a satisfação do interesse do credor.

O processo de execução, diferentemente do processo cognitivo, é estruturado para a realização de um direito já reconhecido. Entretanto, ainda assim, a lei prevê meios de resistência do devedor, em que este poderá provocar a discussão sobre questões relativas à validade do título, excesso de execução etc.

Na fase de cumprimento de sentença, o devedor poderá apresentar impugnação. De modo similar, na execução de título extrajudicial, o executado poderá lançar mão dos embargos. Tanto à impugnação, quanto aos embargos, poderá ser concedido efeito suspensivo, obstante, até seu julgamento, a prática dos atos de execução.

A execução, em face desses incidentes, pode perdurar por lapso considerável de tempo, o que torna mais relevante o tema atinente ao seguro-garantia judicial. Nesse sentido, o Código de Processo Civil, no art. 656, § 2º, oferece expressamente ao executado a possibilidade de substituição da penhora por fiança bancária ou seguro-garantia judicial, pelo valor do débito exequendo, acrescido de 30%.

A substituição é possível porque a execução deve respeitar dois princípios de forma equilibrada: a satisfação integral do credor e a

11. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. Vol. 4, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 599.

garantia do menor sacrifício ao devedor. É o que dispõe o art. 620 do CPC: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

Em verdade, não só a substituição é cabível mas também o próprio oferecimento, de plano, do seguro para garantia do juízo, uma vez que, sob o ponto de vista da economia processual, não há sentido em se aguardar a penhora em determinado bem para somente depois requerer que a garantia processual se dê por meio do seguro.

4. *A ordem da penhora, o princípio da menor onerosidade ao devedor e o seguro-garantia judicial*

O dinheiro figura em primeiro lugar na escala de preferência para a penhora. Isso porque dispensa os atos de avaliação e alienação por hasta pública, o que o posiciona, dentro do patrimônio do devedor, como o bem que, de modo mais eficiente, realiza os interesses do credor.

Basta sua expropriação e imediatamente poderá ser entregue ao exequente, satisfazendo o débito. Daí por que a reforma operada pela Lei 11.382/2006 se preocupou em criar meios mais eficientes de acesso e bloqueio dos depósitos bancários do executado.

Em virtude da sua máxima liquidez, a qualquer tempo, mesmo decorrido o prazo de 10 dias previsto no art. 668 do CPC, o dinheiro pode ser oferecido para substituir a constrição realizada sobre bem de outra natureza.

Não se pode negar que a constrição e a expropriação de dinheiro conferem celeridade e efetividade à execução. Todavia, a facilidade na penhora do dinheiro não pode acarretar seu uso abusivo, em detrimento de interesse legítimo do devedor, no sentido de que a execução transcorra da forma que seja menos onerosa ao seu patrimônio e às suas atividades econômicas, se se tratar de empresa.

É com esse objetivo que a lei, ao mesmo tempo que assegura os meios mais eficientes de realização do interesse do exequente, prevê limites em favor do executado, como as hipóteses de impenhorabilidade (art. 649 do CPC), o repúdio ao excesso de execução (art. 475-L do CPC), a justa avaliação dos bens penhorados (475-L do CPC) e a rejeição de arrematações por preço vil (art. 692 do CPC).

Na verdade, a adoção da medida menos gravosa ao patrimônio do devedor nada mais é do que aplicação do princípio da

proporcionalidade, que impõe a ponderação entre os interesses jurídicos que estão em jogo. Como afirma Luiz Rodrigues Wambier:

“Ao lado da preocupação com a efetividade da execução em prol do credor, deve-se buscar sempre o caminho menos oneroso para o devedor. (...) O disposto no art. 620 não é mais do que desdobramento do princípio da proporcionalidade, que permeia todo o direito (não só o processual). Pelo princípio da proporcionalidade, sempre que houver a necessidade de sacrifício de um direito em prol de outro, esta oneração há de cingir-se aos limites do estritamente necessário.”¹²

Cabe, então, ao devedor invocar a regra do art. 620 do CPC, que encampa o princípio do menor sacrifício, sempre que os atos constitutivos forem realizados de forma excessivamente gravosa ao seu patrimônio.

Assim, em razão do desejável equilíbrio que deve haver entre os princípios da efetividade da execução e da menor onerosidade, é que se pode afirmar que a classificação dos bens preferenciais à penhora, estabelecida no art. 656 do CPC, **não ostenta rigidez absoluta**.

De um lado, não seria razoável dar preferência a um bem que ocupe lugar privilegiado na ordem do art. 656 do CPC, em detrimento de outro que, no caso concreto, se revele de maior liquidez. Da mesma forma, não se revela legítimo submeter o patrimônio do executado a uma situação de maior onerosidade do que aquela que seria necessária para a satisfação do interesse do credor.

Na verdade, o termo “preferencialmente”, com que o art. 655 do CPC estabelece a gradação da penhora, já indica que não se está em face de classificação inflexível, mas, antes, de uma recomendação legal, que deverá ser seguida se não houver motivo relevante para que outra solução se imponha diante das especificidades do caso concreto¹³.

12. *Curso Avançado de Processo Civil*. 12 ed. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 174, em coautoria com Eduardo Talamini.

13. Marinoni e Arenhart, a propósito, apontam que “*poderá o juiz deixar de aplicar a ordem prevista no art. 655 do CPC ao verificar que outra é a situação do mercado ou que os princípios do resultado e do menor sacrifício impõem outra condição de preferência. Em síntese, a regra do art. 655 do CPC é um ‘parâmetro indicativo’, e não uma cláusula rígida*

A gradação prevista no art. 655 do CPC se baseia, notadamente, na liquidez do bem, ou seja, na facilidade com que o bem é conversível em dinheiro. Por isso, é até intuitivo que se deva dar preferência à penhora de bens cuja transformação em dinheiro se mostre mais imediata, tendo, em primeiro lugar, a própria moeda.

Contudo, existem outros meios, que ostentam liquidez equiparável ao dinheiro, como é o caso do seguro-garantia judicial, que, se aceito como garantia no processo de execução, constitui ônus significativamente menos gravoso ao executado, pois não acarreta a imobilidade econômica de parte do patrimônio do devedor.

Daniel Amorim Assumpção Neves, ao comentar as alterações promovidas pela Lei nº 11.382/2006, afirma que o seguro-garantia judicial é uma forma de garantia do juízo que beneficia todos os envolvidos no processo executivo¹⁴.

Para o executado, “a substituição será extremamente proveitosa porque, liberado o bem que havia sido penhorado, o patrimônio do executado continuará livre para que continue a lucrar com ele, o que certamente lhe gerará dividendos, inclusive aumentando sua capacidade de fazer frente à cobrança enfrentada na execução. Essa circunstância verifica-se inclusive nos casos em que a penhora tem como objeto o dinheiro, porque todos sabem que qualquer investimento é mais rentável que aquele dado pela correção dos depósitos em juízo”; no que tange ao exequente, “este não terá qualquer prejuízo, porque o grande atrativo da penhora de dinheiro – sua liquidez imediata – será plenamente mantido com as duas espécies de garantia previstas no art. 656, § 2º, do CPC”¹⁵.

Note-se que o art. 656, § 2º, do CPC não faz qualquer restrição aos bens que poderão ser substituídos pelo seguro, o que significa que também o dinheiro poderá sê-lo. Se o seguro pode ser colocado

e inafastável. O art. 655 do CPC deve ser visto como uma regra que deve guiar a atividade judicial, mas cuja ordem de preferência pode ser alterada, mediante a devida e adequada justificativa, diante de outra realidade social e de mercado e das particularidades presentes no caso concreto” (Curso de Processo Civil. 4 ed. vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 271).

14. *Reforma do CPC 2 – Leis 11.382/2006 e 11.341/2006*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 313.

15. *Idem*.

no lugar do dinheiro, tal como a lei prevê, é porque o legislador, em última análise, equiparou um ao outro.

E essa equiparação é razoável, uma vez que, na hipótese do seguro-garantia judicial, tão logo a seguradora receba a ordem de pagamento expedida pelo juiz, deverá proceder ao depósito judicial da indenização (nos limites da apólice), não havendo (tal como na penhora, em dinheiro, em que a instituição financeira é quem recebe a ordem de bloqueio e transferência do numerário para conta judicial) necessidade de avaliação, venda judicial com a conversão do bem em dinheiro: nada disso.

No novo Código de Processo Civil (conforme o projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, PLN nº 8.046/2010), a equiparação entre o seguro-garantia judicial e o dinheiro é explícita, como prevê o art. 851, § 2º: *“para fim de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais trinta por cento”*.

Assim, sendo o seguro-garantia judicial dotado de liquidez equiparada à do dinheiro, a sua recusa pelo exequente, sob o fundamento de que se estaria desobedecendo à gradação constante da lei, representaria mero capricho, não tutelado pelo direito.

Nesse sentido, o E. STJ, acertadamente, já decidiu que, *“conquanto o regime das Leis 11.232/2005, 11.280/2006 e 11.382/2006 tenha atribuído mais força ao Estado em sua intervenção sobre o patrimônio do devedor, não resta revogado o princípio da menor onerosidade disciplinado no art. 620 do CPC. Não é possível rejeitar o oferecimento de fiança bancária para garantia de execução meramente com fundamento em que há numerário disponível em conta corrente para penhora. A Lei Civil atribui, ao devedor, a possibilidade de substituição da penhora por ‘fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao débito, mais 30% (trinta por cento)’ (art. 656, § 2º, do CPC)”*¹⁶.

Também não cabe ao juiz indeferir o pedido do devedor que apresenta espontaneamente a apólice de seguro-garantia judicial, sob o argumento de que esta não teria a mesma liquidez que a penhora

16. REsp 1.116.647/ES, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 25/03/2011.

em dinheiro¹⁷. Entender dessa forma equivale a negar vigência à regra do art. 656, § 2º, o que o julgador somente poderia fazer mediante o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, dado que esse dispositivo representa uma opção axiológica do legislador.

Isso, porém, não significa dizer que a oferta de apólice de seguro deve ser sempre aceita pelo Judiciário. Com efeito, é necessário que o título atenda a determinados requisitos que demonstrem sua idoneidade e efetiva liquidez, para que o executado possa obter a substituição dos bens atingidos pela constrição, inclusive o dinheiro.

Da leitura do art. 656, § 2º, do CPC, é possível extrair condições expressas e outras implícitas para a aceitação do seguro-garantia judicial¹⁸. Como condições expressas, pode-se apontar (a) o requerimento do executado, (b) a apresentação da apólice representativa do contrato de seguro-garantia judicial e (c) o acréscimo de trinta por cento sobre o valor executado. Como condições implícitas, pode-se citar (a) a regularidade da instituição seguradora e (b) a idoneidade da apólice.

O primeiro requisito indica que o requerimento para a aceitação do seguro-garantia judicial deverá partir do executado, por via de regra, o maior interessado na substituição da penhora, por outra menos gravosa ao seu patrimônio. O credor não pode exigir a contratação do seguro, mas nada impede que se manifeste no sentido de que não se opõe à garantia do juízo por meio de seguro.

17. Nesse sentido, por exemplo, o acórdão do TJPR: “*PRETENSÃO DO DEVEDOR DE SUBSTITUÍ-LA POR ‘APÓLICE DE SEGURO GARANTIA JUDICIAL’ INVIABILIDADE. INOBSERVÂNCIA DA GRADAÇÃO LEGAL (Art. 655, DO CPC). BEM DE DIFÍCIL LIQUIDAÇÃO. INEFICÁCIA (...) a exegese do art. 656 do CPC, torna indiscutível a circunstância de que a gradação de bens estabelecida no artigo 655 visa favorecer apenas o credor/exequente, porquanto a nomeação pelo executado só é válida e eficaz se houver concordância daquele. Neste panorama, convém consignar que a indicação de apólice de seguro garantia, além de figurar em último lugar na gradação legal (art. 655, XI – outros direitos), prejudica a celeridade da execução ao procrastinar o recebimento do valor devido, pois não se divisa que a conversão da apólice em dinheiro se opere de ‘maneira rápida’*” (TJPR. AI 759505-5. Relator Des. Luiz Lopes, julgado em 28.04.2011).

18. Gustavo de Medeiros Melo, na obra já citada, identifica requisitos implícitos e explícitos para a aceitação do seguro-garantia, a partir do CPC. As condições aqui expostas, embora baseadas na pesquisa do Autor, apresentam diferentes contornos.

Além do requerimento, o executado deverá apresentar a apólice de seguro-garantia judicial, figura securitária atualmente regulada pela Circular nº 477/2013 da SUSEP. Com efeito, não se trata de qualquer modalidade de seguro, mas da contratação de apólice previamente tipificada pelo ordenamento, com cláusulas específicas.

Ainda, conforme previsão legal, a garantia contratada deve abranger o débito constante na petição inicial acrescido de trinta por cento. Quando o dispositivo menciona o “débito constante da inicial”, na verdade, quer dizer o valor do débito executado, com as correções e os acréscimos necessários. Se a proposta de substituição contemplasse apenas o valor histórico do débito, tal como apontado na petição inicial, não haveria correspondência entre a garantia e a quantia executada.

Como primeiro requisito implícito para a substituição, aponta-se a regularidade da instituição seguradora perante a SUSEP – Superintendência de Seguros Privados, autarquia responsável pela autorização e fiscalização das atividades de seguro, conforme o art. 36 do Decreto-Lei nº 73/1966. Para que a apólice apresente liquidez necessária, é elementar que a instituição emitente atue regularmente no mercado¹⁹.

A SUSEP determina o limite técnico de retenção de cada seguradora para a emissão de apólices. Consoante dados fornecidos pela Consulente, no caso do Grupo J (aqui considerada também J Resseguradora S.A.), esse limite é, atualmente, superior a R\$ 100 milhões por tomador. Até essa quantia, inexistente necessidade de participação de qualquer ressegurador na operação.

O resseguro é contrato regulado pela Resolução nº 168/2007 do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), em que a seguradora assume parte do risco, transferindo o valor remanescente para um conjunto de resseguradores que, por sua vez, podem praticar a mesma operação de transferência de risco para outros resseguradores, numa operação chamada de retrocessão. Essas operações permitem que o valor do seguro seja ainda mais expressivo²⁰.

19. O que, segundo dados que nos foram apresentados, ocorre em relação à Consulente, J, que atua no mercado desde 1992.

20. Valor esse que pode chegar a R\$ 1 bilhão por seguradora. Há também a possibilidade do cosseguro, contrato disciplinado pela Resolução

Por meio desses mecanismos, os riscos são pulverizados entre mais de uma instituição, o que acaba por intensificar o grau de segurança da garantia e ampliar o leque de agentes vinculados à cobertura do sinistro, em benefício do credor.

A aferição da idoneidade da apólice, por sua vez, dependerá do conteúdo de suas cláusulas, como o prazo de vigência, ou as condições em que a seguradora pagará a indenização.

No que toca ao prazo de vigência do seguro, ainda que seja por período determinado, a previsão de cláusula de renovação por períodos sucessivos é medida que atende aos interesses do credor.

Emitida a apólice por instituição regular, contendo cláusulas que assegurem de maneira efetiva a satisfação do crédito do Exequente, não deve prevalecer eventual recusa do credor quanto à substituição dos bens penhorados, até mesmo os ativos financeiros.

5. *Distinções entre seguro-garantia judicial e fiança bancária*

A finalidade da fiança bancária é semelhante àquela do seguro-garantia judicial, assegurando ao credor o recebimento de seu crédito, caso o devedor não cumpra a prestação no tempo e modo fixados.

Ambos os institutos consistem em contrato acessório, presumindo a existência de uma obrigação principal, com a qual se vincula. Havendo o inadimplemento da obrigação principal, a seguradora ou o banco deverá assumir seu pagamento, sub-rogando-se nos direitos do credor.

Por isso, é comum que as sociedades seguradoras e as instituições financeiras também estabeleçam instrumentos de contra-garantia para a contratação da apólice ou para emissão da carta de fiança.

Para o exequente, no entanto, não haverá diferenças relevantes caso a penhora recaia sobre o seguro-garantia judicial ou sobre a fiança bancária, desde que os contratos acessórios contenham cláusulas semelhantes de vigência e de responsabilidade.

A diferença principal se dá para o executado, uma vez que, para a emissão das cartas de fiança, comprometem-se as linhas de

nº 68/2001 do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, que permite a garantia de valores ainda superiores.

crédito da empresa disponíveis junto à instituição financeira. Além disso, a contratação do seguro-garantia judicial costuma ser uma opção menos onerosa e mais ágil²¹ se comparada à fiança bancária.

6. *Principais óbices, encontrados na jurisprudência, para aceitação do seguro-garantia judicial como caução processual*

6.1. *Seguro com vigência inferior à duração do processo judicial*

Fundamento comum para rejeição do seguro-garantia, como caução judicial, é a curta vigência da apólice, às vezes de um ano, em comparação com o tempo de duração de processo, que pode se prolongar por mais tempo.

Esse obstáculo, porém, é transposto com a inclusão, na apólice de seguro-garantia judicial, de cláusula que permita a renovação da vigência do seguro, por meio da emissão de sucessivos endossos.

A Circular nº 477/2013 da SUSEP, nesse aspecto, dispõe sobre a obrigatoriedade de renovação do seguro-garantia judicial pelo tomador, que somente pode deixar de renovar a apólice se não houver mais risco a ser coberto ou se for apresentada nova garantia. Além disso, a seguradora sempre deve comunicar ao segurado e ao tomador, mediante aviso prévio, o final de vigência da apólice²².

A respeito da cláusula que estipula vigência determinada para a apólice de seguro-garantia, o E. TJSP já consignou “*que o prazo de*

21. Segundo informações prestadas pela Consulente, o procedimento para emissão da apólice é concluído dentro de 4 (quatro) horas.

22. De acordo com a Circular nº 477/2013 da SUSEP, a renovação do seguro-garantia judicial deverá ser realizada sob os seguintes parâmetros: 1) A renovação da apólice deverá ser solicitada pelo tomador, até sessenta dias antes do fim de vigência da apólice. O tomador poderá não solicitar a renovação somente se comprovar não haver mais risco a ser coberto pela apólice ou se apresentada nova garantia. 2) A seguradora somente poderá se manifestar pela não renovação com base em fatos que comprovem não haver mais risco a ser coberto pela apólice ou quando comprovada perda de direito do segurado. 3) A sociedade seguradora, independentemente da existência de pedido de renovação, comunicará ao segurado e ao tomador, mediante aviso prévio de, no mínimo, noventa dias que antecedam o final de vigência da apólice, se ocorrerá ou não a sua renovação, respeitados os termos do item 2, bem como se houve ou não solicitação de renovação.

vigência do seguro não afeta a validade da garantia, por ser própria da natureza do contrato de seguro a limitação do prazo, pois o valor do prêmio é dimensionado em função do risco e este segundo o tempo de cobertura. E nada obsta que o seguro seja renovado ou que a garantia venha a ser substituída, o que pode se dar a qualquer momento. Desta forma, não se vê, como obstar-se a penhora pretendida pela agravante, impondo-se a aceitação do seguro-garantia judicial oferecido pela agravante como garantia do juízo”²³.

Cuidando especificamente da garantia de débitos inscritos em Dívida Ativa da União (DAU), a Portaria nº 164/2014 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional estabelece que, em princípio, o prazo de validade da apólice será de, no mínimo, dois anos, para garantir os valores objeto de execução fiscal, ou igual ao prazo do parcelamento, para garantir o parcelamento administrativo de débitos fiscais.

Entretanto, estabelece que, se o tomador não realizar a renovação do seguro após o período de vigência da apólice e não apresentar nova garantia suficiente e idônea, fica caracterizada a ocorrência do sinistro, gerando a obrigação de pagamento de indenização pela seguradora²⁴.

6.2. *Mora do tomador quanto ao pagamento do prêmio*

Aspecto que também inquieta o Judiciário, quanto à aceitação do seguro-garantia judicial como substituto da penhora, é o risco de não pagamento do prêmio pelo tomador, o que poderia afetar a idoneidade da garantia. Isso porque, de acordo com o art. 763 do CC/2002, “*não terá direito à indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação*”.

Esse temor em relação ao não pagamento do prêmio do seguro é, contudo, contornado pela própria Circular nº 477/2013 da SUSEP,

23. TJSP. AI nº 0300995-57.2011.8.26.0000, Relator Des. Wanderley José Federighi. 12ª Câmara de Direito Público, julgado em 07/03/2012.

24. Art. 10. Fica caracterizada a ocorrência de sinistro, gerando a obrigação de pagamento de indenização pela seguradora: (...) b) com o não cumprimento da obrigação de, até 60 (sessenta) dias antes do fim da vigência da apólice, renovar o seguro garantia ou apresentar nova garantia suficiente e idônea.

que dispõe, em seu art. 11, que o seguro continuará em vigor mesmo se o tomador não pagar o prêmio nas datas convencionadas²⁵.

É importante, para maior transparência do ajuste, que cláusula nesse sentido conste da apólice.

6.3. Seguro-garantia judicial como substituto da penhora sobre o dinheiro

Alguns tribunais têm ainda indeferido a aceitação do seguro-garantia judicial em substituição à penhora realizada sobre o dinheiro, sob o fundamento de que este último teria preferência sobre todos os demais bens. Ou, ainda, para utilizar expressão comum nas decisões, o seguro-garantia judicial não teria o mesmo *status* do dinheiro.

O E. Tribunal de Justiça do Paraná assim já decidiu no julgamento do Agravo de Instrumento, consignando que “*a pretendida substituição da penhora pelo Banco não melhora a liquidez em benefício do credor. Tal substituição deve ser vista como possível para os casos de a penhora incidir sobre bens de menor liquidez. Ademais, o dinheiro prefere a todos os bens passíveis de penhora, conforme artigo 655 do CPC, por ser garantia privilegiada e líquida por excelência. Esse é o motivo pelo qual se torna incabível a pretensão de substituição da penhora online realizada nos autos de cumprimento de sentença pela apólice de seguro*”²⁶.

Ainda no mesmo sentido, o E. TJPR manifestou o entendimento de que “*o artigo 655, do Código de Processo Civil, ao estabelecer a gradação da penhora, arrola em primeiro lugar, o dinheiro, em espécie, ou em depósito ou em aplicação em instituição financeira, preferência essa que, in casu, deve ser obedecida, à míngua de outros bens que se mostrem eficazes para a garantia do juízo. (...) Neste panorama, convém consignar que a indicação de apólice de seguro garantia, além de figurar em último lugar na gradação legal (art. 655,*

25. Art. 11 O tomador é responsável pelo pagamento do prêmio à seguradora por todo o prazo de vigência da apólice. § 1º O seguro continuará em vigor mesmo quando o tomador não houver pagado o prêmio nas datas convencionadas.

26. TJPR. AI 723392-5. Rel. Desembargador Cláudio de Andrade, julgado em 23.03.2011.

XI – outros direitos), prejudica a celeridade da execução ao procrastinar o recebimento”²⁷.

Essas duas decisões partem das premissas de que (a) o dinheiro prefere necessariamente a qualquer outro bem na ordem da penhora, (b) a substituição da penhora somente seria possível entre os bens de menor liquidez para os de maior liquidez e (c) a apólice de seguro figuraria em último lugar na gradação legal (art. 655, XI, do CPC).

Em primeiro lugar, conforme observamos, a ordem estabelecida no art. 656 do CPC não é de rigidez absoluta, sendo antes uma recomendação ao magistrado. Os bens de gradação superior, por via de regra, possuem maior liquidez, mas nada impede que, no caso concreto, a penhora recaia sobre bem de gradação inferior, em atenção aos princípios da efetividade da execução, ou da menor onerosidade ao executado.

De acordo com Humberto Theodoro, *“a sistemática adotada na gradação da preferência para a penhora, em consequência da reforma da Lei nº 11.382/2006, retratada principalmente nos arts. 656 e 668, põe em destaque a relatividade e flexibilidade com que a lei trata a matéria. Embora continue impugnável a nomeação de bens à penhora por desrespeito à ordem legal de preferência, certo é que a substituição prevista no art. 668 não se prende a ela quando franqueia ao executado a substituição justificada na menor onerosidade”²⁸.*

Não é incomum, por exemplo, que a penhora sobre ações e debêntures de sociedades anônimas (décimo lugar na ordem de preferência) se revele mais interessante para o credor que a penhora realizada sobre veículos terrestres (segundo lugar na lista). Da mesma forma, seria desproporcional e abusivo submeter o patrimônio do executado a uma situação de onerosidade maior que aquela necessária para garantir a satisfação do interesse do credor.

Por isso, são assegurados meios menos onerosos ao patrimônio do executado, que poderá, nos termos do art. 656, § 2º, do CPC, oferecer garantia de manifesta liquidez (seguro-garantia judicial)

27. TJPR – 8ª C. Cível – AI 841893-7 – Londrina – Rel.: Guimarães da Costa – Unânime – J. 01.03.2012.

28. *Curso de Direito Processual Civil*. 44 ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 309.

em substituição à penhora de dinheiro. Além disso, ao permitir a substituição da penhora nos termos do art. 656, § 2º, o Código de Processo Civil não se preocupou unicamente com os interesses do exequente e do executado, mas com o interesse público.

A substituição da penhora realizada sobre o dinheiro da empresa por título de alta liquidez cumpre um papel macroeconômico relevante, ao permitir que o patrimônio ativo dos executados continue subsidiando suas atividades, ao invés de permanecer bloqueado numa conta judicial.

Também não se pode afirmar que a apólice de seguro-garantia judicial figura em último lugar na escala de preferência. Antes, figura em lugar especial, no art. 656, § 2º, que autoriza que **substitua qualquer outro bem** que tenha sido penhorado. Ressalte-se que a norma não traz qualquer ressalva quanto aos bens passíveis de substituição pela fiança bancária ou pelo seguro-garantia judicial²⁹.

Como observa Humberto Theodoro Júnior, “*a substituição por dinheiro continua sendo irrecusável porque situa-se esse bem no primeiro grau da escala de preferências para a penhora, previsto pelo art. 656. O credor não tem como obstar a pretensão do executado em tal sentido. Se o objetivo da execução é obter uma quantia para realizar o pagamento a que tem direito o exequente, nada é mais líquido, para tanto, que o dinheiro. Outros bens que se prestam a uma substituição irrecusável são a fiança bancária e o seguro garantia judicial, cuja liquidez é notoriamente reconhecida (art. 656, § 2º, na redação da Lei 11.382/2006)*”³⁰.

29. Interessante que algumas decisões simplesmente negam eficácia ao dispositivo legal: “*A novel redação do art. 656, § 2º, do CPC, introduzida pela Lei n.º 11.382/06, estabelece a possibilidade de substituição da penhora, por fiança bancária, desde que essa nova garantia esteja acrescida em 30% ao valor do débito (...). O novel dispositivo não afasta a jurisprudência sedimentada nesta Corte, notadamente porque a execução se opera em prol do exequente e visa a recolocar o credor no estágio de satisfatividade que se encontrava antes do inadimplemento. Por conseguinte, o princípio da economicidade não pode superar o da maior utilidade da execução para o credor, propiciando que a execução se realize por meios ineficientes à solução do crédito exequendo*” (REsp 1.049.760/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 17/06/2010).

30. *Curso de Direito Processual Civil*. 44 ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 310.

O seguro-garantia judicial, portanto, ostenta liquidez equiparável ao dinheiro, não podendo ser recusado, genericamente, pelo credor. Nesse sentido já decidiu, acertadamente, o TJPR, consignando que “o seguro garantia judicial possui previsão legal (art. 656, § 2º), tendo sido inserido ao Código de Processo Civil, pela lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006 (...). Oportuno dizer que, **tanto o seguro garantia judicial, quanto a fiança bancária, possuem o mesmo status de depósito em dinheiro, portanto, estão no topo da ordem de preferência prevista no art. 655, do CPC, constituindo, sem dúvida, substancial garantia à satisfação do crédito executado. (...) Soma-se aos já lançados argumentos, que a aceitação do seguro garantia judicial não acarreta qualquer prejuízo para o exequente agravante, conforme preconiza o art. 668, do CPC**”³¹ (g.n.).

Igualmente o TJSP já se manifestou, assinalando que, “*embora o art. 655 do CPC determine que a penhora será realizada, preferencialmente, sobre dinheiro, o § 2º do art. 656 do CPC permite a substituição da penhora ‘por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial,’ (...). Esse dispositivo legal foi incluído no CPC pela Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006, para flexibilizar a execução da maneira menos gravosa para o devedor (art. 620 do CPC)*”³².

Entender que a apólice de seguro-garantia judicial ocuparia o último lugar na ordem de preferência levaria a uma situação de contradição no sistema jurídico, pois, se a substituição da penhora deve considerar a ordem do art. 655, XI, do CPC (lugar em que ocuparia a menor preferência), o seguro-garantia não poderia substituir penhora alguma, suprimindo por completo o disposto no art. 656, § 2º.

No novo Código de Processo Civil (PLN nº 8.046/2010), como já ressaltamos, a equiparação entre a apólice de seguro-garantia e o dinheiro é expressa, estabelecendo o art. 851, § 2º, que, “*para fim de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais trinta por cento*”.

31. TJPR – 6ª C. Cível – AI 564500-9 – Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – Rel.: Francisco Luiz Macedo Junior – Unânime – J. 22.09.2009.

32. TJSP. AI 0156445-32.2012.8.26.0000, Relator Des. Lino Machado, 30ª Câmara de Direito Privado, julgado em 12/09/2012.

Demais, não é correto qualificar o seguro-garantia judicial como um título de baixa liquidez. Trata-se de garantia oferecida por instituições seguradoras que, além de sofrerem rigoroso controle por parte da autarquia regulamentadora (SUSEP), devem dispor de lastro suficiente para amparar esse produto.

E, nesse ponto, vale destacar a figura do resseguro, por meio do qual o risco se pulveriza entre a seguradora contratada e uma, ou mais, resseguradoras, ampliando a garantia da indenização dos sinistros.

6.4. Da necessidade de concordância do exequente

O art. 656, § 2º, do CPC permite expressamente a substituição da penhora pela fiança bancária ou pelo seguro-garantia judicial, sem fazer qualquer ressalva quanto à necessidade de concordância do exequente.

Isso se explica em razão das premissas concretas em que se baseou o legislador para criar a regra (as quais se mostram plenamente justificáveis). Realizando a ponderação entre os interesses em conflito no processo de execução, entendeu o legislador necessário estabelecer medida de equilíbrio entre o interesse do credor (satisfação do seu crédito) e o interesse do devedor, impondo a este meio menos oneroso ao seu patrimônio, que lhe possibilite manter seus recursos financeiros desbloqueados e aplicados na sua atividade produtiva.

Dessa forma, não se pode admitir, como apta a afastar a substituição de penhora, alegação do credor sobre a inidoneidade em abstrato (liquidez insuficiente) do seguro-garantia judicial. A idoneidade já foi atestada na lei. Em atenção ao princípio do contraditório, que tem sede constitucional, porém, o credor deverá ser intimado para se pronunciar sobre o oferecimento ou pedido de substituição (art. 657 do CPC), oportunidade em que poderá demonstrar a inidoneidade em concreto da apólice de seguro apresentada.

6.5. Do momento da apresentação do seguro-garantia judicial

Há dúvidas a respeito do momento adequado para o oferecimento do seguro-garantia judicial notadamente, se o executado deve fazê-lo somente após a formalização da penhora, de modo a

substituí-la, ou se pode oferecê-lo antes, prevenindo-se da prática de atos executivos onerosos ao seu patrimônio.

No nosso entender, poderá fazê-lo mesmo antes que a penhora se realize. Com efeito, se o executado tem o direito de substituir a penhora realizada sobre seus bens pelo seguro-garantia judicial (nos termos do art. 656 do CPC), nada impede que este seja oferecido antes mesmo da formalização da penhora, até por força do princípio da economia dos atos processuais.

Nesse sentido, o TJPR já consignou que, *“a despeito de a norma legal tratar do seguro garantia judicial como substitutivo da penhora, a doutrina tem admitido o oferecimento do seguro, assim como da fiança bancária, antes mesmo da penhora. É que, como bem salientou o juiz da causa, seria de um formalismo sem tamanho, exigir que primeiro se realize a penhora de qualquer outro bem previsto no art. 655, para só então ser facultado ao devedor, a possibilidade de substituir o bem penhorado pela fiança bancária ou pelo seguro garantia judicial. Tal atitude, com certeza, constituiria afronta aos princípios da economia processual; instrumentalidade das formas e da celeridade”*³³.

Também essa é a lição de Humberto Theodoro Júnior, para quem, a exemplo do dinheiro, a substituição da penhora por fiança bancária ou seguro-garantia judicial, autorizada pelo § 2º do art. 656, pode ser requerida antes de realizada a penhora, visto que representa um expediente de incremento da liquidez da execução³⁴.

Assim, embora o art. 656, § 2º, do CPC utilize a expressão “substituição”, o executado poderá oferecer o seguro-garantia judicial mesmo antes da intimação da penhora, pois se trata de medida que atende aos princípios da efetividade e da celeridade do processo, bem como revela boa-fé.

Da mesma forma, a constrição já realizada sobre o patrimônio do devedor poderá ser substituída pelo seguro-garantia judicial, conforme dicção literal dos arts. 656 e 668 do CPC, mediante

33. TJPR – 6ª C. Cível – AI 564500-9 – Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – Rel.: Francisco Luiz Macedo Junior – Unânime – J. 22.09.2009.

34. Curso de Direito Processual Civil. 44 ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 312.

requerimento do executado no prazo de 10 dias, sob pena de preclusão³⁵.

Nesse ponto, porém, entendemos que a regra comporta temperamentos quanto ao prazo em que deve ser formulado o requerimento, na hipótese em que a parte, mesmo após os 10 dias, demonstra que, pelo surgimento de situações excepcionais, a penhora em dinheiro (com a indisponibilidade do montante bloqueado) está acarretando prejuízo de tal intensidade que passou a inviabilizar a sua atividade econômica.

7. O seguro-garantia judicial e os débitos fiscais

7.1. O seguro-garantia judicial como meio de suspensão da exigibilidade do crédito tributário

O depósito é um meio de suspensão da exigibilidade do crédito tributário³⁶, nos termos do art. 151 do CTN. Depois da constituição definitiva do crédito, o depósito tem o condão de impedir a propositura da execução fiscal, além de eximir o sujeito passivo do pagamento dos juros e da correção monetária³⁷.

35. Conforme Araken de Assis, “o art. 668, caput, estabelece o prazo de dez dias, contado da intimação da penhora (art. 652, § 4º), para o executado requerer a substituição. O prazo é preclusivo. Vencido o interregno, para o executado desaparece o direito de requerer a substituição” (Manual da Execução. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 616).

36. É o que dispõe o art. 151 do CTN, quando estabelece as causas da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, notadamente a moratória, o depósito do seu montante integral, as reclamações e os recursos (nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo), a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada e o parcelamento.

37. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ: “O depósito integral do débito tributário, previsto no art. 151, II, do CTN, é uma garantia facultada pelo sistema tributário nacional pela qual o contribuinte, suspendendo de forma potestativa a exigibilidade do crédito fiscal, pode discutir a legitimidade da exação sem, contudo, sujeitar-se aos naturais consecutivos da mora. Essa, também, é a inteligência do art. 9º, § 4º, da LEF, segundo o qual “[s]omente o depósito em dinheiro, na forma do art. 32, faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora” (...). Realizado o depósito, caberá à instituição financeira depositária proceder a devida correção monetária desses valores, nos termos da Súmula 179/STJ: ‘O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial,

Não é obrigatório, pois não constitui condição para que o devedor possa impugnar administrativamente a exigência. No curso da execução, porém, o depósito terá efeito similar à penhora, garantindo o juízo para a oposição dos embargos (art. 9º, § 3º, da LEF).

Após a edição da Lei de Execuções Fiscais, iniciou, na doutrina, intenso debate a respeito da possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito fiscal por meio da apresentação de carta de fiança. Arruda Alvim sustenta que é lícito equiparar a fiança bancária ao depósito em dinheiro, para fins de suspender a exigibilidade do crédito fiscal, uma vez que a Lei 6.830/1980, em seu art. 9º, ampliou as modalidades de garantia do juízo de execução, colocando, ao lado do depósito em dinheiro, a fiança bancária³⁸.

Assim, se essas modalidades de garantia são equiparadas no curso da execução fiscal, valendo uma pela outra, inexistente razão para se entender de modo diferente nos planos do mandado de segurança, da ação declaratória ou da ação anulatória, que poderiam ser garantidas tanto por depósito em dinheiro como por fiança bancária.

Demais, ao não se admitir a garantia da fiança no bojo de uma ação ordinária movida pelo contribuinte contra a Fazenda, isso levaria ao paradoxo de que o contribuinte que promovesse ação anterior ao executivo fiscal estaria em situação de desvantagem em relação àquele que simplesmente aguardasse a execução. Com efeito, o contribuinte que se tiver adiantado ao Fisco, deverá realizar o depósito em dinheiro para suspender a exigibilidade do débito. Diferentemente, o contribuinte mais relapso poderá defender-se amplamente, utilizando meios menos onerosos ao seu patrimônio, no bojo da execução fiscal, para a garantia do juízo³⁹.

O STJ, todavia, tem entendido que somente o depósito, não a fiança bancária, suspende a exigibilidade do crédito tributário, uma vez que o Código Tributário Nacional é lei complementar, cujos

responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos” (REsp 1.234.702/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 10/02/2012).

38. *Do sistema inaugurado pela Lei 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais). A garantia da fiança, prestada juntamente com propositura de ação, deve ser apta para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.* Revista de Processo. vol. 69, Jan / 1993, p. 122.

39. *Idem.*

dispositivos não poderiam ser alterados por lei ordinária, como a Lei nº 6.830/1980⁴⁰.

Contudo, nada impede que a fiança bancária, e até mesmo outras garantias, como o seguro-garantia judicial, sejam oferecidas como caução para o deferimento de medida liminar em mandado de segurança, ou antecipação dos efeitos da tutela em ação declaratória ou anulatória⁴¹. A título de contracautela, e não de depósito efetuado sob o fundamento no art. 151, II, do CTN, o magistrado pode autorizar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário com base no art. 151, V, do CTN.

De fato, tanto a antecipação dos efeitos da tutela como o depósito em dinheiro suspendem a exigibilidade do crédito tributário. Conforme bem observa Hugo de Brito Machado, não obstante serem coisas distintas, liminar e depósito se equivalem, no que diz respeito a tal efeito⁴². Presentes os pressupostos para o deferimento da medida liminar, o juiz deverá determinar a suspensão da exigibilidade do crédito fiscal. Se, porém, houver receio de que o deferimento da liminar coloque em risco a eficácia da sentença porventura favorável à Fazenda, uma garantia poderá ser prestada, como a fiança bancária, ou a apólice de seguro-garantia judicial.

40. “Crédito tributário. Suspensão da exigibilidade. Artigo 151 do CTN. O depósito e não a fiança bancária suspende a exigibilidade de crédito tributário. O CTN é lei complementar; não se altera por lei ordinária, não prevalecendo, no caso, o disposto no artigo 9º, parágrafo 3º, da Lei n. 6.830/80. Recurso provido para restabelecer a decisão do julgador monocrático” (REsp 28.869/MG, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/1992, DJ 14/12/1992, p. 23909).

41. Sobre a equivalência entre seguro-garantia judicial e fiança bancária, já consignou o E. STJ, apontando que “a Lei Civil atribui, ao devedor, a possibilidade de substituição da penhora por ‘fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao débito, mais 30% (trinta por cento)’ (art. 656, § 2º, do CPC). A restrição de aceitação de fiança bancária como garantia apenas ao processo de execução fiscal sempre se fundamentou no fato de que tal garantia era específica daquela modalidade de processo. Hoje, contudo, a fiança bancária, bem como o seguro bancário, encontram também previsão no Código de Processo Civil” (REsp 1.116.647/ES, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 25/03/2011).

42. *O depósito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 7, Abr./1994, p. 85.

O que suspende a exigibilidade do crédito é a medida liminar. A fiança bancária ou o seguro-garantia judicial, nessa situação, estarão sendo prestados como contracautela, ou seja, como garantia da reversibilidade da liminar.

7.2. *O seguro-garantia judicial como substituto da penhora em dinheiro no executivo fiscal*

Outra questão é saber se a penhora realizada no processo de execução fiscal poderia ser substituída pelo seguro-garantia judicial, sobretudo em vista do art. 656, § 2º, do Código de Processo Civil, com a redação estabelecida pela Lei nº 11.382/2006.

A Lei nº 11.382/2006 introduziu significativas alterações no processo de execução, com o escopo de conferir maior racionalidade e celeridade à prestação jurisdicional. As alterações que mais chamaram a atenção da doutrina foram a equiparação do dinheiro depositado em instituição bancária ao dinheiro em espécie (art. 655, I) e a preferência na constrição eletrônica desses valores (art. 655-A), sendo dispensável à sua realização o exaurimento da busca por outros bens passíveis de penhora⁴³.

Apesar do inegável avanço no sentido da efetividade e da celeridade do processo, trazido pela Lei nº 11.382/2006, há disposição expressa no Código Tributário Nacional estabelecendo que, somente após esgotados os meios disponíveis para localização dos bens do devedor, o juiz poderá determinar a indisponibilidade dos bens e direitos do executado, por meio eletrônico (art. 185-A do CTN). Ressalte-se que o Código Tributário Nacional é lei complementar que, de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores, não poderia ser alterada por lei ordinária, já que se trata de norma de hierarquia superior.

No entanto, após a promulgação da Lei nº 11.382/2006, o STJ assentou, em recurso submetido ao regime do art. 543-C, que seria desnecessário o esgotamento das diligências em busca de bens em

43. A nova redação do art. 655 do CPC equiparou o dinheiro depositado ou aplicado em instituições bancárias ao dinheiro em espécie, colocando-o em primeiro lugar na ordem preferencial da penhora. Por sua vez, o art. 655-A tornou mais ágil e eficiente a execução, ao privilegiar a penhora *on-line*, dos ativos do devedor.

nome do executado, dando prioridade ao uso da penhora eletrônica, inclusive no âmbito das execuções fiscais, visto que o Código de Processo Civil deve ser aplicado como norma subsidiária (art. 1º da LEF).

Nessa decisão, o Min. Luiz Fux consignou que *“a antinomia aparente entre o artigo 185-A, do CTN (que cuida da decretação de indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os artigos 655 e 655-A, do CPC (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira) é superada com a aplicação da moderna Teoria do Diálogo das Fontes, idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Claudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. Com efeito, consoante a Teoria do Diálogo das Fontes, as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo. (...) Assim, a interpretação sistemática dos artigos 185-A, do CTN, com os artigos 11, da Lei 6.830/80 e 655 e 655-A, do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exequente”*⁴⁴.

Em outras palavras, de acordo com o STJ, as normas que disciplinam a execução fiscal, extraídas do Código Tributário Nacional, da Lei de Execuções Fiscais e do Código de Processo Civil (alterado pela Lei nº 11.382/2006), deveriam ser interpretadas de forma dialógica e não hierárquica, de forma a assegurar a preservação de um sistema de normas que visa proteger determinada categoria de direitos.

Segundo Claudia Lima Marques, citada no acórdão, o conflito (a antinomia) acarreta a exclusão de uma das leis, gerando uma situação de *monólogo* (uma única solução), ao passo que o *diálogo* pressupõe uma lógica plural, com múltiplas soluções a partir do sistema. Ainda consoante a autora, a verdade é que, nas sociedades complexas dos nossos dias, com a descodificação, bem como uma forte pluralidade de leis ou fontes, a doutrina está à procura de meios de estabelecer a harmonia ou coordenação (não só hierárquica)

44. REsp 1.184.765/PA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010.

entre essas diversas normas do ordenamento jurídico, concebido como sistema⁴⁵.

Ocorre que, além de incluir o dinheiro eletrônico como o bem que prioritariamente deve ser submetido à penhora, beneficiando o exequente, a Lei nº 11.382/2006 introduziu uma regra em favor do executado (art. 656, § 2º), permitindo a substituição da penhora pela carta de fiança bancária ou pelo seguro-garantia judicial.

Trata-se, no nosso sentir, de um contraponto necessário à facilitação da penhora sobre os ativos financeiros, a qual, por via de regra, é sobremodo gravosa ao executado, afetando o fluxo de caixa de uma empresa, ou impedindo que seus bens atendam à função econômica a que se destinam.

Assim, conforme já ressaltamos, a norma do art. 656, § 2º, do CPC é a concretização, realizada pelo próprio legislador, do princípio da menor onerosidade do devedor, uma vez que, sem deixar de assegurar a efetividade da execução, torna menos pesado ao executado o fardo da penhora.

Todavia, segundo o STJ, “o [seguro-garantia judicial] não está inserido na ordem legal de garantias que podem ser oferecidas pelo executado, nos termos do art. 9º da Lei 6.830/80. Considerando que o citado diploma legal é a norma especial que regula o processo executivo fiscal, entendo que resta inadmissível a garantia da execução por caução não prevista na legislação de regência”⁴⁶.

Esse entendimento, contudo, revela um nítido contrassenso em relação à decisão proferida no Recurso Especial nº 1.184.765/PA,

45. *Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*, in Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, nº 07, 2004, p. 15/54.

46. REsp 1.098.193/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, julgado em 23/04/2009. No mesmo sentido: “Não se admite o Seguro Garantia Judicial como caução prévia de execução fiscal em ação cautelar por falta de previsão normativa autorizadora. Precedentes” (AgRg no AREsp 154.010/GO, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 07/08/2012); “O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela inadmissibilidade do Seguro Garantia Judicial como caução à execução fiscal, por ausência de norma legal disciplinadora do instituto, não estando esta modalidade dentre as previstas no art. 9º da Lei 6.830/80” (AgRg no REsp 1.201.075/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 04/08/2011).

antes mencionada, submetido ao regime do art. 543-C do CPC. De fato, nesse recurso-padrão, o STJ discorreu fundamentalmente sobre a necessidade de interpretação sistemática entre as normas da Lei de Execuções Fiscais, o CTN e o Código de Processo Civil.

Como bem apontou Claudia Lima Marques, partindo de uma visão *moderna* do ordenamento jurídico, os critérios usados para resolver os conflitos de leis no tempo são apenas três: a anterioridade, a especialidade e a hierarquia. Entretanto, com o movimento de descodificações, a multiplicação das leis especiais e a concepção dos microsistemas, o ordenamento deve ser considerado, a partir de uma visão *pós-moderna*, como um sistema plural e complexo, cuja interpretação deverá permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes convergentes⁴⁷.

Estas observações se aplicam às execuções fiscais, pois os problemas que aí surgem não são resolvidos à luz de uma única fonte legislativa, mas de uma pluralidade de leis esparsas, de modo que “o desafio [do interprete] é aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluido, mutável e complexo”⁴⁸.

Por isso, desacertada é a rejeição à possibilidade de substituição da penhora (nas formas previstas no art. 656, § 2º, do Código de Processo Civil), com base no entendimento de que a Lei nº 6.830/80 seria a única fonte das normas disciplinadoras da execução fiscal, ostentando maior consistência a decisão do E. STJ, que consagra a interpretação sistemática entre os diplomas legais processuais.

De fato, se as normas do CPC devem incidir nas execuções fiscais, no interesse do exequente, o mesmo há que se dizer em relação àquelas que propõem solução menos onerosa ao executado.

Mais adequado, sobre o ponto, é o entendimento consignado pelo E. TJSP, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0250534-47.2012.8.26.0000, de Relatoria do Des. Fermino Magnani Filho (julgado em 25/02/2013):

“Com efeito, embora a Lei nº 6.830/1980 não contemple a modalidade de Seguro Garantia Judicial para a garantia da execução

47. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, in Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, nº 07, 2004, p. 43.

48. Idem.

fiscal, deve-se levar em conta que seu rol não é taxativo. Assim, é perfeitamente possível o oferecimento de outros bens por aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, a teor do disposto no artigo 1º da Lei das Execuções Fiscais. Com o advento da Lei nº 11.383/2006, o Código de Processo Civil passou a admitir uma nova modalidade de garantia do juízo por meio do Seguro Garantia Judicial (artigo 656, § 2º), desde que o valor não seja inferior ao débito executado e acrescido de trinta por cento (30%). (...) Destarte, não se justifica a recusa Fazendária, pois o Seguro Garantia Judicial é garantia idônea e sua aceitação não afeta a legitimidade da penhora, vez que poderá ser renovada ou substituída a qualquer tempo.”

É de se destacar que a Circular nº 477/2013 da SUSEP permite expressamente a contratação do seguro-garantia judicial para garantir as obrigações decorrentes de execução fiscal, tipificando uma modalidade própria de seguro-garantia para essa finalidade⁴⁹.

Também a Fazenda Nacional já reconheceu a aplicação do art. 656, § 2º, do CPC para permitir ao devedor a utilização do seguro-garantia judicial como caução ao pagamento de débitos objeto de execução fiscal ou de parcelamento administrativo.

Por meio da Portaria nº 164/2014, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional assinala a necessidade de interpretação conjunta entre o Código de Processo Civil e Lei de Execuções Fiscais, aceitando a apólice de seguro-garantia prestada por seguradora idônea e devidamente autorizada a funcionar no Brasil como garantia do crédito fazendário.

Todavia, estabelece que seguro-garantia judicial somente poderá ser recebido pela Fazenda Nacional se sua apresentação ocorrer antes do depósito, ou da constrição em dinheiro, decorrente de penhora ou outra medida judicial⁵⁰. Nesse ponto, entendemos que

49. Modalidade VII de seguro-garantia para o setor público. Para dar maior segurança à Fazenda Pública, essa modalidade de seguro-garantia estabelece que sua cobertura independe do trânsito em julgado, podendo a seguradora ser intimada para efetuar, em juízo, o depósito do valor segurado nas hipóteses em que não sejam atribuídos os efeitos suspensivos aos embargos à execução ou à apelação do tomador-executado.

50. Art. 5º O seguro garantia judicial para execução fiscal somente poderá ser aceito se sua apresentação ocorrer antes de depósito ou da efetivação da constrição em dinheiro, decorrente de penhora, arresto ou outra

houve excesso da PGFN, pois, se seguro-garantia judicial possui o mesmo *status* do dinheiro, conforme dispõe o art. 656, § 2º, do CPC, ele pode substituí-lo.

Em suma, a substituição da penhora já formalizada sobre dinheiro ou sobre qualquer outro bem, no executivo fiscal, pela apólice de seguro-garantia judicial é medida viável, que atende ao princípio da menor onerosidade ao executado e que parte de uma interpretação sistemática e coerente do ordenamento.

8. *O seguro-garantia judicial e as execuções trabalhistas*

O processo trabalhista é disciplinado por uma legislação enxuta, o que leva seu aplicador a recorrer com frequência a outras fontes do direito processual, autorizado pelo art. 769 da CLT: “*Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título*”.

No que toca ao processo de execução trabalhista, o art. 889 da CLT expressamente elege a Lei de Execuções Fiscais como microsistema de aplicação subsidiária (que, por sua vez, remete ao Código de Processo Civil)⁵¹. Então, na execução trabalhista, a primeira fonte subsidiária é a Lei nº 6.830/1980; a segunda é o Código de Processo Civil. Ainda, por imposição do art. 882 da CLT, especificamente no que tange à ordem preferencial da penhora, a execução da decisão trabalhista observará o art. 655 do CPC⁵².

Assim como sustentamos que o art. 656, § 2º, do CPC pode ser aplicado na execução fiscal, como fonte subsidiária, o mesmo se

medida judicial. Parágrafo único. Excluindo-se o depósito e a efetivação da constrição em dinheiro decorrente de penhora, arresto ou outra medida judicial, será permitida a substituição de garantias por seguro garantia judicial para execução fiscal, desde que atendidos os requisitos desta Portaria.

51. Art. 889. Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.
52. Art. 882. O executado que não pagar a importância reclamada poderá garantir a execução mediante depósito da mesma, atualizada e acrescida das despesas processuais, ou nomeando bens à penhora, observada a ordem preferencial estabelecida no art. 655 do Código Processual Civil.

dá no processo trabalhista, em que o executado poderá requerer a substituição da penhora por uma apólice de seguro-garantia judicial.

Nesse sentido, o E. TRT da 4ª Região já assinalou que se aplica “*subsidiariamente à execução trabalhista o art. 656, § 2º, do CPC, e sua exigência do acréscimo de 30% (trinta por cento) do valor da execução quando se tratar de penhora substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, e até mesmo nos casos dos congêneres títulos da dívida pública*”⁵³.

Também o E. TRT da 19ª Região já decidiu de forma semelhante, consignando que, “*sendo o seguro garantia judicial um instrumento suficiente para garantia da execução, não nos resta outro caminho senão acatá-lo, máxime porque o Diploma Processual Civil o autoriza expressamente. Não podemos deixar de registrar o excessivo valor aqui executado, mais uma razão para ser aceita a garantia oferecida, atendendo, inclusive, ao princípio de que a execução deve ser promovida da forma menos gravosa para o executado (art. 620 do CPC)*”⁵⁴.

Com efeito, o intérprete não pode perder de vista, qualquer que seja o sistema (laboral, civil ou fiscal), que o objetivo da execução é sempre concretizar o interesse do exequente, da maneira célere e eficaz, pelo modo menos gravoso para o devedor (art. 620 do CPC).

III. Resposta aos quesitos

Com base nessas premissas, as respostas aos quesitos formulados pela Consulente, J, são as seguintes:

1. A apólice de seguro-garantia judicial é meio idôneo para garantir processos judiciais, sobretudo o processo de execução?

Resposta:

Sim. Em razão da sua elevada liquidez, é medida que atende, de forma satisfatória, eventual necessidade de garantia ao juízo. Além disso, prestigia os princípios que norteiam a execução, quais sejam: a satisfação integral do credor e a garantia do menor sacrifício ao

53. TRT4. Mandado de Segurança nº 0004633-38.2011.5.04.0000. Relatora Des. TÂNIA MACIEL DE SOUZA, julgado em 19/08/2011.

54. TRT19. Agravo de Petição nº 01491.2008.010.19.00-5. Relator Des. Antônio Catão, DJ 03/08/2009.

devedor, não acarretando a imobilidade econômica de parte do patrimônio deste último e, desse modo, permitindo que continue a desenvolver suas atividades econômicas e sociais.

Não é demais reiterar que a possibilidade de contratação de resseguro, com a pulverização dos riscos e a ampliação do número de agentes garantidores do pagamento da cobertura, além da existência, na apólice, de cláusulas que prevejam a renovação sucessiva de vigência do seguro, bem como que o contrato continuará em vigor mesmo que o tomador não pague o prêmio nas datas convenionadas, é fator que resguarda os interesses do credor/beneficiário, reforçando a idoneidade da garantia.

2. O oferecimento do seguro-garantia judicial antes ou em substituição à penhora já efetivada, nos termos do art. 656, parágrafo 2º, do CPC, constitui direito subjetivo do devedor?

Resposta:

Sim. Preenchidos os requisitos, o oferecimento da apólice de seguro-garantia judicial não pode ser recusado pelo credor nem indeferido pelo juiz sob o singelo fundamento de que não teria a mesma liquidez que o dinheiro. Da mesma forma, de acordo com a dicção do art. 656, parágrafo 2º, o devedor poderá requerer a substituição da constrição já realizada sobre o seu patrimônio pelo seguro-garantia judicial.

3. A substituição do depósito em dinheiro pelo seguro-garantia judicial ofende a ordem de bens à penhora estabelecida no art. 655 do CPC?

Resposta:

Não. O fundamento utilizado para sustentar o posicionamento restritivo da substituição é o de que esta somente poderia ocorrer quando o bem, dado em lugar daquele penhorado, ocupasse posição preferencial na ordem do art. 655 do CPC. Esse argumento é visivelmente frágil, uma vez que a ordem do art. 655 do CPC não é de rigidez absoluta. Além disso, que sentido teria a norma do art. 656, § 2º, se o seguro somente pudesse substituir penhora de bem de posição inferior, se, no rol do art. 655 do CPC, o seguro é o último na gradação? Não haveria o que substituir!

Ademais, a disposição dos artigos pelo legislador não é aleatória. Há um sentido para que a regra da substituição tenha sido

prevista em **dispositivo próprio**, diferente daquele que prevê a ordem de preferência para a penhora. O sentido é o de que essa substituição pode se operar em relação a qualquer bem indicado no art. 655, inclusive o dinheiro. Isso não ofende o princípio que assegura a efetividade da execução, porque a liquidez do seguro-garantia judicial é notória e, ainda, a lei exige que a apólice do seguro, necessariamente, contemple valor 30% superior ao débito.

4. O seguro-garantia judicial é instrumento apto a suspender a exigibilidade do crédito tributário?

Resposta:

Entendemos que sim, visto que, a partir de interpretação sistemática do Código de Processo Civil, do Código Tributário Nacional e da Lei de Execução Fiscal, o seguro-garantia judicial é equiparado ao dinheiro.

Além disso, nada impede que o seguro-garantia judicial seja oferecido como caução, em reforço ao pedido de concessão de liminar que suspenda a exigibilidade do crédito tributário.

5. O seguro-garantia judicial poderá garantir o juízo da execução fiscal, ou trabalhista, mesmo não havendo previsão expressa na Lei nº 6.830/1980 nem na Consolidação das Leis do Trabalho?

Resposta:

Sim, uma vez que o CPC é fonte subsidiária tanto da Lei de Execução Fiscal quanto da legislação trabalhista.

IV. Conclusão

Embora a execução deva se desenvolver no interesse econômico do credor, a lei prevê também mecanismos de tutela do interesse do executado, visando evitar que sejam praticados atos que provoquem a excessiva oneração do seu patrimônio.

Entre esses mecanismos, inclui-se a regra do art. 656, § 2º, do CPC, que autoriza a substituição do bem penhorado (inclusive o dinheiro, pois o dispositivo legal não faz ressalva alguma) pelo seguro-garantia judicial. Em verdade, em atenção fundamentalmente ao princípio da economia processual, não é apenas a substituição da penhora, que o sistema jurídico autoriza seja realizado, mas também seu oferecimento de plano para fins de assegurar o juízo.

Trata-se de medida que, ao mesmo tempo que atende, pela sua liquidez, à satisfação do interesse do credor, evita que os bens do devedor fiquem indisponíveis, durante o período em que tramita o processo, viabilizando, dessa maneira, que continuem voltados à realização de atividade econômica.

É, em cada caso, submetido à apreciação do Judiciário, que se analisará a idoneidade da garantia oferecida, não sendo lícito nem ao credor, nem ao juiz criar obstáculos à aceitação do seguro sob o fundamento de que não teria a mesma liquidez do dinheiro. Se o credor pretende opor-se ao seguro, deverá fazê-lo fundamentadamente, apontando de forma objetiva as razões pelas quais reputa a garantia inidônea.

A situação regular da seguradora junto à SUSEP e a existência, na apólice, de cláusulas que assegurem renovações sucessivas e que o contrato continuará em vigor mesmo na falta de pagamento do prêmio são, entre outros, aspectos que evidenciam a idoneidade do seguro-garantia judicial. Também a possibilidade de resseguro, que, além de permitir que a apólice seja emitida em valor superior ao limite técnico da seguradora, agrega mais agentes responsáveis pelo pagamento da cobertura, é fator que preserva o interesse do credor.

Tudo isso nos leva a concluir no sentido de que a utilização do seguro-garantia judicial merece, cada vez mais, encontrar espaço e receptividade no Poder Judiciário.

É o nosso parecer, *s.m.j.*

Curitiba, 14 de julho de 2014.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER



4

CONFLITO DE COMPETÊNCIA DO STF – ÓRGÃO COMPETENTE – ANULAÇÃO DE TODOS OS ATOS?

PARECER

1. Síntese da consulta¹

Consulta-nos a **X** [*a que nos referiremos, a seguir, simplesmente como **Consulente***], por seu advogado, Sr. Marco Antonio Innocenti, sobre questões relativas ao processamento e julgamento de conflito de competência suscitado perante o STF pela **Y**.

Referido conflito foi instaurado, por iniciativa da **Y**, sob o fundamento, essencialmente, de que, perante a Justiça Estadual e a Justiça Federal Trabalhista, teriam sido processadas e julgadas **duas demandas idênticas**, em que proferidas **decisões contraditórias**.

Isso seria suficiente, segundo alegou a **Y**, para caracterização de conflito positivo de competência e, portanto, de hipótese em que dois órgãos jurisdicionais se afirmam competentes para o julgamento de uma mesma demanda.

O ilustre relator do Conflito de Competência 7706, Min. Dias Toffoli, **inicialmente** proferiu **decisão monocrática**, reconhecendo a ausência dos requisitos objetivos para caracterização do conflito de competência, e tal decisão monocrática foi, posteriormente,

1. Embora este parecer tenha sido elaborado à luz do CPC de 1973, os problemas tratados continuam atuais. Os artigos referidos no texto são do CPC de 1973 (arts. 102, 115 e 535) e correspondem aos arts. 54, 66 e 1.022, respectivamente.

confirmada pelo STF, no julgamento de agravo regimental interposto pela parte interessada.

No entanto, ao julgar **embargos de declaração** opostos pelo **ESTADO DE SÃO PAULO**, o colegiado **alterou** o posicionamento antes adotado, concedendo, ao recurso, os **efeitos infringentes**, para o fim de **conhecer** e **acolher** o conflito de competência, declarando a **Justiça Estadual [= Comum]** competente para julgamento da demanda.

Pretende, então, a Consulente, esclarecimentos: **a)** quanto à caracterização dos requisitos para instauração do conflito de competência positivo; **b)** quanto à competência para julgamento do pedido que é comum a ambas as demandas [*isto é, àquelas que tramitaram perante a Justiça Estadual e a Justiça do Trabalho*], não apenas à luz da decisão proferida nos REs [*afetados pelo STF para julgamento do tema em questão*] mas também das noções de proporcionalidade e de segurança jurídica; e **c)** quanto à configuração dos requisitos para atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos pelo **ESTADO DE SÃO PAULO**.

Esse é o contexto descrito em termos genéricos, em que nos foi formulada a presente consulta. No item 2, *infra*, relataremos, de forma mais minuciosa, os aspectos da tramitação das duas demandas [*perante a Justiça Estadual e a Justiça do Trabalho*] e do incidente [*= Conflito de Competência, perante o STF*] que são relevantes para resposta às questões que nos são apresentadas pela Consulente.

2. Síntese das questões discutidas

Do que nos foi relatado pela Consulente, pudemos constatar que os fatos ocorreram conforme exposto, sinteticamente, logo a seguir.

É, aqui, oportuno observar-se que a extensão deste item se deve à necessidade de não se omitir nenhum dado que possa ter alguma relevância para o deslinde da controvérsia.

a) Sobre o processo que pendente na Justiça Comum Estadual

Em 15.12.2003, a **Consulente** ajuizou ação civil pública contra a **Y**,² a **Y1**³ e o **ESTADO DE SÃO PAULO**. Agiu para defender os inte-

2. Entidade fechada de previdência privada, que também foi indicada como ré na ação civil pública em questão.

3. Sucetida pela **T**, igualmente incluída no polo passivo da demanda.

resses de seus associados [*aposentados e pensionistas da antiga YI do ESTADO DE SÃO PAULO*], ameaçados pela iniciativa do **ESTADO DE SÃO PAULO** de tomar para si a gestão de plano previdenciário de que são beneficiários esses associados, antes a cargo da **Y** [*também incluída no polo passivo da demanda*].

Manifestou a **Consulente**, naquela ação, o receio de que, assumindo, de forma ilegal, a gestão de tal plano, o Estado poderia promover alterações indevidas, inclusive no valor dos benefícios pagos, afastando não apenas as normas e os regulamentos que disciplinam o tema há vários anos [*e, portanto, geraram, para seus associados, direito adquirido*] mas também direitos assegurados, na legislação em vigor, para proteção dos idosos.⁴

4. Alegou, outrossim, na petição inicial, que: **a)** defende os interesses de milhares de aposentados que trabalharam nas empresas de energia elétrica do **ESTADO DE SÃO PAULO**, e, desse universo, aproximadamente 6.500 foram admitidos até 13.05.1974 nos quadros da **YI** ou de empresas por ela incorporadas e a ação civil pública teria o objetivo de defender, especificamente, esse segmento; **b)** esses aposentados teriam direito à complementação de aposentadoria e pensões, tendo se consolidado, desde o advento do Decreto Estadual nº 10.630/1977, a responsabilidade da **Y** pela administração e operacionalização do pagamento da complementação previdenciária; **c)** simultaneamente ao Decreto Estadual em questão, o **ESTADO DE SÃO PAULO** teria doado à **Y** ações cujos dividendos seriam utilizados para o custeio de parte da complementação previdenciária, e o restante do valor pago a esse título seria objeto de contribuição dos próprios empregados-beneficiários e pela provedora **YI** [posteriormente sucedida pela **T**]; **d)** a partir de então, os aposentados e pensionistas passaram a manter, com a **Y** e com a **YI**, uma relação contratual individual [contrato de adesão], que lhes vinculava àquele plano previdenciário, regulamentado pelas disposições do chamado Plano Previdenciário **YI** 4819; **e)** por decisão política, em vez de distribuir os dividendos de tais ações, o Estado optou por repassar a contribuição que lhe cabia para custeio do plano previdenciário de tais funcionários, diretamente à **T**, que, por sua vez, repassava o valor para a **Y**, a fim de que esta pudesse pagar a complementação aos aposentados; **f)** no final de 2003, o **ESTADO DE SÃO PAULO** resolveu avocar para si a responsabilidade pela operacionalização do pagamento da complementação de aposentadoria e pensões, anunciando que faria alterações unilaterais no vínculo de natureza previdenciária e contratual, entre as quais a união dos aposentados e pensionistas à **Y** e à **T**, em desrespeito às regras do Plano Previdenciário **YI** (...) e à legislação pertinente [art. 3.º, §§ 4.º e 5.º, da Lei Estadual n.º 9.361, de 5 de julho de 1996; e art. 1.º da Lei Estadual n.º 4.819, de 26 de agosto de 1958]; **g)** essa forma de proceder colocaria em risco os direitos adquiridos dos associados, inclusive de cunho assistencial [Plano especial de saúde,

Valendo-se desse raciocínio, o pedido formulado pela Consu-
lente foi no sentido de que continuasse sob a responsabilidade da
Y o processamento da folha de pagamento dos beneficiários das
complementações de aposentadoria e pensão, inclusive que fossem
declarados ineficazes todos os atos do **ESTADO DE SÃO PAULO**
praticados com o objetivo de tomar para si tal responsabilidade, de-
terminando-se, ainda, a essa pessoa jurídica de direito público que
se abstivesse de novas investidas nesse sentido.

Também pediu a Consulente que fossem mantidas todas as
condições então vigentes do plano de previdência complementar
dos aposentados e pensionistas da **YI** admitidos até 13 de maio de
1974, isto é, que fosse mantida a base de cálculo então utilizada para
cálculo do valor da complementação, a paridade com os empregados
da ativa, a inexistência de teto salarial, a realização de paga-
mentos quinzenais, os descontos em folha, entre outros benefícios
concedidos pelo Plano Previdenciário **YI** (...).

A antecipação dos efeitos da tutela foi indeferida pelo juízo de
1º grau, tendo havido interposição de recurso, pela **Consulente**, que
foi improvido.

Apresentadas contestações pelos litisconsortes passivos, o juízo
de 1º grau, entendendo ser o caso de julgamento antecipado do pedi-
do, proferiu sentença, em que afastou as preliminares suscitadas pelos
réus e, no mérito, rejeitou⁵ os pedidos formulados pela **Consulente**.

seguros de vida e planos de pecúlio, entre outros benefícios concedidos
pela **Y**]; **h**) a perspectiva de ofensa a tais direitos [garantidos também
pelo Estatuto do Idoso] também decorreria de medida anunciada pe-
la Procuradoria-Geral do Estado – a revisão dos benefícios concedidos
pela Secretaria da Fazenda, com o objetivo de ajustá-los aos critérios
por aquela fixados; **i**) os aposentados e pensionistas representados pela
Consulente nunca foram funcionários públicos, pois os vínculos com a
antiga **YI** teriam raízes na Consolidação das Leis do Trabalho, sendo as-
sim a aposentadoria e respectiva complementação guardariam relação
com os salários que recebiam das empresas, não se sujeitando a reajus-
tes ou modificações a critério da Procuradoria-Geral do Estado; e **j**) a
intervenção do **ESTADO DE SÃO PAULO**, nesse contexto, constituiria
ilegítima interferência nas relações contratuais vigentes entre os ex-fun-
cionários e as empresas de energia, além de ir de encontro ao que prevê
o art. 2.º da Lei Complementar n.º 109/2001, visto que o Estado não seria
entidade de previdência complementar.

5. Por entender que: **a**) a complementação de aposentadoria e pensões,
disciplinada pela Lei 4.819/58, embora beneficie ex-empregados da **YI**

Contra essa decisão, a **Consulente** interpôs recurso de apelação, tendo apresentado, em seguida, manifestação, na qual ressaltou

[que não são funcionários públicos], é ônus financeiro exclusivo do Estado, nos termos do art. 1.º da Lei 1.386/51 e dos arts. 1.º e 3.º da Lei 4.859/58; **b**) o benefício foi instituído com o objetivo de equiparar aos funcionários públicos, para fins de aposentadoria e pensão, os empregados de autarquias, sociedades anônimas em que o Estado fosse detentor da maioria das ações e de empresas que prestassem serviços industriais de propriedade e administração estadual; **c**) referido benefício teria natureza estatutária e não guardaria nenhuma relação com eventuais direitos trabalhistas e assistenciais concedidos em razão do vínculo empregatício; **d**) o Estado não estaria a imiscuir-se no benefício previdenciário, mas, sim, na complementação que tem natureza estatutária, daí por que seria inadequada a incidência das normas existentes em instrumentos normativos que disciplinam a previdência complementar; **e**) a fonte de custeio sempre teria sido, pelas normas vigentes, o erário estadual; **f**) a contribuição efetuada pelos associados não se destinaria a custear a complementação decorrente da Lei 4.819/58, mas, sim, outros benefícios ou vantagens, como pecúlio, assistência médica, seguro de vida, entre outros; **g**) embora a **Y** administrasse e operacionalizasse a folha de pagamento, jamais poderia o Estado exonerar-se de sua responsabilidade pelos pagamentos das complementações, assim como não poderia, por se tratar de dinheiro proveniente dos cofres públicos, exonerar-se do dever de fiscalizar e controlar a aplicação dos recursos; **h**) a **Y** teria sido criada para administrar planos de previdência complementar, tendo atuado como mera prestadora de serviços para o Estado, operacionalizando a folha de pagamento dos associados da Consulente; **i**) este serviço estaria a gerar, sem motivo razoável, maior ônus financeiro ao Estado, pois, além do repasse pertinente às complementações, seria obrigado a pagar pela prestação do serviço e pela incidência de tributos quando da transferência do numerário; **j**) não haveria como negar que o processamento da folha de pagamento diretamente na Secretaria da Fazenda permite o controle mais rápido e eficiente dos pagamentos, além de impedir a ocorrência de gastos desnecessários, não havendo nisso ilegalidade ou abusividade; **k**) se, eventualmente, a Procuradoria-Geral do Estado viesse a praticar ato que afetasse algum direito dos aposentados e pensionistas, ele poderia ser impugnado – inclusive judicialmente – em razão das normas que o motivaram; **l**) em referência, especificamente, à antecipação salarial, todos os pagamentos de vencimentos e proventos pagos pelo Estado são efetuados no quinto dia útil do mês de competência subsequente, e, se a **Y** fazia o pagamento em data antecipada, sem previsão legal, não se poderia obrigar o Estado a proceder do mesmo modo; e, **m**) como a complementação é paga com verba do Estado, é lícito que este adeque os valores ao teto salarial, o que não se deveria é, via ação civil pública, dar comando jurisdicional genérico, impedindo a aplicação do teto irrestritamente.

a existência de jurisprudência dominante do próprio Tribunal e dos Tribunais Superiores, no sentido de que a competência para julgamento dos pedidos ali formulados seria da Justiça do Trabalho. E, com base nisso, pediu que fosse reconhecida a incompetência absoluta da Justiça Estadual, com a consequente remessa dos autos para a Justiça do Trabalho.

Em maio de 2006, o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu decisão colegiada,⁶ anulando a sentença de improcedência proferida pelo juízo de 1º grau e determinando a remessa dos autos daquela ação para a Justiça do Trabalho.

Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pelos litisconsortes passivos, após o que todos eles interpuseram recurso especial e recurso extraordinário.

A **T**, em ambos os recursos de estrito direito, sustentou que, para analisar a questão da incompetência absoluta, suscitada pela **Consulente**, o Tribunal Estadual não teria observado o contraditório e a ampla defesa, *visto que não oportunizou manifestação prévia dos réus quanto a essa questão*. Também alegou a ilegalidade e a inconstitucionalidade do acórdão impugnado, porque, ao proferi-lo, o Tribunal Estadual teria desrespeitado a competência do STJ,⁷ para

6. Sob a premissa, essencialmente, de que, na situação analisada, estava em discussão o processamento e pagamento de benefício de complementação de aposentadoria, resultante de relação de emprego mantida com os associados representados pela Consulente, diante da qual seria cabível a interpretação da regra do art. 643 da CLT, feita por VALENTIM CARRION, para quem o “empregado aposentado continua vinculado a seu empregador quanto às obrigações previstas no contrato para vigorarem após a jubilação; é o caso da complementação da aposentadoria”.

7. Essencialmente, alegaram os litisconsortes passivos da ação civil pública que, tendo sido proferidas, pelo relator do referido conflito de competência (Min. Helio Quaglia), decisões monocráticas desfavoráveis à pretensão da **Consulente**, de reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho, não poderia o Tribunal de Justiça de São Paulo vir a apreciar essa questão processual, sobretudo para chegar à conclusão diversa, isto é, de que, de fato, a Justiça Comum não seria competente para apreciação do pedido formulado naquela ação civil pública, em que já proferida sentença de improcedência, impugnada em recurso de apelação. Vale dizer: para os litisconsortes passivos, as decisões proferidas pelo STJ, naquele conflito, vincular-se-iam, de algum modo, ao Tribunal de Justiça de São Paulo, e o suposto desrespeito a essa vinculação

apreciação de conflito de competência instaurado por iniciativa da **Consulente**, com o objetivo de que fosse reconhecida a competência da Justiça do Trabalho, na situação concreta ora analisada.⁸

A **Y**, tanto no recurso extraordinário quanto no recurso especial, afirmou que o Tribunal *a quo*, para decidir a questão da competência, admitiu tentativa, por parte da **Consulente**, de alteração do pedido e da causa de pedir, diante da qual deveria ter oportunizado a manifestação dos litisconsortes passivos [*entre os quais ela própria*]. E também sustentou a necessidade de vinculação do Tribunal *a quo* às decisões monocráticas proferidas, pelo STJ, no *Conflito de Competência 54.396/SP*.

O **ESTADO DE SÃO PAULO** igualmente se valeu dos mesmos argumentos, para impugnar o acórdão em que reconhecida a competência da Justiça do Trabalho, ressaltando, contudo, que a questão principal debatida no processo – complementação de pensões e/ou aposentadorias – implica qualificação da matéria suscitada na demanda como previdenciária e estatutária, o que afastaria a competência da Justiça do Trabalho e atrairia a da Justiça Comum.

Apenas o recurso especial interposto pelo **ESTADO DE SÃO PAULO** foi provido, por maioria,⁹ sob o fundamento, essencialmente, de que, na situação em análise, não estava em discussão direito resultante de relação de trabalho, mas, sim, relativo à complementação de aposentadoria e/ou pensão¹⁰ devidas por força de previsão legal [*Lei nº 4.819/58*]. Sendo assim, a competência para julgamento do pedido relativo ao gerenciamento e ao pagamento de tais benefícios seria da Justiça Comum Estadual.

Contra a decisão colegiada proferida pelo STJ, no julgamento do recurso especial interposto pelo **ESTADO DE SÃO PAULO**, a **Consulente** opôs embargos de declaração, não acolhidos pela 6.^a Turma.

autorizaria a interposição tanto de recurso especial quanto de recurso extraordinário.

8. Isto é, para apreciação do pedido de que a complementação previdenciária devida aos seus associados continuasse sendo feita pela **Y**, sem ingerência do **ESTADO DE SÃO PAULO**, inclusive quanto aos critérios para cálculo do valor devido a cada aposentado/pensionista.
9. Em acórdão publicado em 06.10.2008.
10. A aposentados e pensionistas da **YI**, representados, no processo, pela **Consulente**.

Em seguida, interpôs *embargos de divergência*,¹¹ que foram inadmitidos [*primeiro por decisão monocrática, depois por decisão colegiada*].

Em síntese, entendeu a 3.^a Seção que não estaria caracterizada a divergência, pela ausência de similitude fática entre as decisões confrontadas. É que, na situação em análise, o acórdão recorrido, “*a partir do exame da exordial e da sentença*”, teria concluído que a complementação de aposentadoria discutida no caso dos autos é devida por força de previsão legal, o que atrairia a competência da Justiça Comum Estadual. Já a decisão apontada como paradigma, para adotar orientação diversa [*isto é, de que a competência seria da Justiça do Trabalho*], teve por premissa que a complementação de aposentadoria era devida em virtude de disposição presente em contrato de trabalho.

A **Consulente** interpôs recurso extraordinário [*com fundamento na ofensa às normas dos arts. 102, inciso III, alínea “a”, 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, e 114 da Constituição Federal*], mas o recurso não foi admitido pelo STJ, disso resultando a interposição de agravo ao STF, que foi distribuído ao Min. Dias Toffoli e autuado sob o n.º 834.551.

Foi, pelo relator, proferida decisão monocrática em que confirmada a inadmissibilidade do recurso extraordinário, sob o fundamento de que o Plenário do STF, no julgamento do RE 586.453/SE,¹² concluiu ser competente a Justiça Comum para processar e julgar as causas envolvendo complementação de aposentadoria por entidades de previdência privada. No caso dos autos, como a decisão se

-
11. Em que, após tecer considerações quanto à inadmissibilidade do recurso especial, alegou que a competência para conhecer de causas que versem sobre complementação de aposentadoria é definida pela relação jurídica de direito material afirmada na demanda. E, na situação em apreço, o Tribunal de origem, com base no exame da prova dos autos, concluiu que o benefício de complementação de aposentadoria discutido entre as partes está previsto em norma integrante do contrato de trabalho dos empregados da Y, e não em norma estatutária contida na Lei 4.819/58, como foi decidido pela 6.^a Turma, no julgamento do recurso especial interposto pelo **ESTADO DE SÃO PAULO**. Com base nisso, concluiu que, na esteira de precedentes tanto do STF quanto do próprio STJ, competiria à Justiça do Trabalho conhecer de causa relativa à complementação de aposentadoria quando decorrente de contrato de trabalho.
 12. Em que o tema constitucional em questão teve sua repercussão geral reconhecida.

ateve à determinação da competência para o processamento do feito e ele tramitou originariamente perante a Justiça Comum, não seria aplicável a modulação dos efeitos da decisão proferida no RE 586.453/SE.

Contra a referida decisão, a **Consulente** interpôs agravo regimental, alegando, essencialmente, que o STJ, analisando a questão da competência, teria usurpado o papel que, de acordo com a Constituição Federal, caberia ao STF. Ao recurso foi, contudo, negado provimento.¹³

Rejeitados os embargos de declaração opostos, a Consulente interpôs embargos de divergência, afirmando que foi adotada, no caso, orientação diversa daquela que prevaleceu no julgamento do AI-AgR 145.589/RJ, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence. Ressaltou, no recurso, que, na situação em apreço, teria sido admitida a usurpação de competência do STF pelo STJ, pois, ao julgar o recurso especial, esta Corte Superior apreciou matéria constitucional, que foi objeto de recurso extraordinário paralelamente interposto pela parte interessada, contra a decisão colegiada proferida nas instâncias ordinárias.

Os embargos de divergência foram rejeitados liminarmente, em decisão monocrática contra a qual se insurgiu a **Consulente**, por meio de agravo regimental, que já foi julgado, embora não tenha havido, ainda, publicação do acórdão respectivo.

b) Sobre o processo que pende na Justiça do Trabalho

Em 06.06.2005, a **Consulente** ajuizou reclamação trabalhista [com pedido de tutela antecipada] contra a **Y1** da **T** e da **Y**. Tal ação foi distribuída por dependência, decorrentes de ação individual, em trâmite perante determinada Vara do Trabalho de São Paulo, tendo em vista a conexão entre ambas as demandas.

13. Consta, na fundamentação da r. decisão proferida, nessa oportunidade, que: **a)** o acórdão proferido pelo STJ não adotou posicionamento divergente da orientação consolidada no Plenário do STF, que, no exame do RE 586.453/SE, concluiu que compete à Justiça Comum o julgamento de feitos nos quais se discute complementação de aposentadoria em face de entidades de previdência privada; e **b)** não se pode falar que o STJ teria usurpado a competência do STF para analisar a questão, pois o exame da matéria relativa à definição do órgão competente para processamento e julgamento das demandas pode ser feito por outros órgãos jurisdicionais, além do próprio STF.

A **Consulente** pediu que as Rés/Reclamadas fossem condenadas ao cumprimento de obrigações [*resultantes de contrato de trabalho*] consistentes em: **a)** pagar as complementações de aposentadoria e/ou pensão devidas a seus associados, de acordo com as condições que foram incorporadas a cada um dos contratos de trabalho firmados [*em especial aquelas existentes no Regulamento Interno - “Plano Previdenciário Y1 (...)”*]; **b)** abster-se de reduzir ou suprimir benefício, seja pela aplicação do teto constitucional decorrente da Emenda Constitucional 41/03, seja em decorrência da contribuição previdenciária recentemente criada pela Lei Complementar 954/03 [*na alíquota de 11%*], seja pela incidência de qualquer outra regra aplicável somente ao funcionalismo público; e **c)** efetuar os descontos referentes aos benefícios concedidos e incorporados em cada um dos contratos de trabalho, como mensalidade da **Consulente**, PES A, PES D, “Y1” invest, seguro de vidas e acidentes pessoais, pecúlio adicional I, entre outros, a fim de garantir aos associados a manutenção das condições já incorporadas ao seu contrato de trabalho, sob pena de multa diária, a ser fixada pelo juízo.

Além disso, pediu a condenação das Rés/Reclamadas ao pagamento de diferenças resultantes do descumprimento das obrigações trabalhistas supramencionadas, em relação a parcelas vencidas até o ajuizamento da demanda e de parcelas que viessem a vencer no curso de sua tramitação.

Por fim, também pediu a aplicação da tabela progressiva para o cálculo do imposto de renda a ser descontado do crédito dos associados [*em decorrência das diferenças pleiteadas*].

A causa de pedir da demanda trabalhista ajuizada pela **Consulente** pode ser assim sintetizada: **(i)** os associados ingressaram no quadro de empregados da **Y1** sob a vigência da Lei n.º 4.819/58, revogada pela Lei 200/2004; **(ii)** após a concessão da aposentadoria/pensão pelo INSS a cada um dos associados [*ou de seus dependentes*], houve rescisão dos contratos de trabalho e eles passaram a receber, diretamente das Rés/Reclamadas, o benefício da complementação de aposentaria e/ou pensão, previsto no Regulamento Interno - “Plano Previdenciário **Y1** - (...)”; **(iii)** o recebimento dos benefícios em questão [= *complementação previdenciária e/ou pensão*] é direito resultante do contrato de trabalho firmado por cada um dos associados, e o cumprimento da obrigação respectiva, pelas Rés/Reclamadas, somente poderia ser exigido após a cessação da efetiva prestação de serviços pelo empregado; **(iv)** tratando-se

de obrigações resultantes da existência de relação jurídico-trabalhista, os associados têm a possibilidade de exigir o cumprimento, nos exatos termos em que pactuadas, do próprio empregador, que não pode modificar unilateralmente o contrato individual de trabalho [CLT, art. 468], exceto para criar [em relação à complementação de proventos/pensão] situação mais favorável para o empregado e seus dependentes (Enunciados nº 288, 51 e 97 do C. TST); (v) apesar disso, os associados foram surpreendidos com uma correspondência, informando-lhes que, a partir de janeiro de 2004, estariam desvinculados das Rés/Reclamadas, passando a submeterem-se às regras aplicáveis ao funcionalismo público pela Secretaria da Fazenda do **ESTADO DE SÃO PAULO**, que assumiria o pagamento da complementação das aposentadorias e pensões dos inativos da **YI**; (vi) tendo em vista a existência de vínculo de emprego entre os associados e a **YI**, os benefícios da complementação da aposentadoria e/ou pensão se regem exclusivamente pela legislação trabalhista, e a alteração noticiada, na correspondência mencionada, deve ser interpretada como fraude para impedir a aplicação dos preceitos contidos na CLT, sendo nula, portanto, de pleno direito (CLT, art. 468 c/c art. 9.º); (vii) somente reforça essa conclusão a constatação de que, por meio da alteração do gerenciamento e pagamento da complementação previdenciária/pensão, as Rés/Reclamadas tinham o objetivo de reduzir/restringir direitos dos associados, mediante incidência das regras que regem a situação do funcionalismo público; e, (viii) além disso, Regulamento Interno [Plano Previdenciário Y1 – (...)], incorporado ao contrato individual de trabalho dos associados [Enunciados 51 e 97 do TST], garante-lhes o direito ao pagamento da complementação de aposentadoria e pensão diretamente pela **Y**, de acordo com as condições até então observadas.

Por fim, ressaltou a **Consulente** que a Secretaria da Fazenda, após ter anunciado que descontaria, dos benefícios concedidos aos seus associados, contribuição previdenciária na base de 11% sobre o valor do benefício, chegou a efetuar efetivamente desconto em abril de 2004, o que implicou desrespeito ao direito adquirido de tais associados.

Foi deferida a antecipação de tutela, tendo sido integrado à lide o **ESTADO DE SÃO PAULO**.

Pelo juízo de 1º grau, foi proferida sentença, em 27.04.2006, na qual foram afastadas as preliminares arguidas [incompetência

absoluta, litispendência e carência de ação] e parcialmente acolhidos os pedidos formulados pela **Consulente**, para o fim de:

- determinar o cumprimento, pelas Rés/Reclamadas, da obrigação de manutenção do pagamento da complementação de aposentadoria, nos termos do Plano Previdenciário **YI** - (...);
- condenar as Rés/Reclamadas ao pagamento das diferenças postuladas [*isto é, entre o valor devido e aquele efetivamente pago*], em relação às parcelas vencidas até a data do efetivo restabelecimento do pagamento integral; e
- fixar multa diária no valor de R\$ 10.000,00, em favor dos Reclamantes.

Na r. sentença de procedência parcial do pedido, o juízo de 1º grau adotou os seguintes fundamentos: **a)** é fato incontroverso que os Autores/Reclamantes foram empregados da **YI** durante vários anos, tendo passado a receber a complementação de aposentadoria a partir do desligamento, de acordo com o estabelecido no plano da **YI**; **b)** o protocolo de cisão parcial da **YI** estabeleceu que os eventuais direitos e obrigações de sua titularidade, objeto ou não de ações judiciais, relacionados aos empregados inativos vinculados à Lei n.º 4.819/58, seriam transferidos para a **T**; **c)** essa norma não se sobrepõe à regra do art. 448 da CLT, isto é, se a lei afirma que a mudança na propriedade ou na estrutura da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados, não pode esse fato ser oposto ao direito do empregado de exigir de todos os empregadores envolvidos na mudança a satisfação dos direitos adquiridos na constância do contrato de trabalho; **d)** a responsabilidade da **Y** decorre de sua função de administradora do plano de complementação de aposentadoria e pensão instituído pela **YI**; **e)** há vínculo de solidariedade entre as Rés/Reclamadas, inclusive o **ESTADO DE SÃO PAULO**; **f)** os documentos dos autos demonstram que, desde o desligamento da **YI**, os Autores/Reclamantes vinham recebendo complementação de aposentadoria nos moldes das disposições regulamentadas pela empregadora, e o direito emergiu do contrato de trabalho e se submete à regra legal da inalterabilidade das condições contratuais [*arts. 9.º e 468, da CLT e Súmulas 97 e 288 do TST*]; **g)** a alteração do modo de pagamento e a revisão do valor do benefício ferem direito fundamental dos Autores/Reclamantes [*art. 5.º, XXXVI, da CF*]; e **h)** os empregados, após receberem o benefício por longos anos, encontram-se em situação de extrema gravidade,

prestes a sofrer corte em seus rendimentos, por conta de controvérsia envolvendo terceiros, o que não pode ser admitido.

As Rés/Reclamadas interpuseram, contra a sentença de procedência parcial do pedido, recurso ordinário. Todas elas [com exceção da Y] sustentaram a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, para julgamento da demanda, além de reiterar outras defesas processuais suscitadas na contestação. Igualmente afirmaram, quanto ao mérito, ser inviável o pagamento dos benefícios *[complementação previdenciária e pensões]*, na forma pretendida.

A **Consulente** também interpôs recurso, em que alegou ter sido omissa a sentença quanto à apreciação do pedido de que os efeitos do julgamento se estendessem aos futuros pensionistas e dependentes dos substituídos. Afirmou que a decisão deve ser estendida a todos os filiados da X até a data do trânsito em julgado; afinal, essa é a razão de ser da ação coletiva.

Aos recursos, foi negado provimento pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, mantendo-se, portanto, a sentença recorrida, seja no que diz respeito à apreciação das preliminares, seja no que concerne à apreciação *[e acolhimento]* dos pedidos.

Especificamente no que concerne à alegação de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, para processamento e julgamento da demanda, ressaltou-se, no v. Acórdão proferido em tal julgamento, que, de acordo com o art. 114 da Constituição Federal, **cabe à Justiça do Trabalho apreciar os litígios decorrentes da relação de emprego**. E as complementações de aposentadoria discutidas na situação em apreço foram instituídas pelo empregador, em razão do **liame empregatício**, sendo título contratual por excelência, conclusão essa não alterada pela circunstância de a Fazenda Pública ter assumido a responsabilidade do pagamento das complementações de aposentadoria, pois isso não altera a natureza jurídica do benefício *[resultante de contrato de trabalho]*.

No julgamento de embargos de declaração, o TRT da 2.ª Região, reconheceu a ilegitimidade da YI e a excluiu do polo passivo da demanda. Os embargos opostos pelos demais litisconsortes foram rejeitados, com condenação de todos eles ao pagamento de multa de 1% sobre o valor dado à ação, nos termos do art. 538 do CPC.

Contra tal decisão, o **ESTADO DE SÃO PAULO** interpôs recurso de revista, no qual, entre outras questões, suscitou novamente a

incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para o julgamento da demanda [já que a matéria discutida nos autos seria de natureza “previdenciária, administrativa e tributária”, impedindo a incidência da norma do art. 114, inciso I, da Constituição Federal] e a litispendência [com relação à ação civil pública ajuizada perante a Justiça Comum Estadual].

A **T**, no recurso de revista interposto, sustentou, igualmente, a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho e a ocorrência de litispendência, tendo, inclusive, ressaltado, quanto ao mérito, que a condenação relativa às diferenças de complementação de aposentadoria deveria ter observado o teto remuneratório previsto na Constituição Federal [arts. 17 do ADCT e 9º da EC 41/03 e Decreto Estadual 48.407/04].

Já a Consulente, no recurso de revista que interpôs, alegou, em síntese, a necessidade de reforma do julgado no tocante à exclusão da **YI** do polo passivo, à imposição de multa pela oposição de embargos de declaração protelatórios e ao alcance subjetivo da condenação.

Por fim, também a **Y** interpôs recurso de revista, em que insistiu na preliminar de ilegitimidade [com base em documento novo anexado às razões recursais] e na alegação de incompetência da Justiça do Trabalho.

Aos recursos do **ESTADO DE SÃO PAULO** e da **T**, foi negado seguimento, ao passo que aqueles interpostos pela **Consulente** e pela **Y** foram admitidos e remetidos, para julgamento, ao Tribunal Superior do Trabalho.

O **ESTADO DE SÃO PAULO** interpôs agravo de instrumento contra a decisão que negou seguimento ao recurso de revista. Mas, a tal recurso, foi negado provimento pelo TST, mantendo-se, por conseguinte, a decisão de inadmissibilidade do recurso de revista. Disso resultou a interposição de recurso extraordinário, em que alegou o **ESTADO DE SÃO PAULO** que, além de ressaltar o desrespeito a decisões monocráticas proferidas pelo STJ, no Conflito de Competência 54.396, alegou ofensa às normas: **a)** do art. 114, incisos I e X, da Constituição Federal [em vista do reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para o julgamento da demanda trabalhista]; e **b)** do art. 37, inciso XI e § 9.º, da Constituição Federal [em decorrência de ter sido autorizado o pagamento de benefícios além do teto constitucional existente para os servidores públicos].

Ao recurso extraordinário interposto pelo **ESTADO DE SÃO PAULO**, foi, contudo, negado seguimento pelo TST, que levou em consideração, especialmente, a modulação de efeitos que houve, no julgamento do RE 586.453, para o fim de admitir a competência da Justiça do Trabalho em todas as ações que versassem sobre complementação de aposentadoria e de pensão paga por entidade privada, **desde que proferida, em tais ações, decisão de mérito até 20.02.2013.**

Contra a decisão de inadmissibilidade do recurso extraordinário, o **ESTADO DE SÃO PAULO** interpôs embargos de declaração *[sob o fundamento de que o presente caso trata de hipótese diversa daquela em que houve modulação dos efeitos, na forma mencionada]*, que foram, todavia, autuados como agravo interno, pois este seria o único instrumento disponível para corrigir suposto equívoco na aplicação do precedente de repercussão geral. Alterada a classe processual, os autos foram conclusos à Vice-Presidência do TST, em 26.03.2014 *[data da última movimentação]*, não tendo havido novidades na tramitação desde então.

A **T** também interpôs agravo de instrumento para o TST, que negou, ao recurso, provimento. Contra tal decisão, insurgiu-se por meio de recurso extraordinário, em que alegou ofensa a normas da Constituição Federal, pelo reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho. O TST inadmitiu esse recurso de estrito direito, sob os mesmíssimos fundamentos adotados para negar seguimento ao recurso extraordinário interposto pelo **ESTADO DE SÃO PAULO**.

Contra a decisão de inadmissibilidade, a **T** interpôs agravo em recurso extraordinário, que foi, contudo, recebido e processado, pelo TST, como agravo interno, sob o fundamento de que este seria o único instrumento disponível para corrigir suposto equívoco na aplicação do precedente de repercussão geral. Até o momento, não houve julgamento do recurso em questão.

O recurso de revista da **Consulente** foi conhecido e provido pelo TST, unicamente para o fim de reconhecer a legitimidade passiva da **YI** reformando-se, portanto, o v. Acórdão proferido pelo TRT da 2ª Região, quanto ao ponto. Contra tal decisão, entretanto, foram opostos embargos de divergência pela **YI**, admitidos pelo TST, mas ainda não julgados definitivamente.

Por fim, o recurso de revista interposto pela **Y** foi inadmitido pelo TST. Especificamente no que concerne à questão da competência,

ressaltou-se que o acórdão recorrido estava em **consonância com a jurisprudência majoritária dessa Eg. Corte**, para a qual é **competente a Justiça do Trabalho**, quando a complementação da aposentadoria origina-se do contrato de trabalho. Houve suspensão da tramitação desse segmento recursal, em decorrência da liminar concedida no Conflito de Competência 7706, suscitado perante o STF pela **Y**.

c) *Tramitação* do processo [= conflito de competência] perante o STF

Em 19.10.2010, a **Y** suscitou, perante o STF, a existência de conflito de competência positivo [*com pedido de liminar*] entre o STJ [*a partir do que decidiu essa Eg. Corte no EREsp 961.407/SP*] e o TST [*com base no que decidiu essa Eg. Corte no RR 1145/2005-049-02-00-6*].

Para demonstrar a existência do conflito, alegou, em síntese, que a Consulente teria ajuizado, quase simultaneamente, duas demandas idênticas [*isto é, com as mesmas partes, mesmo pedido e a mesma causa de pedir*], perante a Justiça Comum e a Justiça do Trabalho, tendo sido proferidas, nas demandas, pelos Tribunais Superiores mencionados, decisões conflitantes.

O incidente processual foi distribuído inicialmente à Min. Ellen Gracie, que proferiu decisão, determinando o encaminhamento dos autos à Presidência, para análise de eventual prevenção em relação ao Min. Dias Toffoli [*que já havia atuado na Reclamação 10.677*].

Ato contínuo, houve redistribuição do incidente para o Min. Dias Toffoli, que, em decisão publicada em 10.11.2010, deferiu a liminar pleiteada pela **Y**, determinando a suspensão da tramitação de ambos os processos enquanto se processasse o conflito de competência e designando o TST para a apreciação, em caráter provisório, de eventuais medidas urgentes, relacionadas ao litígio de que decorre o conflito. Contra essa decisão a **Consulente** interpôs agravo regimental.

Prestadas informações tanto pelo TST quanto pelo STJ, foi apresentado parecer, pela Procuradoria-Geral da República, opinando pelo não conhecimento do conflito. Também houve várias manifestações das pessoas jurídicas envolvidas em ambos os processos.

Em 11.09.2012, foi publicada decisão monocrática proferida pelo ilustre relator, que: **a)** não conheceu o conflito de competência; **b)** cassou a liminar antes concedida; e **c)** julgou prejudicado o

agravo regimental interposto pela ora Consulente. Em síntese, ponderou o Min. Dias Toffoli que não se caracterizou conflito positivo, nos termos do art. 115, inciso II, do CPC, pois não houve expressa declaração de reconhecimento da competência para julgar, **dentro de um mesmo processo**, por dois juízos diversos. Na verdade, ressaltou-se, está-se diante de duas demandas propostas por diferentes pessoas, contra os mesmos réus, e cada qual teve tramitação regular, perante os órgãos jurisdicionais que as processaram e julgaram. Por isso, para discussão da competência, caberia às partes, em tais demandas, adotar as medidas judiciais cabíveis para discussão da questão relativa à competência absoluta.

Em face dessa decisão, a Y e o **ESTADO DE SÃO PAULO** interpueram agravos regimentais, aos quais foi negado provimento, em acórdão publicado em 16.12.2013. Na fundamentação dessa r. decisão, ressaltou-se que: **(i)** os agravantes, réus na demanda que tramita perante a Justiça Federal do Trabalho, alegaram em suas defesas a ocorrência de litispendência, em razão da preexistência de ação civil pública perante a Justiça Comum Estadual, no entanto essa alegação foi repelida pelo juízo de 1º grau, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região e pelo Tribunal Superior do Trabalho; **(ii)** é inadmissível a utilização do conflito de competência como sucedâneo recursal; **(iii)** tampouco é possível – reitere-se – a utilização de ações originárias, ajuizadas diretamente no Supremo Tribunal Federal, com o intuito de abreviar o regular trâmite desses processos, sendo indisfarçável o uso dessas ações como sucedâneos recursais.

Irresignado, o **ESTADO DE SÃO PAULO** opôs embargos de declaração, tendo alegado, nesse recurso, que as decisões utilizadas como paradigmas, no julgamento do agravo regimental, além de não refletirem o posicionamento atual do STF, não teriam pertinência com a hipótese *sub examinen*. Também enfatizou que o acolhimento do conflito de competência se justifica pelo risco de que prevaleçam decisões conflitantes e inexequíveis em ambos os processos [= *cível e trabalhista*].

Foi com base nessas razões [*que não trazem argumentos novos, em relação ao que havia sido alegado na própria petição inicial do incidente e nos agravos regimentais contra a decisão monocrática em que inadmitido o conflito*] que o **ESTADO DE SÃO PAULO** pediu a atribuição de **efeitos infringentes** aos embargos opostos. E, em julgamento realizado em 12.03.2015, foram acolhidos os embargos,

com o excepcional efeito infringente pretendido, para o fim de conhecer do conflito e assentar a competência da Justiça Comum Estadual para o processamento dos feitos.

O v. Acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração se apoiou nos seguintes fundamentos:

=> não há litispendência entre as duas demandas [*uma vez que não há identidade de partes e de pedido*], mas, sim, conexão, que recomendaria, em tese, a reunião das demandas para julgamento conjunto;

=> a adoção dos critérios para fixação da competência da Justiça Comum e da Justiça do Trabalho, fixados no julgamento do RE 586.453/SE, conduziria, no presente caso, à conclusão de que a Justiça Comum Estadual seria competente para apreciar a ação civil pública e a Justiça do Trabalho, para processar e julgar a demanda trabalhista [*em que já havia sido proferida sentença em 20.02.2013*];

=> o perigo de decisões conflitantes, em ambos os processos, justificaria certa maleabilidade quanto à exigência dos requisitos previstos no art. 115, III, do CPC, para o fim de admitir conflito de competência, mesmo que não configurados os requisitos tradicionalmente exigidos pela jurisprudência;

=> não seria possível, no caso dos autos, reunir as demandas para julgamento conjunto, pois elas já contam com decisão de mérito [*vedação da Súmula 253/STJ*] e também porque tramitaram perante órgãos de competências materiais distintas [*competência absoluta*];

=> os critérios para definição de competência fixados no julgamento do RE 586.453/SE podem ser adotados apenas para definição de competência para o processamento e o julgamento de uma única demanda, portanto não se prestam a dirimir problema de tramitação simultânea de duas demandas, perante juízos diversos;

=> a “dificuldade” supramencionada conduz à conclusão de que, na situação em análise, é **competente a Justiça Comum para o processo e julgamento das demandas, sobretudo** pelo fato de a **Consulente**, em tese, **ter agido com má-fé processual**, ao ajuizar, perante a Justiça do Trabalho, demanda conexa àquela (que ainda tramitava perante a Justiça Comum Estadual).

Com base nesses fundamentos, foram anulados os atos decisórios do processo trabalhista, sob o fundamento de que praticados por juízo incompetente para o julgamento da demanda.

3. Questões

Em razão dos fatos narrados no item precedente, são-nos apresentadas as seguintes questões:

1) Estavam configurados, na situação em apreço, os requisitos para instauração do conflito de competência suscitado pela Y?

2) Poderiam ter sido julgados com efeito infringente os embargos de declaração opostos pelo ESTADO DE SÃO PAULO contra a decisão colegiada que não conheceu do conflito de competência suscitado pela Y?

3) À luz das noções de proporcionalidade e de segurança jurídica, poderiam ter sido anulados os atos decisórios praticados na Justiça do Trabalho, na ação movida pela *Consulente*?

4) Quais alternativas poderiam ser cogitadas para resolução do problema e, portanto, para definir qual órgão é competente para apreciar as questões suscitadas pela *Consulente*?

A seguir, analisaremos as regras e os institutos jurídicos que, segundo nos parece, devem ser levados em consideração nessa situação concreta submetida a nossa apreciação, para as respostas, em momento subsequente, às questões jurídicas supramencionadas.

4. Fundamentos jurídicos para análise das questões propostas

a) *Conflito de competência: conceito e requisitos*

Do princípio do juiz natural, resulta, entre outras consequências, a definição prévia [*em relação a cada conflito intersubjetivo levado à apreciação do Poder Judiciário*] de um juízo competente para processar e julgar cada demanda. Vale dizer: o legislador constitucional [*já que referido princípio, embora não explícito, faz parte da cláusula do 'due process'*] optou pela escolha de um só juízo para cada demanda, valendo-se, para tanto, de vários critérios, como a matéria, as pessoas envolvidas no litígio, a função exercida pelo magistrado em outro processo, a complexidade das questões discutidas, o valor da causa etc.

Tão relevante, para o sistema, é o respeito a essa definição do limite para atuação de cada órgão do Poder Judiciário, que há, tanto na Constituição quanto na legislação infraconstitucional, normas para dirimir o conflito surgido em casos concretos, quando há posicionamentos antagônicos, quanto ao órgão competente para julgamento da demanda.

Vale dizer: como consequência do princípio do juiz natural, reconheceram-se, na legislação em vigor, as hipóteses em que pode ocorrer colisão entre diferentes pronunciamentos quanto à competência e os critérios a serem observados para resolução do conflito.

As espécies de conflito de competência estão tratadas no art. 115 do CPC, que prevê: *“Há conflito de competência: I – quando dois ou mais juízes se declaram competentes; II – quando dois ou mais juízes se consideram incompetentes; III – quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos”*.

Como bem explica ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *“o conflito de competência pode ocorrer em torno de um só processo ou em torno de processos conexos”*.¹⁴ Para JOSÉ FREDERICO MARQUES, há, nesta última hipótese, *“incidente concursal de competência”*.¹⁵

O inciso I do dispositivo supracitado trata do conflito positivo de competência, para o qual *“não há necessidade de que os juízes tenham proferido decisão expressa acerca de sua própria competência e examinado a do outro juiz. Basta a prática de atos em que, implicitamente, agiram ambos [os juízos] como se cada um fosse o competente”*.¹⁶ Um bom exemplo está na situação aventada por LUIZ FUX, ao reconhecer a possibilidade de instauração de conflito de competência positivo, independentemente de expressa declaração pelos juízos quanto à sua própria competência:¹⁷

“(...) se os juízos A e B consideram-se preventos para a ‘mesma causa’ e se recusam a extinguir o feito que corre em seu juízo, mercê de ocorrente, ‘in casu,’ a litispendência não o conflito, terá prioridade aquele que citou validamente em primeiro lugar (art. 219 do CPC). Admitindo ambos que a citação prioritária ocorreu em seu juízo e, por isso, considerando-se competentes, darão ensejo ao conflito de competência ‘sui generis.’ É que, nesse caso, antes dessa declaração conflitante de ambos, o que havia era um problema de litispendência, que se transformou em conflito positivo, pela manifestação dos juízos.”

14. **Jurisdição e competência**. 14.^a ed. Saraiva: São Paulo, 2005, p. 264.

15. **Manual de Direito Processual Civil**. 9.^a ed. São Paulo: Millennium Editora Ltda., 2003, p. 327.

16. NEVES, Celso. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14.^a ed, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 377.

17. **Curso de direito processual civil**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 139.

Já o conflito negativo de competência [que JOSÉ FREDERICO MARQUES, citando JORGE AMERICANO, qualifica como “renegociação da competência”¹⁸] supõe que um juízo se afirme incompetente para o julgamento da demanda e, assim tendo procedido, determine a remessa dos autos para outro juízo, que também se afirma incompetente, sob o fundamento de que a competência seria daquele juízo que lhe encaminhou os autos da demanda para julgamento. Ou seja: “se o juízo para quem foi endereçada a causa se der por incompetente e remetê-la para o que julga ser competente, não existirá, ainda, o conflito se este também se der por incompetente e remeter os autos a um terceiro juízo. O conflito negativo só se caracteriza quando um deles se der por incompetente e afirmar a competência de um dos juízos que se declara competente”.¹⁹

A última hipótese de instauração do conflito de competência é aquela do inciso III do art. 115.

Embora haja, em tal dispositivo, três situações de potencial conflito de competência, é comum a afirmação de que o dispositivo supracitado encerra apenas duas espécies de conflito: o positivo [quando dois ou mais juízos se afirmam competentes para o julgamento de uma mesma demanda] e o negativo [quando dois ou mais juízos se dizem incompetentes para o julgamento de uma mesma demanda]. A terceira hipótese [inciso III] se referiria, para essa corrente doutrinária, a uma dessas espécies²⁰ de conflito, isto é, a controvérsia quanto à reunião ou à separação de processos sempre configuraria ou um conflito negativo, ou um conflito positivo, não havendo que se falar, portanto, de um *tertium genus*.²¹

18. **Manual de direito processual civil**. 9.^a ed. São Paulo: Millennium, 2003. p. 328.

19. NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 13.^a ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 471.

20. Para LUIZ FUX, trata-se de uma “subespécie” de conflito, “decorrente da divergência entre juízos quanto àquele que vai suportar a reunião das ações para julgamento simultâneo, bem como aquele que deve receber as ações separadas e que estavam unidas” (**Curso de direito processual civil**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 140).

21. Nesse sentido: “No inciso III do art. 115, o Código vigente continua insistindo em um erro, no qual já incidia o antigo estatuto, ao estabelecer

Estamos de acordo com essa conclusão. Contudo, parece-nos que o inciso III do art. 115 encerra uma peculiaridade relevante: enfatiza a possibilidade de se estabelecer conflito de competência para julgamento de demandas que, embora não idênticas, poderiam ser reunidas para julgamento conjunto. Admite-se expressamente, por outras palavras, a possibilidade de que se instaure conflito de competência para o julgamento de demandas unidas por vínculo de **conexão** ou de **continência**, consideradas causas de modificação da competência.

É o que ocorrerá se um juízo, ciente da tramitação de demanda conexa perante outro órgão jurisdicional, determinar que lhe sejam remetidos os autos para julgamento conjunto e, contra essa ordem, se insurja o outro juízo, por entender, por exemplo, que se tornou prevento para o julgamento de ambas as demandas. Haverá, aqui, conflito positivo, que deverá ser julgado à luz das regras que regem as hipóteses de modificação de competência.

A primeira e mais elementar regra quanto ao tema é aquela do art. 102 do CPC, de que se extrai, com muita clareza, a impossibilidade de ser modificada [*por conexão, por continência ou por qualquer outra causa admitida em lei*] a competência absoluta.

À luz dessa regra, a toda evidência, não haverá que se cogitar de hipótese de reunião para julgamento conjunto [*e, portanto, de modificação da competência*] quando tramitarem, simultaneamente, perante juízos com competência absoluta diversa, duas demandas conexas ou entre as quais exista vínculo de continência. Portanto, tampouco será possível a instauração, nessa hipótese, de conflito de competência. A existência desse conflito, com fundamento no inciso III do art. 115, supõe a tramitação de demandas conexas ou ligadas por vínculo de continência, **perante juízos com a mesma**

que haverá conflito de competência quando, entre dois ou mais juízos, pender controvérsia acerca da reunião ou separação dos processos. Ai, na realidade, o que temos é redutível a um conflito positivo ou negativo, ou seja, redutível aos fenômenos que se encontram descritos no art. 115, I e II (...). De outra parte, a reunião de processos também se reduz, em última análise, a um conflito negativo de competência; e o inciso III, também sob este aspecto, é redundante” (ARRUDA ALVIM, J. M. **Manual de direito processual civil**. 15ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 402).

competência absoluta [*por exemplo, duas varas da Justiça Comum Estadual, pertencentes ou não ao mesmo foro*].²²

Naturalmente, não se aplica esse raciocínio às hipóteses em que duas demandas **idênticas** [= *tríplice identidade - partes, pedido e causa de pedir*] tramitam perante órgãos jurisdicionais com competência absoluta diversa. Se a parte ajuíza duas demandas idênticas, perante órgãos jurisdicionais com competência absoluta diversa e um desses órgãos nega a própria competência ou a afirma em detrimento do outro, que assume posicionamento antagônico, é perfeitamente possível suscitar conflito de competência positivo ou negativo, conforme o caso, perante o juízo competente de acordo com a Constituição.

Assim, para exemplificar, se a Justiça Federal se afirma competente para o julgamento de uma demanda, idêntica [*repita-se: mesmas partes, pedido e causa de pedir*] a outra que tramita na Justiça Estadual [*que também se afirma competente para o julgamento dessa segunda demanda*], é perfeitamente possível a instauração de conflito de competência. Se não fosse, por que a Constituição Federal conteria previsão quanto à competência para o julgamento do conflito instaurado nessa hipótese?

Se as demandas são idênticas e se há discussão sobre o órgão que deve julgá-las, tem-se situação equivalente a existir uma só demanda em curso e discussão acerca do juízo competente. Na verdade, a única diferença que existe entre essas duas situações é que, HAVENDO DUAS AÇÕES IDÊNTICAS EM CURSO, perante juízos diversos, com competência ABSOLUTA diferente, aquela que corre sob juízo incompetente deve ser extinta. Não é esse o caso cuja apreciação nos foi submetida.

22. Somente se as demandas conexas [*ou ligadas por continência*] tramitarem perante juízos com a mesma competência absoluta, será possível o atendimento de requisito específico colocado pela doutrina, para instauração dessa hipótese de conflito de competência: a expressa manifestação dos juízos envolvidos quanto à reunião das demandas. A tal exigência alude NELSON NERY JR., afirmando: “O conflito do CPC 115 III somente estará caracterizado depois de os juízos, expressamente, se pronunciarem sobre a reunião das ações conexas. Antes desse pronunciamento expresso, ainda não há conflito de competência” (**Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 13.^a ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 471).

A resposta evidencia que é incompatível com as normas que disciplinam a competência, no processo civil, a instauração de conflito de competência para julgamento de demandas não idênticas [*vale dizer, em relação às quais não se pode falar de litispendência, mas, tão somente, de conexão ou, ainda, continência*] que tramitam perante órgãos jurisdicionais com competência absoluta diversa. Entretanto, caso se trate de demandas idênticas, essa possibilidade existe.

Há outra restrição importante à instauração de conflito de competência com fundamento no inciso III do art. 115, quando uma das causas conexas [*ou vinculadas por continência*] já foi julgada. A *ratio*, aqui, é a mesma que impede a instauração do conflito, quando demandas conexas [*ou vinculadas por continência*] tramitam perante juízos com competência absoluta diversa: **se uma das demandas foi julgada, não é o caso de reunião para julgamento conjunto; portanto, não faz sentido discutir, por meio da instauração do conflito, perante qual órgão deverão as demandas ser reunidas, para essa finalidade.**

Essas são as premissas de que usualmente se parte para analisar a possibilidade de instauração do conflito de competência, em face das quais, ortodoxamente, na situação presente, não há hipótese de instauração de conflito de competência.

Com efeito, como o próprio STF reconheceu, em decisões [*monocrática e colegiada*] proferidas antes do julgamento dos embargos de declaração opostos pelo ESTADO DE SÃO PAULO, **não há identidade absoluta entre as demandas.** Diferem elas quanto à **composição do polo passivo** e aos **pedidos formulados**

E as instâncias ordinárias, tanto no processo trabalhista quanto no processo cível, concluíram: **o pedido formulado pela Consulente [*em ambas as ações*] teve, por fundamento, essencialmente, que o plano de complementação previdenciária [*de que são beneficiários os associados da Consulente*] é direito resultante dos contratos de trabalho e, portanto, eventual ameaça ou efetiva e concreta ofensa a tal direito atrai a proteção da Justiça Especializada do Trabalho.**

Ao julgar a apelação interposta pelo Consulente, o Tribunal de Justiça de São Paulo expressamente afirmou “*falece competência à Justiça Comum para conhecer e julgar a ação posta em juízo, na qual se pretende a alteração no processamento e pagamento de*

complementação de aposentadoria, prevista em contrato de trabalho, inserindo-se na Competência da Justiça do Trabalho". A idêntica conclusão chegou, quanto aos fatos, a Justiça do Trabalho, que ressaltou, no julgamento do recurso ordinário: "As complementações da aposentadoria foram instituídas pelo empregador, em razão do liame empregatício, sendo título contratual por excelência. A circunstância de a Fazenda Pública ter assumido a responsabilidade do pagamento das complementações de aposentadoria não transmuda a natureza jurídica da benesse complementar, originada da prestação de serviços". (grifos nossos)

Embora as instâncias ordinárias tenham reconhecido a existência de uma causa de pedir **comum** a ambos os processos [o que configura, nos termos do art. 103 do CPC, hipótese de conexão], disso também não resultaria, a partir de uma visão ortodoxa do tema, a conclusão de que poderia haver reunião para julgamento comum das demandas.

De fato, como já observamos, não haveria, como regra, que se cogitar de reunião, para julgamento conjunto, de duas demandas conexas, **quando a competência absoluta para julgá-las é atribuída a órgãos jurisdicionais pertencentes a "Justiças" diversas**. Tampouco seria possível que se cogitasse de tal reunião quando uma das demandas conexas já foi decidida em 1.º grau, como ocorreu, na situação em exame, no processo trabalhista. O próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Conflito de Competência 7.706, concluiu, num primeiro momento, ser inviável a reunião dessas demandas, em decisões que foram, posteriormente, reformadas.

À luz de tais aspectos, é forçoso reconhecer que o conflito de competência suscitado, perante essa Eg. Corte, **não poderia ter sido conhecido. E o perigo de decisões conflitantes, suscitado pelo ESTADO DE SÃO PAULO nos embargos de declaração que opôs, era só retórico**. Havia perspectiva concreta de que fosse reconhecida a competência da Justiça do Trabalho, no recurso extraordinário interposto pela Consulente [ainda não julgado definitivamente pelo STF], contra decisão colegiada proferida pelo STJ no processo cível. Tal conclusão nos parece muito razoável ao constatarmos que **as instâncias ordinárias, em ambos os processos, estabeleceram que a Consulente, na petição inicial, trouxe, como causa de pedir, a alegação de que os benefícios concedidos aos seus associados RESULTAM DO CONTRATO DE TRABALHO**.

Sabe-se que, no julgamento dos recursos extraordinários, as Cortes Superiores analisam apenas **questões jurídicas**. Precisamente por isso, não se admite que as partes, em tais recursos, suscitem questões que remetam à reapreciação de fatos e provas. Com imensa frequência, são proferidas decisões de inadmissibilidade de tais recursos, com efeito devolutivo limitadíssimo, sob o fundamento de que o recorrente pretende o reexame de fatos e provas.

Na situação dos autos, muito claramente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial interposto pelo ESTADO DE SÃO PAULO [*e demais litisconsortes*], no processo cível, desconsiderou essa orientação. No voto vencedor, proferido pela Min. Maria Thereza de Assis Moura, desconsiderou-se a premissa de fato que foi estabelecida nas instâncias ordinárias. Em sua fundamentação, constou: “*De acordo com o entendimento esposado pelos arestos mencionados, que, aliás, refletem a jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, compete à Justiça Comum Estadual o julgamento das ações relativas à complementação de aposentadoria paga por entidade de previdência privada, quando referida complementação não decorrer de contrato de trabalho*” (g.n.). No acórdão impugnado nesse recurso, proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, havia constado, repita-se, que a complementação em questão **resultava de contrato de trabalho**.

O ilustre relator, Min. Paulo Gallotti, no julgamento do recurso especial [*provido por maioria*], expressamente advertiu que, no voto vencedor, estava sendo proposta/adotada uma **nova versão dos fatos, não contemplada no acórdão recorrido**:

“É bem verdade que é pacífico na jurisprudência desta Corte que compete à Justiça Estadual apreciar e julgar as causas relativas à complementação de proventos de aposentadoria que não decorram de relação de emprego. Contudo, no caso, o Tribunal de origem entendeu que a demanda versa sobre obrigação derivada de contrato de trabalho, tanto que declinou de sua competência para a Justiça Especializada. Assim, para conhecer da divergência seria necessário desconstituir a premissa adotada pela Corte Estadual, qual seja, a de que controvérsia tem conteúdo trabalhista, o que, a meu ver, ‘data venia’, não é possível.” (g.n.)

Isso faz ver que, na situação analisada, o perigo de divergência entre decisões proferidas nos dois processos, com todo o respeito,

foi criado por decisão proferida, no recurso especial, sem observância dos requisitos específicos de admissibilidade desse recurso. Tivesse prevalecido o voto do relator, que, com muita sensibilidade, percebeu ter sido estabelecida premissa de fato, nas instâncias ordinárias, que não era compatível com a conclusão a que chegou o voto vencedor, certamente, não se estaria diante da situação delicada, pouco ortodoxa, *sui generis*, a que houve menção no julgamento, pelo STF, dos embargos de declaração.

Mas, para contornar essa situação, havia [*e, ainda há, como se evidenciará adiante*] solução mais simples e compatível com o sistema: o provimento do recurso extraordinário interposto pela *Consulente*. Vale dizer: com a correção do erro de julgamento cometido no voto vencedor, proferido pelo STJ no julgamento do recurso especial, poderia ter sido mais facilmente eliminado o perigo de decisões conflitantes. **Não seria necessário, para atingir esse resultado, conhecer de conflito de competência claramente inadmissível, à luz de peculiaridades do caso concreto e de normas da legislação processual em vigor.**

Por essa perspectiva, portanto, parece-nos razoável concluir que não havia, na excepcionalidade da situação [*criada, repita-se, por fato alheio à vontade das partes*], justificativa para se relevar a ausência dos requisitos para configuração de conflito de competência.

b) Atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração

Os embargos de declaração são recurso com função atípica, pois o objetivo do recorrente, ao interpor embargos, **não** é o de anular ou reformar a decisão recorrida [*resultados que são tipicamente esperados nos demais recursos, ordinários e extraordinários*], mas aperfeiçoá-la, mediante supressão de vícios [*de obscuridade, de omissão, de contradição ou de erro material*] existentes no relatório, na fundamentação ou na parte dispositiva.

Trata-se, a toda evidência, de recurso de fundamentação vinculada, de modo que somente são admissíveis, caso demonstrada, pelo recorrente, a ocorrência de um dos vícios alistados no art. 535 do CPC.

E, acolhidos os embargos, como regra, os vícios alegados são supridos. Vale dizer: “(...) *os embargos de declaração não têm a vocação de levar à alteração da decisão impugnada. Corrigidas contradições, esclarecidas obscuridades e feitas as necessárias com-*

*plementações, tem-se a decisão como deveria ter sido originariamente proferida”.*²³

Só **excepcionalmente** pode-se modificar substancialmente a decisão embargada. Haverá, nessa hipótese, atribuição de efeito infringente ao recurso [*que, tipicamente, possui efeito apenas integrativo*].

Como já sustentamos em trabalho sobre o tema, são três as hipóteses em que os embargos de declaração podem ter efeito infringente ou modificativo:²⁴ “1) Quando este efeito decorrer das hipóteses ‘normais’ de cabimento deste recurso, como efeito secundário. O caso mais comum é o suprimento da lacuna na decisão, cujo preenchimento torne inviável a subsistência do resto julgado. 2) Quando houver correção de erro material. 3) Quando se tratar de decretar de ofício ou a requerimento das partes, formulado nos próprios embargos declaratórios, nulidade absoluta [o que, de rigor, é mais uma hipótese de supressão de omissão, já que, sobre nulidades absolutas, deve o órgão jurisdicional se manifestar de ofício]”.

Em síntese, a atribuição dos efeitos infringentes, aos embargos de declaração, será possível quando: **(a)** por meio deles for demonstrada a existência de vício, reconhecido e suprido no julgamento dos embargos; **(b)** após a supressão do vício – e conseqüente integração da decisão embargada, não for logicamente possível manter a conclusão a que se havia chegado em tal decisão; e, **(c)** como hipótese autônoma, pode haver efeitos infringentes, se os embargos forem utilizados para a correção de nulidade ou de erro material.

Naturalmente, quando o caso for de supressão de omissão, haverá, rigorosamente, “*decisão nova, pois a matéria não foi objeto de consideração pela decisão embargada*”.²⁵

Não foi o que ocorreu no conflito de competência.

No presente caso, o STF, *depois de proferir duas decisões – monocrática e colegiada – inadmitindo o conflito de competência*, veio

23. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Embargos de declaração e omissão do juiz**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 80.

24. **Embargos de Declaração e Omissão do Juiz**, p. 82.

25. NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 13 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1115.

a admiti-lo, fixando, em seguida, a competência da Justiça Comum Estadual, no julgamento de embargos de declaração opostos pelo ESTADO DE SÃO PAULO, a que concedeu efeito infringente.

Não há, contudo, nas razões desse recurso, a demonstração de qualquer hipótese que pudesse ter justificado a ocorrência de efeitos infringentes.

Os fundamentos do recurso **repetem** o que havia sido alegado, pela Y, na petição inicial do incidente e, portanto, se referem a detalhes da tramitação do processo, que já haviam sido analisados pormenorizadamente nas decisões [*monocrática e colegiada*] anteriormente proferidas e em que reconhecida a ausência dos requisitos para instauração do conflito.

Houve alusão, no acórdão dos embargos, ao perigo de decisões conflitantes, em ambos os processos, mas isso já havia sido enfatizado na petição inicial e analisado nas decisões precedentes.

A omissão que autorizaria, em tese, a atribuição de efeito infringente ao recurso seria aquela concernente a aspecto relevante, suscitado **antes** da prolação da decisão embargada, mas ignorado. Não se pode qualificar desse modo a questão que **já havia sido alegada**, com ênfase, na petição inicial e tinha sido tratada nas decisões embargadas, embora não se tenha chegado ao resultado pretendido pela parte embargante.

Nesse contexto, a atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração acabou por desvirtuá-los, na hipótese concreta em exame, permitindo que se prestassem à finalidade que não podem, de acordo com a legislação em vigor, ter: **a de gerarem a modificação da decisão impugnada, independentemente da configuração dos pressupostos excepcionais que o autorizam.**

Portanto, a se considerar que esses embargos de declaração não poderiam ter gerado alteração substancial da decisão, prevalece a anterior, não admitindo o conflito.

c) Princípio constitucional da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica norteia não apenas a criação e interpretação das normas de direito material e de direito processual mas também o modo como elas incidem e, portanto, atuam para resolução do caso concreto. Nas palavras de HUMBERTO ÁVILA, “*uma norma pode ser considerada segura, enquanto acessível e*

*inteligível, porém pode ser aplicada de modo arbitrário, sem critérios objetivos e uniformes e sem uma adequada justificação e fundamentação. Sem segurança de aplicação, a segurança jurídica da norma seria anulada pela insegurança da sua aplicação”.*²⁶

O fundamento essencial desse princípio é, como bem explica CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,²⁷ a necessidade de garantir, para as relações, na vida em sociedade, previsibilidade, estabilidade:

“Ora bem, é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da segurança jurídica, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles.”

O princípio da segurança jurídica implica proteção a “*situações jurídicas subjetivas consolidadas*”.²⁸

A dimensão desse princípio pode ser compreendida, pelo menos, por duas perspectivas. “*A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada*”. Já, por uma segunda perspectiva, ele “*concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação*”.²⁹

26. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário.** 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 148.

27. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 29.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 127.

28. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Tratado de Direito Administrativo: Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 568.

29. COUTO E SILVA, Almiro do. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração**

Para HUMBERTO ÁVILA, o princípio da segurança jurídica, em seu aspecto material, remete às ideias de **cognoscibilidade** [= capacidade de o destinatário da lei “ter acesso material e intelectual ao conceito normativo, ainda que se saiba que esse conceito, embora apresente um halo de certeza ou núcleo de significação (...) pode apresentar, em maior ou menor medida, margens de indeterminação”], de **confiabilidade** [= eventuais modificações promovidas pelo Estado nas estruturas sociais “devem assegurar estabilidade e continuidade normativas, visto que os direitos de propriedade e de liberdade pressupõem um mínimo de permanência das regras válidas como condição para que o homem possa livremente plasmar a sua própria vida”] e de **calculabilidade** [= “capacidade de prever o espectro de consequências a que o contribuinte [isto é, o destinatário da lei] estará submetido no futuro”, em decorrência da modificação das normas].³⁰

Todas essas expectativas, resultantes do princípio da segurança jurídica, existem em relação à atividade do Poder Judiciário, que é destinatário³¹ do “dever de fundamentação suficiente e racional das decisões judiciais, [d]a proibição de mudanças jurisprudenciais retroativas que atinjam confianças legítimas, [d]a obrigação de utilização de mecanismos de moderação na alteração de precedentes – e assim por diante”.³²

Não se esgota, com tais noções, a toda evidência, o sentido desse princípio e toda a dimensão que assume para a realização de direitos, por meio da atividade jurisdicional. Mas já há nelas, pensamos, ponto de partida para reflexão que pretendemos desenvolver,

pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 26 mar. 2015.

30. **Segurança jurídica**, p. 258.

31. Além, é claro, de operar, em suas atividades, vários institutos e técnicas processuais, concebidos para garantir maior segurança jurídica [e, portanto, previsibilidade, estabilidade] para o jurisdicionado. Um bom exemplo disso é a coisa julgada, que impede a discussão *ad eternum* das relações jurídicas e dos conflitos delas resultantes, tutelados por decisão de mérito contra a qual já não cabe mais, de acordo com a legislação em vigor, recurso.

32. Ávila, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 166.

com relação à fixação da competência da Justiça Comum Estadual, para atuar no caso concreto ora analisado.

Como já dissemos, após admitir o conflito de competência suscitado pela Y, por se entender que não haveria outra solução para evitar a prolação de decisões divergentes nos dois processos [*trabalhista e cível*], o STF concluiu que a competência para o julgamento de ambas as demandas seria da **Justiça Comum Estadual. E assim o fez, apesar de expressamente reconhecer que, à luz do julgamento do RE 586.453/SE, também poderia ser considerada competente a Justiça do Trabalho.**

O princípio constitucional da segurança jurídica não recomenda a adoção desse caminho.

A análise **comparativa da tramitação dos dois processos** – cível e trabalhista – revela que, no segundo, foram proferidas **decisões de mérito** favoráveis ao direito afirmado pela *Consulente* não apenas nas instâncias ordinárias mas também no próprio TST, que, além de apreciar a questão da competência da Justiça do Trabalho, nos recursos interpostos pelos litisconsortes passivos, **confirmou o posicionamento adotado com relação ao mérito.**

Vale dizer: a Justiça do Trabalho, que é competente, segundo a Constituição em vigor, para apreciar conflitos subjetivos resultantes de **contrato de trabalho** [*como afirmaram as instâncias ordinárias ter ocorrido na situação em exame*], afirmou, por meio dos órgãos atuantes em todos os graus de jurisdição, que **existe o direito [de natureza trabalhista]** afirmado pela *Consulente*.

Por outro lado, na Justiça Comum Estadual, houve uma única decisão, singular, quanto ao mérito, que foi **anulada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a premissa de que ali se discutia benefício previdenciário garantido por contrato de trabalho** [*e, portanto, situação que não se sujeita, no entendimento adotado nas instâncias ordinárias, aos efeitos do julgamento do RE 586.453/SE*], não sujeito à apreciação do juízo de 1º grau.

No quadro mencionado, **as decisões proferidas nas instâncias ordinárias obviamente conduziram à expectativa razoável, por parte dos jurisdicionados** [*representados, no processo trabalhista, pela Consulente*], **de que não apenas seria reconhecido, definitivamente, seu direito mas também que ele viria a ser satisfeito, mediante adoção dos meios executivos adequados.** E, de fato,

segundo noticiou a *Consulente [e constou do acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração], já se iniciou, na Justiça do Trabalho, execução provisória contra as litisconsortes passivas.*

A decisão de anular todos os atos decisórios praticados na Justiça do Trabalho, para privilegiar a competência da Justiça Comum, **frustra a confiabilidade nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário**, que, nos termos já mencionados, é noção ínsita à de segurança jurídica.

Mas não é só: o princípio da segurança jurídica também foi deixado de lado, quando se negou a competência constitucional da Justiça do Trabalho, para apreciar conflito que, nas instâncias ordinárias *[em ambos os processos]*, se afirmou ter resultado de **contrato [e, portanto, relação] de trabalho** e, assim, frustrou-se a expectativa de julgamento dos conflitos trabalhistas pela Justiça Especializada, que encontra amparo no art. 114 da Constituição Federal.

Seja por uma, seja por outra perspectiva, parece-nos que jamais poderia ter sido fixada a competência da Justiça Comum, com anulação dos atos decisórios praticados na Justiça do Trabalho, pois disso resultou inegável ofensa ao princípio da segurança jurídica.

d) Princípio constitucional da proporcionalidade

A reflexão sobre o sentido deste princípio, no presente parecer, se justifica para analisar se: **a)** o conflito de competência *[admitido apesar da ausência dos requisitos legais]* era uma **medida necessária**, para eliminar a potencial divergência entre decisões proferidas em ambos os processos *[cível e trabalhista]*; e, **b)** admitido o conflito *[apesar, repita-se, da ausência dos requisitos legais]*, seria proporcional, razoável a fixação da competência da Justiça Comum Estadual, com consequente anulação dos atos decisórios praticados na Justiça do Trabalho.

Dito isso, cumpre ressaltar, com WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG, que “o ‘princípio’ ou máxima da proporcionalidade é decomposto (analiticamente) pela doutrina alemã em três subprincípios ou ‘máximas parciais’: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) (Alexy 1993:111-5)”.³³

33. ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais: Segunda Tiragem (Com Acréscimos)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 42.

Resultará, então, da aplicação do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, a revisão de atos legislativos, administrativos e também judiciais, caso: “a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito)”.³⁴

Nesse contexto: **(i)** a adequação demanda idoneidade das medidas adotadas para atingir os fins pretendidos; **(ii)** a necessidade, por sua vez, implica escolha do meio menos gravoso possível para atingir tais fins [*“o subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos”*];³⁵ e, por fim, **(iii)** o princípio da proporcionalidade em sentido estrito relaciona-se à ideia de que os custos para o indivíduo, acarretados pela escolha de determinado meio de consecução, importam mais que as vantagens envolvidas [ou, como pontua WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, resulta, desse subprincípio, “uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente melhor possível”].³⁶

Assim, “numa situação em que há conflito entre princípios, ou entre eles e regras, que o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio) mostra sua grande significação, pois pode ser

34. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 302.

35. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4.ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 75. Nesse sentido, também: “Os subprincípios da adequação e da exigibilidade ou indispensabilidade (Erforderlichkeit), por seu turno, determinam que, dentro do faticamente possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, ‘adequado’. Além disso, esse meio deve se mostrar ‘exigível’, o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**, p. 101).

36. **Processo constitucional e direitos fundamentais**, p. 101.

usado como critério para solucionar da melhor forma tal conflito, otimizando a medida em que se acata prioritariamente um e desatende o mínimo possível o outro princípio".³⁷ Ou, como já ressaltamos, **"chega-se, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, a uma 'solução de compromisso', que consiste em dar mais valor, 'naquele caso', à aplicação de certo princípio, em detrimento de outro, sem que com isso se deva necessariamente repetir a operação no futuro"**.³⁸

Essas noções são especialmente relevantes para análise do caso concreto, cuja apreciação nos foi submetida.

De fato, considerando as peculiaridades de ambos os processos [cível e trabalhista], não é razoável ou proporcional, *data maxima venia*: fixar a competência da Justiça Comum Estadual [em detrimento da Justiça do Trabalho].

Considerou-se o conflito necessário para evitar **decisões divergentes**, em hipótese em que seu cabimento não se enquadra nas hipóteses legais. Mas é necessário que se indague se **REALMENTE** ESSA NECESSIDADE ERA **ABSOLUTA**. Parece-nos que não.

Viu-se que **houve convergência entre os posicionamentos adotados pelos órgãos das instâncias ordinárias, em ambos os processos, com relação à questão da competência**. Tanto na Justiça do Trabalho quanto na Justiça Comum Estadual, prevaleceu uma única conclusão de fato [o benefício resulta de direito contemplado no contrato de trabalho], diante da qual se reconheceu a competência da primeira Justiça, especializada, para julgamento do pedido em questão.

A alteração desse entendimento ocorreu no Superior Tribunal de Justiça, em julgamento colegiado por maioria, no qual se desconsideraram as premissas de fato estabelecidas nas instâncias ordinárias e, portanto, se deu, ao recurso especial, efeito devolutivo com amplitude incompatível até mesmo com o entendimento sumulado [Súmula 7/STJ].

Contra a decisão proferida pelo STJ, foi interposto recurso extraordinário, ainda em trâmite, no qual se discute exatamente a

37. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. cit.*, p. 109.

38. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**, p. 83.

questão da competência e em que ainda não foi proferida decisão definitiva, pelo Supremo Tribunal Federal.

A eliminação da divergência entre decisões poderia ter sido – e ainda pode ser – evitada, com o julgamento do **recurso extraordinário**, em que foi veiculada pretensão absolutamente compatível com a interpretação do art. 114 da Constituição Federal e com as peculiaridades do processo cível [*desconsideradas pelo STJ, que, repita-se, para reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, partiu de premissa de fato diversa, não considerada nessa decisão*].

O resultado do julgamento do conflito de competência foi a fixação da Justiça Comum, **apesar de expressamente se reconhecer que a Justiça do Trabalho seria também competente para o julgamento**, mesmo que se tratasse de conflito puramente previdenciário [*o que se viu não ser o caso, considerando-se a conclusão a que se chegou, em ambos os processos, de que o plano previdenciário é direito assegurado no contrato de trabalho, que escapa, portanto, à lógica estabelecida no julgamento do RE 586.453/SE*].

Na decisão do conflito de competência, privilegiou-se a Justiça Comum Estadual, anulando-se todos os atos decisórios proferidos na Justiça do Trabalho, **em que a questão de mérito foi analisada exaustivamente, em todos os graus de jurisdição, tendo sido iniciada, em vista disso, execução provisória em curso**.

Evidentemente, os **danos resultantes** da fixação da competência da **Justiça Comum Estadual** são muito **mais graves** do que aqueles que poderiam resultar da “escolha” da competência da **Justiça do Trabalho**. Aqui, é necessário lembrar que, embora tenha sido proferida sentença de improcedência, no primeiro processo [*cível*], nada garante que o entendimento adotado em tal decisão seria mantido, em 2º grau de jurisdição.

A possibilidade de reforma da decisão em questão existe [*afinal, anulada a decisão quanto à competência, o Tribunal de Justiça de São Paulo deverá analisar, no mérito, a apelação interposta pela Consulente*]. Portanto, é grande o risco de que os aposentados e pensionistas representados pela *Consulente* se sujeitem a espera de **mais alguns anos ou décadas**, para restabelecer os benefícios de que foram privados, nos últimos anos, benefícios esses de caráter trabalhista, eminentemente alimentar, e devidos a pessoas com **idade avançada**.

Não se justificam prejuízos tão graves, a pessoas que o próprio legislador qualificou como merecedores de proteção especial [*as garantias, inclusive processuais, previstas no Estatuto do Idoso, são prova disso*], quando havia uma solução jurídica compatível com a proteção dos seus interesses. **Se o próprio STF modulou os efeitos da decisão proferida no RE 586.453, para preservar a competência da Justiça do Trabalho em processos com matéria previdenciária, quando já tivesse sido proferida decisão de mérito a esse respeito, por qual razão não adotar essa solução na hipótese em análise, como forma de obstar prejuízos gravíssimos que podem ser evitados?**

Essa reflexão evidencia que, para “punir” o comportamento de má-fé [*qualificado pelo STF, na última decisão proferida, como “artimanha processual”*] atribuído à *Consulente*, **foi proferida decisão que afeta os interesses de milhares de pessoas por ela representadas no processo.**

Isso não é razoável ou proporcional. E mais do que isso: **objetivamente, não há que se cogitar de má-fé da Consulente, na situação em análise.**

De fato, o ajuizamento de demanda, perante a Justiça do Trabalho, no momento em que foi proferida a sentença de improcedência, na Justiça Comum, não pode *per se* fazer presumir a má-fé da *Consulente*, por 4 razões:

1.ª) quando ajuizou a demanda perante a Justiça do Trabalho, a *Consulente* agiu em conformidade com reiteradas decisões, daquele momento histórico, que reconheciam a competência dessa Justiça especializada para o julgamento de demandas análogas [*a existência de tais decisões, inclusive, foi reconhecida no julgamento do RE 586.453, por exemplo, no voto do Min. Cezar Peluso, que ressaltou ser pacífico, antes daquele julgamento, o entendimento, naquela Eg. Corte, de que, se o plano previdenciário resultava de contrato de trabalho, a competência era daquela Justiça do Trabalho*]. Seguiu, portanto, tendência jurisprudencial que vinha se revelando forte e razoável naquele momento;

2.ª) ao ajuizar a segunda demanda [*perante a Justiça do Trabalho*], a *Consulente* não tinha como antever o julgamento de mérito que ali ocorreria. É ingênuo acreditar que o mero processamento da demanda perante a Justiça do Trabalho implicaria tratamento mais benevolente do que aquele dispensado pela Justiça Comum Estadual, em relação às questões discutidas;

3.^a) a demanda ajuizada perante a Justiça do Trabalho **tinha por fundamento principal a possibilidade de qualificar os benefícios previdenciários como direitos resultantes do contrato de trabalho, cujo reconhecimento atraía a competência dessa Justiça Especializada;**

4.^a) deve-se considerar que a *Consulente*, tendo havido julgamento do mérito no processo cível, **já não podia optar pela desistência da ação, pois, de acordo com a legislação processual em vigor, julgado o mérito, a desistência já não pode ocorrer.** Portanto, não houve escolha, do ponto de vista técnico-processual, pela tramitação conjunta de ambas as demandas, a fim de manipular as decisões proferidas e escolher o cenário mais benéfico.

Ao contrário do que defenderam, tão enfaticamente, a Y e o ESTADO DE SÃO PAULO, o quadro supramencionado revela, quando muito, um possível equívoco da *Consulente*: ter ajuizado demanda para discutir questões conexas perante a Justiça Comum, sem atentar para o fato de que a competência, à luz de tudo o que se expôs, segundo jurisprudência dominante, naquele momento histórico, era da Justiça do Trabalho. Mas também é necessário reconhecer que tudo fez para correção dessa escolha, **inclusive alegar, nos autos do processo cível, a incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual.**

Objetivamente, considerando esses aspectos [*inclusive que, em ambos os processos, nas instâncias ordinárias, veio a ser reconhecida a competência da Justiça do Trabalho e, portanto, o acerto da Consulente ao escolher pelo ajuizamento da demanda perante tal Justiça*], percebe-se, **com clareza**, a inexistência de má-fé.

E, mesmo assim, a conclusão em sentido contrário não seria apta a justificar a fixação da competência da Justiça Comum Estadual. É que, para reprimir e sancionar a má-fé da parte litigante, há mecanismos processuais apropriados. Não se pode puni-la com o sacrifício do direito que defende no processo, **sobretudo quando atua em nome próprio na defesa de direitos alheios.** A escolha do órgão competente não pode ser a exteriorização do desejo de punir a *Consulente*, por sua indevidamente presumida má-fé.

Enfim, por qualquer ângulo, a fixação da competência da Justiça Comum Estadual, com conseqüente anulação dos atos decisórios praticados no processo trabalhista, revelou-se medida inadequada, desproporcional e, portanto, contrária ao ordenamento constitucional em vigor.

5. Conclusões – Respostas às questões formuladas

Analisados todos os elementos que extraímos das cópias dos autos que nos foram fornecidas pela Consulente, e alicerçados nos elementos jurídicos examinados nos itens precedentes, aos quais nos reportamos, manifestamos nossa opinião em relação às questões formuladas:

1) Estavam configurados, na situação em apreço, os requisitos para instauração do conflito de competência suscitado pela Y?

Não.

Reconhecido que as duas ações propostas pela Consulente eram apenas conexas [*já que diferentes as partes e os pedidos*] ou unidas por vínculo de continência, somente se poderia cogitar de reunião, para julgamento conjunto, se tramitassem perante órgãos jurisdicionais com a mesma competência absoluta. E, na situação em análise, não se poderia falar disso, considerando que uma ação tramitava perante a Justiça Estadual e a outra perante a Justiça do Trabalho.

Se não era possível a reunião para julgamento conjunto das duas demandas, não era igualmente possível a instauração de conflito de competência, com fundamento no art. 115, inciso III, do CPC. Isso somente faria sentido, caso, no julgamento do conflito de competência, fosse possível atribuir a um dos órgãos jurisdicionais a competência para julgar as duas demandas, o que, repita-se, não é, na situação em análise, viável, como reconhecido pelo próprio STF.

Além disso, já tendo havido o julgamento do mérito em uma das demandas [= *trabalhista*], também havia perdido sentido a reunião para julgamento conjunto, conforme jurisprudência pacificada, e, por consequência, a instauração do conflito de competência.

Não ignoramos que, em situações limítrofes, para evitar conflito de decisões de mérito proferidas por órgãos jurisdicionais diversos, tem sido relevada a ausência de algum dos requisitos para instauração do conflito. No entanto, no presente caso, isso não era necessário. O perigo de decisões conflitantes resultou de julgamento de recurso especial pelo STJ, em que foi invertida premissa de fato relevantíssima fixada nas instâncias ordinárias [*os benefícios previdenciários resultavam de contrato de trabalho firmado por cada associado representado pela Consulente*] e com base na qual se concluiu pela competência da Justiça do Trabalho. O quadro poderia

ser facilmente revertido com o julgamento do recurso extraordinário interposto pela *Consulente*, ainda em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

2) Poderiam ter sido julgados com efeito infringente os embargos de declaração opostos pelo ESTADO DE SÃO PAULO contra a decisão colegiada que não conheceu do conflito de competência suscitado pela Y?

Não.

Os embargos de declaração são recurso atípico, com função integrativa e, como tal, se prestam ao aperfeiçoamento da decisão embargada.

A atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração é medida excepcionalíssima e supõe, numa das hipóteses em que é admitida, a existência de vício [*de omissão, contradição, obscuridade ou, ainda, erro material*] que, suprido com o julgamento dos embargos, conduza inevitavelmente à necessidade de alteração do que foi decidido na decisão embargada.

Nos embargos opostos pelo ESTADO DE SÃO PAULO, não se demonstrou a existência de qualquer vício na decisão embargada. A fundamentação desse recurso apenas repete argumentos que já haviam constado na petição da Y, com base na qual foi instaurado o conflito de competência. E tal petição já havia sido analisada em duas decisões anteriores ao julgamento dos embargos, nas quais se concluiu ser inadmissível o conflito de competência.

Se não está devidamente caracterizada hipótese em que se admitem esses efeitos, a modificação do que havia sido decidido fica, naturalmente, prejudicada.

Por tudo isso, o cabimento do conflito de competência esbarrara na impossibilidade de conceder efeitos infringentes a embargos de declaração em que sequer houve demonstração de vício de omissão relevante, à luz do que já havia sido discutido no processo, antes da interposição de tal recurso.

3) À luz das noções de proporcionalidade e de segurança jurídica, poderiam ter sido anulados os atos decisórios praticados na Justiça do Trabalho, na ação movida pela Consulente?

A essa pergunta a resposta deve ser **incisivamente negativa**.

Sabe-se que o princípio da segurança jurídica implica necessidade de se garantir, para a fruição de direitos e também no curso de demandas judiciais, certa margem de estabilidade e de previsibilidade, evitando-se, com isso, surpresas que possam ameaçar a situação do cidadão, do jurisdicionado.

No presente caso, a fixação da competência da Justiça Comum Estadual, quando já haviam sido proferidas decisões de mérito quanto ao problema em todos os graus de jurisdição na Justiça do Trabalho, perante a qual também iniciada execução provisória, frustrou essa ideia de previsibilidade e, portanto, ofendeu o princípio da segurança jurídica. **Vale dizer: houve prejuízo à noção de segurança jurídica, em decorrência da escolha, pelo STF, de não submeter a situação em análise à modulação delineada no julgamento do RE 586.453, quando isso era perfeitamente possível, considerando que, no momento em que iniciado e ultimado tal julgamento, JÁ HAVIA DECISÃO DE MÉRITO NA AÇÃO TRABALHISTA PROPOSTA PELA CONSULENTE.**

Ora, se o conflito de competência aqui analisado foi decidido com base no posicionamento adotado no RE 586.453, não havia justificativa para deixar de sujeitar os processos à modulação prevista nesse julgamento [*em que, repita-se, se reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ações análogas àquela proposta pela Consulente, se já tivesse sido proferida sentença de mérito, em tais ações, por tal Justiça Especializada*].

Ademais, na fundamentação do acórdão proferido no recurso supracitado, não havia qualquer ressalva à modulação que pudesse impedir que fosse feita no caso concreto *sub examinen*.

Não haveria por que resguardar a segurança jurídica em tantas hipóteses [*essa é a razão de ser da modulação levada a efeito no julgamento do RE 586.453*] e deixar de levá-la em consideração no presente caso.

Os parâmetros para modulação, para evitar o casuísmo [*com o qual é incompatível, a toda evidência, a noção de segurança jurídica*], devem ser objetivos. E, uma vez configurados, a modulação deve ocorrer.

Não prejudica esse raciocínio, pensamos, a afirmação, feita na fundamentação do acórdão proferido nos embargos do ESTADO DE SÃO PAULO, no sentido de que a modulação somente poderia

ser adotada em “causas únicas” e, portanto, se se estivesse diante de duas ou mais causas [*relacionadas entre si por conexão, como, em tese, ocorreria ‘in casu’*], não seria ela possível.

Ora, quando ultimado o julgamento do RE 586.453, o único processo que contava com decisão de mérito era o trabalhista. Naquele instaurado perante a Justiça Comum, a decisão de mérito havia sido anulada, porque prevaleceu o entendimento, nas instâncias ordinárias, de que a competência seria da Justiça do Trabalho. Embora a sentença de improcedência, na Justiça Comum, tenha sido proferida antes da sentença de procedência, proferida na Justiça do Trabalho, ao tempo do julgamento do RE 586.453, **somente havia uma decisão de mérito hígida – aquela proferida na Justiça do Trabalho, pois a que foi proferida na Justiça Comum, repita-se, tinha sido anulada.**

O reconhecimento da competência da Justiça Comum Estadual pelo STJ, no julgamento do REsp 961.407/SP, não excepciona esse raciocínio, afinal, quando julgado o RE 586.453 [*e até hoje*], o v. Acórdão proferido nesse recurso ainda não havia transitado em julgado.

Por outro lado, também sob o prisma da proporcionalidade, não se justificava a “escolha” da competência da Justiça Comum Estadual e a anulação dos atos decisórios praticados na Justiça do Trabalho.

De fato, o conflito de competência instaurado, além de não ser medida adequada [*pois ausentes todos os requisitos legais*], não pode ser considerado imprescindível [*o provimento do recurso extraordinário interposto pela Consulente, ainda não julgado definitivamente*]. E, não bastasse isso, de seu julgamento, resultaram prejuízos gravíssimos para os associados substituídos pela *Consulente*, muito mais expressivos do que os benefícios obtidos com a decisão proferida.

Não há, na má-fé que **equivocadamente** se vislumbrou na conduta da *Consulente* [*conclusão que não se justifica do ponto de vista técnico, objetivo, conforme expusemos no item 4, ‘c’, ‘supra’*], justificativa para **causar prejuízos** tão graves aos seus associados, com a fixação da competência da Justiça Comum Estadual.

Aqui é imprescindível ressaltar que, no julgamento do conflito de competência, não se considerou a existência de pedidos, na ação trabalhista, que não tinham relação de prejudicialidade com o objeto da ação civil pública [*ajuizada na Justiça Comum*]. Portanto, não havia razão plausível para a determinação de remessa dos autos

para a Justiça Estadual e, ainda, de sobrestamento do processo com relação a tais pedidos. Isso causou ainda mais prejuízos para os indivíduos representados pela *Consulente*, justificando-se, também por esse ângulo, a fixação da competência da Justiça do Trabalho, mediante juízo de proporcionalidade.

Em resumo: **a)** a modulação definida no RE 586.453/SE teve por objetivo garantir maior segurança jurídica para as situações já consolidadas em ações que versassem sobre os temas ali discutidos e, assim, evitar prejuízo às partes envolvidas em tais demandas; e, **b)** na situação em apreço, a definição das questões de mérito já ocorreu nas instâncias ordinárias da Justiça do Trabalho e perante o TST, já tendo se iniciado execução provisória dos valores em discussão, ao passo que, na Justiça Comum, somente houve uma sentença de 1º grau, anulada nas instâncias ordinárias pelo reconhecimento de que, de acordo com a orientação jurisprudencial até então vigente, a competência para julgamento era da Justiça do Trabalho.

Portanto, à luz dos princípios constitucionais antes mencionados, deveria ter prevalecido, no caso, a **modulação** estabelecida no RE 586.453/SE.

4) *Quais alternativas poderiam ser cogitadas para resolução do problema e, portanto, para definir qual órgão é competente para apreciar as questões suscitadas pela Consulente?*

A definição do órgão competente para o julgamento das questões suscitadas pela *Consulente* ocorreu, como dissemos, **de forma harmoniosa nas instâncias ordinárias [e também no TST, que é o órgão de cúpula da Justiça do Trabalho]**. Tanto no processo cível quanto no trabalhista, chegou-se à conclusão de que, estando em discussão benefícios previdenciários resultantes de contrato de trabalho, seria competente para o julgamento do conflito a Justiça do Trabalho.

A alteração do posicionamento em questão ocorreu apenas no julgamento do recurso especial interposto contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. E, contra o v. Acórdão proferido pelo STJ, foi interposto, pela *Consulente*, recurso extraordinário ainda não definitivamente julgado pelo STF. Tendo sido alegada, nesse recurso, matéria constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida, no julgamento do RE 586.453, é perfeitamente viável a análise de tal recurso e a correção da posição adotada pelo STJ, em contrariedade não apenas com as premissas de fato estabelecidas na origem mas também com o que foi decidido nesse recurso extraordinário.

Naturalmente, ao mesmo resultado será possível chegar com o julgamento dos embargos de declaração opostos pela Consulente, em face da decisão colegiada que conheceu do conflito e fixou a competência da Justiça Comum Estadual para resolução do conflito.

Não há, nessa solução, pensamos, contradição com o que sustentamos quanto à excepcionalidade dos efeitos infringentes nos embargos de declaração.

De fato, a decisão que acolheu os embargos da Fazenda Pública, além de conhecer do conflito, como já se disse, analisou concretamente qual juízo deveria ter sua competência reconhecida na hipótese em análise. É perfeitamente razoável que a Consulente, nos embargos opostos, suscite vícios relativos a este último capítulo da decisão, dos quais possa resultar orientação em sentido contrário àquela adotada pelo colegiado, inclusive porque, parece-nos, para reconhecimento da Justiça competente para o julgamento da demanda, partiu-se essencialmente da ideia de que a Consulente teria agido de má-fé, que não nos parece plausível, à luz dos aspectos já tratados.

Senão por outra razão, a má-fé deve ser afastada *in casu* porque, objetivamente, ao tempo do ajuizamento da reclamação trabalhista, prevalecia o entendimento de que era competente a Justiça do Trabalho para o julgamento de ações relativas a benefícios previdenciários, quando eles resultavam do contrato de trabalho. Logo, o ajuizamento da demanda, perante aquela Justiça, objetivamente não poderia ser interpretado como ato de má-fé, mas, sim, como sujeição da Consulente à orientação jurisprudencial que, na época, prevalecia e contra a qual havia se insurgido, ao ajuizar a demanda na Justiça Comum Estadual.

E, no ordenamento jurídico brasileiro, indiscutivelmente, foi prestigiada a ideia de **boa-fé objetiva**, aferível, portanto, a partir dos atos exteriorizados pelo agente, diante da qual não há que se perquirir sobre sua intenção, sua vontade, questões subjetivas de modo geral. Essa foi a conotação dada ao comportamento da Consulente, nos embargos de declaração da Fazenda Pública, que, a toda evidência, influenciou o julgamento do conflito de competência.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Curitiba, 02 de junho de 2015

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

5

NULIDADE DA SENTENÇA – APRECIÇÃO DE PROVA; INÉPCIA DA INICIAL; SÓCIO AJUIZA AÇÃO CONTRA SÓCIO – IDÊNTICOS PODERES DE ADMINISTRAÇÃO – LOCAÇÃO E *ANIMUS DOMINI* – INCOMPATIBILIDADE – NÃO PAGAMENTO DE ALUGUÉIS – TOLERÂNCIA

PARECER

1. Síntese da consulta e breve histórico¹

Consulta-nos M (a quem nos referimos daqui para frente apenas como *Consulente*), por intermédio dos ilustres advogados Marcos Adolfo Benevenuto e Cascia Lane A. Bilhão, a respeito da possibilidade de a

1. Embora este parecer tenha sido elaborado à luz do CPC de 1973, os problemas tratados continuam atuais. Os artigos referidos no texto são do CPC de 1973:

Arts. 3 (1973) / 17 (2015);

Arts. 14 (1973) / 5 e 77 (2015);

Arts. 17 (1973) / 80 (2015);

Arts. 125 (1973) / 3, 7 e 139 (2015);

Arts. 130 (1973) / 370 (2015);

Arts. 295 (1973) / 330 e 332 (2015);

Arts. 333 (1973) / 373 (2015);

Arts. 399 (1973) / 438 (2015).

empresa C (a quem nos referimos daqui para frente apenas como C) usucapir o imóvel de propriedade da *Consulente*, sendo esta sócia da referida empresa e existindo relação de locação entre ambas.

Para a melhor compreensão da questão, necessária se faz uma breve retrospectiva fática.

Em 15.08.2012, a C, por intermédio de seu sócio, surpreendeu a *Consulente* com o ajuizamento de Ação de Usucapião Comum Extraordinária em face dela, que é proprietária do imóvel em questão (com 9.064,00 m²), mas também sócia da empresa autora C.

Para tanto, na petição inicial, alegou que: a) a C estaria exercendo a posse do lote urbano desde 08.08.1978 – data de sua constituição formal por Contrato Social arquivado na Junta Comercial do Paraná; b) o imóvel usucapido teria sido vendido para a C, por meio de contrato verbal, e a *Consulente* não teria realizado a transferência para a empresa; c) o art. 1.238 do Código Civil lhe possibilitaria a declaração da propriedade. Ao final, pleiteia a declaração de usucapião.

Na contestação, a *Consulente* afirmou que: a) há conexão entre a ação de usucapião e a ação de despejo movida pela *Consulente* contra a C (que, posteriormente, foi reconhecida); b) as partes são ilegítimas e não há interesse processual do sócio contra a *Consulente*, ré e sua própria sócia; não houve deliberação societária para a propositura da ação de usucapião, o que é exigido pela Cláusula Oitava da Nona Alteração Contratual da empresa, a qual veda ao sócio-administrador o uso do nome empresarial em negócios alheios ao interesse social; c) há contrato de locação anexado à contestação e existe participação da *Consulente* na sociedade, com isso, tem-se que não há *animus domini* da C, e o pagamento de IPTU só foi realizado pela C em virtude da obrigação legal e contratual (locação); d) o consentimento da *Consulente* em relação ao atraso no pagamento dos aluguéis decorreu de mera tolerância; e) a *Consulente* é a legítima proprietária do bem, que anteriormente pertencia à empresa F, de seus pais, tendo sido transmitido por herança, conforme se verifica da matrícula do imóvel; f) a existência de confiança entre os sócios da C faz com que a posse desta seja precária; g) há má-fé do sócio que moveu a ação, sozinho, em nome da empresa.

O d. juízo de 1º grau julgou procedente o pedido de usucapião e extinguiu a demanda de despejo sem resolução de mérito, sob os seguintes fundamentos: a) não haveria a ilegitimidade ativa, pois o

sócio também teria poderes de administração da sociedade, conforme a Cláusula Oitava da Nona Alteração contratual, e, por isso, a procuração apresentada pela *C* seria regular; b) a demanda não atingiria negócios alheios ao objeto social da empresa, pois o imóvel, com a procedência da demanda, passaria a ser de propriedade da empresa, e não do sócio; c) os requisitos para a configuração de usucapião (a posse contínua e incontestada, o ânimo de dono e o transcurso do prazo previsto na lei civil) estariam configurados, pois a sede da *C* é no imóvel usucapiendo desde longa data; d) apesar de os contratos de locação e de os comprovantes de pagamento de aluguel serem válidos, não se podendo falar em contrato simulado, após o término do contrato de locação, não haveria nos autos qualquer comprovante de pagamento dos aluguéis devidos em período recente; e) as cláusulas de tolerância dos contratos de locação não teriam indicado o tempo pelo qual se admitiria a concessão, não especificando se seriam admitidos 20 anos sem o pagamento de aluguel, e, assim, a locação deveria ter sido considerada encerrada em 01.03.1992; f) nos termos do art. 1.238 do CC/2002, o prazo de 15 anos para se pleitear usucapião extraordinária teria sido completado, assim como metade do tempo da lei anterior (20 anos) na entrada em vigor do CC/2002; g) a *C* teria exercido a posse mansa e pacífica por mais de 20 anos e, apenas com a notificação de 09.05.2012, teria a *Consulente*, proprietária do imóvel se manifestado, assim como a ação de prestação de contas teria sido ajuizada somente em 12.07.2012.

Na mesma sentença extinguiu-se a demanda de despejo conexa, sob o fundamento de que se seria a via inadequada, em razão da suposta inexistência de locação desde março de 1992.

Na sequência, a *C* opôs Embargos de Declaração, alegando que a sentença declarou apenas o domínio útil e ainda fez constar tão somente o termo “parcial”, e não “total procedência”.

A *Consulente*, por sua vez, opôs Embargos de Declaração em virtude da omissão da *r.* sentença em relação às prejudiciais de mérito arguidas na contestação (existência e validade do contrato de locação), também tratando da presunção legal de prorrogação da locação, nos termos da Lei n. 8.245/1991. E ainda se pleiteou fosse corrigida: a) a contradição da decisão, pois, uma vez reconhecida a locação, caberia à *C* a comprovação de seu término; b) e a inversão da ordem de julgamento, pois se decidiu primeiramente a demanda de usucapião e depois a de despejo.

Ambos os Embargos de Declaração foram rejeitados.

Assim, a *C* interpôs recurso de apelação para que conste na sentença o termo “domínio pleno”, e não apenas “domínio útil”, e para que o valor referente aos honorários seja majorado.

A *Consulente* igualmente interpôs recurso de apelação, apoiada nos seguintes argumentos: a) a necessidade de apreciação e provimento do agravo retido, tendo em vista o evidente cerceamento de defesa, pois o d. juízo entendeu que teria havido preclusão consumativa no tocante à petição de especificação de provas (com pedido de expedição de ofício ao Banco Santander), porque, em momento anterior, apresentou-se petição com o rol de testemunhas; b) a evidente litigância de má-fé, tendo em vista a *confusão* entre autor e réu, pois a *Consulente* é apelante e ré na mesma ação, e a sentença não abordou a questão da existência de contrato de locação e ausência de *animus domini* da *C*; c) a *ilegitimidade ativa ad causam* em razão de a ação não dizer respeito ao interesse social da empresa, mas tão somente ao interesse particular de um dos sócios, assim como por não ter havido deliberação societária para a propositura da ação; d) a inadequação da via eleita e o conseqüente desaparecimento superveniente do interesse de agir em razão da confissão do sócio no sentido de que o imóvel teria sido vendido para a *C* e pago com produto de seu trabalho; e) a necessidade de anulação da sentença, também diante do evidente cerceamento de defesa, pois foi determinada a expedição de ofício ao Banco Santander nos autos da ação de despejo, para comprovar a existência dos depósitos (pagamentos) referentes à locação, o que não ocorreu (expedição de ofício) e foi ignorado na sentença, e esta foi fundamentada exatamente nesse ponto – “o fato é que realmente não há nos autos qualquer comprovante de pagamento dos aluguéis devidos”; f) a ausência de *animus domini* que poderia, em tese, ter gerado usucapião, pois o contrato de locação está em vigor e se prorrogou automaticamente; g) a ausência de *animus domini*, pois os atos de mera tolerância da *Consulente* não induzem à posse, na forma do art. 1.208 do CC, restando evidente que a *Consulente* não se opôs à permanência da *C* no imóvel, justamente porque é sócia-gerente da empresa; h) não houve correta valoração das provas (art. 131 do CPC)²; i) litigância de má-fé.

2. Pois o juiz de 1º grau sequer analisou o fato de que a proprietária do imóvel em discussão é sócia da empresa apelada, os documentos que

Observa-se que ambas as ações, a de usucapião e a de despejo, atualmente, encontram-se pendentes de julgamento no Tribunal de Justiça do Paraná.

É oportuno, ainda, consignar que a *Consulente* ajuizou ação de prestação de contas em face do sócio, cuja sentença foi de procedência e ainda pende recurso de apelação.

Por fim, é relevante destacar que a sócia M, ora *Consulente*, e o sócio possuíam relação de muita amizade e confiança desde a juventude, e o sócio era amigo, inclusive, do pai da *Consulente* (como se vê do depoimento do próprio em audiência de instrução, assim como descrito na contestação e no recurso de apelação da *Consulente*).

Tanto é assim que a *Consulente*, em 13.07.1995, ao elaborar testamento para deixar os bens para seu filho, nomeou o amigo e sócio como “administrador” dos referidos bens, caso seu filho não tivesse atingido a maioridade na data da abertura do testamento (conforme o documento n. 12 juntado aos autos da ação de usucapião com a contestação da *Consulente*).

Em razão desse quadro de amizade pessoal e profissional, estabeleceu-se a referida relação societária, que perdura há mais de trinta anos, existindo incontestável relação de confiança entre ambos. Relação essa evidentemente abalada com a conduta do sócio, que surpreendeu a *Consulente* com a propositura da demanda de usucapião.

2. Quesitos

Diante da situação jurídica narrada no item precedente, indaga-nos a *Consulente*:

1) *Tendo em vista que o magistrado tomou a iniciativa no que tange à produção de uma das provas na ação de despejo, determinando a expedição de ofício ao Banco Santander para que trouxesse aos*

atestam a existência do contrato de locação, que não foi rescindido, o depoimento pessoal do Sr. *Manoel Marques*, no qual afirmou que teria comprado o imóvel e a afirmação da própria contadora dele de que os sócios da empresa não recebiam pró-labore, não fazendo quaisquer retiradas, e, assim, os valores depositados na conta da *Consulente* devem ser considerados como pagamento de aluguel, e não identificados apenas como pró-labore.

autos os extratos da conta-corrente da Consulente, para se provar o recebimento de aluguéis, mas, na sentença, decidiu pela inexistência de prorrogação da relação de locação, justamente com fundamento na inexistência de prova de pagamento, pode-se considerar que houve cerceamento de defesa, gerando, conseqüentemente, nulidade da sentença?

2) *O fato de ter sido admitido pelo autor, na inicial, que teria havido **compra** do imóvel, e, em seguida, ter-se formulado pedido de usucapião, configura inépcia da petição inicial?*

3) *Considerando a confissão realizada pelo sócio, Manoel Marques, no sentido de que teria havido **compra** do imóvel em questão pela C, por meio de contrato verbal, a usucapião extraordinária se constitui no procedimento adequado para pleitear eventual direito sobre o imóvel? Haveria interesse de agir da C para pleitear usucapião?*

4) *Há má-fé e abuso de confiança do sócio que singularmente ajuíza ação contra a outra sócia que tem poderes idênticos de administração e mesmo capital social, principalmente quando há relação de confiança de mais de 30 anos entre ambos?*

5) *Diante da existência de contrato de locação firmado entre as partes, assim como do conhecimento da C sobre a relação locatícia e a sua posse precária, haveria animus domini da C sobre o imóvel?*

5.1) *O pagamento do IPTU e de eventuais despesas referentes ao imóvel poderia ser considerado indício de animus domini da C sobre o imóvel ou poderia decorrer, pura e simplesmente, de obrigação legal e contratual pactuada nos contratos de locação firmados entre as partes?*

6) *Ainda que o contrato de locação firmado entre a Consulente e a C tenha prazo determinado, este se prorrogou automaticamente, sobretudo em face da ausência de manifestação das partes?*

7) *O não pagamento de parte dos aluguéis à Consulente deve ser considerado como **tolerância** desta, até mesmo tendo-se em vista a existência de cláusulas de tolerância nos contratos de locação firmados entre a Consulente e a C, ao que se soma o interesse da locadora em não prejudicar a locatária, já que aquela é sócia desta?*

Passaremos, então, a expor elementos fáticos e jurídicos de maior relevância relacionados à demanda e que consistem na base da solução jurídica que nos parece mais apropriada ao presente caso.

3. Do evidente cerceamento de defesa e da nulidade da sentença

Para demonstrarmos o evidente cerceamento de defesa e nulidade da sentença, de que trata o primeiro quesito, importa termos presente duas situações relacionadas ao trâmite processual:

1. A *Consulente* apresentou rol de testemunhas na ação de usucapião e, posteriormente, por meio de uma segunda petição, especificou as provas que pretendia produzir nos mesmos autos, com pedido importantíssimo ao deslinde da causa – expedição de ofício ao Banco Santander, para trazer aos autos os extratos da conta da *Consulente* que comprovariam o pagamento dos aluguéis. Todavia, o magistrado entendeu que teria havido preclusão consumativa quanto à segunda petição, que especificou provas, tendo sido essa decisão objeto de agravo retido.

2. No entanto, na ação de despejo conexa, o magistrado determinou a expedição de ofício ao Banco Santander, para comprovar a existência dos depósitos referentes aos aluguéis. Esse ofício acabou não sendo expedido e essa situação foi ignorada na sentença, que se baseou exatamente nesse ponto para julgar procedente o pedido de usucapião: “o fato é que realmente **não há** nos autos qualquer comprovante de pagamento dos aluguéis devidos” (destaques nossos).

Isto é, mesmo diante do pedido expresso da *Consulente* e da determinação do juiz para que essa prova documental fosse produzida, na r. sentença, ignorou-se a determinação e decidiu-se fundamentalmente com base na ausência desses mesmos extratos pleiteados em juízo.

Vê-se, pois, a toda evidência, cerceamento ao exercício do direito fundamental de acesso efetivo à prova, que está compreendido nas ideias de acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, nos termos do art. 5.º, XXXV, LIV e LV, da CF/1988. Ou seja, essas garantias constitucionais também abrangem o poder conferido à parte de se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados para a reconstrução dos fatos referentes ao direito afirmado.³

3. No mesmo sentido é o entendimento da doutrina: “Assegurar o direito de ação, no plano constitucional, é garantir o acesso ao devido processo legal, ou seja, ao instrumento tal como concebido pela própria

No caso dos autos, a situação adquire contornos ainda mais sérios e graves, já que a prova havia sido determinada de ofício em uma das ações consideradas conexas, e, quando da reunião de ambas, essa determinação foi ignorada pelo juiz que veio a decidi-las. Ironicamente, um dos principais fundamentos da sentença foi justamente a ausência de prova dos tais pagamentos, que teria sido produzida se tivesse sido expedido o ofício determinado pelo outro juiz.

Constituição Federal. Entre os princípios inerentes ao processo, destacam-se o *contraditório* e a *ampla defesa*. (...). Isso implica, evidentemente, a produção das provas destinadas à demonstração dos fatos controvertidos. Contraditório efetivo e defesa ampla compreendem o poder conferido à parte de se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados à reconstrução dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado. O direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa. O problema não pode ser tratado apenas pelo ângulo do ônus (art. 333 do CPC). Necessário examiná-lo do ponto de vista da garantia constitucional ao instrumento adequado à solução das controvérsias, dotado de efetividade suficiente para assegurar ao titular e de um interesse juridicamente protegido em sede material a tutela jurisdicional. Em última análise, o amplo acesso aos meios de prova constitui corolário natural dos direitos de ação e de defesa. Para que o processo possibilite real acesso à ordem jurídica justa, necessária a garantia da produção da prova, cujo titular é, em princípio, a parte, mas não exclusivamente ela, pois ao juiz, como sujeito interessado no contraditório efetivo e equilibrado e na justiça das decisões, também assiste o poder de determinar as provas necessárias à formação de seu convencimento. *A iniciativa probatória do juiz é elemento indissociável da efetividade do processo*. Isso porque entre os requisitos de um processo efetivo, *équico e giusto*, aponta-se a justiça da decisão, o que pressupõe a exata reconstrução da matéria fática. Se não é possível a certeza quanto à verdade dos fatos retratados no processo, ao menos devem-se esgotar os mecanismos aptos a proporcioná-la. Com isso, aumenta a probabilidade de o resultado ser justo. Na medida em que a concessão de poderes instrutórios ao juiz amplia as chances de obter-se a reprodução fiel dos fatos ocorridos no plano material, regra nesse sentido contribui decisivamente para a efetividade do processo. (...). Essa garantia, para ser efetiva, compreende não apenas o poder de produção da prova, mas também a segurança de que venha a ser considerada e corretamente valorada pelo julgador. Nessa medida, as regras que permitem ao juiz dispensar prova desnecessária devem ser aplicadas com extremo cuidado, pois podem representar violação a um dos componentes do contraditório e da ampla defesa (art. 130 e 470, parágrafo único do CPC)” (José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 25-28).

De fato, o art. 399 do CPC⁴ autoriza o juiz a requisitar, de ofício ou a requerimento das partes, documentos de repartições públicas, de modo a assegurar às partes o direito de produção de provas, quando demonstrada a impossibilidade de obter essas provas de outro modo.

Evidentemente, é inconcebível que o magistrado fundamente a decisão na ausência de provas, quando a parte requereu a realização dessa prova e, principalmente, quando houve determinação anterior do próprio magistrado para que a prova fosse produzida, como no caso da *Consulente*.

Tem-se, assim, a nulidade da r. sentença. Até porque prova requerida, deferida e, afinal, não produzida é nulidade que contamina a sentença, tornando-a nula⁵.

O entendimento doutrinário é pacífico nesse sentido:

(...) Em contrapartida, o juiz não pode impedir a produção de provas, sob o pretexto de julgar antecipadamente o mérito, e rejeitar a pretensão ou a exceção, por falta de provas, quando a parte requereu a realização dessas provas.

Se a decisão judicial incorrer em cerceamento de defesa, deve ser considerada eivada de nulidade absoluta, já que a violação do direito à prova, por ser corolário das garantias da ação, da defesa e do contraditório, todas instituídas no interesse da ordem pública, resulta na infringência à Constituição. Nesses casos, o Tribunal, por estar diante de *error in procedendo*, deve anular a decisão para que outra seja proferida em seu lugar, não podendo o juízo *ad quem* simplesmente reformar a sentença, pois, desse modo, violaria a cláusula

4. “Art. 399. O juiz requisitará às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição: I – as certidões necessárias à prova das alegações das partes; II – os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta. § 1º Recebidos os autos, o juiz mandará extrair, no prazo máximo e improrrogável de 30 (trinta) dias, certidões ou reproduções fotográficas das peças indicadas pelas partes ou de ofício; findo o prazo, devolverá os autos à repartição de origem. § 2º As repartições públicas poderão fornecer todos os documentos em meio eletrônico conforme disposto em lei, certificando, pelo mesmo meio, que se trata de extrato fiel do que consta em seu banco de dados ou do documento digitalizado.”

5. Sobre o tema já tivemos oportunidade de discorrer com mais vagar em *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 171 e ss.

do *due process of law*, além da garantia do duplo grau de jurisdição. Assim, permite-se que a prova considerada relevante seja produzida no juízo *a quo* para que o magistrado, depois de valorá-la, formando a sua convicção, emita o provimento judicial, o qual, então, estará suscetível ao novo controle recursal.⁶

O caso dos autos também se assemelha às situações nas quais o magistrado julga o feito antecipadamente, reconhecendo a procedência ou improcedência do pedido, diante da ausência de provas. Ainda que tenha havido oitiva das testemunhas em audiência, não se produziu prova fundamental ao deslinde da causa (expedição de ofício ao Banco Santander para comprovar o pagamento dos aluguéis e, conseqüentemente, a existência de relação de locação entre a *Consulente* e o sócio), tão fundamental a ponto de a sentença ter-se pautado justamente na ausência dessa prova específica.

Não é outro o entendimento jurisprudencial sobre a questão aqui exposta, a exemplo da seguinte decisão do E. STJ: “(...) A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que configura-se cerceamento de defesa quando o juiz indefere produção de provas requeridas e, em seguida, julga o pedido improcedente por força, justamente, da insuficiência de provas. Precedentes: AgRg no Ag 388759/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, Data de Publicação em 16/10/2006; AgRg no AREsp 512708/RS, Rel. Min. (...)”.⁷

No mesmo sentido, entendendo pela nulidade da decisão que julgou (antecipadamente ou não) o pedido da parte com fundamento na ausência de prova que foi requerida nos autos, há diversas decisões proferidas pelo E. STJ e por outros Tribunais.⁸

6. Eduardo Cambi. *A prova civil - admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 449-450.

7. STJ, AgRg no REsp 1.454.129/BA, 1.ª T., j. 23.06.2015, rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* 04.08.2015.

8. Como por exemplo: STJ, AgRg no Ag 710.145/SP, 6.ª T., j. 05.06.2014, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, *DJe* 25.06.2014. STJ, AgRg no AREsp 371.238/GO, 2.ª T., j. 03.10.2013, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 14.10.2013. STJ, AgRg no AgRg no REsp 1.280.559/AP, 2.ª T., j. 06.08.2013, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 13.09.2013. STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.334.299/SC, 3.ª T., j. 20.11.2012, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 06.12.2012. STJ, AgRg no AREsp 156.806/ES, 2.ª T., j. 22.05.2012, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 15.06.2012. STJ, REsp 779.160/RS, 2.ª T., j. 22.02.2011, rel. Min.

Ademais, é relevante consignar-se aqui que, apesar de, o que se admite apenas para argumentar, poder eventualmente ter havido preclusão para a parte produzir determinada prova, os poderes do juiz e o convencimento motivado possibilitam que este ordene a sua produção ou permita a realização de atividade consistente na produção da prova pelas partes, não obstante a destempo e a preclusão. Isto é, ainda que houvesse ocorrido a preclusão consumativa, como se entendeu na r. decisão que foi objeto de agravo retido, verifica-se que a expedição de ofícios à instituição financeira era de fundamental importância para a formação do convencimento do magistrado e, portanto, deveria ter ocorrido.

Esse aspecto é frequentemente destacado na jurisprudência⁹, assim como na doutrina:

A preclusão faz com que a parte não mais possa exigir a produção da prova por ela desejada. *Mas não afasta o poder conferido ao juiz de determinar, de ofício, a realização das provas que, a seu ver, possam contribuir para a justiça do provimento a ser por ele proferido.*

Mauro Campbell Marques, *DJe* 28.03.2011. STJ, REsp 1.134.690/PR, 3.ª T., j. 15.02.2011, rel. Min. Massami Uyeda, *DJe* 24.02.2011. STJ, REsp 714.467/PB, 4.ª T., j. 02.09.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 09.09.2010. STJ, REsp 948.289/RJ, 3.ª T., j. 09.12.2008, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 03.02.2009. STJ, REsp 406.862/MG, 3.ª T., j. 08.11.2002, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrichi, *DJ* 07.04.2003.

9. “Processo Civil. Iniciativa probatória do segundo grau de jurisdição por perplexidade diante dos fatos. Mitigação do princípio da demanda. Possibilidade. Ausência de preclusão *pro judicato*. Pedido de reconsideração que não renova prazo recursal contra decisão que indeferiu prova pericial contábil. Desnecessidade de dilação probatória. Provimento do recurso para que o tribunal de justiça prossiga no julgamento da apelação. – Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. – A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. – Não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova, testemunhal e documental, suficientes para o julgamento da demanda, devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas” (STJ, REsp 345.436/SP, 3.ª T., j. 07.03.2002, rel. Min. Nancy Andrichi, *DJ* 13.05.2002).

(...)

Assim, ainda que a parte venha a perder a faculdade de produzir determinada prova, em decorrência da preclusão temporal, pode o juiz ordenar sua realização de ofício, por entende-la necessária à formação de seu convencimento.

(...)

Daí não poder a iniciativa probatória oficial subordinar-se às regras sobre preclusão, ao contrário do que se verifica em relação à revelia e à incontrovérsia fática (arts. 319 e 334 do CPC).

Essa conclusão é aplicável inclusive em segundo grau de jurisdição, podendo o relator do recurso ou a turma julgadora converter o julgamento em diligência, para a produção de determinada prova considerada essencial ao julgamento. Aliás, por força do disposto no art. 515, § 4.º, essa é a providência esperada pelo legislador, que pretende evitar a anulação de decisões em razão de vícios processuais, entre os quais o cerceamento de defesa. Tal solução não implica o fenômeno denominado supressão de instância, pois o juiz já examinou o mérito, considerando suficiente para tanto o conjunto probatório até então existente. Por considerar necessária a produção de outras provas para melhor compreensão da matéria fática, nada obsta ao tribunal determiná-la. (...) ¹⁰ (grifos nossos)

Assim, admite-se que o juiz, por meio de seus poderes instrutórios, determine de ofício, inclusive, a realização de provas para a busca da verdade (art. 130 do CPC), de forma a poder proferir sentença justa e assegurar a igualdade material entre as partes (art. 5º, *caput*, e art. 125, I, do CPC).

É como bem destacam Sérgio Shimura, Anselmo Prieto Alvarez e Nelson Finotti Silva: *“no processo civil moderno o juiz não pode ter mais um papel passivo, de mero convidado de pedra ou espectador que fica no aguardo da produção das provas para a partir daí buscar a verdade dos fatos, como trazida exclusivamente pelas partes”*¹¹

Evidente, portanto, a nulidade da sentença que julgou o pedido de usucapião procedente com fundamento na ausência de provas

10. José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 22; 24; 25.

11. Sérgio Shimura; Anselmo Prieto Alvarez; Nelson Finotti Silva. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013, p. 231.

sobre o pagamento de aluguel, tendo em vista que, nos autos da ação de usucapião, foi realizado pedido expresso de expedição de ofício para a respectiva instituição financeira trazer os extratos que comprovariam o pagamento de aluguel e a continuidade da relação locatícia, assim como foi proferida decisão deferindo a produção dessa prova nos autos da ação de despejo conexa.

4. Da inépcia da petição inicial

Como se sabe, a petição inicial é veículo da demanda, composta basicamente, embora não exclusivamente, do pedido e da causa de pedir (elementos objetivos) e da indicação dos sujeitos (elementos subjetivos).

Consoante bem ressalta Cassio Scarpinella Bueno: “*Por mais que se defenda o princípio da instrumentalidade das formas e o da economia e eficiência processuais, não há como fugir da realidade de que o processo não pode prosseguir, isto é, o Estado-juiz não pode atuar, sem uma escoreta petição inicial que, se não primar pela técnica, pelo menos não cause nenhuma espécie de prejuízo para o exercício da ampla defesa constitucionalmente assegurada, ao réu*”.¹²

De fato, no caso dos autos, ao longo de toda a petição inicial da **ação de usucapião**, é narrada a existência de um suposto **contrato de compra e venda** realizado entre a C e o pai da *Consulente*, conforme se pode extrair do seguinte trecho:

No ano de 1980, por decisão tomada pelo sócio (...), que era Diretor Presidente da sócia F em conjunto com o sócio (...), ficou decidido pela compra do imóvel usucapindo para a autora C. pela F condicionado à manutenção da sociedade entre os sócios (...) e M, esta última filha do Diretor Presidente da sócia F aos outros dois sócios, que tinha prazo de vencimento até 31 março de 1982, o imóvel usucapindo seria transferido para a autora C.

Todavia, o **pedido** que se formula é de **usucapião**:

Seja julgada procedente a presente ação de usucapião comum extraordinária para o fim de ser declarada, por sentença, a propriedade da autora C Comércio e Indústria de Ferro Ltda. sobre todo o imóvel

12. Cassio Scarpinella Bueno. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Procedimento comum: ordinário e sumário. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 122.

registrado na Matrícula n. 14.508, da 5ª Circunscrição Imobiliária de Curitiba, reconhecendo-se a prescrição aquisitiva pelo exercício, da autora, com animus domini e sempre forma mansa, pacífica, contínua, ininterrupta e sem oposição por mais de 30 anos, cuja sentença deverá ser transcrita, por mandato, no competente Cartório de Registro de Imóveis, condenando-se a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios (...).

Isto é, no caso dos autos, resta claro que da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão, hipótese de inépcia da petição inicial (art. 295, parágrafo único, II, do CPC), que deve levar ao seu indeferimento (art. 295, I, do CPC).

Em caso idêntico, o E. Tribunal de Justiça do Paraná entendeu que, diante da existência de contrato de compra e venda, a petição inicial da ação de usucapião deve ser indeferida: *“Apelação Cível. Usucapião. Indeferimento da petição inicial. Pendência de contrato de compromisso de compra e venda entre as partes. Impossibilidade jurídica do pedido e ausência de interesse processual. Posse ad usucapionem não configurada. Exercício possessório não autônomo. Sentença mantida. Recurso não provido”*.¹³

No referido acórdão, aliás, decidiu-se pela ausência de possibilidade jurídica do pedido e de interesse de agir, condições da ação que também não se encontram presentes no caso em questão, conforme se demonstrará nos próximos tópicos.

Ademais, ainda que não se entenda dever ter sido indeferida a inicial da ação de usucapião, o que se admite apenas para argumentar, o modo como se redigiu a inicial pode ser visto e compreendido como indício de má-fé do autor, que pretendia e pretende que a sociedade ficasse com o imóvel onde é sua sede, a qualquer custo, sem ter ele mesmo claro qual seria o fundamento a justificar essa “propriedade”.

5. Da ausência de interesse de agir

Como se verificou no tópico anterior, na petição inicial da ação de usucapião, descreveu-se uma suposta **venda** do imóvel em questão para a empresa C, fato também **confessado** em audiência pelo

13. TJPR, AC 733247-8 – Fazenda Rio Grande, 17.ª Câm. Cível, j. 09.03.2011, rel. Des. Vicente Del Prete Misurelli.

autor e sócio da *Consulente*. Todavia, em vez de ajuizar eventual ação cominatória, pleiteou-se usucapião.

Nesse contexto, para enfrentarmos o quesito formulado pela *Consulente*, além das considerações sobre o comportamento contraditório das partes em juízo e fora dele, primeiramente, faz-se necessário consignar estar ausente o interesse de agir.

Dessa forma, deve-se ter em mente que, para se socorrer do Poder Judiciário, não só é necessário demonstrar a indispensabilidade de fazê-lo para obter o bem da vida tutelado mas também é imprescindível escolher o meio processual adequado e que trará um resultado útil.

Nas palavras de Sérgio Shimura, Anselmo Prieto Alvarez e Nelson Finotti Silva: “*para propor ação, deve o autor, nos termos do art. 3º do CPC, ter interesse processual ou interesse de agir, ou seja, deve demonstrar a necessidade de invocar a tutela jurisdicional, fazendo uso do tipo de tutela adequada ao caso*”.¹⁴ Sobre o assunto, discorrem, com clareza, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini: “*O interesse processual nasce, portanto, da necessidade da tutela jurisdicional do Estado, invocada pelo meio adequado, que determinará o resultado útil pretendido, do ponto de vista processual. (...)*”¹⁵

De acordo com José Carlos Barbosa Moreira,¹⁶ a noção de interesse de agir repousa sobre o binômio utilidade + necessidade. Isso porque, evidentemente, em vista da teoria do direito abstrato da ação, não se pode identificar a ideia de interesse à de lesão. Então, ter-se-ia de entender a noção de interesse numa formulação hipotética com o seguinte sentido: *se houve lesão*, a única forma, útil e necessária, de repará-la é o lançar mão da atuação do Poder Judiciário.

O binômio referido – utilidade e necessidade –, como já tivemos a oportunidade de escrever¹⁷, inclui a ideia de “adequação”,

14. Sérgio Shimura; Anselmo Prieto Alvarez; Nelson Finotti Silva. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2013, p. 73.

15. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, volume 1*. 15. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 190.

16. José Carlos Barbosa Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil, volume 5*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 298.

17. Teresa Arruda Alvim Wambier. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 56-59.

pois, se a via escolhida é *inadequada*, por conseguinte, é *inútil*. Só a via *adequada* há de ser *útil* para que, teoricamente (= se fundado o pedido), possam ser atingidos os objetivos colimados. Ademais, a utilidade, embora deva ser, em princípio, aferida do ponto de vista da vantagem prática, como se disse, há de ser jurídica (jurídica, no sentido de não ilícita). E a necessidade há de ser, sobretudo, atual.

Da íntegra do mesmo acórdão colacionado no tópico que diz respeito à inépcia da petição inicial, que retrata caso de pedido de reconhecimento de usucapião com base em contrato de compra e venda, extrai-se não só o reconhecimento da inépcia da inicial como também da ausência das condições da ação:

No caso é evidente não apenas a ausência dos requisitos para usucapião, o que somente se verificaria no exame do mérito da pretensão, como também a carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido e, inclusive, inexistência de interesse processual.

Note que a recorrente reconheceu de plano que a suposta posse decorre de compromisso de compra e venda do imóvel, ainda não integralmente cumprido. Existe a expectativa de vir a ser proprietária do imóvel, mas esse exercício possessório não é *ad usucapionem*, pois vinculado e dependente do cumprimento de uma obrigação devida ao proprietário.

(...)

Não se olvide, porém, existir entendimentos de que, neste caso, a questão se deslocaria para o mérito da pretensão, restando ao judiciário apenas análise sobre o preenchimento dos requisitos.

Ocorre que, mesmo assim, a carência da ação se confirmaria pela ausência do interesse de agir, o que se acrescenta nesta instância (art. 267, § 3º, CPC), visto que não há necessidade da declaração de domínio pela usucapião, pois ela pode decorrer de eventual pedido adjudicatório em face do cumprimento do contrato; e nem adequação da via eleita, posto que o pedido adjudicatório deve ser veiculado em ação própria, não podendo figurar como causa de pedir da usucapião.¹⁸

No mesmo sentido, também há outras decisões do E. Tribunal de Justiça do Paraná: “*USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA INADIMPLIDO. AUSÊNCIA DE*

18. TJPR, AC 733247-8 – Fazenda Rio Grande, 17.ª Câm. Cível, j. 09.03.2011, rel. Des. Vicente Del Prete Misurelli.

ANIMUS DOMINI. *FALTA DE INTERESSE DE AGIR, ANTE A INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECURSO DESPROVIDO*".¹⁹

É exatamente o que ocorre no caso submetido à nossa apreciação, pois eventual discussão sobre a existência de contrato de compra e venda ou sobre a transferência da propriedade que não foi realizada não pode configurar causa de pedir da usucapião. Isto é, não há interesse de agir da C para o ajuizamento de ação de usucapião.

Outrossim, o comportamento aqui descrito é totalmente contraditório, pois, apesar de descrever contrato de compra e venda, mas ajuizar ação de usucapião, o sócio *Manoel Marques*, em audiência, confessa que houve contrato de compra e venda.

Ainda, o comportamento do sócio *Manoel Marques*, **antes e durante o processo**, constitui-se em nítida **quebra de confiança**, pois sempre existiu relacionamento próximo e de confiança entre este e a *Consulente* (de mais de 30 anos), e, inesperadamente, essa relação foi quebrada pelo sócio com o ajuizamento da ação de usucapião, na tentativa de apropriação de patrimônio particular da sócia M, ora *Consulente*.

Para casos como o presente, nos quais uma das partes não age de boa-fé, frustrando a expectativa da outra em relação a uma conduta leal, quebrando, portanto, a relação de confiança existente e se comportando de forma contraditória, o entendimento é pacífico, no plano da doutrina e da jurisprudência, no âmbito nacional e internacional, no sentido de que esse comportamento deve ser coibido. Além disso, também no âmbito processual, não há espaço para o *venire contra factum proprium*, indício irrefutável de má-fé, como se verá adiante.

6. Da má-fé no âmbito processual e da proibição do comportamento contraditório – “*venire contra factum proprium*”

Para respondermos ao quarto questionamento formulado pela ora *Consulente*, é importante considerarmos as noções de boa-fé e do princípio da confiança, assim como o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

19. TJPR, AC 902222-2 – Sarandi, 18.^a Câmb. Cível, j. 10.10.2012, rel. Des. Carlos Mansur Arida.

O conceito de boa-fé objetiva, como se sabe, tem sua origem no direito alemão, correspondendo ao conceito de *Treu und Glauben* do § 242 do BGB. De lá, expandiu-se para o mundo, penetrando na maior parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais. No Código Civil brasileiro, encontra-se positivada em suas três principais funções.

No art. 113 do CC2002, surge na **função interpretativa** (*Auslegungsfunktion*), atuando como parâmetro interpretativo-integrativo do negócio jurídico e permitindo ao intérprete buscar a vontade objetiva das partes, a qual consiste naquilo que pessoas leais e honestas poderiam razoavelmente pretender com o negócio, como explica, em perfeita síntese, Jan Kropholler²⁰.

No art. 187 do CC2002, a boa-fé objetiva vem consagrada na **função limitadora do exercício de posições jurídicas** (*Schrankenfunktion*) vedando o exercício de posições jurídicas de modo incompatível com a boa-fé objetiva, o fim econômico-social e os bons costumes. A referência à boa-fé objetiva permitiu a renovação da arcaica teoria do abuso do direito, outrora dependente do dolo, ao permitir o reconhecimento de novas formas de abuso²¹ – a rigor: de exercício abusivo de posições jurídicas – como o *venire contra factum proprium* e a *suppressio*, figuras já comuns na prática judicial.

Por fim, a boa-fé objetiva surge, no art. 422 do CC2002, na importante **função criadora de deveres laterais de conduta**, (*pflichtbegründende Funktion*), por meio da qual se promoveu uma profunda alteração na forma de conceber a relação obrigacional, denominada por Karl Larenz e Clovis do Couto e Silva como **relação obrigacional complexa**²².

Por meio dessa função, permite-se ao intérprete criar uma série de deveres de conduta antes, durante e depois do contrato, os quais

20. Jan Kropholler. *Studienkommentar BGB*, 6ª ed., München: Beck, 2003, p. 80. No mesmo sentido, confira-se Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, 1ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 429, e Karina Nunes Fritz, *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*, Curitiba: Juruá, 2008, p. 194-198.

21. Sobre a função limitadora da boa-fé objetiva e as diversas formas de abuso, aperfeiçoadas no direito alemão, confira-se António Menezes Cordeiro, *A boa-fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 719-860; Judith Martins-Costa, op. cit., p. 455-472, e Karina Nunes Fritz, op. cit., p. 160-180.

22. Confira-se Karl Larenz, *Schuldrecht AT*, 14ª ed., München: Beck, 1987, p. 1-14; Clovis do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: FGV, 2006.

são denominados na Alemanha atualmente de “**deveres de consideração**” (*Rücksichtspflichten*), terminologia que sintetiza a essência da boa-fé objetiva: agir com lealdade, tendo consideração pelos interesses do outro²³.

Percebe-se, então, que a **boa-fé objetiva** distingue-se claramente da **boa-fé subjetiva**, já conhecida desde o Código Beviláqua, a qual denota **o estado de consciência** do sujeito de crer operar conforme o direito, enquanto aquela exprime **o dever de agir de modo honesto, leal e probo**. Pode-se dizer que, enquanto a boa-fé subjetiva tutela a **honestidade psicológica** do sujeito, a boa-fé objetiva tutela a **honestidade de comportamento**, algo necessariamente exterior ao agente²⁴.

Como bem coloca Claudia Lima Marques:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.²⁵

Justamente nesse contexto, tem-se a proibição do *venire contra factum proprium*, ou seja, a vedação ao exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Nas palavras de Judith Martins-Costa:

A doutrina define o *venire contra factum proprium* como a tradução do “exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente”. O princípio postula, pois, “dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo”. Por esta definição e pelos requisitos que contém já se vê que duas dificuldades, pelo menos, cercam a sua operatividade. A primeira diz respeito ao seu âmbito de delimitação e a segunda concerne à articulação com a boa-fé objetiva.

23. Sobre o sentido da nova terminologia, confira-se Karina Nunes Fritz, op. cit., p. 201.

24. Karina Nunes Fritz, op. cit., p. 104.

25. Claudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 107.

(...)

O seu fundamento técnico-jurídico – e daí a conexão com a boa-fé objetiva – reside na proteção da confiança da contraparte, a qual se concretiza, neste específico terreno, mediante a configuração dos seguintes elementos, objetivos e subjetivos: *a)* a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; *b)* a adesão da contraparte – porque confiou – neste fato; *c)* o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada; *d)* o fato de ocorrer, em razão de conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.²⁶

E o dever de atuar com boa-fé e lealdade não se dá apenas na seara das relações obrigacionais e societárias mas também na esfera processual, como expressamente previsto no art. 14 do CPC, ao lado tanto da obrigação de expor os fatos em juízo conforme a verdade quanto da exigência de não formular pretensões cientes de que são destituídas de fundamento.

Como bem ressaltam Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, no campo processual, tendo em vista o modelo constitucional de processo e de sua evidente decorrência do devido processo legal, “*a boa-fé induz a adoção de comportamentos que não quebrem a proteção da confiança e que obstem o recorrente comportamento não cooperativo de todos os sujeitos processuais*”, seja dos juízes, seja das partes e dos advogados.²⁷

26. Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 2000, p. 470-471. Confira-se ainda Luciano de Camargo Penteadó e Isabela Maria Lopes Bolotti, enfatizando o objetivo da proteção da confiança “*é garantir uma margem de segurança àqueles que contratam acreditando na boa-fé da outra parte e que, em caso de descumprimento, teriam sua expectativa frustrada bem como possíveis prejuízos devido aos investimentos já realizados por conta da crença em tal conduta*”. *Venire contra factum proprium: uma análise comparativa da utilização da figura pela jurisprudência brasileira e italiana*. Revista de Direito Privado, vol. 61/2015, p. 145-172, jan.-mar., 2015, DRT, 2015, 2324.

27. Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron. *Novo CPC: fundamentação e sistematização – Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 201.

Dessa forma, a relação processual deve ser imbuída de ética. Conforme bem destaca Arruda Alvim:

A alta finalidade pública do processo civil, que consiste na verificação dos fatos ocorridos, como pressupostos da aplicação adequada da lei ao caso concreto (“justa composição da lide”, no dizer de Carnelutti), não pode, é óbvio, prescindir da colaboração ética das partes. Caso contrário, o juiz teria de lutar, em verdade, contra os próprios litigantes que, por sua vez, lutariam violentamente entre si ao arrepio da mais elementar ética.²⁸

No direito brasileiro, os deveres de lealdade de boa-fé, substanciados nos arts. 14 e 17 do CPC, não se constituem em simples imposição moral, mas são exigências coercíveis e sancionáveis, que alcançam todos os sujeitos processuais.

Por isso, bem ressaltam Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa e Fábio Lindoso e Lima que o art. 14 do CPC não destoa da boa-fé objetiva prevista no Código Civil, mas, ao contrário, reitera o seu espírito dentro do processo.²⁹

Além disso, devemos ter em mente as disposições do Novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em março de 2016, principalmente os arts. 5º³⁰, 322, § 2º³¹, e 489, § 3º³², que determinam a observação do princípio da boa-fé na interpretação do pedido e da decisão judicial, respectivamente. No tocante ao Novo Código, ainda vale lembrar que a boa-fé foi adotada como uma das grandes premissas do processo cooperativo, de modo a estabelecer um diálogo transparente entre os sujeitos processuais.

28. Arruda Alvim. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 1975. vol. II. p. 121.

29. Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa; Fábio Lindoso Lima. A contradição externa e interna e o venire contra factum proprium ao juízo. *Revista de Processo*, v. 245/2015, p. 79-118, jul. 2015.

30. “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

31. “Art. 322. O pedido deve ser certo. § 1º Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios. § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.”

32. “§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

Inclusive, a proibição do comportamento contraditório anteriormente referida também se dá no campo processual, como afirmam Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron: “com a adoção da boa-fé como premissa normativa, não haverá mais abertura para comportamentos contraditórios decisórios do juiz (preclusão pro judicato) ou das partes, mediante condutas que não se compatibilizam entre si (preclusão lógica)”.³³

Por fim, importante destacar como a jurisprudência brasileira trata o tema, e a proibição do *venire contra factum proprium* aparece com bastante frequência:

(...) 2. Não pode ser beneficiado aquele que, ainda que em ações diversas, ora atribui a propriedade do mesmo bem imóvel a pessoa jurídica, ora a pessoa natural, conforme o momento que se lhe apresenta mais conveniente, sob pena de compactuar-se com o *venire contra factum proprium*, providência repudiada em nosso ordenamento jurídico. (...).³⁴

(...). Ainda que assim não fosse, é certo que o manejo de demanda judicial, buscando alterar elemento essencial do contrato, sem qualquer justificativa plausível (à luz da teoria da imprevisão), a não ser a vontade de reduzir os custos decorrentes do desenvolvimento de atividade comercial altamente rentável, constitui vedado comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*) por parte da locatária, revelando flagrante inobservância da cláusula geral da boa-fé objetiva. (...).³⁵

(...). Contraditoriamente, após o provimento do recurso especial, o agravante inova e afirma que, “embora o caso seja tratado como “migração” de plano de previdência privada, na verdade a transação havia entre as partes foi o cancelamento de um plano de previdência, com o rompimento do vínculo contratual, e devido resgate de valores”. “O princípio da boa-fé objetiva proíbe que a parte assuma comportamentos contraditórios no desenvolvimento da relação

33. Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron. *Novo CPC: fundamentação e sistematização – Lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 203.

34. STJ, REsp. 1.288.006/SP, 4.^a T., j. 01.10.2013, rel. Min. Raul Araújo, DJe 18.02.2014.

35. STJ, REsp. 1.300.831/PR, 4.^a T., j. 27.03.2014, rel. Min. Marco Buzzi, DJe 30.04.2014.

processual, o que resulta na vedação do *venire contra factum proprium*, aplicável também ao direito processual” (AgRg no REsp 1280482/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 13/04/2012).³⁶

(...). Em nosso ordenamento jurídico, há vedação do comportamento contraditório, consubstanciado na máxima *venire contra factum proprium*. Há, por outro lado, consagração ao princípio da boa-fé objetiva.³⁷

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CAMBIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO DE CRÉDITO. NOTA PROMISSÓRIA. ASSINATURA ESCANEADA. DESCABIMENTO. INVOCAÇÃO DO VÍCIO POR QUEM O DEU CAUSA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS SINTETIZADA NOS BROCARDOS LATINOS “TU QUOQUE” E “VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM”. (...). **4. Caso concreto, porém, em que a assinatura irregular escaneada foi aposta pelo próprio emitente.**

5. Vício que não pode ser invocado por quem lhe deu causa.

6. Aplicação da “teoria dos atos próprios”, como concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos latinos “tu quoque” e “venire contra factum proprium”, segundo a qual ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. (...).³⁸ (grifos nossos)

LOTEAMENTO. MUNICÍPIO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO CONTRATO. BOA-FÉ. ATOS PRÓPRIOS. TENDO O MUNICÍPIO CELEBRADO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTE LOCALIZADO EM IMÓVEL DE SUA PROPRIEDADE, DESCABE O PEDIDO DE ANULAÇÃO DOS ATOS, SE POSSÍVEL A REGULARIZAÇÃO DO LOTEAMENTO QUE ELE MESMO ESTÁ PROMOVENDO. Art. 40 DA LEI 6.766/79. A TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS IMPEDE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA RETORNE SOBRE OS PRÓPRIOS PASSOS, PREJUDICANDO OS TERCEIROS

36. STJ, AgRg no REsp. 1.330.765/RS, 4.^a T., j. 25.02.2014, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 05.03.2014.

37. STJ, REsp. 1.046.453/RJ, 4.^a T., j. 25.06.2013, rel. Min. Raul Araújo, DJe 01.07.2013.

38. STJ, REsp. 1.192.678/PR, 3.^a T., j. 13.11.2012, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 26.11.2012.

QUE CONFIARAM NA REGULARIDADE DE SEU PROCEDIMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO.³⁹

E é exatamente essa conduta que se verifica no caso em tela, em que o sócio *Manoel Marques* se comporta de forma contraditória, em nome da empresa, ora pleiteando usucapião, ora afirmando que houve contrato de compra e venda.

7. Da relação de confiança entre as partes

Além dos aspectos processuais que o presente caso envolve, expostos anteriormente, há ainda várias questões de direito material que precisam ser analisadas conjunta e sistematicamente para que se possa, ao cabo, responder adequadamente à consulta, que consiste, entre outros pontos, em saber se pode a empresa *C* usucapir o imóvel locado de sua própria sócia, detentora de 50% do capital social.

Inicialmente, é necessária uma rápida incursão na relação existente entre as partes, **pois não se trata aqui de uma simples relação locatícia, onde locador e locatário mal se conhecem, em que o primeiro simplesmente negligencia a defesa de sua propriedade, permitindo, por inércia, que o segundo a possua como se dono fosse durante mais de trinta anos.**

Não é disso que se trata. Aqui se trata de uma situação complexa, da qual a **relação locatícia**, ora questionada, é apenas um **desdobramento**, que só se justifica e se compreende em decorrência de uma relação de confiança mais ampla e profunda. De fato, a primeira relação existente entre as partes é uma **relação de confiança pessoal**, pois o sócio *Manoel Marques* era braço direito do falecido pai de *M* que lhe confiou a missão de zelar e administrar o patrimônio da filha.

É o próprio sócio quem reconhece expressamente, em seu depoimento (fl. 434 - mov. 148.1), o encargo assumido, ao afirmar que *Manoel Neves*, o pai, o procurou para “casar socialmente” com *M* e protegê-la. A *Cruzeiro Forte* nasceu, portanto, como uma empresa familiar, formada com 80% do capital nas mãos da família

39. STJ, REsp. 141.879/SP, 4.^a T., j. 17.03.1998, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 22.06.1998.

Neves, fundada na confiança depositada pela família no sócio *Ma-noel Marques*⁴⁰.

Os sócios *M* e o sócio desenvolveram a partir daí profunda relação de confiança e amizade. **Inúmeras provas objetivas dessa confiança constam dos autos.** A maior, sem dúvida, foi a entrega, por *M*, da administração da empresa ao sócio, que aprendeu com o pai (dela) o ofício de gerenciar uma sociedade.

A nomeação, em testamento público, do sócio e amigo “como administrador de todo o seu patrimônio até que o único filho atingisse a maioridade é outra prova material do profundo grau de confiança existente entre as partes. Da mesma forma, o compadrio existente entre ambos (*M* é madrinha de batismo do filho do sócio), vínculo espiritual e moral pelo qual as pessoas se transformam em parentes. O próprio contrato de locação, com todas as suas vicissitudes, só se entende a partir dessa relação de confiança, como será demonstrado”.

Mas não só uma confiança pessoal e subjetiva une as partes. *M* e o sócio estão ligados por **relações jurídicas de confiança**, como são concebidas na dogmática moderna as **relações jurídicas de trato duradouro**, das quais são exemplos a relação societária e a locatícia.

Relações jurídicas duradouras (*Dauerschuldverhältnisse*), conforme esclarece Dirk Olzen, são aquelas que não se esgotam com um ato único de adimplemento, como uma simples operação de compra e venda, mas, ao contrário, dilatam-se no tempo, gerando

40. O STJ já reconheceu, em diversos acórdãos, a importância e o significado da confiança para a constituição e o funcionamento da empresa, como se depreende do EREsp. 111.294/PR, em que se lê: “A companhia envolve um grupo familiar, que ao início era evidentemente menor. Foi aumentando com a entrada de filhos, genros, netos. Embora sociedade anônima, aí sem dúvida imperou para a sua constituição o aspecto pessoal, a confiança, até mesmo predominante sobre o caráter capitalista a que deram tanta ênfase os réus em sua contestação. Quem se atém à leitura dos atos constitutivos e demais documentos inerentes à formação da companhia em tela convence-se logo de que para a sua formação foi imperante e decisivo o aspecto pessoal e familiar dos sócios. Ou seja, a confiança, então imperante. Este elemento não encontra outra designação a não ser *affectio societatis*” (STJ, EREsp. 111.294/PR, 2.^a S., j. 28.06.2006, rel. Min. Castro Filho, DJ 10.09.2007).

permanentemente novos direitos e obrigações para as partes e exigindo necessariamente uma intensa cooperação e confiança entre elas⁴¹.

A par de suas diferenças essenciais, que se refletem em natureza e regimes jurídicos distintos, as relações societária e locatícia têm em comum três elementos fundamentais: **temporal, espiritual** (cooperação e confiança) e **jurídico**, traduzido na contínua criação de novos deveres de prestação e de consideração entre as partes, embora seja certo que o grau de cooperação exigido em ambas seja evidentemente distinto, diante de sua maior intensidade na relação societária, o que se justifica em razão do **fim social comum**, buscado pelas partes⁴².

Não por outra razão, a doutrina societária moderna entende as sociedades – e, em sentido amplo, as associações – como organizações finalísticas marcadas pela cooperação entre dois ou mais sujeitos visando à consecução de certos fins comuns⁴³. Ambas – como, de resto, qualquer relação jurídica – são orientadas pelo **mandamento ético-jurídico da lealdade e consideração**, essência do **princípio da boa-fé objetiva**, pilar estrutural do direito privado contemporâneo.

Nesse caso concreto, marcado por uma complexa relação de confiança, de substrato pessoal e jurídico, entre as partes, a boa-fé objetiva é chamada a atuar em todas as suas nuances, como se verá. Entretanto, é na função de fonte de deveres jurídicos – e, portanto, vinculantes! – que a boa-fé objetiva se faz mais visível.

Isso porque ela se faz presente tanto na relação obrigacional societária quanto na locatícia, impondo diversos **deveres anexos**,

41. Dirk Olzen, *Staudinger Kommentar zum BGB*, § 241, Berlin: de Gruyter, 2009, p. 227-228.

42. Dirk Olzen, op. cit., p. 229. No mesmo sentido Marcelo Vieira Von Adamek, *Abuso de minoria em direito societário*, Tese de Doutorado apresentada na USP em 2010 sob a orientação do Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, em que afirma: “A sociedade é, pouco importa o tipo societário escolhido, um contrato (CC, art. 981), ao qual se aplicam os princípios gerais de direito contratual, e, se em toda relação obrigacional há deveres de lealdade, estes também se fazem presentes na relação jurídica societária, de forma exponenciada, dada a comunhão de escopos que marca a relação de cooperação entre as partes”. Op. cit., p. 137.

43. Confira-se, entre outros, Marcelo Vieira Von Adamek, op. cit., p. 79-80.

como o de lealdade, informação, colaboração e consideração pelos interesses da contraparte, os quais foram **violados** pelo sócio-administrador, *Manoel Marques*, **tanto na relação societária quanto na relação locatícia.**

Antecipando conclusões, pode-se dizer que a pretensão da empresa C, de usucapir o imóvel de sua própria sócia-fundadora, revela-se inviável sob diversas perspectivas:

(1) primeiro, sob a perspectiva do direito real, porque **ausente o animus domini** indispensável à posse *ad usucapionem*, uma vez que a empresa tem, desde o início, posse baseada em contrato de locação e, portanto, ciente do domínio alheio;

(2) segundo, porque **não houve transmutação do caráter originário da posse**, uma vez que não surgiu nenhuma nova *causa possessionis*, tendo, ao contrário, prorrogado tacitamente o contrato de locação com a permanência da empresa locatária no imóvel;

(3) terceiro, sob a perspectiva do direito societário, porque a pretensão usucapienda constitui **ato atentatório à esfera patrimonial do sócio**, vedado pelo dever de **lealdade incidente na situação jurídico-societária.**

Para facilitar a exposição, inicia-se por expor a relação de confiança entre as partes estabelecida – não exclusivamente mas também – em virtude do vínculo societário, visto que este constitui a base e a razão da existência do próprio contrato de locação, o qual só se pode compreender em sua plenitude, no contexto da relação de confiança existente entre os contratantes.

8. Da ofensa ao dever de lealdade societário

Ninguém desconhece que as sociedades podem ser definidas como organizações associativas criadas para a consecução de determinados fins comuns, embora o art. 966 de CC2002, na esteira da doutrina italiana, a defina a partir do conceito de empresário como atividade econômica organizada e exercida profissionalmente com vistas à produção ou à circulação de bens e serviços⁴⁴.

44. Entre os civilistas, confira-se Tepedino, Barbosa, Bodin de Moraes, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 5.

O primeiro conceito, contudo, tem a vantagem de pôr em relevo um elemento indispensável à sociedade, qual seja, a **cooperação** que deve existir entre as partes para o alcance do **fim social**, que tanto pode ser entendido como a **atividade** à qual a organização societária se dedica quanto como a **finalidade** da empresa, isto é, produção e partilha dos resultados da atividade social entre seus membros⁴⁵.

O simples fato de determinadas pessoas se associarem para trabalhar em prol de um fim comum pressupõe a existência de uma **relação de confiança** entre elas. Essa confiança não tem aqui qualquer conotação subjetiva, mas exclusivamente objetiva, no sentido de que as partes têm razões fundadas para confiar em alguém, ou seja, podem legitimamente confiar.

Por isso, a doutrina societária mais atualizada ressalta a importância da **cooperação** e **confiança** existente entre os sócios, que se materializam não apenas na busca pelo fim comum da sociedade (**fim social**)⁴⁶ mas, sobretudo, na observância de **deveres laterais de conduta** entre os sócios e a sociedade.

Entre os principais deveres decorrentes da incidência da boa-fé objetiva no âmbito da relação societária destaca-se o **dever de lealdade**⁴⁷. Tão importante é a importância atribuída atualmente ao dever de lealdade na relação societária que a doutrina mais atualizada o aponta como um dos **princípios estruturais** do regime jurídico societário contemporâneo, ao lado do princípio da igualdade de tratamento (*Gleichbehandlungsgrundsatz*)⁴⁸.

45. Marcelo Vieira Von Adamek, op. cit., p. 80.

46. Confira-se, a respeito, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França e Marcelo Vieira Von Adamek, "Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social", in: *Direito societário contemporâneo*, vol. 1, coord. Erasmo Valladão A. e N. França, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 156 e seguintes.

47. Nesse sentido: Lutz Michalski, *Treuepflichten persönlich haftender Gesellschafter*, in: NZG 1998, p. 460; Dirk Looschelders e Dirk Olzen, *Staudinger Kommentar zum BGB*, § 242, p. 610.

48. Acerca dos atuais princípios norteadores do direito societário moderno confira-se, entre outros, Marcelo Vieira Von Adamek, op. cit., p. 86. No direito alemão, veja-se, sobretudo, Herbert Wiedemann, *Gesellschaftsrecht I*, München: Beck, 1980; Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Köln: Carl Heymanns, 2002; Meinrad Dreher, *Die gesellschaftliche Treuepflicht bei der GmbH*, in: DStR 1993, p. 1632-1636.

A dogmática societária alemã – na qual o tema tem sido melhor desenvolvido, com apoio no mandamento da *Treu und Glauben* (boa-fé objetiva) – é unânime ao afirmar que o dever de lealdade (*Treuepflicht*) existe em qualquer tipo de organização social, desde as sociedades limitadas até as sociedades anônimas⁴⁹.

Como explica Meinrad Dreher, em específico estudo sobre o dever de lealdade nas sociedades de responsabilidade limitadas, a **posição jurídica de sócio** estabelece uma relação jurídica não só entre os sócios mas também entre eles e a sociedade⁵⁰.

O dever de lealdade incide em ambos os vínculos jurídicos, vinculando, numa via de mão dupla, tanto os sócios perante a sociedade como os sócios entre si, estendendo-se, inclusive, aos que não mais fazem parte da sociedade, situação em que adquire a natureza jurídica de dever pós-contratual⁵¹.

Por isso, diz Karsten Schmidt ter o dever societário de lealdade uma dupla orientação protetiva, visto que tutela não somente os **interesses da sociedade** mas também os **interesses societários dos sócios**⁵².

Longe de ser uma fórmula vazia ou meramente retórica, o dever de lealdade, tal como os demais deveres decorrentes da boa-fé objetiva, tem seu **conteúdo** (*Inhalt*) e sua **extensão** (*Umfang*) concretizados de acordo com as circunstâncias do caso concreto, o que significa dizer, na situação jurídico-societária, de acordo com a **forma societária**, ou melhor, com a **estrutura real** adotada pela sociedade⁵³.

49. Dirk Looschelders e Dirk Olzen, op. cit., p. 611. No mesmo sentido, Marcelo Vieira Von Adamek, op. cit., p. 93, em que se lê: “O dever de lealdade existe em todas as sociedades. Inicialmente, foi reconhecido nas sociedades de pessoas, nas quais a vinculação pessoal dos sócios é de regra mais intensa. No entanto, a sua consagração nas sociedades limitada e anônimas foi fruto de um progressivo desenvolvimento”.

50. Op. cit., p. 1632.

51. Confira-se Lutz Michalski, op. cit., p. 460. Entre as decisões da Corte infraconstitucional alemã (BGH) nesse sentido, confira-se BGH DB 1968, 39.

52. *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2, § 105, München: Beck, 2006, p. 74. Apud: Marcelo Vieira Von Adamek, op. cit., p. 96.

53. Meinrad Dreher, op. cit., p. 1632.

O dever de lealdade dos sócios para com a sociedade impõe o comando de **zelar pelos interesses da sociedade**, devendo não só se abster de tudo o que possa frustrar ou comprometer o fim social mas também **fomentar o alcance da finalidade social**.

Em razão do **dever de fomento do fim social** (*Förderpflicht zur Erreichung des Gesellschaftszwecks*)⁵⁴, deduzido do vínculo de lealdade para com a sociedade, exige-se dos sócios que coloquem o interesse social acima de seus próprios interesses individuais, embora estes, por certo, também devam ser considerados.

O dever de lealdade dos sócios entre si, por outro lado, implica, principalmente, abster-se de tudo o que possa prejudicar os interesses legítimos dos demais sócios, protegendo seus interesses legítimos contra violações desleais perpetradas pela sociedade ou pelos outros sócios⁵⁵.

O dever de lealdade vale para todos⁵⁶, em especial para os que têm poder de decisão e/ou administração. Dessa forma, o **sócio-administrador** está mais adstrito a seu cumprimento do que aquele que não participa da gestão da sociedade⁵⁷.

54. Dirk Looschelders e Dirk Olzen, op. cit., p. 612.

55. Confira-se Meinrad Dreher, op. cit., p. 1632. No direito brasileiro, Antônio Caeiro afirma que “o dever de fidelidade obriga os participantes a absterem-se de todo e qualquer comportamento que possa prejudicar os interesses da comunhão ou os interesses dos participantes, compreendidos no escopo comum, e, além disso, a prosseguirem estes interesses no domínio da atividade exercida pela comunhão”. *A exclusão estatutária do direito de voto nas sociedades por quotas*, in: Temas de direito societário, coord. Marcelo Vieira von Adamek, Malheiros, p. 73. Apud: Marcelo Vieira Von Adamek, op. cit., p. 100.

56. Uma das provas de que a lealdade a todos se vincula é o chamado “dever positivo de voto” (*positive Stimmungspflicht*), desenvolvido pela jurisprudência alemã para controlar o exercício abusivo do direito de voto. Por esse mecanismo, impõe-se aos sócios minoritários, em determinadas situações, com base no mandamento da lealdade, o dever de votar favoravelmente em deliberações de premente interesse da sociedade. Confira-se, a respeito, Dirk Looschelders e Dirk Olzen, op. cit., p. 614, e a excelente tese de doutorado de Marcelo Vieira Von Adamek, aqui também já citada.

57. Nesse sentido, afirma Marcelo Vieira Von Adamek: “O dever societário de lealdade impregna toda a relação jurídica societária, mas também antes e depois dela, nas fases pré e pós-contratual. Prevalece não apenas

Isso se justifica devido à posição ocupada, de administrador do patrimônio alheio ou comum, a qual lhe confere competências e poderes jurídicos, cujo exercício afeta diretamente a esfera jurídica da sociedade e dos demais sócios⁵⁸. É a **possibilidade de interferência sobre a esfera jurídica alheia** que justifica o dever mais intenso do sócio-administrador de exercer tais poderes **no interesse da empresa, sempre levando em consideração, contudo, os interesses legítimos dos demais**⁵⁹.

No caso concreto, a infração do dever societário de lealdade constata-se em dois planos. Primeiro, no plano vertical, pela **societade**, uma vez que a pretensão de usucapir o imóvel da sócia, ora *Consulente*, constitui **violação desleal na esfera jurídico-patrimonial** da detentora de 50% do capital social, pois afronta a ideia mais elementar da boa-fé objetiva que uma empresa possua com ânimo de dono do imóvel locado, durante mais de trinta anos, de um de seus membros!

No plano horizontal, a violação ao dever de lealdade foi perpetrada sistematicamente pelo **sócio-administrador**, que, abusando da relação de confiança (pessoal e jurídica) estabelecida com a sócia e seu pai, bem como dos poderes de administrador da sociedade, tomou uma série de medidas contrárias aos interesses legítimos dela, prejudicando consideravelmente seus interesses patrimoniais.

em sociedades sujeitas ao princípio majoritário, mas igualmente se faz presente em sociedades em que a unanimidade é exigida. Além disso, numa sociedade composta por duas pessoas, deve ser exigido um grau mais elevado de espírito de cooperação e consideração para com o interesse do outro, do que numa multiplicidade de membros. O sócio-administrador obriga-se mais do que o não-administrador. Também é diferente o que se exige do controlador e do minoritário: 'o sócio controlador deve levar em conta os interesses da minoria nas deliberações que, com sua maioria de voto, puder aprovar. Por outro lado, não devem os sócios minoritários bloquear decisões majoritárias sem razão suficiente'. Op. cit., p. 102-103, sem grifos no original.

58. Marcelo Vieira Von Adamek, op. cit., p. 137.

59. Marcelo Vieira Von Adamek, op. cit., p. 101. O poder de gerência do sócio-administrador é apontado por Mainrad Dreher como um típico exemplo dos chamados "direitos societários em interesse alheio" (*uneigennützige Mitgliedschaftsrechte*), cuja terminologia bem revela sua funcionalidade direcionada ao alcance do fim social e, em segundo lugar, dos interesses próprios dos sócios. Op. cit., p. 1633.

De outra forma não podem ser entendidos o pagamento im-pontual dos aluguéis, a retirada indevida de dinheiro da sociedade, a dilapidação do patrimônio social, a recusa de prestação de contas, bem como a sonegação de informações e documentos, sobretudo contábeis, a fim de impedir ou dificultar o controle e a fiscalização de seus atos de gestão pela sócia *M*, o que deu origem ao processo de prestação de contas (Proc. 0036365-15.2012.8.16.0001), em trâmite na 21ª Vara Cível de Curitiba.

Se fosse verdade ter a *C* comprado o imóvel da *Consulente*, como alega – depois de trinta anos de locação! – o sócio-administrador, o que se admite apenas *ad argumentandum*, **deveria este ter tomado todas as medidas necessárias para a regularização do imóvel por força do vínculo jurídico de lealdade que o une à empresa e lhe impõe o dever de zelar pelo interesse social**. Mas não o fez. Ao contrário, permaneceu inerte durante mais de três décadas, o que só demonstra que, a bem da verdade, tal aquisição nunca existiu.

O que se percebe aqui é uma tentativa desleal e ilegal do sócio-administrador – agindo no suposto interesse da empresa – de **se apropriar indevidamente, depois de mais de 30 anos de locação inquestionada e sem qualquer causa ou título jurídico que o justifique, da parcela mais vultosa do patrimônio particular de sua sócia-fundadora**, consistente no imóvel locado, cujo valor de mercado beira a casa dos 9 milhões de reais!

O **dever societário de lealdade**, embora não explicitamente previsto no direito nacional, pode ser **deduzido da interpretação sistemática de diversos dispositivos jurídicos societários**, que nada mais são que manifestações desse dever, especialmente dos arts. 422 e 187 do CC2002, de forma que sua aplicabilidade há de se dar tal como no direito alemão, consoante salienta Marcelo Vieira de Adamek⁶⁰.

Doutrina e jurisprudência o reconhecem pacificamente, sobretudo vedando ao sócio agir sem levar em consideração **os interesses sociais e dos outros sócios**, como bem destacado pelo STJ em caso envolvendo sociedade anônima:

(...). No atual cenário da economia nacional e internacional, altamente dependente da saúde financeira do setor empresarial, a eticidade

60. Op. cit., p. 142. Para o autor, o dever de lealdade integra a ordem legal não escrita, sendo parte integrante cogente de qualquer ética jurídica coletiva, como diz Herbert Wiedemann. Op. cit., p. 136.

nas relações *interna corporis* das companhias é bem jurídico igualmente digno de tutela, por meio do estímulo à segurança e à transparência das operações financeiras. Por tais motivos, urge aplicar-se o princípio da confiança, a fim de resguardar a boa-fé dos sócios minoritários, bem como de toda a comunidade, diante de eventuais situações jurídicas geradas por um comportamento desleal dos administradores e sócios-controladores das pessoas jurídicas. (...).⁶¹

Do exposto, conclui-se que a pretensão da empresa – a rigor, do sócio-administrador – de se apropriar do imóvel de sua sócia-fundadora, após mais de trinta anos de locação nunca antes questionada, representa **grave atentado, por parte da empresa, ao patrimônio pessoal da sócia, vedado pelo dever de lealdade**, decorrente da boa-fé objetiva do art. 422 do CC2002, no âmbito de relação jurídico-societária.

Deve-se ressaltar que, ainda que, em tese, preenchidos os pressupostos da *usucapio* – o que, de fato, não ocorre, como adiante será demonstrado –, a pretensão estaria maculada pela abusividade, nos termos do art. 187 do CC2002, tendo em vista que seu exercício contraria o dever de lealdade, decorrente da boa-fé objetiva.

9. Dos requisitos da usucapião

Além de consistir grave violação ao dever de lealdade, vigente no direito societário, a pretensão da empresa de usucapir o imóvel locado, por mais de trinta anos, de sua sócia-fundadora também merece ser afastada sob a ótica do direito das coisas e dos contratos.

Como se demonstrará a seguir, incabível cogitar-se de usucapião nesse caso concreto pelas seguintes razões: (i) **inexistência de posse com animus domini**, uma vez que a empresa tem plena ciência de que o imóvel pertence a sua sócia, tanto que celebrou por escrito o respectivo instrumento contratual ao longo de uma década, o qual, por fim, se prorrogou tacitamente em decorrência de sua permanência no imóvel; (2) **impossibilidade de transmutação do caráter da posse**, visto que a mera impontualidade ou suspensão do pagamento, bem como o pagamento das despesas do imóvel (ex.: IPTU), não inverte automaticamente a qualidade da posse do locador. Senão, vejamos.

61. STJ, REsp 1.130.103/RJ, 2.^a T., j. 19.08.2010, rel. Min. Castro Meira, DJe 30.08.2010.

A usucapião, como sabido, é uma das formas de aquisição da propriedade de bens móveis ou imóveis em razão da posse continuada, com ânimo de dono, durante certo lapso de tempo, desde que preenchidos outros requisitos exigidos por lei, característicos das diversas modalidades da figura.

Sua finalidade principal consiste em sanar vícios no processo de aquisição dominial, conferindo segurança jurídica ao domínio, embora, no Brasil, se apresente também como instrumento de justiça social, viabilizando o acesso à terra aos menos favorecidos⁶².

Da definição emergem os dois **requisitos essenciais**, comuns a todas as modalidades do instituto: **posse** e **decorso do tempo**. A esses somam-se requisitos específicos, fixados em lei para cada espécie de usucapião, sendo as duas espécies principais a ordinária e a extraordinária.

Enquanto a usucapião extraordinária requer, nos termos do art. 1.238 do CC2002, apenas o concurso dos requisitos essenciais, a lei exige justo título e boa-fé para a caracterização da usucapião ordinária, prevista nos art. 1.242 do CC2002.

Conforme doutrina mansa e pacífica, a posse *ad usucapionem* é uma **posse qualificada**⁶³, distinta da posse *ad interdicta* tutelada no art. 1.196 do CC2002, porque precisa ser exercida com *animus domini*, contínua e pacificamente, sem oposição do proprietário durante todo o período aquisitivo.

O *animus domini*, como a própria terminologia revela, exprime a **convicção do possuidor de ter a coisa como sua** desde o momento em que se apossa do bem. Para caracterizar o *animus domini*, contudo, não basta que o possuidor tenha a **vontade** de ter o domínio da

62. A doutrina aponta como modalidades de usucapião de bem imóvel: usucapião ordinária (art. 1.242 do CC2002); usucapião extraordinária (art. 1.238 do CC2002); usucapião constitucional rural ou pró-labore (art. 191, *caput*, da CF/1988, art. 1.239 do CC2002 e art. 4, inc. II, da Lei 4.504/1964); usucapião constitucional urbana (art. 183 da CF/1988, art. 1.240 do CC2002 e art. 9 da Lei 10.257/2001); usucapião especial urbana coletiva (art. 10 da Lei 10.257/2001); e usucapião indígena (art. 33 da Lei 6.001/1973). Confira-se, entre outros, Flávio Tartuce, *Manual de direito civil*, São Paulo: Método, 2011, p. 825-836.

63. Nesse sentido: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil anotado*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2003, p. 598.

coisa, sendo imprescindível que essa vontade se ampare em uma **causa legítima**, a chamada *causa possessionis*⁶⁴.

Nem poderia ser diferente, pois **só pode crer possuir como dono quem objetivamente tem razão para tanto**, ainda que baseado em erro. Dito em outras palavras: é preciso verificar a causa da posse, perquirir a que título o possuidor exerce sua posse, pois, a toda evidência, nem todo título sustenta a convicção de ser dono.

Se a posse decorre de título (causa) que obriga o possuidor à restituição da coisa, não pode o este possuir com ânimo de dono, pois tem ciência, *ab initio*, de que a coisa não lhe pertence e que só possui o poder de fato imediato sobre ela, permanecendo a posse indireta e os demais poderes dominiais enfeixados nas mãos do proprietário.

É o caso do locatário, usufrutuário, comodatário e do credor pignoratício, que recebem a posse direta de negócio jurídico, que implica o reconhecimento da titularidade do domínio pelo possuidor indireto ou, pelo menos, o reconhecimento de que a coisa pertence a outrem, pois assumem a obrigação de restituição.

Além disso, a posse *ad usucapionem* ainda precisa ser contínua, mansa e pacífica. Isto é, precisa manter-se ininterrupta e sem oposição pelo proprietário durante o lapso temporal exigido em lei⁶⁵.

64. Confira-se, entre outros, Nelson Luiz Pinto: “Segundo Caio Mário da Silva Pereira, este requisito psíquico é essencial, porque é o que permite o *animus rem sibi habendi*, excluindo todo contato físico com a coisa que não se faça acompanhar dele, como é o caso do detentor, já que lhe falta vontade de ter a coisa para si. O mesmo se diga com relação ao locatário, ao usufrutuário e ao credor pignoratício, que possuem a coisa com base num título que os obriga à restituição da mesma. Embora seja importante, a nosso ver, o elemento assim chamado psíquico, quer-nos parecer que não se constitua efetivamente em traço característico, mas mera decorrência da causa da posse. Portanto, com razão Orlando Gomes e Lenine Nequetem, quando asseveram que para caracterizar-se o *animus domini* não basta somente a vontade (do contrário, admitir-se-ia, assim, para o ladrão que sabe que a coisa não lhe pertence), sendo o elemento característico e identificador da posse *ad usucapiem*, a *causa possessionis*, ou, o título em virtude do qual se exerce a posse. Logo, se a posse se funda em contrato, não há que se falar em *animus rem sibi habendi*, salvo se houver, posteriormente, inversão da causa de possuir”. *Usucapião – alguns aspectos de direito material*, in: RT 681/1992, p. 49-65. Versão on-line disponível em www.revistadotribunais.com.br, p. 6.

65. Nesse sentido: Orlando Gomes, *Direitos reais*, atualizador: Luiz Edson Fachin, 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 189-190; Tepedino,

A ausência de uma dessas características impede a configuração da posse *ad usucapionem*, tornando o fato da posse inábil a legitimar a aquisição da propriedade por usucapião. É o que ocorre no presente caso.

10. Da ausência de *animus domini*

a) *Da locação como causa possessionis*

De fato, do exposto não é difícil concluir pela ausência de posse *ad usucapionem* no caso concreto. Primeiro, porque a posse baseia-se em contrato locatício, ao qual é inerente a ciência do domínio alheio. Segundo, porque a posse não foi pacífica.

Com efeito, está provado nos autos que a **causa da posse** da C é um **contrato de locação**, ainda em vigor. De fato, em **1982**, após a constituição da sociedade, foi celebrado o primeiro Contrato de Locação do imóvel em litígio para fins comerciais, no qual a sócia, ora *Consulente* consta – e a empresa locatária expressamente o reconhece! – como **proprietária e locadora do imóvel** herdado da mãe.

Isso significa: a posse iniciou-se como **posse direta, derivada de relação locatícia**, por meio da qual a *Consulente* obrigou-se a colocar à disposição da empresa a área de 5.000 m² – cujo valor de mercado é de cerca de R\$ 9 milhões – em troca do pagamento de aluguéis e da devolução do imóvel, quando encerrada a relação jurídica locatícia. Vencido o prazo contratual, seguiram-se mais duas renovações por escrito e com prazo determinado em **1987 e 1990**.

Uma análise detida dos instrumentos – principalmente da última versão – sob a ótica da **interpretação normativa do contrato**, calcada na **boa-fé objetiva**, nos termos do art. 113 do CC2002, que impõe ao intérprete buscar não a vontade subjetiva (psicológica) das partes, mas a **vontade objetivada**, ou seja, aquilo que contratantes leais e honestos poderiam legitimamente pretender com o contrato⁶⁶, muito revela sobre a relação locatícia em questão.

Com efeito, afora os elementos essenciais do negócio – consentimento, objeto e preço –, constam expressamente várias obrigações da empresa locatária, tais como:

Barbosa e Bodin, op. cit., p. 521; Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, op. cit., p. 598.

66. Nesse sentido: Jan Kropholler, *Studienkommentar BGB*, 6ª. ed., München: Beck, 2003, p. 80.

a) dever de pagar quaisquer taxas ou impostos relacionados ao imóvel, tais como taxas de consumo de água, saneamento, serviços municipais, IPTU e seguro contra incêndio (Cláusula V);

b) dever de não ceder ou sublocar o imóvel, a ser usado unicamente para fins comerciais pela locatária (Cláusula VI);

c) dever de conservação do imóvel, pelo qual a locatária fica obrigada a manter o imóvel, incluindo seus aparelhos, acessórios e pertences em perfeitas condições de funcionamento, sem que lhe assista direito de retenção ou indenização por quaisquer benfeitorias, ainda que necessárias, as quais consideram-se incorporadas ao imóvel (Cláusula VII);

d) proibição de fazer qualquer obra ou benfeitoria no imóvel sem autorização por escrito da locadora (Cláusula VIII);

e) dever de contratar seguro contra fogo e de entregar a referida apólice e suas posteriores renovações à proprietária, sob pena de rescisão automática do contrato (Cláusula IX);

f) dever de entregar à locadora, proprietária do imóvel, dentro de 48 horas, quaisquer intimações recebidas de autoridades federais, estaduais e municipais e, dentro de 72 horas, quaisquer taxas ou impostos entregues no imóvel, sob pena de responsabilidade, bem como permitir vistoria no imóvel a qualquer tempo (Cláusula XI);

g) dever de devolver o imóvel, após extinção da locação (Cláusula XIII);

h) dever de pagar multa moratória por atraso no pagamento dos aluguéis e encargos locatícios (Cláusula XV);

i) dever de arcar com as despesas de legalização do contrato de locação (Cláusula XVIII).

Salta aos olhos, inicialmente, o **amplo programa obrigacional** fixado entre as partes, em especial a **carga de obrigações** assumidas pela empresa locatária - o qual, a bem da verdade, não destoa da prática do mercado locativo, uma vez que a própria Lei de Locação (Lei 8.245/1991) prevê um rol extenso de obrigações do locatário de imóvel urbano no art. 23, o qual, em regra, é ampliado consideravelmente mediante a atribuição ao locatário de deveres (dispositivos) a princípio impostos ao locador no art. 22, do qual constitui típico exemplo a obrigação de arcar com o pagamento de impostos e taxas (art. 22, inc. VII).

Isso mostra, de forma inequívoca, que todas as despesas do imóvel, inclusive IPTU, suportadas pela empresa locatária e possuidora direta constituem **obrigações derivadas da relação locatícia estabelecida, e não em decorrência de posse com animus domini**, como sustenta a empresa no afã de usucapir ilegalmente a propriedade de sua própria sócia, em clara represália às ações de prestação de contas por ela movida.

O programa obrigacional revela ainda, de forma clara, a **reserva e o exercício dos poderes dominiais** pela sócia, ora *Consulente*, controlando e fiscalizando o uso do imóvel pela locatária, como o demonstram, entre outras, as exigências de manutenção, conservação e vistoria do bem; de uso estrito do imóvel conforme o contrato, isto é, para fim exclusivo de indústria não poluente; de entrega de intimações e boletos de impostos/tributos, apólice de seguro contra incêndio e, principalmente, de devolução do imóvel por ocasião do encerramento da locação, em razão de denúncia ou de violação contratual.

Esses poderes, inseridos no contrato, põem em evidência a **vontade objetiva** das partes (empresa e sócia) de efetivamente **locar temporariamente o imóvel mediante remuneração, com a inerente obrigação de restituição**, finda definitivamente a relação obrigacional locatícia.

Isso torna insustentável a confusa versão – que, como visto, deveria ter até mesmo conduzido ao reconhecimento da inépcia da inicial, além de ser indício de má-fé – exposta na Inicial da Ação de Usucapião, de que a empresa teria adquirido o imóvel em 1980 (antes, portanto, da celebração da locação!), devendo a sócia locadora promover posteriormente a transferência do registro de propriedade.

A um, porque **inexiste qualquer indício de prova da existência de tal acordo**, ônus que cabia à locatária, nos termos do art. 333 do CPC. A dois, porque **os fatos, comprovados nos autos, revelam o contrário**, ou seja, que nunca houve acordo algum acerca da aquisição pela empresa do imóvel pertencente a sua sócia.

Ora, não é crível nem razoável aceitar que uma empresa, tendo acordado a compra de imóvel de um dos sócios, celebre com este sucessivamente – por dez anos! – três contratos de locação sobre o mesmo objeto, em que necessariamente reconhece que o imóvel não lhe pertence e depois venha alegar que, desde o início, exerce sobre ele posse mansa, pacífica e com ânimo de dono.

Depõe ainda contra tão fantasiosa estória o fato de inexistir nos autos quaisquer indícios de ter a empresa diligenciado no sentido de regularizar a situação, exigindo, por exemplo, da *Consulente* a transferência do registro de propriedade – admitindo-se, *ad argumentandum*, que as partes tenham acordado a compra e venda. Disso se conclui que **a maior interessada quedou inerte por mais de trinta anos!**

A verdade é que, **durante todo esse tempo, a empresa locatária nunca contestou a propriedade da sócia locadora. Pelo contrário, todos os seus atos só corroboram o reconhecimento da titularidade do domínio da sócia locadora**, seja ao locar por escrito por mais de uma década o imóvel, seja ao pagar durante décadas os aluguéis devidos, só suspensos em 2012, após a Ação de Prestação de Contas.

Dessa forma, inegável que tanto a empresa quanto o sócio-administrador – cujo ânimo e conhecimento são imputados à pessoa jurídica⁶⁷ – sempre reconheceram, fática e juridicamente, o direito de propriedade da sócia sobre o imóvel, sede da empresa.

Isso se comprova não só pelo contrato de locação mas ainda pelo fato do referido sócio ter aceito sua nomeação como administrador de todos os bens de *M*, deixados – gravados com cláusula de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade – a seu único filho, até atingir a maioridade, conforme testamento outorgado por escritura pública em 13/07/1995 (fl. 262 – mov. 62.12), em que consta expressa menção ao imóvel e às quotas sociais da empresa criada por seu pai.

A verdade, emergente dos autos, é uma só: a sócia locadora nunca quis abrir mão do imóvel em favor da empresa, mas tão só ceder seu uso, por tempo determinado, mediante remuneração. Por isso, celebrou **contrato de locação**, renovado por duas vezes consecutivas até que, expirado o último prazo, a relação locatícia prorrogou-se tacitamente por tempo indeterminado, nos termos do art. 56, parágrafo único, da Lei de Locação – como, aliás, ocorre em qualquer

67. Sobre a imputação de conhecimento dos sócios à empresa, confira-se o excelente artigo de Chris Thomale, analisando a responsabilidade penal da pessoa jurídica no direito francês e alemão: *Wissenszurechnung im Gesellschaftsrecht – Deutsche Unternehmen vor französischen Strafgerichten*, in: AG 18/2015, S. 641-652.

contrato de longa duração em que as prestações, a despeito de expiração do termo, continuam a ser trocadas entre as partes.

b) Da prorrogação da locação

De fato, não há dúvidas de que o último contrato de locação, celebrado em 01/03/1990, prorrogou-se automaticamente após findo seu termo em 28/02/1992, como previsto na Cláusula 3ª do instrumento firmado entre as partes. A razão é evidente e dispensa maiores explanações, pois a própria Lei do Inquilinato o determina expressamente, *in verbis*:

Art. 56. Nos demais casos de locação não residencial, o contrato por prazo determinado cessa, de pleno direito, findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

Parágrafo único. Findo o prazo estipulado, se o locatário permanecer no imóvel por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação nas condições ajustadas, mas sem prazo determinado.

É tema pacífico em doutrina e jurisprudência, até por força do dispositivo legal, cujo comando o legislador geral repetiu no art. 574 do CC2002 para a locação de coisas. **A continuidade do uso e gozo da coisa pelo locatário, após expirado o prazo determinado, implica continuidade da relação obrigacional de locação**, que continua produzindo direitos e obrigações até ser definitivamente encerrada.

Isso se justifica pelo fato de que a conduta da parte (locatário), de continuar usufruindo a prestação disponibilizada pela contraparte (locador), consiste, na verdade, em típica **declaração negocial concludente**, conforme aceito pela teoria contemporânea do negócio jurídico. Isso vale, obviamente, para qualquer relação obrigacional, pois não se pode admitir que uma das partes usufrua a prestação sem estar obrigada ao cumprimento de contraprestação, sob pena de enriquecimento sem causa.

No caso concreto, não houve denúncia pela locadora, tampouco a empresa locatária desocupou o imóvel, como lhe impunha obrigação contratual, sobre o que incide automaticamente a disposição legal específica constante do art. 56, parágrafo único, da Lei 8.245/1991.

Assim, aplica-se a regra: em se tratando de locação não residencial, por prazo determinado, findo o prazo estipulado pelas partes,

cessa a locação, independentemente de notificação. No entanto, se o locatário permanece no imóvel por mais de trinta dias sem oposição do locador, dá-se a prorrogação automática da locação, como nesse caso concreto.

Sobre isso não paira qualquer dúvida, doutrinária ou jurisprudencial⁶⁸. Apiciando há poucos dias caso semelhante, no qual houve ação de despejo cumulada com a cobrança de aluguéis de locação comercial, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu cabível o recebimento pelo locador dos valores referentes aos aluguéis inadimplidos até a efetiva entrega das chaves, como se depreende da ementa a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA DE LOCATIVOS. PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA *ULTRA PETITA*. HIPÓTESE DE PRORROGAÇÃO CONTRATUAL. LOCATIVOS DEVIDOS ATÉ A DATA DA ENTREGA DAS CHAVES. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE COBRANÇA. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. PRELIMINAR AFAS-TADA. NEGADO PROVIMENTO AO APELO.

Em se tratando de locação não residencial de prazo determinado, findo o prazo estipulado pelas partes, independente de notificação, está cessada a locação. No entanto, se o locatário permanecer no imóvel por mais de trinta dias sem oposição do locador, dá-se a prorrogação automática da locação, como no caso dos autos. Na espécie, nada veio aos autos, que pudesse comprovar a oposição da locadora à continuidade da locação ou que houvesse ocorrido a sublocação ou empréstimo do imóvel. Então, vencido o prazo final acertado no contrato de locação, o silêncio das partes denota que houve concórdância tácita com a sua prorrogação, isto é, o contrato se renovou

68. No STJ, há muito o tema encontra-se pacificado, como comprova o seguinte acordão: “COMERCIAL E CIVIL - LOCAÇÃO COMERCIAL - PRORROGAÇÃO - ARBITRAMENTO DE ALUGUEL - INTELIGÊNCIA DO Art. 1.196 DO CÓDIGO CIVIL. 1 - NÃO RENOVADO O CONTRATO, NAS LOCAÇÕES COMERCIAIS PRORROGA-SE A LOCAÇÃO NAS CONDIÇÕES AJUSTADAS, POR PRAZO INDETERMINADO, SUJEITANDO-SE A LOCAÇÃO AO REGIME INSTITUÍDO PELA LEI DO INQUILINATO. II - NA LEI INQUILINÁRIA NÃO CONSTA ARBITRAMENTO DE OUTRO PREÇO, SE O LOCATÁRIO NÃO RESTITUIR O PREDIO, DEPOIS DA NOTIFICAÇÃO, PREVISTA NO Art. 1.196 DO CÓDIGO CIVIL. III - RECURSO NÃO CONHECIDO” (STJ, REsp. 7.419/PR, T3, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 19.03.1991, DJ 22.04.1991 p. 4787, sem grifos no original).

automaticamente, passando a vigorar por prazo indeterminado. Assim, cabia à parte requerida o ônus de demonstrar os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito da autora, quais sejam, comprovar que houve a sublocação do imóvel ou que houve o adimplemento das parcelas cobradas, o que não ocorreu. (TJRS, Ap. Cív. 70056147002, 15.^a Câ. Cível, j. 18.11.2015, rel. Des. Alex Gonzalez Custodio – grifos nossos).

A jurisprudência dessa colenda Corte não destoia desse entendimento, como atestam as seguintes decisões:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO RENOVATÓRIA DE LOCAÇÃO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO TEMPORAL PREVISTO NO INC. II DO Art. 51 DA LEI 8.245/91. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA POR IGUAL PERÍODO EM FACE DA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO TEMPESTIVA DO LOCADOR. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA NESSE SENTIDO. LOCAÇÃO QUE, NESSE CASO, SE PRORROGA POR PRAZO INDETERMINADO. RECURSO DESPROVIDO. (TJPR, AC 1377570-3 – Cascavel, 12.^a Câ. Cível, j. 28.09.2015, rel. Des. Mário Helton Jorge, *DJe* 13.10.2015, sem grifos no original).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA EM AÇÃO MONITÓRIA. (1) PEDIDO DE PENHORA DE ALUGUÉIS DEVIDOS À AGRAVADA EM RAZÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL, NO QUAL ELA FIGURA COMO LOCADORA. (2) ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO. (2.1) PRESUNÇÃO DE PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA DO CONTRATO DE LOCAÇÃO, PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 56 DA LEI 8.245/91, ADMITIDA PELA RECORRIDA. (2.2) ADEMAIS, RECORRIDA COM INÚMEROS DÉBITOS PERANTE TERCEIROS. SITUAÇÃO FÁTICA QUE AUTORIZA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DE MENOR ONEROSIDADE. – Recurso conhecido e provido para, confirmando a decisão liminar, determinar a penhora dos aluguéis da locação do imóvel objeto da mat. 19.114, do 3º RI de Guarapuava, locado pela devedora Agrícola Cantelli Ltda. (TJPR, AI 1420843-0 – Guarapuava, 6.^a Câ. Cível, j. 20.10.2015, rel. Des. Renato Lopes de Paiva, *DJe* 10.11.2015, sem grifos no original).

Ora, se a locação comercial prorroga-se mesmo tendo havido denúncia, desde que o locador não promova ação de despejo no prazo de 30 dias, nos termos do art. 59, § 1º, inc. VIII, da Lei de Locação e o locatário permaneça no imóvel, como tem decidido

reiteradamente a jurisprudência⁶⁹, não faz sentido negar o mesmo efeito, quando o comportamento de ambas as partes concretamente expressam a vontade de continuar a locação.

Conforme no presente caso só foi movida Ação de Despejo em 05.03.2012, a relação locatícia permanece em vigor até decisão definitiva, devendo a locatária arcar com o pagamento dos aluguéis e demais encargos até a efetiva entrega das chaves.

Logo, **diante da prorrogação tácita da relação contratual locatícia**, operada a partir de 28.02.1992, **incabível qualquer pretensão de prescrição aquisitiva** do imóvel por parte da empresa, pois esta **nunca exerceu posse com ânimo de dono, mas tão só posse direta e subordinada**, imprestável para a configuração da usucapião.

Ainda que a empresa locatária tenha deixado de pagar **alguns aluguéis** durante esse longo período de mais de trinta anos, isso **em nada afeta a existência, validade e eficácia do vínculo obrigacional**, configurando apenas inadimplemento tolerado pela sócia locadora em virtude das dificuldades financeiras atravessadas por sua

69. Confira-se, nesse sentido, as seguintes decisões: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESPEJO. CONTRATO DE LOCAÇÃO PRORROGADO POR PRAZO INDETERMINADO. IMÓVEL COMERCIAL. DEMORA NA PROPOSITURA DA DEMANDA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PERDA DE EFEITO. PRORROGAÇÃO TÁCITA DO CONTRATO. EXTINÇÃO DO FEITO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DE PROCEDIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA EXTINGUIR O FEITO” (TJPR, AC 1355368-9, 11.^a Câ. Cível, j. 06.05.2015, rel. Des. Lenice Bodstein). “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESPEJO POR DENÚNCIA VAZIA. IMÓVEL COMERCIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. NOTIFICAÇÃO ANTERIOR ÀS ALTERAÇÕES DA LEI DE LOCAÇÃO. DEMORA NA PROPOSITURA DA AÇÃO. PRORROGAÇÃO TÁCITA DO CONTRATO DE LOCAÇÃO. RECURSO PROVIDO” (TJPR, AC 741791-6, 12.^a Câ. Cível, j. 18.05.2011, rel. Des. Costa Barros). “LOCAÇÃO. DENÚNCIA VAZIA. NOTIFICAÇÃO PREMONITÓRIA. PRAZO DE VALIDADE. DEMORA NA PROPOSITURA DA AÇÃO DE DESPEJO. SÚMULA 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. Conquanto a Lei n.º 8.245/91 não fixe prazo para a validade da indigitada notificação, o retardamento quanto à propositura da ação pode levar à conclusão de que houve prorrogação tácita da avença, o que é matéria de fato a ser examinada pelas instâncias ordinárias, ataindo à espécie o comando da súmula 07 desta corte. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no Ag 1.027.368/SP, 5.^a T., j. 10.06.2008, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 04.08.2008 – grifos nossos).

empresa, o que **revela sua lealdade e consideração para com os interesses da empresa**, como exige o **dever de lealdade**, oriundo da boa-fé objetiva, no âmbito da relação societária.

Da mesma forma que o inadimplemento e o perdão tácito de alguns débitos não afetam a validade do contrato de locação, também **não autorizam**, ao contrário do aceito na Sentença, **qualquer alteração na qualificação jurídica da posse**, cujo caráter permaneceu inalterado durante todo o período, conforme adiante se demonstrará.

c) Da posse direta decorrente da locação

Como dito, decorrendo a posse de **relação obrigacional (título) não translativa do domínio**, como a relação locatícia, **não pode o possuidor deter o imóvel com ânimo de dono**, requisito inafastável à configuração da prescrição aquisitiva. Do contrário, qualquer locatário poderia usucapir o bem locado, o que evidentemente comprometeria a própria existência do mercado locativo.

E não pode haver *animus domini*, porque **o locatário tem ciência de que outrem é o titular do direito de propriedade e que sua posse é temporária, em face do dever de devolução** assumido.

De fato, ninguém questiona que tal posse é **derivada**, destacada da situação jurídico-dominial do proprietário por força da relação jurídica que lhe constitui, ocorrendo aqui o fenômeno do **desdobramento da posse** ou **organização vertical da posse**, ideia oriunda do direito germânico, há muito recepcionada no direito brasileiro⁷⁰.

Com efeito, o Código Beviláqua já disciplinava a questão no art. 486, o qual guarda simetria com o atual art. 1.197 do CC2002, segundo o qual, *verbis*: “A posse direta de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto”.

Reina o mais absoluto consenso na doutrina de que o proprietário que transfere ao possuidor o controle material sobre a coisa,

70. Sobre o fenômeno, confira-se, sobretudo, Arruda Alvim e Mônica Bonetti Couto, *Comentários ao Código Civil brasileiro*, vol. XI, t. II, Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 90-105.

isto é, a **posse direta**, em virtude de direito pessoal (relação obrigacional) ou real, permanece com a **posse indireta** sobre o bem em razão de sua situação jurídico-proprietária, o que lhe confere, no plano possessório, legitimidade para a propositura das ações possessórias, inclusive contra o próprio possuidor direto⁷¹. Sintetizando a opinião unânime na literatura nacional, expõe, com clareza, Orlando Gomes:

A bipartição da posse só se verifica quando a coisa pertencente a alguém é entregue a outra pessoa, para que a utilize. A figura do possuidor indireto surge somente quando a coisa se encontra no poder dessa pessoa.

Não basta, porem. Necessário, ainda, que entre os dois se tenha estabelecido relação jurídica constitutiva da posse direta. Esse vínculo pode nascer no terreno do Direito das Coisas, do Direito das Obrigações, do Direito das Sucessões e do Direito de Família. A coisa é entregue a quem vai possuí-la diretamente como decorrência da relação jurídica que lhe atribui o direito, ou a obrigação, de detê-la. O locatário, por exemplo, adquire o direito de possuir a coisa locada, para usá-la, em consequência do contrato de locação⁷² (sem grifos no original).

No direito alemão, a posse indireta vem regulada no § 868 do BGB⁷³, em que é definida como aquela resultante de relação jurídica que legitima o possuidor, diante de outrem (possuidor indireto), à posse temporária de uma coisa, como a do usufrutuário, credor pignoratício, arrendatário ou locatário.

Diz-se que o possuidor direto/imediato (*unmittelbarer Besitzer*) exerce a posse imediatamente pelo possuidor indireto, sendo, por isso, chamado comumente de “intermediário da posse” (*Besitzmittler*), “possuidor estranho” (*Fremdbesitzer*) ou “possuidor inferior” (*Unteresitzer*), em contraponto à figura do possuidor indireto/

71. Arruda Alvim e Mônica Bonetti Couto, op. cit., p. 94.

72. Op. cit., p. 62.

73. § 868 Mittelbarer Besitz. Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz).

mediato (*mittelbarer Besitzer*), também denominado “possuidor superior” (*Oberbesitzer*)⁷⁴.

Essas terminologias, talvez estranhas ao público brasileiro, antes de desqualificar a posse daquele que detém imediatamente o poder fático sobre a coisa, que goza evidentemente de ampla proteção, têm a vantagem de mostrar a **organização e o desdobramento vertical da posse**, exprimindo, com singular precisão, que a posse direta decorre – e se justifica – necessariamente da posse indireta, que lhe é superior, visto ser, em regra, parte integrante do conteúdo do direito de propriedade⁷⁵.

Harm Peter Westermann aponta, em sua peculiar precisão, que as principais características da posse direta são a **derivação**, uma vez que o direito de posse do possuidor direto é deduzido do possuidor indireto; a **ciência de não possuir em nome próprio**, que os alemães chamam de “vontade de posse alheia” (*Fremdbesitzwillen*), indicando, em última análise, que o possuidor direto não pode possuir como ânimo de dono; e a **pretensão de restituição** (*Herausgabeanspruch*)⁷⁶, que muitos consideram o núcleo da figura⁷⁷.

Logo, considerando que a C exerce a posse direta sobre o imóvel de propriedade de sua sócia há mais de trinta anos por força de contrato de locação, tem posse derivada – ou subordinada – em relação à posse indireta da proprietária. Isso a impede objetivamente de possuir na convicção de dona do imóvel, como alega, pois o

74. Confirmam-se, a respeito, as obras de Hans Peter Westermann, *Sachenrecht*, 11ª. ed., Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2005, p. 22-24; Schulze, Döner, Schulte-Nölke et al., *BGB Handkommentar*, 8ª. ed., Baden-Baden: Nomos, 2014, p. 1335-1336, além do clássico comentário organizado por Helmut Heinrich et al., *Palandt BGB*, 66ª. ed., München: Beck, 2007, p. 1334-1336.

75. O saudoso Harm Peter Westermann fala, nesse sentido, em duplicação da posição possessória (*Verdoppelung der Besitzstellung*), uma vez que possuidores direto e indireto são possuidores perante a lei, mas encontram-se em uma “relação de degrau” (*Stufenverhältnis*) ou de nível, indicando uma hierarquia em que o possuidor indireto ocupa uma posição possessória superior. Op. cit., p. 24. No mesmo sentido, confira-se Arruda Alvim e Mônica Bonetti Couto, op. cit., p. 93.

76. Op. cit., p. 23.

77. Confira-se, entre outros, Detlev Joost, *Münchener Kommentar BGB*, vol. 4, § 868, 2ª ed., München: Beck, 1986, p. 84.

possuidor direto possui necessariamente reconhecendo o domínio de outrem e a obrigação de devolução⁷⁸, que, ademais, é uma das obrigações principais decorrentes do vínculo locatício, como deixam claro os arts. 569, inc. IV, do CC2002 e 23, inc. III, da Lei 8.245/1991.

Inexistindo, como demonstrado, posse com *animus domini* pela empresa, uma vez que esta tem ciência de que o imóvel locado pertence a sua sócia e que o contrato de locação foi prorrogado tacitamente devido à sua permanência no imóvel, não cabe falar em usucapião. Resta, por fim, examinar a tese sustentada na Sentença acerca de suposta alteração na natureza da posse.

11. Da não transmutação da natureza da posse

Com efeito, o julgador deu provimento parcial ao pedido formulado na Ação de Usucapião, declarando o domínio útil da empresa sobre o imóvel locado da sócia, *M*, por entender ter havido a transmutação do caráter da posse a partir de 28.02.1992, data em que teria expirado o último contrato de locação assinado pelas partes.

Maxima venia, a toda evidência, esse entendimento carece de qualquer fundamento. Regra fundamental no direito possessório da família romano-germânica diz que a posse conserva o mesmo caráter com que foi adquirida, contaminando, inclusive, a posse dos sucessores.

Trata-se do **princípio geral de continuidade do caráter da posse**, firmado no art. 1.203 do CC2002, cuja redação é clara: “Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida”. A norma, já constante do art. 492 do CC1916, expressa o brocardo latino segundo o qual ninguém pode alterar o caráter posse somente pela própria vontade⁷⁹.

Assim, o caráter inicial da posse (justa/injusta, boa-fé/má-fé, direta/indireta) permanece inalterado até prova em contrário, vale dizer, até que o possuidor demonstre que passou a possuir o bem com base em outra causa *possessionis*. Exemplo clássico, citado nos manuais, é o do arrendatário que depois vem a adquirir o prédio, passando a possuí-lo como dono ou do possuidor que obteve o bem

78. Detlev Joost, op. cit., p. 88.

79. Entre outros, confira-se Tepedino, Barbosa e Bodin, op. cit., p. 457.

mediante violência ou clandestinidade e vem posteriormente a comprá-lo ou herdá-lo do desapossado⁸⁰.

Nesses casos, surge uma **causa** superveniente, apta à translação do domínio, que passa a qualificar a posse, ocorrendo o que a doutrina chama de **alteração do caráter da posse** (*interversio possessionis*). A transmutação se explica uma vez que o **caráter** da posse decorre do **modo** como a situação possessória foi iniciada. É a forma de instauração da posse que lhe empresta uma **qualificação jurídica**, que a lei designa como caráter⁸¹.

Uma vez iniciada a posse com determinado caráter, a lei presume que este permanece enquanto perdurar a situação possessória. Como se trata de presunção *iuris tantum*, **cabe ao possuidor, que se beneficia da *interversio possessionis*, provar o fato legitimador da mudança do caráter possessório**⁸², demonstrando as circunstâncias fáticas que a comprovam, pois apenas a vontade do possuidor, por si só, é insuficiente para lhe alterar a natureza. Sílvio de Salvo Venosa, apontando o caráter excepcional da figura⁸³, expõe os pressupostos para a inversão, *in verbis*:

A simples mudança de vontade é incapaz de mudar a natureza da posse. O possuidor precário sempre o será salvo expressa concordância do possuidor pleno. Por isso, é admitida prova em contrário. O locatário somente poderá possuir como proprietário se adquirir a coisa do senhorio. A isso parte da doutrina denomina de intervenção do título (Bessone, 1988:271).

80. Confira-se, entre muitos, Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64.

81. Arruda Alvim e Mônica Bonetti Couto, *op. cit.*, p. 202.

82. Confira-se, entre outros, Ernane Fidelis dos Santos, in: *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XV, coord.: Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2007, em que o autor coloca que "(...) a distribuição do *onus probandi*, deve ser consultada de acordo com os interesses revelados. Assim, se a posse, na sua origem, era viciosa, o vício se mantém, se não houver prova em contrário, e, interessando sua cessação ao adquirente da posse, a ele compete a prova respectiva da normalização. Da mesma forma, se o arrendatário pretende que a alteração da *causa possessionis* se transforme, porque, de arrendatário, foi-lhe dada a posse como usufruto, a ele também compete a prova". *Op. cit.*, p. 108.

83. Confira-se, nesse sentido, Tepedino, Barbosa e Bodin, *op. cit.*, p. 457, e Flávio Tartuce, *op. cit.*, p. 826.

Essa alteração do título da posse pode ocorrer por negócio bilateral. Discute-se se pode ocorrer por ato unilateral. No contrato de compra da coisa locada, o locatário inverte seu título de posse por contrato. se o depositário se recusa a devolver a coisa, argumentando ter outro título para possuí-la, o título de posse poderia, em tese, ser modificado por ato unilateral. Nesta última hipótese, porém, a simples vontade do possuidor não tem o condão de modificar a natureza da posse.⁸⁴

De acordo com o Enunciado 237 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “É cabível a modificação do título da posse – *intervesio possessionis* – na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do *animus domini*”.

Afora as situações calcadas em título jurídico⁸⁵, doutrina e jurisprudência exigem para a transmutação da posse a **existência de**

84. *Direitos reais*. 9.^a ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 71.

85. Admitindo a transmutação em caso de justo título posterior, confira-se: “APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL URBANO. ART. 183 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REQUISITOS. COMPROVAÇÃO. MODIFICAÇÃO DO CARÁTER ORIGINÁRIO DA POSSE. ÂNIMO DE DONO. POSSE CONTÍNUA SEM OPOSIÇÃO POR MAIS DE CINCO ANOS. ÚNICA MORADIA DA AUTORA. PRECARIIDADE NÃO CONFIGURADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. 1. A posse capaz de ensejar a aquisição da propriedade por usucapião deve ser mansa e pacífica, com ânimo de dono, requisito exigido no art. 183 da Constituição Federal. 2. Nesse contexto, perde importância a discussão sobre a alienação ou não do imóvel à autora pelo falecido proprietário. 3. Constatado que a posse da autora, que decorria do contrato de locação, transmutou-se com a aquisição do imóvel em 1986 em posse com *animus domini*, a teor do disposto no art. 1.203 do Código Civil e conforme enunciado nº 237 da Jornada III de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça. 4. Demonstrando a autora exercer em nome próprio os atributos do direito de propriedade desde 1986, apresentando-se como proprietária do imóvel, conforme se depreende dos depoimentos das testemunhas e se verifica dos documentos juntados aos autos, e comprovada a continuidade da posse sem interrupção, bem como a ausência de oposição por parte dos herdeiros do falecido proprietário, faz jus ao reconhecimento da prescrição aquisitiva do domínio útil sobre o imóvel, impondo a manutenção da sentença. 5. Desprovisionamento do recurso” (TJRJ, Ap. Cív. 0143365-13.2000.8.19.0001, 17.^a Câmara Cível, Rel. Des. Elton Martinez Carvalho Leme, j. 04.05.2011, DJe 12.05.2011, sem grifos no original).

circunstâncias objetivas que revelem, de forma clara e inequívoca para o possuidor indireto (titular do domínio), a intenção do possuidor de possuir com *animus domini*⁸⁶.

86. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. BEM IMÓVEL. EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE LOCAÇÃO. CIÊNCIA DA DISCUSSÃO ACERCA DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE *ANIMUS DOMINI* DO AGRAVANTE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. MANUTENÇÃO DA POSSE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INDEFERIMENTO. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A Corte de origem, ao dirimir a controvérsia, entendeu que não ficou demonstrado o *animus domini* para fins de usucapir, em razão da existência de contrato de locação e do conhecimento pelo ora agravante da existência de discussão acerca da propriedade do imóvel. Infirmar as conclusões do julgado, na hipótese dos autos, demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que encontra óbice no enunciado da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 2. O Tribunal estadual, ao indeferir a antecipação de tutela, entendeu não estarem presentes os requisitos autorizadores para a sua concessão de modo a permitir a manutenção da posse sobre o imóvel. A inversão do que foi decidido, tal como propugnada nas razões do apelo especial, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório dos autos, providência, todavia, vedada nos termos da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ, AgRg no AREsp 240.156/RS, 4.^a T., j. 18.06.2015, rel. Min. Raul Araújo, DJe 03.08.2015); “RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO HABITACIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. POSSE DECORRENTE DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONTRATO DE GAVETA. *ANIMUS DOMINI* NÃO CONFIGURADO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DEBATE. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Pretensão dos recorrentes de usucapir imóvel adquirido por meio de cessão de direitos e obrigações decorrentes de contrato de mútuo de imóvel originariamente financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação com incidência de hipoteca sobre o bem. 2. Para a configuração da usucapião extraordinária é necessária a comprovação simultânea de todos os elementos caracterizadores do instituto, constantes no art. 1.238 do Código Civil, especialmente o *animus domini*, condição subjetiva e abstrata que se refere à intenção de ter a coisa como sua. 3. A posse decorrente de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por ser incompatível com o *animus domini*, em regra, não ampara a pretensão à aquisição por usucapião. 4. A análise da existência de posse mansa e pacífica demandaria o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula

Evidente estarem ausentes, neste caso, os pressupostos legitimadores da transmutação da natureza da posse. Primeiro, porque, **ausente qualquer título jurídico posterior apto a modificar a causa possessionis**, fixada desde 1982, data em que a *Consulente* ce-deu temporária e onerosamente o uso de seu imóvel particular para servir como sede da empresa fundada juntamente com seu falecido pai, da qual possui atualmente 50% das quotas sociais.

Segundo, porque **antes de 30.04.2012** – quando o pagamento dos aluguéis foi suspenso por determinação do sócio-administrador, *Manoel Marques*, sobre quem pairam fundadas suspeitas de desvios financeiros –, **nunca houve a prática de atos exteriores a demonstrar inequívoca oposição, por parte da empresa, ao direito fundamental de propriedade de sua sócia-fundadora.**

nº 7 do STJ. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido” (STJ, REsp 1.501.272/SC, 3.^a T., j. 12.05.2015, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 15.05.2015); “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. USUCAPIÃO. IMÓVEL FINANCIADO. SFH. ANIMUS DOMINI. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. O acórdão recorrido entendeu que a autora exercia posse precária e sem *animus domini* sobre o bem cujo reconhecimento de usucapião se buscava. Tais conclusões não se desfazem se o reexame de provas, o que é vedado por força da Súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg no REsp 1.299.340/CE, 4.^a T., j. 24.03.2015, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 30.03.2015); “AGRAVO INTERNO. Direito de submeter a decisão ao colegiado. *Decisum* que deu parcial provimento ao recurso, com base no art. 557, § 1º-A, do CPC. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DÍVIDA ORIUNDA DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PROMITENTE-CESIONÁRIO *VERSUS* PROPRIETÁRIO. DEFESA FUNDADA EM POSSE *AD USUCAPIONEM*. A posse *ad usucapionem* do promitente-cessionário depende da comprovação de que os proprietários do bem teriam sido destituídos da posse indireta por força da transformação do caráter originário da posse dos promitentes-cessionários, o que não se verifica no caso dos autos. Com efeito, o promitente-cessionário é possuidor direto e, portanto, sua posse se subordina a do promitente-vendedor, não possuindo o imóvel como se fosse proprietário dele (posse própria), mas, tão-somente, em decorrência de um contrato celebrado. Fixação da multa de 1% sobre o valor da causa que se impõe. Hipótese que se adequa aos ditames do art. 557, § 2º, do CPC. Inexistência de ilegalidade na decisão agravada, não se justificando a sua reforma. Recurso a que se nega provimento” (TJRJ, AC 0041125-96.2007.8.19.0001, 9.^a Câm. Cível, j. 05.05.2009, rel. Des. Renata Machado Cotta, DJe 19.05.2009).

Somente em 2012 – após a Notificação Extrajudicial para prestação de contas – é que o sócio-administrador determinou a suspensão do pagamento dos aluguéis. Isso mostra, bem analisada toda a conjuntura fática, que **a suspensão do pagamento dos aluguéis não se deu em razão da convicção da empresa de possuir com ânimo de dono e, dessa forma, questionar o direito de propriedade da sócia-locadora, mas simplesmente como forma de retaliação à sócia por ter solicitado prestação de contas**, o que aliás, está dito de maneira explícita na Inicial:

Portanto, devido ao surpreendente, injustificado e indevido comportamento da ré, manifestado através da supracitada Notificação Extrajudicial, é que a autora C exerce seu o seu direito subjetivo da pretensão de obter a declaração judicial da propriedade sobre todo o imóvel descrito na Matrícula nº 14.508 (...) (fl. 225 – mov. 62.4) (sem grifos no original).

Logo, os pagamentos não foram suspensos por crer a empresa – a rigor, o sócio-administrador, responsável por metade do ânimo da pessoa jurídica – ser dona do imóvel, mas, sim, como uma **conduta desleal** de intimidar a sócia fundadora e proprietária do imóvel.

Se, em anos anteriores, alguns valores referentes a aluguéis ficaram em aberto, isso se deu por **mera liberalidade da sócia locadora**, que dispensou o pagamento em prol da saúde financeira de sua própria empresa. Inegável, contudo, que a maioria dos valores referentes aos aluguéis foi efetivamente paga durante os mais de trinta anos de sociedade e locação, ainda que de forma irregular quanto a tempo e valor, de modo que **o contrato de locação fora substancialmente adimplido até 30.04.2012**.

Cabe ressaltar que a tolerância em relação a descumprimentos contratuais é **faculdade inerente à posição jurídica do credor**, decorrência direta de sua **autonomia privada**, pilar fundamental do direito privado e corolário da liberdade humana, e, no caso concreto, reservada expressamente na Cláusula 10ª do Contrato de Locação⁸⁷.

87. “Se na vigência da locação, a LOCADORA admitir qualquer tolerância no cumprimento das obrigações pactuadas, tal tolerância jamais poderá constituir motivo para modificação do presente contrato, permanecendo a todo tempo em vigor todas as cláusulas do presente contrato” (sem grifos no original).

A tolerância, conjugada com outras circunstâncias, pode produzir como efeito a extinção do dever de prestar, mas **não encerra a relação obrigacional entre as partes, principalmente quando se trata de relação obrigacional duradoura**, como a locatícia, em que novos direitos e obrigações surgem continuamente com o decorrer do tempo.

Isso vale ainda mais para o presente caso, no qual a tolerância com a ausência e/ou mora no pagamento **não resulta de desinteresse do credor, mas da clara finalidade de beneficiar a própria empresa**. É óbvio que o sócio que dispensa uma dívida particular a ser saldada por sua própria empresa não perde totalmente, porque ganha beneficiando o patrimônio social.

É óbvio também que o sócio que assim procede dá, acima de tudo, **provas concretas e objetivas de sua lealdade para com a empresa e os sócios**, pois sacrifica seus próprios interesses patrimoniais em prol dos interesses da empresa e dos demais associados. Foi o que fez a *Consulente*: abriu mão – confiada na lealdade do sócio e amigo – do pagamento no valor exato dos aluguéis durante anos em prol da saúde financeira da empresa, que compõe, juntamente com o imóvel em litígio, a maior parte de seu patrimônio particular.

Incabível falar ainda, nesse caso concreto, em mutação do caráter da posse, porque, em terceiro lugar, **a sócia proprietária não ficou inerte a partir da suspensão do pagamento dos aluguéis**, mas moveu, sem delongas, a competente Ação de Cobrança e Despejo contra a empresa. Aliás, deve ser frisado, ela **sempre esteve presente fisicamente na empresa durante todos esses anos**, ainda que sem participar *de factum* da administração da empresa, confiada integralmente ao sócio e amigo, *Manoel Marques*, justamente em virtude da relação de confiança havida entre ambos, desde quando ele era braço direito de seu saudoso pai.

Isso, por si só, afasta qualquer possibilidade de se qualificar a conduta da *Consulente* como renúncia tácita, abandono ou descaso para com seu direito de propriedade que, locado, cumpre a função social constitucionalmente exigida (arts. 5, inc. XVIII, e 182, § 2º, da CF/1988), uma vez que gerador de riqueza e trabalho.

A jurisprudência é uníssona no sentido de que **o inadimplemento dos aluguéis não desconstitui o contrato locatício** e, por conseguinte, **não produz, por si, somente o efeito de transmutar a**

posse do locatário de posse subordinada em posse ad usucapionem, mesmo diante de demora na cobrança. Nesse sentido, confira-se recentíssimo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelação. Locação de imóvel residencial. Ação de despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança julgada procedente.

(...) Alegação de impossibilidade de pagamento dos aluguéis pelo desaparecimento do locador. Liberação da obrigação mediante consignação em pagamento não exercida pela ré. Alegação da prática de atos que induzem a posse com *animus domini*. Posse mansa e pacífica por quase 12 anos. Impossibilidade. Contrato de locação escrito firmado entre as partes, cujo inadimplemento dos aluguéis não desconstitui o pacto locatício, mesmo com a demora na realização da cobrança. Mera tolerância do proprietário locador, justificada em razão de doença comprovada. Inteligência do art. 1208 do C.C. (...) (TJSP, AC 4002348-54.2013.8.26.0005, 27.ª Câm. Cível, j. 02.06.2015, rel. Des. Sergio Alfieri, *DJe* 03.06.2015 – grifos nossos).

Da mesma forma, **o simples pagamento de água, luz e IPTU, vale dizer, das despesas normais do imóvel, não permite concluir pela inversão da natureza da posse**, como bem destacou o Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão prolatada em 07.04.2015, *in verbis*:

Reintegração de posse – imóvel urbano – ação ajuizada pelo espólio da falecida proprietária do imóvel, cedido em comodato ao réu – inexistência de prova da inversão da natureza da posse para efeitos de reconhecimento de usucapião urbano especial – esbulho caracterizado – ação procedente – recurso improvido. (TJSP, AC 1028001-18.2013.8.26.0100, 16.ª Câm. Direito Privado, j. 07.04.2015, rel. Des. Jovino de Sylos, *DJe* 30.04.2015).

Do voto do relator, merece destaque o trecho a seguir, que cai como uma luva ao caso em análise, pois lá, como aqui, também se sustentava que o simples pagamento de IPTU e demais despesas do imóvel indicariam o ânimo de dono do locatário, passível de gerar posse *ad usucapionem*, o que foi rechaçado pela Corte, *in verbis*:

(...). Entretanto, os fatos alegados pelos réus não restaram comprovados por intermédio da prova documental coligida aos autos, sendo certo que, a juntada aos autos de conta de água, luz e IPTU, nada comprovam acerca da propriedade do bem, haja vista que tais verbas também compreendem as obrigações financeiras de qualquer

locatário. Além disso, o restante da prova documental carreada aos autos pelos réus, compreende notas fiscais de aquisição de produtos diversos e materiais de construção, sendo certo que, via de regra, tais notas não discriminam sequer o nome do adquirente dos produtos (daí não se podendo dizer que foram adquiridos pelos réus) e, nem mesmo que tais materiais foram utilizados no imóvel situado na Rua Itapeva, n° 98, Bairro da Bela Vista, na Cidade de São Paulo. Ademais, não há qualquer prova documental quanto à intenção da falecida Déspina doar o bem imóvel para os réus, sendo certo que, por se tratar de ato formal, não pode ser presumida a intenção de doar, bem como, não há como pretender prová-la única e exclusivamente por intermédio de prova testemunhal, o que ora fica indeferido no caso em tela.⁸⁸

Por fim, vale ressaltar que uma análise detida dos casos encontrados na jurisprudência mostra a admissão comedida da alteração do caráter possessório, o que se justifica em virtude do **princípio da conservação da natureza da posse** (art. 1.203 do CC2002) e, sobretudo, em respeito ao **direito fundamental de propriedade**, o qual, conquanto não absoluto como outrora, não perde sua fundamentabilidade.

A maioria dos casos de admissibilidade da transmutação da posse, envolvendo contratos de locação, diz respeito a hipóteses em que o proprietário permanece inerte diante de atos de oposição ostensiva a seu domínio por parte do locatário, que ocupa o imóvel para fins de moradia.

Neles resta evidenciado o **caráter existencial da posse**, uma vez estar em jogo o **direito fundamental de moradia** daquele que anos a fio morou no imóvel de forma mansa, pacífica, sem oposição e com ânimo de dono, lá residindo com sua família, o que justifica sua sobreposição ao direito fundamental de propriedade do locador inerte. Mas, mesmo nesses casos, a jurisprudência é uníssona⁸⁹ em

88. TJSP, AC 1028001-18.2013.8.26.0100, 16.^a Câ. Direito Privado, j. 07.04.2015, rel. Des. Jovino de Sylos, *DJe* 30.04.2015, voto p. 5-6, sem grifos no original.

89. "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. BEM IMÓVEL. EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE LOCAÇÃO. CIÊNCIA DA DISCUSSÃO ACERCA DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE *ANIMUS DOMINI* DO AGRAVANTE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. MANUTENÇÃO DA

negar posse ad usucapionem ao possuidor quando as circunstâncias fáticas revelam que ele possuía sabendo ser o bem de propriedade alheia, ainda que amparado em título aquisitivo.

Ora, se, mesmo em situações possessórias de caráter eminentemente essencial – como é o caso da usucapião especial urbana, chamada não por acaso de “usucapião *pro misero*”⁹⁰, em que o instituto da usucapião vem funcionalizado pela própria Carta Constitucional para concretizar o direito fundamental de moradia do possuidor –, os tribunais tem afastado a prescrição aquisitiva quando o possuidor tem consciência de que o imóvel não lhe pertence, por maior razão há de se afastar quando ausente qualquer caráter existencial na posse, como no caso em que uma pessoa jurídica empresarial abonada pretende se assenhorar do imóvel particular de sua própria sócia.

É, portanto, inaceitável e, *data maxima venia*, incorreta a conclusão da Sentença, de que a simples suspensão do pagamento dos aluguéis seria indicativa do *animus domini* do locatário inadimplente. Isso seria “**premiar o inadimplemento contratual com a aquisição do bem**”, conforme atentamente colocou o ilustre Min.

POSSE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INDEFERIMENTO. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A Corte de origem, ao dirimir a controvérsia, entendeu que não ficou demonstrado o *animus domini* para fins de usucapir, em razão da existência de contrato de locação e do conhecimento pelo ora agravante da existência de discussão acerca da propriedade do imóvel. Infirmar as conclusões do julgado, na hipótese dos autos, demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que encontra óbice no enunciado da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 2. O Tribunal estadual, ao indeferir a antecipação de tutela, entendeu não estarem presentes os requisitos autorizadores para a sua concessão de modo a permitir a manutenção da posse sobre o imóvel. A inversão do que foi decidido, tal como propugnada nas razões do apelo especial, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório dos autos, providência, todavia, vedada nos termos da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ, AgRg no AREsp 240.156/RS, 4.ª T., j. 18.06.2015, rel. Min. Raul Araújo, DJe 03.08.2015).

90. Flávio Tartuce, op. cit., p. 833. Essa modalidade de usucapião, conhecida como usucapião especial urbana, vem prevista no art. 183 CF/1988 e reproduzida no art. 9º da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), bem como no art. 1.240 do CC2002, confirma a ideia de que a aquisição da propriedade visa atender, nessas hipóteses, ao direito mínimo de moradia, essencial à concretização da dignidade humana.

Ricardo Villas Bôas Cueva, em recentíssima decisão do STJ sobre transmutação da posse para fins de usucapião⁹¹.

12. Respostas aos quesitos

Analisados todos os elementos que extraímos das cópias dos autos que nos foram fornecidas pelo Consulente, e alicerçados nos elementos jurídicos examinados nos itens precedentes, aos quais nos reportamos, manifestamos nossa opinião em relação às questões formuladas:

1) Tendo em vista que o magistrado tomou a iniciativa no que tange à produção de uma das provas na ação de despejo, determinando a expedição de ofício ao Banco Santander para que trouxesse aos autos os extratos da conta-corrente da Consulente, para se provar o recebimento de aluguéis, mas, na sentença, decidiu pela inexistência de prorrogação da relação de locação, justamente com fundamento na inexistência de prova de pagamento, pode-se considerar que houve cerceamento de defesa, gerando, conseqüentemente, nulidade da sentença?

91. “RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO HABITACIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. POSSE DECORRENTE DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONTRATO DE GAVETA. *ANIMUS DOMINI* NÃO CONFIGURADO. POSSE MANSO E PACÍFICA. DEBATE. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Pretensão dos recorrentes de usucapir imóvel adquirido por meio de cessão de direitos e obrigações decorrentes de contrato de mútuo de imóvel originariamente financiado pelo Sistema Financeiro de Habitação com incidência de hipoteca sobre o bem. 2. Para a configuração da usucapião extraordinária é necessária a comprovação simultânea de todos os elementos caracterizadores do instituto, constantes no art. 1.238 do Código Civil, especialmente o *animus domini*, condição subjetiva e abstrata que se refere à intenção de ter a coisa como sua. 3. A posse decorrente de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por ser incompatível com o *animus domini*, em regra, não ampara a pretensão à aquisição por usucapião. 4. A análise da existência de posse mansa e pacífica demandaria o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do STJ. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido” (STJ, REsp. 1.501.272/SC, 3.^a T., j. 12.05.2015, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* 15.05.2015 – grifos nossos).

A sentença proferida nas ações de usucapião e de despejo (conexas) é nula, pois foi fruto de evidente cerceamento de defesa, já que uma das principais provas foi pedida pela Consulente e indeferida (numa das ações), mas determinada pelo juiz na outra ação. Ao julgar ambas, já depois de reunidas, o juiz do juízo prevento asseverou que os pagamentos dos aluguéis não estavam comprovados, mas isso ocorreu porque a prova em questão (expedição de ofício à instituição financeira para que esta trouxesse aos autos os extratos que comprovariam o pagamento de aluguel e a continuidade da relação locatícia), que foi tida como essencial, acabou não sendo efetivamente produzida.

A nulidade da sentença é evidente, já que esta foi proferida sem que a prova (essencial ao deslinde de ambas as causas) tivesse sido produzida, apesar de o magistrado, que conduzia um dos processos reunidos, já ter ordenado a expedição de ofício para que a prova fosse produzida. Desrespeitou-se, portanto, o entendimento do magistrado e o valor que atribui à prova pleiteada, absolutamente vital para sustentar a posição da *Consulente* e esclarecer os fatos subjacentes à lide. De rigor, trata-se de prova que deveria ter sido produzida mesmo que tivesse sido pleiteada a destempo, pela sua relevância, e deveria ter sido, exatamente pelas mesmas razões, como de fato o foi, determinada de ofício.

2) *O fato de ter sido admitido pelo autor, na inicial, que teria havido compra do imóvel, e, em seguida, ter-se formulado pedido de usucapião, configura inépcia da petição inicial?*

De rigor, a petição inicial da ação de usucapião deveria ter sido tida como inepta (art. 295, parágrafo único, II, do CPC), tendo em vista que, nesta peça, se narra suposta **compra e venda do imóvel em questão**, mas, ao final, **pleiteia-se usucapião**, restando claro que da **narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão**.

3) *Considerando a confissão realizada pelo sócio, Manoel Marques, no sentido de que teria havido compra do imóvel em questão pela C, por meio de contrato verbal, a usucapião extraordinária se constitui no procedimento adequado para pleitear eventual direito sobre o imóvel? Haveria interesse de agir da C para pleitear usucapião?*

A suposta existência de contrato de compra e venda e/ou a transferência da propriedade que não teria sido realizada obviamente não pode constituir causa de pedir da ação de usucapião, e, portanto, não há interesse de agir da C para o seu ajuizamento.

4) *Há má-fé e abuso de confiança do sócio que singularmente ajuíza ação contra a outra sócia que tem poderes idênticos de administração e mesmo capital social, principalmente quando há relação de confiança de mais de 30 anos entre ambos?*

Sim. Não há dúvidas de que, no presente caso, principalmente em razão das circunstâncias concretas, o ajuizamento de ação de usucapião contra a sócia-fundadora da empresa caracteriza **grave violação do dever de lealdade**, pois ofende a noção mais elementar de boa-fé objetiva, que impõe às partes um atuar de forma reta e honesta, tendo consideração pelos interesses – inclusive patrimoniais! – da contraparte, permitir que o sócio-administrador, amigo íntimo da família por décadas, utilize-se da empresa fundada pela família de sua única sócia para se apropriar, ainda que em nome da sociedade, de um imóvel particular de quase 9 milhões de reais, recebido por herança materna e locado para a empresa durante mais de 30 anos. O dever societário de lealdade, decorrente da cláusula geral da boa-fé objetiva (art. 422 do CC2002), exige que a sociedade e os sócios exerçam seus direitos tendo consideração pelos **interesses dos demais**, o que significa principalmente **não violar indevidamente a esfera patrimonial dos sócios**.

E, nesse caso, admitindo-se a pretensão do sócio-administrador, a sócia-fundadora **ficaria expropriada de seu maior patrimônio**, garantia de uma aposentadoria tranquila, **sem qualquer contraprestação, visto não ter a empresa pago qualquer preço pelo imóvel**, que alega ter “adquirido”, ônus do qual deveria, a toda evidência, ter se desincumbido de provar. Dito de forma bem clara: **aceitar a pretensão do sócio-administrador seria premiar a deslealdade e o calote, reduzindo a pó o mandamento da boa-fé objetiva**.

5) *Diante da existência de contrato de locação firmado entre as partes, assim como do conhecimento da C sobre a relação locatícia e a sua posse precária, haveria animus domini da C sobre o imóvel?*

Não. Impossível falar de posse com *animus domini* nesse caso, pois **tanto a empresa como o sócio-administrador sabem que o imóvel é propriedade particular da Consulente**, herdado de sua falecida mãe. Aliás, nenhum homem médio, leal e honesto, desconheceria tal fato, pois o imóvel foi locado, por escrito, durante uma década, tendo o contrato, por fim, se prorrogado tacitamente com a permanência da empresa no imóvel. Quem loca tem, pelo menos,

uma certeza: a de que o imóvel não lhe pertence e que, portanto, não pode exercer a posse, crendo ser dono.

O conhecimento da titularidade do domínio resta evidente ainda no fato de o sócio-administrador ter aceito sua nomeação, em testamento, como único administrador dos bens da *Consulente*, em que consta menção expressa ao imóvel em litígio e às quotas sociais da *C*. Logo, beira o absurdo aceitar que a empresa possuía o imóvel na crença de ser dona!

5.1) O pagamento do IPTU e de eventuais despesas referentes ao imóvel poderia ser considerado indício de animus domini da C sobre o imóvel ou poderia decorrer, pura e simplesmente, de obrigação legal e contratual pactuada nos contratos de locação firmados entre as partes?

Não, esses pagamentos não podem ser vistos como indícios de *animus domini*, porque **decorrem do contrato de locação** existente entre as partes. A própria Lei do Inquilinato prevê expressamente o pagamento de tais despesas pelo locatário nos arts. 23, incs. I, VIII e XI, e 25. Dessa forma, o pagamento de tributos, encargos e despesas nada mais representa que o simples **cumprimento de deveres primários de prestação, decorrentes da relação obrigacional contratual** assumida. Disso se conclui que nenhum locatário leal e honesto pode pagar tais despesas na crença de ser dono. Ele as paga como **contraprestação pelo uso do bem alheio**.

6) Ainda que o contrato de locação firmado entre a Consulente e a C tenha prazo determinado, este se prorrogou automaticamente, sobretudo em face da ausência de manifestação das partes?

Sim. A Lei do Inquilinato é expressa nesse sentido (art. 56, parágrafo único), não pairando qualquer dúvida em doutrina e jurisprudência acerca da questão. A regra geral diz que, vencido o prazo fixado para a locação, o contrato extingue-se automaticamente, **exceto se o inquilino permanece no imóvel e o locador nada faz para reavê-lo**. Dá-se, nesse caso, a **prorrogação tácita do contrato de vigor**, pois entende-se, com razão, que **o comportamento das partes equivale a declaração de vontade concludente** no sentido de manutenção da relação obrigacional existente. Nem poderia ser diferente, pois é obrigação (dever primário de prestação) do locatário devolver o imóvel ao fim da locação, não podendo continuar a usá-lo sem pagar o correspondente aluguel, sob pena de enriquecimento sem causa.

7) O não pagamento de parte dos aluguéis à Consulente deve ser considerado como **tolerância** desta, até mesmo tendo-se em vista a existência de cláusulas de tolerância nos contratos de locação firmados entre a Consulente e a C, ao que se soma o interesse da locadora em não prejudicar a locatária, já que aquela é sócia desta?

Sim. A tolerância com a falta ou impontualidade de aluguéis é **faculdade inerente à posição jurídica de credor**, decorrência direta da **autonomia privada**, pilar fundamental do direito privado e corolário da liberdade humana. Essa tolerância, conjugada com outras circunstâncias, pode levar à extinção da obrigação, isto é, do dever de prestar, mas **não põe fim à relação obrigacional entre as partes, principalmente quando se trata de relação obrigacional duradoura**, em que novos direitos e obrigações surgem continuamente com o decorrer do tempo.

Isso vale, especialmente, no presente caso, no qual a tolerância na ausência e/ou na impontualidade do pagamento **não teve como causa o desinteresse do credor, mas a clara finalidade de beneficiar a empresa**. Óbvio que o sócio que dispensa dívida pessoal, da qual é devedora a própria empresa, sacrifica seus interesses patrimoniais individuais em prol dos interesses da empresa e dos demais, bem como dá **provas concretas de sua lealdade para com a sociedade e os outros sócios**.

Afigura-se, portanto, como desleal, ofensiva ao mandamento da boa-fé objetiva e ao dever societário de lealdade, a conduta da sociedade que, tendo-se beneficiado com o sacrifício do sócio, pretenda, posteriormente, obter mais vantagens ainda da situação ao tentar se apropriar de imóvel de vultoso valor.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Curitiba, 10 de janeiro de 2016.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER



6

ASTREINTES – MULTA OMINATÓRIA – REVISÃO DE VALOR (*QUANTUM*) – PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS

OPINIÃO LEGAL

I. Objeto da consulta

Consulta-nos CONDOMÍNIO MAXHAUS VLA (adiante mencionado como Consulente) por meio de seus ilustres advogados, Paulo Magalhães Nasser e Rodrigo Lucas da Gama Alves, a respeito de despacho judicial proferido nos autos de Agravo de Instrumento sob o n.º 2249210-46.2016.8.26.0000, em que a Consulente é Agravante e MAXCASA XXIII EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA é Agravada.

Referido despacho judicial determinou a intimação de ambas as partes para se manifestarem acerca da possibilidade de redução, de ofício, do valor acumulado a título de *astreintes*, entendendo-se aplicável à situação o disposto no art. 537, § 1.º, do CPC/15.

Em razão da vigência do Novo Código de Processo Civil e das novas regras referentes ao cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o art. 537, § 1.º, em nosso sentir, não dá margem a possibilidade de adoção do entendimento acima referido, pelos motivos a seguir expostos.

II. Breve resumo do caso

A Consulente CONDOMÍNIO MAXHAUS VLA ajuizou ação cominatória c/c com indenizatória em face de MAXCASA XXIII EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA., e BKO ENGENHARIA,

na qual requereu a condenação dos réus, em caráter solidário, na obrigação de efetuar reparos de janelas, fachadas e infiltrações no forro do subsolo das construções e demais vícios construtivos que compõem as edificações do condomínio, sob pena de multa diária em caso de descumprimento.

O juízo da 33.^a Vara Cível de São Paulo, atendendo ao requerimento da Consulente, concedeu antecipação de tutela, em razão do progressivo agravamento das condições das janelas e fachadas do condomínio, determinando às rés o reparo das edificações, no prazo de 10 dias, sob pena de imposição de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Dessa decisão, foi interposto Agravo de Instrumento perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, pela ré BKO ENGENHARIA, o qual foi parcialmente provido apenas para estender para 60 dias o prazo para realização das obras, mantida a multa em caso de descumprimento. Contra o v. acórdão, a BKO ENGENHARIA, na qualidade de recorrente, e a MAXCASA XXIII EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, na qualidade de interessada, não interpuseram recurso.

Superado o prazo ajustado para cumprimento das obras, a Consulente informou nos autos do processo principal o descumprimento da medida liminar por parte das requeridas, em petição protocolizada em 15/03/2016 e, em setembro de 2016, diante da continuidade da inércia das requeridas no cumprimento da determinação judicial, deu início à execução provisória da multa (art. 537, § 3.º, CPC/15) a qual, à época, correspondia a um total de 224 dias de incidência, somando débito de mais de R\$ 2.240.000,00 (dois milhões, duzentos e quarenta mil reais).

Conclusos os autos, determinou-se, por meio de despacho, a intimação das devedoras para efetuar o pagamento no prazo de 15 dias, com atualização monetária, sob pena de multa de 10% sobre o valor do débito, bem como a fixação de honorários advocatícios no valor de 10% sobre o valor apurado.

Dessa decisão, MAXCASA XXIII EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA opôs Embargos de Declaração, os quais foram providos, sem efeitos modificativos, a fim de se esclarecer que a intimação para pagamento da multa destinou-se, solidariamente, às duas rés.

Inconformadas com essa decisão, BKO ENGENHARIA e MAXCASA XXIII EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA interpuseram, separadamente, Agravo de Instrumento.

O Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu efeito suspensivo ao recurso interposto por BKO ENGENHARIA, tendo obtido provimento favorável à suspensão da ação de cumprimento provisório da multa em que figura como executada. Não teve a mesma sorte o recurso apresentado MAXCASA XXIII EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, razão pela qual a Consulente peticionou ao juízo da 33.^a Vara Cível para se dar prosseguimento ao feito em relação à MAXCASA XXIII EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

O juízo *a quo*, ao ser informado da atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto por BKO ENGENHARIA, proferiu despacho indeferindo o pedido anteriormente realizado pela Consulente de prosseguimento do feito em face das rés. A Consulente peticionou novamente, requerendo a reconsideração dessa decisão, haja vista ter sido indeferido o pedido de efeito suspensivo realizado no Agravo de Instrumento interposto por MAXCASA XXIII EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, razão que autorizaria o prosseguimento da execução provisória da multa proposta contra ela.

Silente o juízo da 33.^a Vara Cível de São Paulo, a Consulente interpôs Agravo de Instrumento contra o citado despacho, reforçando os argumentos já lançados no pedido de reconsideração, pleiteando, assim, o prosseguimento ao cumprimento provisório da sentença ajuizado contra MAXCASA XXIII EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, e conseqüente penhora-online do valor relativo às *astreintes*, devidamente contemplados acréscimos relativos à multa e honorários advocatícios.

Conclusos os autos no Tribunal de Justiça, o relator do Agravo de Instrumento proferiu despacho determinando a intimação das partes para se manifestarem acerca da possibilidade de redução, de ofício, do valor acumulado a título de *astreintes*, fundamentando, para tanto, no disposto no art. 537, § 1.º, do CPC/15.

III. Quesitos

Esses foram os principais fatos processuais ocorridos até o momento, com base nos quais, somados às nossas reflexões, devidamente apoiados em doutrina e em jurisprudência, respondemos aos quesitos formulados pelos ilustres advogados:

1) *É permitido ao juiz rever o valor de uma multa cominatória que já incidiu em razão de descumprimento de obrigação pelo devedor?*

2) A possibilidade de revisão ou exclusão da multa, a que se refere o artigo 537, § 1.º, do CPC/15, restringe-se aos valores vincendos, isto é, aos valores que seriam devidos a partir da data da revisão/exclusão caso o descumprimento persista?

3) É possível que a revisão a que alude o artigo 537, § 1.º, do CPC/15, ocorra no bojo de agravo de instrumento cujo objeto não é a revisão ou exclusão da multa vincenda?

IV. Fundamentos que embasam as respostas dos quesitos

O art. 461, § 6.º, do CPC de 1973 (sem correspondência no CPC de 2015) dava, de fato, margem a dúvidas quanto à correta interpretação. Fazia alusão à possibilidade de o juiz, mesmo sem que houvesse provocação da parte interessada, *modificar* o valor ou a periodicidade da multa, caso verificasse que se teria tornado insuficiente ou excessiva¹.

O dispositivo era silente quanto à possibilidade de dizer, também, respeito ao *passado*, isto é, ao valor das multas já devidas, porque cominadas para período em que a obrigação já havia sido descumprida, depois da ordem judicial. Quanto ao futuro, não haveria, por óbvio, necessidade de menção expressa. Por isso, a divergência.

Justamente para pôr fim a esta discussão, o art. 537, § 1º, do CPC em vigor faz expressa menção a multa VINCENDA. Isto implica dizer que o juiz pode alterar o valor ou a periodicidade da multa, ou até mesmo excluí-la, mas sua decisão terá efeitos *ex nunc*: para o futuro. Multa que incidiu, venceu e não foi paga, incorpora-se ao patrimônio do credor, como *crédito*. É fato que se aperfeiçoa e fica no passado. A cada descumprimento, o mesmo processo lógico se repete. Em se tratando de multa diária, a cada dia em que o réu

1. Controvertia-se, na vigência do CPC/1973, sobre ser possível a redução do valor da multa que já houvesse incidido (p. ex., rejeitando a possibilidade de redução, cf. STJ, REsp 1.022.033/RJ, j. 22.09.2009, rel. Min. Nancy Andrighi; em sentido contrário, admitindo a redução, cf. STJ, AgRg no AREsp 195.303/SP, rel. Min. Marco Buzzi, 4.ª T., j. 28.05.2013). O § 1.º do art. 537 do CPC/2015 é claro no sentido de que apenas o valor ou a periodicidade da multa vincenda pode sofrer alteração." (José Miguel Garcia Medina. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Versão eletrônica. Art. 537, item IV).

descumpra a obrigação, a multa incide e se torna crédito em favor do credor da obrigação de fazer ou não fazer.

Decisão com base no § 1.º do art. 537 do CPC de 2015 só poderá ser tomada se ocorrerem uma, ou ambas, das hipóteses aventadas nos incisos I e II: ou se verifica que a multa se terá tornado INÚTIL porque insuficiente ou INÚTIL porque excessiva ou ainda ONEROSA DEMAIS, porque excessiva.

A doutrina sempre considerou que a ineficácia da multa (não cumprimento da obrigação pelo réu), poderia derivar tanto da insuficiência de seu valor, quanto do excesso, já que se o devedor realmente não tivesse bens, passaria a dever uma quantia exageradamente elevada. Seria algo de tal modo fora de seu universo, que deixaria de significar uma “ameaça” eficiente, capaz de gerar o cumprimento da obrigação.

A outra hipótese se desdobra em duas: ter havido cumprimento parcial superveniente à fixação da multa ou ter o devedor demonstrado justa causa para não a ter cumprido. Vê-se, ainda uma vez, uma expressão, usada pelo legislador, que remete ao *FUTURO*: superveniente.

Vê-se, com clareza, que uma das hipóteses em que a nova lei autoriza o juiz a modificar valor ou periodicidade da multa ou extingui-la é a em que tenha havido decisão *FIXANDO A MULTA E SUA PERIODICIDADE E, POSTERIORMENTE*, tenha sido cumprida parcialmente a obrigação. Nesse caso, a lei permite que o juiz “alivie” a situação do réu, alterando a *INTENSIDADE* da ameaça, o que pode ser feito (como já podia à luz do CPC de 1973), mesmo sem provocação do interessado. No caso do art. 537, § 1.º, II, poderá o juiz exclusivamente reduzir o fardo e não o aumentar.

O art. 537, § 4.º, reforça essa interpretação: diz a nova lei que a multa será *DEVIDA*, desde o dia (desde o momento, de rigor, já que nem todas as multas são diárias – há multas fixadas por segundo, por exemplo, em casos ligados a propagandas de TV) em que houver o descumprimento da ordem judicial e *INCIDIRÁ* enquanto não for cumprida a decisão, ou – de acordo com o § 1.º do mesmo dispositivo – enquanto não for modificada ou extinta por decisão que produzirá efeitos *ex nunc*, futuros.

Vê-se, assim, que o dispositivo que disciplina a multa contém duas expressões que, inegavelmente, remetem para o futuro: multa

VINCENDA e cumprimento parcial SUPERVENIENTE: posterior à decisão. O que ficou abrangido pela decisão, no passado, não pode ser alterado.

Nem se diga aqui que há a possibilidade de uso do instituto da *suppressio*. Os casos que autorizam a decisão à luz desta figura são aqueles em que já se passou muito tempo e o devedor permanece descumprindo a ordem e já não tem mais a expectativa de ser cobrado e a multa, por isso, terá sido inteiramente INEFICAZ².

A doutrina escrita já sob a égide do CPC em vigor não discrepa deste entendimento. Nesse sentido: “a alteração do valor da multa aplica-se ao futuro, e não ao passado. Melhor dizendo: na medida em que a mudança do valor só se justifica por um fato superveniente, é a partir desse fato que o novo valor deve incidir. Ampliar retroativamente a multa que já incidiu (i.e., não a partir de um fato superveniente, mas desde o início de sua incidência) seria ofensivo

-
2. “Diz-se que há *suppressio* a situação de direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé” (...). “A realidade social da *suppressio*, que o Direito procura orientar, está na ruptura das expectativas de continuidade da auto-apresentação praticada pela pessoa que, tendo criado, no espaço jurídico, uma imagem de não-exercício, rompe, de súbito, o estado gerado.” (...) “O fenômeno da *suppressio*, traduzido no desaparecimento de posições jurídicas que, não sendo exercidas, em certas condições, durante determinado lapso de tempo, não mais podem sê-lo, sob pena de contrariar a boa-fé, corresponde a uma forma invertida de apresentar a realidade”. (Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1953. Seção II, § 30º, p. 797-836). No mesmo sentido, Julio Gonzaga Andrade Neves: “A aplicação da *suppressio* pressupõe uma contradição entre a atitude omissiva inicial do titular, que desperta a confiança da contraparte, e a atitude comissiva de exercício abusivo do direito, em violação à referida confiança. Nesse navegar entre omissão e ação, a *suppressio* se apoia em um comportamento contraditório pouco usual, mas ainda assim, inquestionavelmente uma espécie desse gênero, identificável em boa medida como o brocado segundo o qual *nemo potest venire contra factum proprium* e a contemporânea teoria dos atos próprios. (...) quanto mais tempo um indivíduo se quede inerte ante ao que constituiria uma ofensa a posição jurídica subjetiva por si titularizada, menos provável é sua reação e mais plausível é a crença de que não se insurgirá. Para usar uma construção mais simples: **quanto maior o tempo da inércia, maior a confiança**” (grifo no original). A *suppressio* (*Verwirkung*) no Direito Civil. São Paulo: Almedina Brasil, 2016, p. 61, 106-107.

à segurança jurídica e ao devido processo legal. Do mesmo modo, reduzi-la ou eliminá-la retroativamente aniquilaria a eficácia coercitiva desse mecanismo, além de violar ato perfeito e direito adquirido. Precisamente por isso, o art. 537, § 1.º, permite apenas a modificação da ‘multa vincenda’³.

Já tivemos a oportunidade de escrever sobre o tema em obra publicada em coautoria com Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello: “O § 1º traz as hipóteses de revisão do valor e/ou da periodicidade da multa ou ainda sua exclusão, o que pode ser feito por meio de provocação ou de ofício. A norma se refere à multa vincenda, sugerindo que a decisão que a excluir ou a rever tem **efeito ex nunc**, não retroagindo para alcançar a multa vencida e não paga”⁴.

Alexandre Freitas Câmara, de igual maneira, afirma que só se pode aumentar ou reduzir multa *VINCENDA*, não sendo admissível a alteração do valor de multa já vencida, o que implicaria a redução do valor de um *crédito*, já *configurado*, do demandante, violando-se direito adquirido⁵. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero também se manifestam pela impossibilidade de a redução da multa ter efeitos retroativos⁶.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery explicam que “a periodicidade e o aumento da multa se justificam pelo fato de ser a multa medida de execução indireta, destinada a forçar o devedor a cumprir a obrigação; a diminuição da multa é injustificável, porque a multa não é destinada a fazer com que o devedor a pague, mas que a não pague e cumpra a obrigação na forma específica”⁷.

3. Eduardo Talamini; Luiz Rodrigues Wambier. Curso avançado de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Vol. 3. Capítulo 16. Item 16.7.4. P. 490-491.
4. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 984.
5. Alexandre Freitas Câmara. O novo Código de Processo Civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2017. 3. ed. rev., atual. e ampl. Capítulo 19. Item 19.3. p. 375-376.
6. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. Item 10, p. 672.
7. Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Versão eletrônica. Art. 537, item 4.

Araken de Assis, do mesmo modo, chama a atenção para não se confundir “modificação e exclusão. Enquanto na modificação a pena subsiste, porque o ato decisório surtirá efeitos *ex nunc*, na exclusão a multa desaparece retroativamente, no todo ou em parte. É descabida a exclusão, em qualquer hipótese, subsistindo o descumprimento ante a recalcitrância do executado. Conforme decidiu o STJ, “a análise sobre o excesso da multa deve ser pensada de acordo com as condições enfrentadas quando a multa incidia e com o grau de resistência do devedor. Não se pode analisá-la na perspectiva de quem, olhando para fatos já consolidados no tempo, depois de cumprida a obrigação, procura razoabilidade quando, na raiz do problema, existe um comportamento desarrazoado de uma das partes”⁸.

Na jurisprudência, acórdãos ainda são escassos, mas já se verifica a predominância do entendimento quanto à irretroatividade da redução da multa, conforme dispõe o art. 537, § 1º, CPC/15, por Tribunais de Justiça de todos o país⁹. Nesse sentido, por unanimidade, o TJ-RJ entendeu, recentemente, que “nos casos em que a multa cresce muito, e alcança valores aparentemente exagerados, o enriquecimento do credor é *com causa*, e não se lhe pode imputar qualquer responsabilidade por esse crescimento “exagerado”, já que a inércia em promover a execução do julgado não é dele, mas do órgão jurisdicional. Era, pois, absolutamente inaceitável – com todas as vênias merecidas pelos que defendem entendimento diverso – essa tendência a reduzir *ex tunc* a multa pelo atraso no cumprimento da prestação. Tal redução vai contra todos os valores do processo democrático e, além disso, não encontra qualquer base normativa. E exatamente por isso

8. STJ, REsp 1.135.824/MG, 3ª T., j. 21.09.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 14.03.2011.

9. O tribunal de Justiça do Paraná emitiu recente pronunciamento: “De acordo com as regras do CPC/73, o montante poderia ser revisto, caso fosse exorbitante ou insuficiente, nos termos do art. 461, § 6º, do CPC/1973. Naquela época, entendia-se que tanto o valor vencido quanto o montante vincendo poderiam ser revistos. Exemplificativamente: EDcl no REsp 1393469/RN, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 24/06/2014, *DJe* 01/08/2014. Ocorre que, conforme já registrado, a decisão agravada foi proferida na égide do CPC/15, o qual, diferentemente do CPC/73, autoriza apenas a alteração ou exclusão da multa vincenda, conforme a atual redação do art. 537, § 1º, do CPC/15” (TJ-PR, Agravo de Instrumento n.º 1.600.941-9, 10ª Câmara Cível, j. 09.03.2017, rel. Des. Guilherme Freire de Barros Teixeira, *DJe* 20.04.2017).

o CPC/2015 deixou claro, no texto do art. 537, § 1.º, que o juiz poderá modificar o valor ou a periodicidade de *multa vincenda*¹⁰⁻¹¹⁻¹².

O TJ-RS também já se manifestou, por unanimidade, no sentido de que “o novo Código de Processo Civil, especificamente no § 1º do art. 537, deixou claro que somente a multa (*astreintes*) *vincenda* pode ser alterada. (...). Portanto, não há justificativa para que o devedor, não cumprindo a obrigação no prazo que lhe foi assinado e não obtendo êxito em pedido de revisão do valor da multa ou de sua periodicidade ou, até mesmo, de sua exclusão, venha a juízo, já na fase recursal, reclamar da multa imposta, pretendendo revisá-la para o passado por entender que restou excessiva, sequer comprovando o cumprimento da obrigação que lhe foi imposta. Caso o Judiciário persista com tal entendimento, estará enfraquecendo suas próprias decisões, já que a multa em testilha, como já dito, tem finalidade eminentemente coercitiva, a par de, com tal atitude, estar conivente com aquele que fez pouco caso da decisão contra si imposta, deixando o verdadeiro necessitado de proteção (o credor) ao desamparo¹³⁻¹⁴.

No mesmo sentido tem sido a interpretação aplicada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal que, por unanimidade, entendeu que “o Novo Código de Processo Civil disciplina as hipóteses de modificação do valor ou da periodicidade da multa cominatória vincenda, visando adequar a medida de coerção à eventual alteração da situação fática, superveniente à decisão que a arbitrou, tudo a fim de conferir maior eficácia ao instituto. Inteligência do artigo 537, § 1.º, CPC/15. Inadmissível a redução da multa vencida, por configurar direito adquirido do credor da obrigação”¹⁵.

10. TJ-RJ, Apelação Cível n.º 0012811-85.2014.8.19.0037, 2.ª Câmara Cível, j. 29.03.2017, rel. Des. Alexandre Freitas Câmara.
11. TJ-RJ, Apelação Cível n.º 0012802-04.2014.8.19.0206, 26ª Câmara Cível, j. 27.04.2017, rel. Des. Arthur Narciso de Oliveira Neto.
12. TJ-RJ, Apelação Cível n.º 0292510-21.2015.8.19.0001, 22ª Câmara Cível, j. 17.05.2016, rel. Des. Carlos Santos de Oliveira.
13. TJ-RS, Recurso Inominado n.º 71005962634, 3.ª Turma Recursal Cível, j. 28.07.2016, rel. Des. Luis Francisco Franco.
14. TJ-RS, Recurso Inominado n.º 71006221030, 3.ª Turma Recursal Cível, j. 29.09.2016, rel. Des. Cleber Augusto Tonial.
15. TJ-DF, Agravo de Instrumento n.º 20160020477998, 3ª Turma Cível, j. 22.07.2017, rel. Des. Flavio Rostirola.

No que se refere ao momento oportuno para eventual possibilidade de revisão ou exclusão da multa vincenda, são necessárias algumas observações.

A petição inicial da ação cominatória c/c com indenizatória foi distribuída em 14.07.2015 e os autos imediatamente conclusos para decisão que indeferiu, liminarmente, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela *inaudita altera parte*, formulado pelo autor.

Em 10.09.2015, os autos foram novamente conclusos, e em 14.09.2015 foi proferida nova decisão, com base no evidente agravamento das condições das edificações que compõem a estrutura da Consulente, em que se deferiu, parcialmente a antecipação de tutela, para que as rés promovessem os reparos de janelas e fachada, no prazo de 10 dias, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Dessa decisão foi interposto, por uma das rés, Agravo de Instrumento perante do Tribunal de Justiça de São Paulo, que em 17.11.2015, deu provimento parcial ao recurso, apenas para se estender o prazo de cumprimento da obrigação de 10 para 60 dias, devido às peculiaridades do caso, mantida a multa, em caso de descumprimento. Desta decisão *não houve interposição de recurso pelas rés*, impugnando quer o valor da multa, quer sua periodicidade.

Superado o prazo ajustado de 16.02.2016 para cumprimento da obrigação de fazer pelas rés, a Consulente propôs, em 27.09.2016, execução provisória das *astreintes*. Conclusos os autos em 29.09.2016, o juízo da 33ª Vara Cível de São Paulo proferiu despacho, dando prosseguimento ao feito, intimando as rés para efetuarem o pagamento do débito, sob pena de multa de 10%, bem como os valores referentes aos honorários advocatícios em favor do advogado da parte exequente. Opostos Embargos de Declaração desta decisão por MAXCASA XXIII EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA em 10.10.2016, com o objetivo de que o juízo se manifestasse a respeito de quem seriam os devedores da multa, foram esses parcialmente acolhidos em decisão de 14.10.2016, para explicitar que a intimação do pagamento dos valores referentes as *astreintes* estende-se para *ambas as rés*.

Agravou de Instrumento, desta decisão, MAXCASA XXIII EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, requerendo a suspensão da execução, bem com o prazo para pagamento da multa, além de, no mérito, *questionar a aplicação da multa, em razão de não*

ter descumprido a decisão judicial que atribuiu a multa em caso de descumprimento da obrigação de fazer (o que, diga-se de passagem, não foi objeto da decisão recorrida). O Tribunal de Justiça de São Paulo, em 31.10.2016, recebeu o recurso e negou o efeito suspensivo pleiteado. O mesmo fez a ré BKO ENGENHARIA, o qual teve seu recurso de Agravo de Instrumento recebido com efeito suspensivo, determinando-se, por consequência, a suspensão da execução proposta contra a agravante.

Em razão de a decisão que determinou o pagamento da multa em relação à MAXCASA XXIII EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA continuar a produzir seus regulares efeitos, em vista do indeferimento do seu Agravo de Instrumento, a Consulente peticionou, em 8.11.2016, requerendo ao juízo da 33ª Vara Cível de São Paulo a penhora on-line em conta da MAXCASA XXIII EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA até o limite do crédito exequendo.

O juízo de primeiro grau, em 10.11.2016, proferiu despacho, diante da informação de atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto por BKO ENGENHARIA, indeferindo o pedido da Consulente para se dar prosseguimento à execução em relação à MAXCASA XXIII EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

A Consulente, em razão dessa decisão, peticionou novamente em 11.11.2016, requerendo a sua reconsideração, tendo em vista que não haveria óbice em se proceder à execução das *astreintes* em relação à ré MAXCASA XXIII EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, pois o recurso de Agravo de Instrumento, no qual se pleiteou efeito suspensivo da execução das multas, tinha sido indeferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Dando prosseguimento ao feito, BKO ENGENHARIA apresentou impugnação ao cumprimento da multa em 11.11.2016, seguida por MAXCASA XXIII EMPREEDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, que apresentou impugnação em 17.11.2016.

Em razão da ausência de manifestação do Juízo da 33.ª Vara Cível acerca do pedido de reconsideração realizado pela Consulente, protocolou-se, em 06.12.2016, agravo de instrumento reforçando, em síntese, os argumentos já aduzidos anteriormente, para se dar prosseguimento da execução em relação à ré MAXCASA XXIII EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

Conclusos os autos de Agravo de Instrumento a 1.^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, o relator, em 23.05.2017, proferiu despacho no qual intimou as partes a se manifestarem acerca da possibilidade de redução, de ofício, do valor acumulado a título de *astreintes*, com base no art. 537, § 1.º, do CPC/15.

Percebe-se, portanto, que o agravo que pende de julgamento perante o Tribunal de Justiça de São Paulo não discute a exclusão e sequer a alteração do valor da multa. Sabe-se que se trata de tema sobre o qual o Tribunal pode decidir de ofício, mas, evidentemente, se, e exclusivamente *se*, a multa tiver sido objeto do agravo. Assim, se uma das partes tivesse recorrido pleiteando o aumento, a diminuição do valor ou mesmo a exclusão da multa (o que, como se afirmou e se demonstrou só poderia dizer respeito ao *futuro*) poderia o Tribunal decidir a respeito decidindo, até mesmo, *in pejus*. No entanto, questões relativas à multa estão, no presente momento, submetidas à competência do 1.º grau de jurisdição. Lá, sim, pode o juízo promover alterações de valor ou até mesmo excluí-la, sempre daqui para frente, em decisão com efeitos *ex nunc*.

V. Resposta aos quesitos

1) *É permitido ao juiz rever o valor de uma multa cominatória que já incidiu em razão de descumprimento de obrigação pelo devedor?*

Não. A nova lei não deixa margem a dúvidas quanto à impossibilidade de que haja alteração quanto à multa, em quaisquer de seus aspectos – periodicidade e valor – que *já incidiu*. A expressão *vincendas* demonstra com clareza solar que o legislador optou pela posição que já era a dominante mesmo em face do CPC de 1973, que não continha tal expressão.

2) *A possibilidade de revisão ou exclusão da multa, a que se refere o artigo 537, § 1.º, do CPC/15, restringe-se aos valores vincendos, isto é, aos valores que seriam devidos a partir da data da revisão/exclusão caso o descumprimento persista?*

Sim. Qualquer modificação relativamente à multa já fixada, diga respeito ao valor ou à periodicidade – e mesmo a exclusão só terão efeitos *ex nunc*, pois a situação anterior terá, clara e evidentemente, gerado direito adquirido ao credor, não passível de ser atingido por decisão posterior.

3) *É possível que a revisão a que alude o artigo 537, § 1.º, do CPC/15, ocorra no bojo de agravo de instrumento cujo objeto não é a revisão ou exclusão da multa vincenda?*

Não. Tanto o Tribunal quanto o juízo de 1.º grau podem decidir a respeito da multa, independentemente de pedido específico formulado pelas partes. Entretanto, se questões da multa foram devolvidas ao Tribunal pela via do agravo, enquanto este não for julgado, a competência para decidir a respeito desta matéria está com o órgão de 2.º grau. Uma vez julgado o agravo, terá o órgão de 1.º grau que respeitar a decisão do Tribunal, só podendo redecidir sobre a questão se houver alterações no plano empírico. Inversamente, se o agravo de instrumento veicula matéria distinta da multa, não poderá o Tribunal decidir a respeito, porque o tema está submetido à competência do juízo *a quo*: nesse patamar poderá haver decisão sobre a multa, independentemente de pedido das partes, tendo, entretanto, sempre, a decisão, efeitos exclusivamente *ex nunc*, ou seja, não retroativos. O passado está resguardado de forma absoluta.

É o nosso parecer, *s.m.j.*

Curitiba, 16 de junho de 2017.

TERESA ARRUDA ALVIM



7

PEDIDO E CAUSA DE PEDIR – ALTERAÇÃO – *IURA NOVIT CURIA* – AMPLITUDE DO DEVER DE COGNIÇÃO DO JUIZ – CONDOTA DA PARTE: PEDIDOS CONTRADITÓRIOS, *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

PARECER

I. Objeto da consulta

Trata-se de ação em que os autores X e outros pretendem obter a **anulação** de **negócios jurídicos** realizados com o objetivo de **desfazer a sociedade** existente entre eles e Y e outros, ou, sucessivamente, de serem **indenizados** por ter havido enriquecimento sem causa dos réus.

Alegaram a existência de vários vícios de vontade, como base do pedido de anulação; e enriquecimento ilícito, como esteio do pedido sucessivo de natureza indenizatória.

Ao longo do feito, encaminharam a sua argumentação no sentido de que o contrato (que, na petição inicial foi apontado como viciado por decorrer de erro, dolo, coação e lesão) **não era**, na verdade, um *contrato*, mas um *pré-contrato* ou uma *carta de intenções*. Alegam também, nos mesmos autos, qualificando como causa de pedir, a existência de uma *cláusula*, cujo sentido seria o de *postergar a eficácia do contrato*, sujeitando-o à *condição suspensiva* (pela primeira vez na petição da ação anulatória em fls. 3.704).

Em alegações finais, os autores juntam um parecer de conhecido comercialista, em que esse traz argumentos no sentido de que o contrato teria sido celebrado em moldes não usuais.

II. Quesitos

Diante desse quadro sucintamente descrito, apresenta os seguintes quesitos:

1) *Se uma das partes acrescentar, nas alegações finais, argumentos novos em torno de causa de pedir já apresentada, deve ser proporcionada, à outra parte, oportunidade de se manifestar?*

2) *Pode-se alterar a **causa de pedir** no curso do feito? A alteração da causa de pedir implica alteração do próprio **pedido**?*

3) *Pode o juiz **escolher**, entre os fatos narrados pela parte, aquele que considera dever figurar como causa de pedir da ação? Em que consiste o princípio iura novit curia? Esse princípio teria o condão de abrir portas para o juiz decidir com base em **causa de pedir** diferente daquela mencionada na inicial? Decidir pedido diferente do formulado na inicial?*

4) *Caracteriza-se o venire contra factum proprium na situação em que a parte formula um segundo pedido, diferente do primeiro, ao longo do feito, que com aquele seja logicamente incompatível?*

III. Breve retrospecto

Com base nas cópias das peças processuais disponibilizadas pelo cliente¹, relativas aos Processos (ação anulatória) e (ação de obrigação de fazer), ambas em trâmite perante a Z^a Vara Cível do Foro da Comarca de Cascavel – Paraná –, é possível traçar-se um breve histórico de situação cuja análise nos foi solicitada:

1) Em 28 de outubro de 2008, X e W (“Autores”) ajuizaram ação anulatória e condenatória – com pedido de liminar – contra Y e

-
1. (i) Petição inicial – fls. 02 a 33;
 - (ii) contestação – fls. 640 a 716;
 - (iii) contrarrazões ao AI n. 548.833-3 interposto nos autos da ação de obrigação de fazer;
 - (iv) acórdão proferido no AI n. 548.833-3;
 - (v) petição dos Autores no AI n. 548.833-3 (fls. 653/657);
 - (vi) contrarrazões ao AI n. 681.354-3;
 - (vii) razões finais, na ação anulatória, apresentada pelos Autores;
 - (viii) razões finais dos Réus, para as ações anulatória e de obrigação de fazer;
 - (ix) razões finais dos Autores, na ação de obrigação de fazer; e
 - (x) parecer Fábio Ulhoa Coelho.

OUTROS (“Réus”²), com o propósito de obter a anulação dos negócios jurídicos entabulados entre as partes – e objeto da ação –, com “o restabelecimento do *status quo ante*” (**item iii – fls. 33**) e condenação dos Réus nos ônus sucumbenciais;

2) Houve pedido sucessivo, em virtude de alegado enriquecimento sem causa, para a condenação dos Réus a “ressarcir todos os bens, direitos e valores que, em desproporção da contraprestação, receberam dos Autores” (**item iv – fls. 33**);

3) O pedido de liminar cingiu-se ao requerimento de antecipação parcial dos efeitos da tutela pretendida, com o fim de “suspender os efeitos dos referidos contratos e reintegrar os Autores em todos os seus direitos de sócios e acionistas das referidas empresas e coproprietário das demais propriedades” (**item i – fls. 32**) e, também, para designar a R como administradora de todos os negócios comuns das partes ou, sucessivamente, que fosse nomeado um interventor judicial para os negócios objeto da ação;

4) Os negócios jurídicos atacados na ação anulatória “podem ser assim descritos (docs. 4 e 5):

(i) a permuta das quotas sociais da empresa M e das ações da C pertencente aos Autores pela fração ideal de propriedade dos Réus relativa a alguns imóveis rurais até então mantidos em copropriedade e que, assim, passariam ao domínio exclusivo dos Autores, além de algumas lojas pertencentes à M, que seriam pelos Autores alugadas para a própria empresa, de alguns bens móveis (3 caminhões e uma carreta) e do valor de R\$ 6.047.300,00 em dinheiro;

(ii) a permuta das quotas sociais das empresas L E T pertencentes aos Autores pelas das [SIC] quotas sociais de titularidade dos Réus na empresa H, mais a quantia de R\$ 6.000.000,00”. (**item 5 – fls. 11**);

5) As causas de pedir próximas delimitadas pelos Autores na inicial consistem em alegados vícios de consentimento dos Autores. Estes entendem que sua manifestação de vontade, relativa aos CONTRATOS assinados, teria sido “viciada por **coação, lesão** ou, sucessivamente, **erro**”. (**item 19 – fls. 24 – gn**);

2. Manteremos a uniformidade dos termos: **Autores** e **Réus**, a fim de se referirem, sempre, às mesmas partes, considerando-se sua posição, exclusivamente, na ação anulatória (desconsiderando a inversão de polos, na ação de obrigação de fazer), a fim de evitar maior complexidade no relatório, tentando elaborá-lo de forma mais sucinta.

6) De passagem, (os Autores sustentam que os contratos possuiriam “outros vícios capazes de invalidá-los, sobretudo em relação à transferência de imóveis e das quotas sociais, pela falta de participação das esposas dos Réus casados (...), ausência de concessão do direito de preferência aos demais sócios minoritários não envolvidos nas negociações e descumprimento das normas societárias...” **(item 19 – último parágrafo – fls. 24)**;

7) Além das “manifestações defeituosas de vontade” **(item 20 – fls. 25)**, os Autores sustentaram a ocorrência de **enriquecimento sem causa** dos Réus, sob o fundamento de que, com base nos ajustes firmados entre as partes “os bens permutados deveriam se equivaler em valor (...), deveria haver uma comutatividade perfeita entre as prestações” **(primeiro parágrafo – fls. 27)**;

8) Conforme petição datada de 09 de novembro de 2008, os Réus apresentaram contestação, momento em que tiveram a oportunidade de responder a todas as alegações apresentadas pelos Autores, naturalmente, com base em causa de pedir delimitada na petição inicial;

9) Em petição datada de 14 de janeiro de 2009, os Autores apresentaram contrarrazões ao Agravo de Instrumento interposto pelos Réus na ação de obrigação de fazer que ajuizaram para suprir a vontade dos Autores quanto à assinatura dos documentos necessários à formalização das permutas e da transferência de bens celebradas entre as partes;

10) Esse Agravo de Instrumento foi interposto contra a decisão que indeferiu a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, na inicial, pelos Réus – na ação de obrigação de fazer;

11) Nessas contrarrazões, os Autores sustentam a inviabilidade da liminar pretendida pelos Réus, na ação de obrigação de fazer, entre outros aspectos, em vista de – sempre fazendo menção a CONTRATOS assinados – alegada exceção do contrato não cumprido (descumprimento, pelos Réus, da Cláusula Quarta dos contratos celebrados), pois: “previamente à assinatura dos contratos de transmissão patrimonial, as partes tinham de discuti-los e, em conjunto, definir os seus termos. Uma providência, aliás, de suma importância para eventual implementação das permutas, pois não foram especificados os valores da transação, as bases de cálculo do ITBI na transferência dos imóveis ou os elementos para apuração do ganho de capital. Tudo o que se conhece são as informações dos Agravantes sobre os valores contábeis das quotas sociais e ações os quais,

contudo, são insuficientes à pretendida formalização do negócio” (**último parágrafo - fls. 9, contrarrazões**), invocando, por isso, a aplicação do art. 476, CC, e do art. 466-C, CPC/73;

12) Os Autores, ainda nessas contrarrazões a AI, sustentam que: “nem sequer se está invocando, aqui, a nulidade dos instrumentos por vício de consentimento ou qualquer outra falha que neles existam. Trata-se apenas de confrontar os Agravantes com o descumprimento dos contratos que eles próprios redigiram e impuseram aos Agravados” (**primeiro parágrafo - fls. 12, contrarrazões**);

13) E, alegam que: “Os Agravados não confirmaram os contratos nem tampouco os estão executando; simplesmente prosseguiram administrando, como antes, os empreendimentos agrícolas e hoteleiros do “Grupo M”. Continuaram exercendo as atividades que lhes competiam no concerto empresarial, coerentemente com a condição de administrador, que R possuía e possui, e com a pretensão, formulada na ação anulatória, de restabelecer o *status quo ante*” (**parágrafo terceiro - fls. 12, contrarrazões**);

14) Em 4 de abril de 2009, foi lavrado acórdão julgando o AI, negando provimento ao recurso, por maioria de votos (fls. 622 TJ-PR);

15) Entendeu-se pelo perigo de irreversibilidade da medida pretendida pelos Réus, na liminar requerida na ação de obrigação de fazer, bem como que o indeferimento da liminar atenderia os interesses de ambas as partes. Segundo voto do Des. Luís Sérgio Neiva de Lima Vieira: “(...) *é indubitável que a permanência da co-gestão empresarial conjunta, ou seja, por todos os sócios das pessoas jurídicas envolvidas no contrato de permuta é a medida que melhor atende às negociações comerciais necessárias ao regular funcionamento e relacionamento das sociedades empresárias com eventuais clientes e fornecedores, eis que, até o momento, tal procedimento só trouxe benefícios a ambos os contratantes (...)*”

16) O TJPR decidiu que, muito embora os Réus afirmem estar cumprindo suas obrigações contratuais, não era possível, naquele momento processual, verificar-se a demonstração do cumprimento da cláusula quarta do contrato;

17) O Tribunal, assim, entendeu pelo não preenchimento dos requisitos para a concessão da tutela antecipada pretendida, confirmando seu indeferimento e decisão da Juíza de primeira instância;

18) O Relator - voto vencido - foi pelo provimento do recurso, basicamente, por entender reversível a medida pretendida.

Entendia, também, que a quebra da *affectio societatis* era causa de possível dano de difícil reparação, a fundamentar o provimento do recurso (fls. 623 e ss do TJ-PR);

19) Ainda, a prova inequívoca da verossimilhança das alegações estava presente, pois a tutela antecipada pretendida pelos Autores, na ação anulatória, não foi concedida nem em primeira nem em segunda instâncias, de forma que o contrato estava, portanto, em pleno vigor;

20) Ademais, o Relator não via prova da ocorrência dos vícios de consentimento sustentados pelos Autores, na inicial da ação anulatória;

21) Há petição nas fls. 653/657, datada de 16 de novembro de 2009, que, apresentada pelos Autores, nos autos do AI, faz menção a um recurso de embargos de declaração interposto pelos Réus;

22) Sustentam os Autores que, nos Embargos de Declaração, os Réus teriam inaugurado uma série de novas teses relacionadas ao caso, como a revisão de preço, tentando mitigar os efeitos do julgamento proferido no AI (obrigação de fazer), por força do julgamento proferido no AI;

23) Os Autores afirmam que os embargos de declaração dos Réus não pretendiam sanar omissões, contradições ou obscuridades, mas, sim, rediscutir a matéria do AI. Fazem, ainda, menção ao AI, no qual os autores da Ação Anulatória contestaram a decisão de 1º grau que indeferiu o pedido de realização de perícia, por meio da qual pretendiam “comprovar a desproporção das prestações existentes nas permutas”. Nesse Agravo de Instrumento se entendeu que o indeferimento da prova técnica não acarretava cerceamento de defesa, razão pela qual se converteu o agravo em retido, “por não implicar a decisão em lesão grave ou de difícil reparação” (fl. 2599, TJ-PR). Inconformados com essa decisão, os Autores protocolaram pedido de reconsideração (fls. 2601 e ss. TJ-PR), reforçando, em síntese, os argumentos já expendidos no agravo que restou convertido em retido. Foram rejeitadas as alegações dos Autores na decisão de fls. 2609-2614 TJ-PR, pelos mesmos fundamentos expostos quando do julgamento do AI;

24) Por fim, nessa petição pedem o cumprimento do acórdão proferido no AI, mediante a expedição de ofício à primeira instância, pois estariam, os Réus, tentado induzir o juiz singular em erro, no que toca ao respectivo acórdão proferido em mencionado AI;

25) Chama, ainda, atenção, o antepenúltimo parágrafo da página 4 da petição em comento, em que os Autores afirmam que:

“sem atentar para as claras fronteiras entre validade e eficácia, os Embargantes ignoram que, não tendo cumprido a cláusula quarta das avenças, os contratos devem permanecer suspensos, até que se realizem os estudos e avaliações ali previstas”;

26) Conforme petição datada de 01 de setembro de 2010, os Autores apresentaram contrarrazões a um recurso de Agravo de Instrumento tirado, pelos Réus, nos autos da ação de obrigação de fazer que ajuizaram em face dos Autores, contra uma nova decisão de primeira instância, relativa a novo pedido de antecipação de tutela para suprimento das assinaturas dos Autores em alguns documentos relacionados à eficácia do negócio entabulado pelas partes;

27) Os Autores sustentam o descabimento desse recurso, inclusive por entenderem não haver decisão passível de agravo (por não ter cunho decisório) e refutam seu mérito, fazendo menção a outros recursos de agravo, que teriam tratado da mesma matéria;

28) *Nesta peça, os Autores se referem ao **distrato** (= negócios jurídicos realizados com o objetivo de desfazer a sociedade existente entre as partes) que foi **causa petendi remota** de ação de anulação como **pré-contrato** de permuta de quotas societárias e outros bens e **não mais à celebração de CONTRATOS** como, até então, vinham fazendo expressa menção, em todas as suas manifestações processuais;*

29) Sustentam, também, de forma inovadora, que esses instrumentos teriam fixado o prazo de 30 dias para que o negócio se efetivasse (deixam de falar em suspensão dos contratos, como mencionaram em petição tratada no item 25 deste Relatório), mediante a assinatura de instrumentos definitivos, o que deveria ocorrer após a realização de avaliações, debates, balanços etc.;

30) Em razões finais apresentadas na ação anulatória, conforme petição datada de 13 de junho de 2017, os Autores voltam a mencionar a celebração de **pré-contratos**. Ainda nesse momento, faz-se menção à **eficácia condicionada dos pré-contratos à realização**, “em trinta dias, de uma série de atos, que, ao final, resultaria ‘... a confecção dos documentos pertinentes e definitivos da negociação ora implementada’. A condição era resolutiva” (**item 2.1 – fls. 3, razões finais dos Autores**);

31) *Nesta peça processual, portanto, além de ratificarem a **alteração** da causa de pedir, no que toca à celebração de **pré-contratos**, ao invés de CONTRATOS, como sustentado em inicial, os Autores*

*laboram com a, também nova, causa de pedir relativa à **condição resolutiva de contrato**;*

32) *Nas razões finais, os Autores apresentaram, ainda, um **parecer do Eminent Professor Fábio Ulhoa Coelho** – datado de 26 de janeiro de 2017 –, sobre o qual, **jamais, foi franqueada, aos Réus, a possibilidade de se manifestar**. O jurista sustenta, nesse parecer, ao responder a quatro quesitos que lhe foram apresentados, que:*

(i) Haveria diferença entre os conceitos de estabelecimento comercial e fundo de comércio;

(ii) Seria irrelevante se o titular do fundo de comércio é dono ou locatário do imóvel onde se situa o estabelecimento comercial, uma vez que isso não impacta no fundo de comércio. Isso porque o imóvel não teria valor para transações não imobiliárias. Sua localização, sim (o ponto comercial);

(iii) Imóvel e ponto comercial seriam conceitos distintos;

O fundo de comércio deveria ser considerado na avaliação de participações societárias;

(iv) Não haveria racionalidade, nem econômica nem jurídica, que, numa avaliação de empresa, para fins de permuta de participações societárias, fosse feita distinção se o estabelecimento comercial está situado em imóvel próprio ou alugado, sob a justificativa de que, somente no primeiro caso, haveria a titularidade do fundo de comércio;

(vi) Não estaria correto o critério “de exclusão, do faturamento, das lojas alugadas ou de estabelecimentos atacadistas, para fins de avaliação do fundo de comércio”;

(vii) O fato de o imóvel da loja estar alugado não afetaria o fundo de comércio, nem afastaria o direito ao ponto comercial;

(viii) “De modo nenhum a simples inexistência de lucro, em um ou mais períodos, relativamente a certo estabelecimento ou negócio, autoriza a exclusão do cálculo do fundo de comércio”;

(ix) “Não há racionalidade econômica ou jurídica na aplicação” do desconto de 34% do valor do fundo de comércio, “que seria relativo ao imposto de renda sobre o ganho de capital”. Cada parte deveria arcar com os impostos que a lei lhe impõe.

33) Em petição, também datada de 13 de junho de 2017, os Réus apresentaram suas **razões finais** para as ações anulatória e de obrigação de fazer;

34) Os Autores, mediante petição autônoma – protocolada nos autos da ação de obrigação de fazer –, datada de 13 de julho de 2017, sustentando as novas causas de pedir apresentadas na ação anulatória, afirmam que “O posicionamento dos Autores³ em relação ao caso mudou diversas vezes no curso do processo (...) **O julgamento da demanda, todavia, deve se ater aos fundamentos de fato e de direito inicialmente deduzidos pela parte.** Foi com base nele que a defesa foi desenvolvida e o processo todo se desenrolou. Admitir qualquer modificação nesse quadro representaria um julgamento fora dos limites do pedido e, quiçá, um cerceamento de defesa” (**item 3.1 – págs. 3 e 4, razões finais dos Autores, na ação de obrigação de fazer**);

Itens 28, 31 e 32, prévios, são especialmente relevantes para o desenvolvimento da argumentação jurídica abaixo desenvolvida.

IV. Considerações jurídicas sobre temas relevantes para a solução do caso concreto

IV.1. Sobre o contraditório e apresentação de novos elementos no processo

O princípio do *contraditório* tem hoje contornos diferentes dos que tinha em fins do século passado. A doutrina já se vinha dedicando, intensamente, a atribuir um sentido a esse princípio que estivesse numa relação de harmonia mais visível com o princípio maior, de natureza constitucional, da *ampla defesa*.

O novo Código de Processo Civil encampou, de modo integral, essa nova concepção do princípio e dela extraiu uma série de consequências extremamente relevantes, cuja função é a de dar maior segurança às partes.

Algumas delas são tradicionais no processo civil e, portanto, já constavam do sistema da lei revogada, por exemplo, a proibição da alteração da causa de pedir no curso do feito, derivada de *perpetuatio libelli*. Esse tema também é relevante para este parecer, mas será tratado em item subsequente.

Outras, embora delas já se ocupasse a doutrina, foram objeto de disciplina específica no CPC de 2015, como o art. 10, que dispõe,

3. Neste Relatório a perspectiva utilizada é a da ação em que se pede a anulação do contrato ou a indenização. Portanto, esses autores são sempre chamados de Réus.

com inegável clareza, que o juiz não pode decidir, em qualquer que seja o grau de jurisdição, com base em fundamento sobre o qual as partes não tiveram oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício, sem que dê, às partes, a oportunidade de se manifestar.

É imensamente vasta a gama de situações abrangidas por este dispositivo, mas a que interessa para o exame do caso concreto, posto sob nossa apreciação, é a impossibilidade, criada expressamente por este artigo, de que o juiz decida com base em *novos argumentos*, que dizem respeito quer à matéria de direito, quer à matéria de fato, **AINDA QUE DIGAM RESPEITO À CAUSA DE PEDIR ALEGADA NA INICIAL**, sem respeitar o contraditório.

De fato, nada obsta, no processo civil brasileiro, que a parte carregue aos autos novos elementos, de fato, ou de direito, para reforçar seu pedido ou sua defesa.

É relevante que se faça a distinção entre novos argumentos e novas causas de pedir ou novos fundamentos da defesa, para que fique claro poder a parte trazer aos autos novos argumentos, *em torno de causa de pedir já deduzida*, mas **nunca nova causa de pedir**.

É relevante, de fato, que se distingam causas de pedir de meros argumentos que giram em torno do pedido. Assim, se A intentar ação indenizatória em face de B, por acidente de veículo, alegando que o veículo de B, por este dirigido, colidiu com o seu (de A), porque B estava bêbado e em excesso de velocidade e perder a ação, não pode propor posteriormente ação contra B, alegando, agora, que chovia, por ocasião do acidente, que o carro de B estava com revisão por fazer e com pneus “carecas”. Isto porque *não se estará*, aqui, *diante de outra causa de pedir*, mas de argumentos que gravitam em torno da mesma causa de pedir: conduta culposa de B.

Situação diferente ocorre se a ação posterior for movida com base em outra causa de pedir. Como se sabe, e se voltará a dizer em itens subsequentes deste parecer, em nosso sistema, diz-se que a causa de pedir *qualifica* o pedido e, portanto, neste caso, sendo diferente a segunda causa de pedir, a segunda ação *será outra ação*.⁴

Cândido Dinamarco também faz esta distinção, de extrema utilidade:

4. Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 65.

*“(...) Como regra bem ampla, o art. 493 do Código de Processo Civil interfere na interpretação do veto às alterações da causa petendi, contido em seu art. 329 (fatos novos). (...) Para o bom entendimento desse raciocínio é também muito útil ter presente a diferença entre os conceitos de fundamento e de argumento (Carnelutti). As alterações dos fundamentos da demanda (causa de pedir) sofrem as restrições impostas pelo art. 329 do Código de Processo Civil, mas as dos argumentos não, porque estes não se incluem entre os elementos constitutivos da demanda e não influem na identificação desta. (...)”*⁵

*“(...) O sistema admite a introdução de meras circunstâncias de fato que não sejam mais que pura argumentação, reforço de argumentação ou mesmo fonte indiciária de convencimento. Quanto a esses novos fatos o autor é livre para aduzi-los a qualquer momento (somente com eventuais restrições inerentes ao contraditório) (...)”*⁶

Assim, ainda que estes *elementos novos* trazidos aos autos não impliquem alteração na causa de pedir originária (que, como se sabe, não pode ser alterada no curso do processo) *deve haver contraditório*.

Justifica-se, plenamente, que se entenda possível trazer ao processo novos fatos e argumentos, desde que não se altere a causa de pedir.

*“A necessidade de aproveitamento máximo do processo deve ser uma obsessão perseguida a todo custo, e com base nessa compreensão devem ser lidas e interpretadas as disposições processuais. O processo deve dispor de meios para impedir que as mudanças da realidade, com o advento de fatos e argumentos novos no curso do processo, provoquem a perda de toda energia gasta pelas partes e pelo Estado. O processo deverá, pois, amoldar-se às novas circunstâncias externas para garantir a consecução de um resultado útil. Esse é o verdadeiro significado do acesso à ordem jurídica justa”*⁷

Existe, entretanto, na doutrina, até mesmo quem sustente o contrário:

5. Candido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, n. 484, p. 84-85.
6. Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, p. 84.
7. Daniel Raichelis Degenszajn. *Alteração dos fatos no curso do processo e os limites de modificação da causa petendi*. (Dissertação). Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 20.

*“Ao demandante **não é dado** deduzir sua pretensão parceladamente, revelando paulatinamente argumentos para dar supedâneo à sua demanda, à medida em que os anteriores são rechaçados”⁸*

Na verdade, o contraditório é inafastável sempre que surgir nos autos qualquer elemento de fato ou de direito capaz de influir no teor da decisão.

Essa ideia permeia todo o CPC de 2015. Veja-se, por exemplo, o art. 933, que exige que seja proporcionada possibilidade de manifestação às partes quando o relator constatar a ocorrência de fato superveniente ou de matéria sobre a qual teria que se manifestar de ofício: são elementos “novos”, que podem influir no teor da decisão. Logo, deve haver contraditório.

É exatamente esta a razão de ser do art. 1.023, § 2.º, CPC:

“Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.

(...)

§ 2º O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada.” (gn)

Há muitos outros dispositivos com esta *ratio essendi*.

Oportunidade há de ser dada, necessária e inexoravelmente, para que a parte contrária possa, se quiser, fornecer elementos de direito e de fato para *afastar as conclusões extraíveis* dos novos elementos carreados aos autos, podendo-se, obviamente, até *produzir provas*, se necessário.

Oportuna a transcrição de texto, a esse respeito, de Araken de Assis:

“Representaria suprema ingenuidade, todavia, não imaginar modificações sutis, diluídas e insinuadas, por exemplo, na especificação da prova, e, ao fim ao cabo, ressurgentes na oportunidade do julgamento. O problema fundamental implicado nessa última possibilidade

8. Theophilo Antonio Miguel Filho. Litispêndência por identidade de causa de pedir. *Revista CEJ*, Brasília, n. 17, p. 105-110, abr./jun. 2002 – gn. Não é, todavia, esta nossa opinião.

consiste na infração aos direitos fundamentais processuais da defesa e do contraditório”⁹

Foi o que ocorreu nestes autos, por ocasião da apresentação das *alegações finais*, por parte dos autores. Neste momento, os autores não invocaram nova causa de pedir, é verdade. Mas juntaram aos autos, como se viu no item III, n. 32, parecer de Fábio Ulhoa Coelho em que este diz como o distrato societário deveria ter sido celebrado. Ali, o eminente comercialista critica alguns pontos e diz, por exemplo, que não há racionalidade econômica em certos critérios usados pelas partes, que cada parte deveria arcar com os impostos que a lei lhe impõe etc. Ou seja, são *argumentos novos, sobre os quais não se discutiu ao longo do feito*, e que poderiam, em tese, levar a uma *releitura* das causas de pedir invocadas, originariamente, pelas partes na inicial, agora à luz destes *NOVOS* elementos. *Justamente porque são novos é que não podem ser levados em conta pelo juiz para decidir, sem que à outra parte seja dada oportunidade de se manifestar.*

IV.2. Alteração da causa de pedir e alteração do pedido no curso do processo

Também em homenagem ao princípio do contraditório, cujo sentido e a razão de ser se extrai dos princípios maiores, de índole constitucional, da segurança jurídica e da ampla defesa, é que se concebeu a *perpetuatio libelli*.

De acordo com a *perpetuatio libelli*, é defeso ao autor alterar, no curso do feito, as *causas de pedir*, próxima e remota, e o *próprio pedido*.¹⁰ Na verdade, alterar a causa de pedir equivale à alteração do próprio pedido.¹¹

9. Araken de Assis. Processo civil brasileiro, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: RT, 2015, p. 805.

10. “Tendo-se em vista que a motivação prende-se à *causa petendi* e o dispositivo ao seu pedido, será suficiente para separar um do outro que o intérprete se reporte à petição inicial que, se não estiver contaminada pela inépcia, deverá mencionar com clareza e precisão a causa de pedir e o pedido. Terá, então, nestes elementos da inicial, o caminho seguro para proceder à separação entre a motivação e o dispositivo da sentença, pois, encerram, respectivamente, as respostas às razões do autor e à sua pretensão”. (José Rogério Cruz e Tucci. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 206).

11. Neste sentido, José Rogério Cruz e Tucci: “É bem de se ver, pois, que, para a teoria da substanciação, a causa de pedir, inclusive no que tange

Nós já sustentamos, em trabalho recentemente publicado, que ainda que a *causa petendi* não integre o pedido (porque pedido equivale a lide, a mérito, a pretensão, como já se disse), ela **identifica** o pedido. Assim, quem concede o pedido X, pelo fundamento Y, não concederá o mesmo pedido X por fundamento X-1.

Escrevemos: “Embora os pedidos em si mesmos (pedido X = pedido X) sejam idênticos, se acoplados a fundamentos diversos, já que os fundamentos os identificam, **é como se fossem pedidos diversos**”.¹²

Foi o que ocorreu no processo, cujo exame nos foi submetido. Num primeiro momento, o autor fez referência a *vícios de vontade*, erro, dolo e coação, pleiteando a *anulação* dos atos consistentes em negócios jurídicos realizados com o objetivo de desfazer a sociedade entre autores e réus, ou, sucessivamente, *enriquecimento sem causa*, para obter indenização. Num segundo momento, referiram-se a um *pré-contrato*, sem eficácia vinculante. Chamaram atenção para a existência de certa cláusula, cujo sentido seria o de condicionar a eficácia do distrato “à realização, em 30 dias, de uma série de atos (...) de que resultaria a confecção de documentos pertinentes e definitivos da negociação ora implementada”. (item 2.1, fls. 3, razões finais dos autores)

Trata-se, óbvia e evidentemente, de alteração da causa de pedir, absoluta e integralmente vedada pelo sistema processual civil brasileiro, desde sempre.¹³

aos direitos absolutos, corresponde ao fato gerador do direito. Afloram diferentes as demandas sempre que diversificado for o fato constitutivo invocado (diverso como acontecimento concreto). Daqui provém – como lembra Luso Soares – a designação de substanciação: ‘o que substancia ou fundamenta a ação (a pretensão) igualmente a individualiza’. (*A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 121).

12. Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 250.

13. Vale a pena a transcrição de trecho de obra de José Rogério Cruz e Tucci: “E, uma vez consolidada a causa de pedir na fase postulatória e, por via de consequência, delimitado o objeto de prova (geralmente na audiência preliminar – art. 331 do CPC [sem correspondência no CPC/15]), qualquer tentativa de modificação do núcleo fático em que se funda a demanda corresponde ao ‘inválido exercício *ex novo* de um poder de ação diverso daquele verificado na instauração do processo’

Não é demais insistir: a alteração da causa de pedir, durante o processo equivale à alteração do próprio pedido, já que, como antes se disse, o pedido é QUALIFICADO pela causa de pedir. Assim ocorre como se a ação tivesse sido reproposta, ou, melhor ainda, tivesse sido proposta *OUTRA ação*, no mesmo processo, sem que ao réu fossem dadas as oportunidades de alegar e provar contra este novo pedido (equivalente a uma nova ação).

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

*“A causa de pedir identifica o pedido; assim, se este, de qualquer forma, é julgado procedente, mas por fundamento diverso, o que se tem, na realidade, é o acolhimento de um pedido igualmente diverso daquele outro pelo autor formulado”.*¹⁴

A causa de pedir originariamente exposta na inicial vincula ao próprio autor, no sentido de não poder alterá-la, e ao juiz, que não pode *escolher*¹⁵ outra causa de pedir, diferente da que consta da inicial.

E isso, como visto, não é admitido, porquanto a exigência de um efetivo contraditório implica que o *thema decidendum* haja sido previamente fixado para que o demandado e o Estado, representado pelo agente do Poder Judiciário, tenham pleno conhecimento do objeto do processo e do efeito jurídico que decorrerá da decisão.

Seguindo idêntica linha de raciocínio, adverte, a propósito, Corrado Ferri que, se ao autor fosse permitido exercer um novo poder processual de ação no curso do processo, modificando radicalmente a demanda, ocorreria, dado o elemento surpresa, uma situação de injustificada desigualdade entre as partes. Entre nós, Gabriel de Rezende Filho, transcrevendo lição de Manfredi, também anota que ‘ao autor não é lícito variar *ex radice* nem a substância nem o gênero da ação, uma vez que isto transformaria o campo judiciário numa arena de surpresa e o duelo judiciário numa emboscada’.

Tal óbice, por certo, deve ser verificado inclusive durante o procedimento recursal, no qual também se faz inviável inovar a demanda, sendo vedado ao recorrente pedir o que não pediria perante o órgão a quo, ou – sem prejuízo da regra do art. 462 [art. 493 do CPC/15], aplicável também em segundo grau – invocar outra causa petendi, ainda que haja eventual anuência do adversário, uma vez que não incide, nessas hipóteses, a disposição excepcional do art. 321 [sem correspondência no CPC/15], *in fine*’. (*A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 192-193).

14. STJ, REsp 623.704/SC, 3ª T., j. 21.02.2006, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 20.03.2006, p. 267.
15. Nós já sustentamos: “O juiz pode decidir a causa baseando-se em outro texto legal que não o invocado pela parte, mas não lhe é dado escolher,

Vale a pena a citação de trecho de obra de Arruda Alvim:

“O processo civil se inicia pela vontade do autor (art. 2º do CPC/2015), embora o impulso para seu desenvolvimento sucessivamente seja oficial (idem, art. 2º), quase que integralmente. Tal início se consubstancia na propositura da ação, retratada na petição inicial, quando protocolada, fixando-se aí, indelevelmente, regra geral, os próprios limites da lide (art. 312 e art. 141 do CPC/2015).

Logo, pode ser dito que a petição inicial é o ato escrito que instaura o processo, a partir da provocação do autor, que invoca a prestação jurisdicional. Além de instaurar o processo, a petição inicial tem, como já se disse, a relevante finalidade de fixar os limites objetivos (pedido e causa de pedir) e subjetivos (partes) da prestação jurisdicional.

Assim, será a petição inicial que definirá os contornos da solução de mérito (princípio da adstrição do juiz ao pedido). Em outras palavras, a sentença de mérito e a coisa julgada dirão respeito às partes e ao pedido reconhecido pela causa de pedir veiculados na inicial.”¹⁶

Nós mesmos já sustentamos que: fixado o libelo, o juiz não pode senão acolher (ou não) o pedido, considerando a(s) causa(s) de pedir listada(s) pelo autor na petição inicial. O pedido, porque tem de ser lido em função de uma ou mais de uma *causae petendi*, leva a que estas, também, delimitem a atividade jurisdicional, justamente porque identificam o pedido.¹⁷

dos fatos provados, qual deve ser o fundamento de sua decisão, se o fato eleito for diferente daquele alegado pela parte, como fundamento de sua pretensão” (Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 245). No mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci: “Se o litigante fica, como visto, obstado de introduzir novos fatos e fundamentos jurídicos que redundem em modificação da causa petendi, o julgador também não pode valer-se de elementos fáticos estranhos à demanda, suprimindo a iniciativa das partes, para formar a *ratio decidendi* da sentença de mérito. É a regra consubstanciada na vetusta máxima *sententia debet esse conformis libello*... A residualidade dos fatos notórios e dos fatos de que o tribunal tem conhecimento em razão do exercício de suas funções corrobora o vigor da aludida regra” (*A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 203).

16. Arruda Alvim. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2017. Versão eletrônica. Capítulo 18. Item 18.1.

17. Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 79-80.

Foi, indubitavelmente, o que ocorreu quando os autores, num determinado momento do processo, *deixaram de lado os vícios de vontade* (aliás, dramaticamente descritos na inicial) como causas de pedir próximas para a anulação dos negócios jurídicos que significam o desfazimento da sociedade entre eles e os réus, bem como a alegação do *enriquecimento sem causa*, para passar a argumentar em torno de que, na verdade, se estaria diante de um *pré-contrato*.

No caso dos autos, a situação que se configurou é ainda mais grave, já que a evidente e indevida alteração da causa de pedir deveria ter levado à alteração do pedido, o que não ocorreu expressamente.

De fato, os autores, em vez da anulação do contrato ou de indenização, agora querem, pura e simplesmente, não cumprir o contrato, porque de pré-contrato se trataria.

É evidente o *venire contra factum proprium* (de que trataremos no item IV.3., em seguida).

Ademais, não se trata de simples aplicação do aforismo *iura novit curia*.

O *iura novit curia* significa que o juiz sabe o direito, cabendo-lhe escolher a norma aplicável aos fatos não *simplesmente narrados* pelo autor, mas narrados e *ELEITOS* como causa de pedir.

Não pode o juiz decidir com base em causa de pedir diferente da alegada pelo autor, sob pena de sua decisão ser *extra petita*, já que se mudando a causa de pedir, o pedido, de rigor, também é alterado.

Neste sentido, acórdão cuja relatora foi a Min. Nancy Andrichi:

“*Todavia, cumpre destacar que a decisão judicial não está limitada apenas pelo pedido formulado pela parte, mas também pela causa de pedir deduzida, sendo essa elemento delimitador da atividade jurisdicional na ação. Neste diapasão, se o magistrado se limita ao pedido formulado, considerando, entretanto, outra causa de pedir que não aquela suscitada pela parte, incorrerá em decisão extra petita, restando configurada a nulidade da sentença, ante a ofensa ao princípio da congruência*”¹⁸

18. STJ, REsp 746.622/PB, 3ª T., j. 26.09.2006, rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 23.10.2006, p. 309.

De fato, decidir-se com base nas subseqüentes alegações de fato e de direito feitas pelos autores não seria agir em conformidade com esse aforismo. Falar-se em *pré-contrato* significa levar em conta *OUTROS FATOS* diferentes dos *demoradamente descritos* pelos Autores como *caracterizadores de vícios essenciais da vontade*. Significa analisar as características dos negócios jurídicos celebrados entre autores e réus e ver neles características de *pré-contrato*. *Nada foi dito a esse respeito na inicial*. Esta parte da narrativa ficou inteiramente fora do *foco de luz* projetado pelos autores, assim como ficou a tal *cláusula* que teria, segundo os autores, o condão de suspender a eficácia das avenças: não integraram, óbvia e evidentemente, as causas de pedir.

O *iura novit curia* permite a requalificação dos fatos. Mas dos **mesmos FATOS** que ficaram sob o feixe de luz da inicial, não de fatos que ali foram pura e simplesmente mencionados, mas apenas como pano de fundo da narrativa, para contextualizar os fatos eleitos pelo autor como causas de pedir. Esse foi o papel da existência da avença/contrato entre as partes. Quanto à tal cláusula, não foi sequer mencionada.¹⁹

É o que se deduz do trecho de Araken de Assis:

*“E, ademais, a tradicional liberdade conferida ao órgão judiciário para (a) qualificar o material de fato, **objeto do debate das partes**, ignorando a errônea qualificação jurídica empreendida pelo autor; e (b) convocar a norma aplicável à causa, suprimindo as deficiências que, porventura, apresente a petição inicial na lembrança dessas regras, sofre limitações em decorrência do princípio do contraditório. É preciso ensinar ao autor (e, na verdade, às partes) o direito de utilizar suas opiniões jurídicas, no mérito ou nas questões do processo, a fim de influenciar no convencimento do juiz. Esse é o sentido do art. 357, IV, do NCPC.*

Nenhuma das atividades do órgão judiciário, intrinsecamente legítimas e, principalmente, às vezes necessárias ao bom julgamento,

19. A lição de José Rogério Cruz e Tucci é nesse sentido: “É, portanto, forçoso reconhecer que toda essa concepção, sintetizada pelo velho aforismo da *mihi factum dabo tibi ius*, está a revelar que, no drama do processo, a delimitação do factum e a individualização do ius correspondem, em princípio, a atividades subordinadas à iniciativa de diferentes protagonistas”. (*A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 160-162).

prescinde do prévio debate das partes (contraditório). Não é lícito, em especial, o juiz surpreender o réu com o acolhimento de pedido com outros fundamentos jurídicos, subtraindo-lhe oportunidade para rebater o novo enquadramento”.²⁰ (gn)

A regra do *iura novit curia* não permite que o juiz eleja fato diferente do escolhido pelas partes e o qualifique juridicamente. É necessário que se trate do mesmo fato escolhido pelo autor como causa de pedir: é isso o que pretendemos dizer quando fazemos referência a fatos que devam estar sob o foco da luz do autor, fatos a que este deu importância na inicial.

Vale a pena a transcrição de acórdão sob relatoria da Min. Nancy Andrichi:

“O processo civil brasileiro é regido, quanto ao ponto, pela teoria da substanciação, de modo que a causa de pedir constitui-se não pela relação jurídica afirmada pelo autor, mas pelo fato ou complexo de fatos que fundamentam a pretensão que se entende por resistida; a mudança desses fatos representa, portanto, mudança na própria ação proposta. Assim é que “o juiz pode decidir a causa baseando-se em outro texto legal que não o invocado pela parte, mas não lhe é dado escolher dos fatos provados, qual deve ser o fundamento de sua decisão, se o fato eleito for diferente daquele alegado pela parte, como fundamento de sua pretensão” (PINTO, Teresa Arruda Alvim. “Nulidades da sentença”. São Paulo: RT, 2ª edição, 1990, pág. 139).

Forçoso é admitir, portanto, que em momento algum houve por parte dos autores, ora recorridos, sequer menção à preexistência de uma servidão entre os imóveis a fundamentar um suposto direito de passagem entre eles. A causa de pedir identifica o pedido; assim, se este, de qualquer forma, é julgado procedente, mas por fundamento diverso, o que se tem, na realidade, é o acolhimento de um pedido igualmente diverso daquele outro pelo autor formulado. A desobediência ao princípio da congruência entre a inicial e a sentença não tem origem em algum formalismo processual, este ainda herança de um exacerbado abstracionismo entre direito processual e direito material, mas deriva do necessário respeito aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal.

20. Araken de Assis. *Processo Civil Brasileiro*. Volume I. Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: RT, 2015. Capítulo 16. p. 725.

Afinal, a defesa do réu, ora recorrente, foi dirigida à comprovação de fatos extintivos, impeditivos e/ou modificativos do direito alegado pelos autores. Como a tese destes consubstanciou-se no sentido de que a rua sem saída fazia testada com o terreno de sua propriedade, a antítese da defesa foi orquestrada com fundamento na alegação de que a rua era, na verdade, mais curta do que o necessário para que efetivamente houvesse esse encontro e para que dela fosse possível, pelos autores, retirar tal utilidade esperada.

Não se defendeu o ora recorrente da existência de uma antiga servidão de passagem, porque o fundamento do alegado direito trazido na inicial era diverso. A atividade de síntese do juiz, no processo dialético que se estabelece a partir do confronto entre tese (pretensão do autor) e antítese (resistência do réu), por ser resultado necessariamente jungido a um rigorismo lógico, não pode terminar, como ocorreu na presente hipótese, em conclusão que não se subsume ao embate entre as premissas de fato e de direito que foram colocadas pelas partes em conflito. (...)"²¹

No mesmo sentido, decisão da Min. Denise Arruda²² e do Min. Fernando Gonçalves.²³ Mais recentemente, sublinhando não poder

21. STJ, REsp 623.704/SC, 3ª T., j. 21.02.2006, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 20.03.2006, p. 267.

22. "2. Na petição inicial, a autora buscou a responsabilização civil do Estado com base no fato de o evento danoso (morte da vítima) haver decorrido do cumprimento pelo policial civil de portaria editada pela Secretaria de Justiça e Segurança do Estado, a qual determina que cabe ao policial identificar-se antes de fazer uso de arma de fogo. Seguindo esses contornos fáticos, a Juíza de Direito julgou improcedente o pedido, por entender que não se configurou o nexo causal entre a edição da portaria impugnada e o prejuízo causado à companheira da vítima falecida. Entretanto, o Tribunal de Justiça estadual, no julgamento da apelação cível, baseando-se em premissa fática diversa, concluiu pela responsabilidade civil do Estado, considerando que o dano decorreu de assalto praticado por foragido do sistema prisional, o que ensejou a culpa in vigilando do ente estatal. 3. O acórdão recorrido assentou-se em premissa fática que não guarda correlação direta com os fatos narrados na petição inicial. A causa de pedir, constante da exordial, é diversa da que foi objeto de decisão na Corte de origem. De fato, na inicial, a autora não visa a caracterizar a responsabilidade do Estado por sua omissão em relação ao foragido, mas por sua conduta comissiva contida na determinação de que caberia ao policial identificar-se e, só então, fazer uso de sua arma de fogo. Desse modo, encontra-se patente a violação dos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil. 4. O Tribunal de Justiça estadual não se limitou

o juiz “escolher” o fato, tem-se acórdão cujo relator foi o Min. Vilas Bôas Cueva.²⁴

a conferir aos fatos narrados na inicial qualificação jurídica diversa da que lhe atribuiu a autora, o que lhe seria permitido, mas adentrou em fatos não alegados, tampouco discutidos no âmbito do processo. 4. Os arts. 128 e 460 do CPC restringem a atuação do julgador no momento de analisar a questão suscitada, estabelecendo que esse deve limitar-se ao que foi requerido pelas partes, sendo vedado decidir diversamente do pedido e da causa de pedir. Ao julgador, exclusivamente, cabe a aplicação do direito à espécie, fixando as consequências jurídicas diante dos fatos narrados pelas partes, em respeito ao princípio da congruência”. (STJ, REsp 1.065.239/RS, 1ª T., j. 16.04.2009, rel. Min. Denise Arruda, *DJe* 07.05.2009).

23. “Ao órgão julgador incumbe decidir com estrita observância aos limites traçados na exordial, sendo-lhe vedado pronunciar acerca de questão posta somente em sede de apelação, desconsiderando a causa de pedir traçada no pedido inicial.”

“Como se vê, enquanto o pedido inicial de danos morais tem como móvel a morte do avô dos autores, o acórdão, distanciando-se dessa premissa, conclui pelo dever de indenizar em virtude das más condições da clínica e dos maus tratos recebidos pelo senil, o que configura julgamento *extra petita*.”

“Contudo, na espécie, há uma particularidade, pois, em *ultima ratio*, o Tribunal de origem, diante da impossibilidade de estabelecer o nexo causal entre o resultado morte e o tratamento recebido pelo Sr. Lourival, modifica a causa de pedir, trazendo outro motivo para justificar uma condenação por danos morais, que não aquele balizado pelo *petitum*, em flagrante afronta ao contido nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil”. (STJ, REsp 613.220/RJ, 4ª T., j. 02.03.2010, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJe* 22.03.2010).

24. “1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em que ‘O juiz pode decidir a causa baseando-se em outro dispositivo legal que não o invocado pela parte, mas não lhe é dado escolher, dos fatos provados, qual deve ser o fundamento de sua decisão, se o fato eleito for diferente daquele alegado pela parte, como fundamento de sua pretensão’ (REsp 1.043.163/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, *DJe* 28/6/2010). 2. É de ser reconhecido como *extra petita* o julgamento que empresta qualificação jurídica diversa aos fatos narrados pelas partes’.

“O próprio Tribunal de Justiça reconhece que não se limitou a conferir aos fatos narrados qualificação jurídica diversa da que lhe atribuiu a parte autora e a ré em sua contestação – o que lhe seria permitido, conforme o brocardo jurídico *mihi factum, dabo tibi jus* (1dá-me o fato, (que) te darei o direito’) e o princípio *jura novit curia* (‘o Juiz conhece o Direito’) –, mas adentrou em fatos não alegados, tampouco discutidos

Entretanto, *ainda que* da aplicação do *iura novit curia* se tratasse, o que se admite apenas para argumentar, *o contraditório seria imprescindível*.²⁵

*“É de ter-se, contudo, presente que, consoante aguda ponderação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, lastreado em moderna orientação das doutrinas alemã e italiana, a liberdade outorgada ao órgão jurisdicional de eleger a norma a ser aplicada, até mesmo independentemente de sua invocação pelo interessado, não dispensa a colheita de prévia manifestação das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos à solução do litígio, em homenagem à regra do contraditório.”*²⁶ (gn)

Assim, e por isso, o autor não pode alterar a causa de pedir. Se o fizer no curso do feito, desrespeitando a *perpetuatio libelli*, não pode o juiz decidir com base na “nova” *causa petendi*, ainda que haja contraditório. A proibição, em nosso sistema, é absoluta, ainda mais quando esta tem reflexos evidentes na identidade do próprio pedido.

De fato, chegamos a sustentar que a petição inicial pode ser vista como um projeto da sentença.

A petição inicial pode ser analisada sob o ponto de vista formal e substancial. Enquanto parte dos elementos da petição inicial relaciona-se a aspectos formais ou processuais, a petição inicial, em

no âmbito do processo” (STJ, AgRg no AgRg no REsp 696.079/BA, 3ª T., j. 05.11.2013, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* 28.11.2013).

25. Neste sentido, a melhor doutrina: “Não se trata, em absoluto, de revogação do princípio do *iura novit curia* (‘a corte conhece o direito’), que permite ao juiz decidir com base em fundamentos não invocados pelas partes; trata-se, simplesmente, de facultar às partes interessadas oportunidade de se manifestar e influenciar a convicção judicial a respeito da aplicabilidade daquele fundamento, jurídico ou fático, não invocado ou debatido nos autos. Evita-se, dessa forma, que as partes sejam surpreendidas, no momento da decisão judicial, com um argumento ou alegação de que não cogitaram, e cuja incidência ao caso poderia ser afastada ou modificada, se a matéria tivesse sido previamente debatida. O juiz, então, continua tendo o poder de aplicar o direito ao caso concreto, apenas que agora condicionado à prévia oitiva das partes, que podem influenciá-lo sobre o acerto ou o desacerto da sua conclusão” (Arruda Alvim. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2017. Versão eletrônica. Capítulo 7. Item 7.9).
26. José Rogério Cruz e Tucci. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 163.

sentido substancial (ou libelo), diz respeito à definição daquilo que deverá ser apreciado pelo juiz, isto é, aos elementos que identificam a lide ou o objeto litigioso e que se “fixam” como propositura da ação: é a *perpetuatio libelli*.²⁷

As *causae petendi* têm a função de identificar o pedido, exatamente da mesma forma que os fundamentos do decisório delimitam o seu sentido. Assim, deve entender-se que a identidade entre objeto do pedido e objeto da sentença envolve também a identidade de causa de pedir (da petição inicial) e de fundamento (da sentença).²⁸

IV.3. *Má-fé processual*

A alteração de causa de pedir no curso do processo é fenômeno (a) vedado pelo sistema (b) que pode ensejar a qualificação do comportamento da parte como *venire contra factum proprium*.

De fato, no caso dos autos, é flagrante a *incompatibilidade* que existe entre os três “pedidos”: pediu-se anulação de negócios jurídicos por vício de vontade, ou indenização, em virtude da constatação de que teria havido enriquecimento sem causa dos réus (pedidos sucessivos); depois, sustentou-se que se tratava, na verdade, de pré-contrato (sem eficácia vinculante). Deu-se à cláusula 4 (à qual não se tinha dado atenção até o momento!) interpretação no sentido de que seria a responsável pelo contrato não ser eficaz (pois sua eficácia estaria sujeita a condição).

Nos autos, ademais, há evidências de que os autores *já estavam cumprindo os contratos*, agindo em absoluta conformidade com o que tinha sido avençado nos negócios jurídicos que levariam ao distrato societário, que depois, apontaram como (a) anulável (b) não vinculante (c) não eficaz (como podemos verificar pelas provas trazidas com a contestação, que dão conta de que os Autores passaram a administrar integralmente as Fazendas e o Hotel, fls 1.273 e seguintes dos autos físicos). Essa circunstância fática, comprovada, reforça a atitude contraditória dos autores e reforça o *venire contra factum proprium* (fls. 654).

27. Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 78.

28. Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 245.

A proibição do *venire* está intimamente ligada ao processo do século XXI.

Preconiza Antônio Menezes Cordeiro: “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. (...). *Venire contra factum proprium postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o factum proprium – é, porém, contrariado pelo segundo. (...). Como expressão da confiança, o venire contra factum proprium situa-se já numa linha de concretização da boa-fé*”²⁹

A ilicitude formal não é requisito para que se esteja diante de uma situação qualificável como *venire contra factum proprium*: comportamento contraditório que obsta o exercício pleno do direito de defesa da outra parte.

É o que dizem Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias: “A vedação de comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros. Enfim, é a consagração de que ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa.

Dessa noção conceitual, é possível retirar os elementos essenciais (caracterizadores) para proibição de comportamento contraditório:

- i) conduta inicial;
- ii) a legítima confiança despertada por conta dessa conduta inicial;
- iii) um comportamento contraditório em relação à conduta inicial;
- iv) um prejuízo, concreto ou potencial, decorrente da contradição

Sanciona-se como inadmissível toda pretensão que, isoladamente analisada, estaria no campo da licitude, mas descamba para a ilicitude em face da sua compressão à luz de um comportamento anterior praticado pelo mesmo sujeito. Seguramente, o seu fundamento

29. Antônio Menezes Cordeiro. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 742-753.

está na confiança despertada no outro que está de boa-fé, em razão de uma primeira conduta realizada”³⁰

Entretanto, evidentemente, a conduta será ainda mais condenável se, em si mesma, for ilícita, como ocorre no caso destes autos.

Tribunais brasileiros têm acolhido a figura do *venire*:

“Impõe-se, no caso, a aplicação da máxima venire contra factum proprium, tendo em vista que parte recorrente primeiro anuiu ao prosseguimento do contrato e, em seguida, de modo oposto ao primeiro comportamento, questionou sua validade e existência”.³¹

“Na hipótese, o voto vencedor concluiu que houve perda apenas parcial do imóvel. Somado a isso, a requerente, de forma espontânea, declarou que houve a perda parcial quando realizou acordo sobre o valor das mercadorias perdidas. Ao intentar, posteriormente, ação aduzindo a ocorrência da perda total da coisa para fins de indenização integral, a autora acaba por incorrer em evidente venire contra factum proprium, perfazendo comportamento contraditório, de quebra da confiança, em nítida violação a boa-fé objetiva”.³²

“(…) 12. Deveras, o princípio da confiança decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes, sendo certo que o ordenamento jurídico prevê, implicitamente, deveres de conduta a serem obrigatoriamente observados por ambas as partes da relação obrigacional, os quais se traduzem na ordem genérica de cooperação, proteção e informação mútuos, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo, sem prejuízo da solidariedade que deve existir entre ambos. 13. Assim é que o titular do direito subjetivo que se desvia do sentido teleológico (finalidade ou função social) da norma que lhe ampara (excedendo aos limites do razoável) e, após ter produzido em outrem uma determinada expectativa, contradiz seu próprio comportamento, incorre em abuso de direito encartado na máxima nemo potest venire contra factum proprium” (…).³³

30. Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias. *Curso de Direito Civil*. v.1. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 712.

31. STJ, REsp 1.190.372/DF, 4.^a T., j. 15.10.2015, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 27.10.2015.

32. STJ, REsp 1.245.645/RS, 4.^a T., j. 14.05.2016, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 23.06.2016.

33. STJ, EDcl no REsp 1.143.216/RS, Primeira Seção, j. 09.08.2010, rel. Min. Luiz Fux, DJe 25.08.2010.

*“O princípio da boa-fé objetiva proíbe que a parte assuma comportamentos contraditórios no desenvolvimento da relação processual, o que resulta na vedação do venire contra factum proprium, aplicável também ao direito processual”.*³⁴

V. Respostas aos quesitos formulados

1) *Se uma das partes acrescentar, nas alegações finais, argumentos novos em torno de causa de pedir já apresentada, deve ser proporcionada, à outra parte, oportunidade de se manifestar?*

Sim, sem a menor sombra de dúvida. A necessidade de que se proporcione às partes a oportunidade de se manifestar existe sempre que se acrescentam aos autos elementos ou dados, sejam de fato ou de direito, que podem influir no conteúdo da sentença.

Tendo sido incluídos pela parte adversa, a outra tem de ter oportunidade de se manifestar e, em certos casos, até de produzir provas.

Nosso sistema permite que se lance mão de outros argumentos ou alegar fatos *em torno da mesma causa de pedir*, fixada com a inicial, juntamente com o pedido (*perpetuatio libelli*). Entretanto, não pode ser subtraída à outra parte o direito de rebater os argumentos ou provar que os fatos não ocorreram.

2) *Pode-se alterar a **causa de pedir** no curso do feito? A alteração da causa de pedir implica alteração do próprio **pedido**?*

Não, a causa de pedir não pode ser alterada no curso do feito. Com a propositura da ação, fixam-se as partes, pedido e causa de pedir e a competência. São as *perpetuatio libelli*, *legitimationis* e *jurisdictionis*.

Essa fixação tem por finalidade gerar segurança para as partes no processo, com respeito ao princípio do contraditório e à necessidade de que o processo “ande para frente”, pois se fosse permitida a alteração da causa de pedir ou do pedido no curso do feito, isso equivaleria a fazer o processo recomeçar tantas vezes quanto mudanças houvesse.

A alteração da causa de pedir na verdade implica alteração do pedido, já que este se qualifica pela causa de pedir. Assim, pedir

34. STJ, AgRg no REsp 1.280.482/SC, 2.ªT., j. 07.02.2012, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 13.04.2012.

x, com base em x1, não é o mesmo que pedir x com base em x2: não se está diante do mesmo pedido. Tanto é assim que pode haver **duas ações** com o **mesmo pedido** formulado com fulcro **em duas causas de pedir diferentes**. Verdade que serão reunidas, porque conexas, mas não será extinta a segunda por que de litispendência não se trata.

Assim, pedir a anulação do contrato porque teria havido vícios de vontade, ou indenização por enriquecimento sem causa inviabiliza que, depois, se passe a argumentar no processo, em torno de ter havido na verdade um pré-contrato ou ainda de existir cláusula que condicione a eficácia do contrato à ocorrência de certos fatos ou à tomada de algumas providências. Nesses casos, além de evidente alteração da causa de pedir, há alteração do próprio pedido.

Sim, porque antes se pediu a anulação do contrato por vícios de vontade, ou sucessivamente, indenização, por ter havido enriquecimento sem causa. Agora, em face da(s) nova(s) causa(s) de pedir, pretendem os autores apenas não “cumprir” o contrato, já que se trataria de um contrato preliminar sujeito a condição que não ocorreu.

3) *Pode o juiz **escolher**, entre os fatos narrados pela parte, aquele que considera dever figurar como causa de pedir da ação? Em que consiste o princípio iura novit curia? Este princípio teria o condão de abrir portas para o juiz decidir com base em **causa de pedir** diferente daquela mencionada na inicial? Decidir pedido diferente do formulado na inicial?*

O *iura novit curia* permite ao juiz que examine o pedido da parte em face de **fundamentação jurídica diferente** daquele pela própria parte eleita. Não permite, todavia, que a juiz *escolha*, dos fatos narrados e provados, aquele que deve figurar com base da causa de pedir. Isso porque a causa de pedir é uma “noz”, com duas metades de idêntico tamanho: uma, são **os fatos** escolhidos pela parte para embasar o pedido; outra, sua **qualificação jurídica** e conseqüente **fundamentação**. Com esta metade, o juiz pode lidar, pois é ele que “sabe o direito”, mas não com a outra!

Portanto, à conduta das partes é que se deu relevância na causa de pedir, exposta na petição inicial: à dos réus que teriam agido de molde a induzir os autores em erro, teriam praticado dolo, etc. e à dos autores que, enganados e intimidados (forçados), acabaram assinando um CONTRATO que, de rigor, não queriam assinar.

Não poderiam, depois dessa fixação de elementos (pedido e causa de pedir) havida com a inicial, lançar luz sobre outros fatos, diferentes daqueles que figuraram na inicial, como a *parte fática da causa de pedir*, e dizer que essa seria a base da ação. Como o juiz não pode assim proceder de ofício, também não podem os autores, no curso do processo, escolher novamente, no plano da narrativa feita, fatos DIFERENTES daqueles que constaram da inicial como sendo a metade fática da causa de pedir: pré-contrato, cláusula com condição, etc.

4) *Caracteriza-se o venire contra factum proprium na situação em que a parte formula um segundo pedido, diferente do primeiro, ao longo do feito, que com aquele seja logicamente incompatível?*

Além de tudo, a conduta da parte revela evidente má-fé. Embora a configuração do *venire contra factum proprium* dispense a existência de ilícito, quando há ilícito, a situação de torna ainda mais grave. Houve alteração da causa de pedir, para que se passasse a falar numa outra causa de pedir, cuja configuração, no mundo dos fatos, é incompatível com a primeira, constante na petição inicial: os autores, narraram longa e demoradamente, um histórico de má conduta dos réus, chegando até a mencionar cárcere privado, para anular um contrato. Depois, dizem, surpreendentemente, que na verdade, tratava-se de contrato que não precisava ser cumprido: era apenas uma promessa de contratar, ou um pré-contrato, ou um contrato sujeito à condição. É, a nosso ver, claríssima a contradição no comportamento dos autores ao longo do feito, qualificável, juridicamente, como *venire contra factum proprium*.

Este é o nosso parecer, *s.m.j.*

Curitiba, 11 de julho de 2017.

TERESA ARRUDA ALVIM

8

EXECUÇÃO FORÇADA DE BEM DADO EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA/COMPRA E VENDA: EQUIPARAÇÃO?

PARECER

I. A consulta

Consultam-nos as empresas A e KDO BRASIL, por seus ilustres advogados Marcos Pitanga Ferreira e Celso Xavier, respectivamente, acerca do procedimento de venda extrajudicial das ações detidas por A1 na empresa A, objeto de alienação fiduciária em garantia de operação de debêntures.

Indagam-nos, fundamentalmente, sobre: *(i)* a natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia e o sentido do pacto comissório; *(ii)* se a venda extrajudicial do bem dado em garantia se equipara à compra e venda convencional ou se trata de forma de excussão de garantia real, devendo observar os princípios a essa inerentes; e *(iii)* se o Poder Judiciário pode exercer o controle sobre a higidez do procedimento de venda extrajudicial dos bens móveis alienados fiduciariamente.

Para resposta à consulta, as Consulentes nos forneceram cópia:

(i) das principais peças da ação movida pela K do Brasil contra a empresa N e outros, em trâmite perante determinada Vara Cível do Foro central da Comarca de São Paulo, que tem como principal objetivo assegurar seu direito de participar do procedimento de excussão extrajudicial promovido pelas rés e apresentar sua proposta;

(ii) das principais peças da ação cautelar em caráter antecedente e respectiva ação principal, também movida pela K do Brasil

contra a empresa N e outros, em trâmite perante o referido juízo da determinada Vara Cível de São Paulo em que busca a declaração de que a proposta que apresentou no procedimento de excussão extrajudicial, promovido pelas rés, é a mais vantajosa e por isso deve ser considerada vencedora;

(iii) das principais peças da ação movida pela A1 e A contra a empresa N e outros, em trâmite perante o referido juízo da determinada Vara Cível de São Paulo, em que buscam, entre outras questões, a declaração de que a proposta apresentada pela K do Brasil no procedimento de excussão extrajudicial é a mais vantajosa e por isso deve ser considerada vencedora;

(iv) do “Instrumento Particular de Alienação Fiduciária de Ações em Garantia sob condição suspensiva”, firmado entre a A1 e O.

Ao longo do parecer, os envolvidos serão assim identificados:

- K;
- A1;
- A;
- C;
- K do Brasil;
- R;
- W;
- J;
- D;
- O;
- Q.

II. Quesitos

Os quesitos que nos foram formulados são os seguintes:

1. Equipara-se a uma simples compra e venda comercial a venda realizada na excussão forçada de bem dado em alienação fiduciária em garantia? Em caso de resposta negativa, quais são os princípios e regras que devem orientar a venda de bem objeto de alienação fiduciária em garantia, na excussão desta? As obrigações do

credor fiduciário alienante se equiparam, em alguma medida, às dos exequentes no âmbito do processo civil?

2. *É possível a qualquer pessoa participar do procedimento de venda do bem objeto de alienação fiduciária em garantia, decorrente do inadimplemento do devedor fiduciante?*

2.1. *É admissível, no processo competitivo destinado à venda do bem objeto de excussão, a participação do devedor ou de empresa do mesmo grupo do devedor fiduciante?*

2.2. *É admissível, no processo competitivo destinado à venda do bem objeto de excussão, a participação do credor ou de interposta pessoa a ele relacionada?*

3. *O credor fiduciário tem, no processo competitivo destinado à venda do bem objeto de excussão, ampla discricionariedade para escolher a proposta vencedora? Em caso de resposta negativa, quais são os critérios a serem observados?*

4. *Ao apreciar e reparar as irregularidades anteriores indicadas, há margem ao Estado-Juiz para escolha das medidas mais adequadas à luz do caso concreto? Em caso positivo, é dado ao Estado-Juiz sanear o processo de excussão, expurgando as irregularidades cometidas, preservando os atos válidos e, ao final, se necessário, determinar a proposta vencedora?*

5. *É possível afirmar que carece de interesse processual o proponente que formula pedido para que o Poder Judiciário declare vencedora sua proposta? É correto afirmar que o pedido formulado pela K do Brasil seria tentativa de obter decisão substitutiva de vontade e que estariam ausentes os requisitos legais para tanto?*

III. Breve retrospectiva para contextualização

Em março de 2014, a reconhecida empresa norte-americana de *private equity*, K, juntamente com fundos coinvestidores, adquiriu, pelo valor aproximado de R\$ 1,2 bilhões de reais, 86,7% das ações da C, empresa que atua no ramo de *data centers*.

Para viabilizar essa aquisição, a empresa norte-americana e seus coinvestidores constituíram um Fundo de Investimento em Participações e uma empresa *Holding*, respectivamente A1 e A.

A vultosa importância de R\$ 1,2 bilhões de reais foi paga aos detentores das ações da C à época da aquisição, a saber: **(i)** Sr. J;

(ii) empresa V, que tem como *proprietária* a Sra. D, irmã do Sr. J; e (iii) fundo de *private equity* G, por meio do seu veículo (...) Fundo de Investimento em Participações.

Parte do preço foi pago com recursos obtidos em operação de debêntures¹, junto ao Banco Bradesco.

Nesse sentido, foram emitidas debêntures pela sociedade A, no valor aproximado de R\$200 milhões reais² (debêntures).

É de se esclarecer que essas debêntures – justamente as que hoje são objeto do procedimento extrajudicial de excussão – foram garantidas por meio de alienação fiduciária das ações que o FIP detinha junto à A (100% das suas ações).

A garantia foi pactuada em Instrumento Particular de Alienação Fiduciária de Ações em Garantia, que, entre outros aspectos, contém a regulamentação do procedimento de excussão extrajudicial da garantia, em caso de inadimplemento. A empresa O foi designada como Agente Fiduciária.

Ocorre que, após adquirir as ações da C e assumir a administração da companhia, a K, através do veículo A, veio a descobrir (em um primeiro momento, por meio de denúncias anônimas) graves irregularidades na empresa, todas imputáveis à antiga administração, cujo comando, à época, era do Sr. J.

Tais fatos, conforme narrado nas peças processuais das Consulentes, que nos foram fornecidas para análise, acabaram levando ao inadimplemento parcial das dívidas contraídas junto ao Banco

1. “A finalidade econômica da debênture consiste em possibilitar o financiamento da companhia emissora, mediante empréstimo contraído junto a restrito círculo de pessoas (quando se trata de uma emissão privada) ou mediante apelo à poupança popular (no caso de emissão pública colocada no mercado de capitais) (...). Por este motivo, a doutrina brasileira e estrangeira são praticamente consensuais em caracterizar a debênture como um contrato de mútuo mercantil, ainda que especial, uma vez que a quantia mutuada é dividida em frações, correspondente ao número de debentures subscritas”. EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais – regime jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 68-69.
2. Ao mesmo tempo, uma outra linha de debêntures foi emitida pela própria empresa Aceco, no valor aproximado de R\$ 220 milhões de reais (debêntures Aceco), destinada a reestruturar suas dívidas. Essas debêntures não são objeto de excussão.

Bradesco, que, na sequência, alienou as debêntures para a empresa N, cujo único acionista é o Sr. J.

Também em razão das irregularidades apuradas, conforme consta das petições apresentadas nas ações judiciais, foram iniciados Procedimentos Arbitrais, ainda pendentes de julgamento, relacionados ao negócio que culminou com a aquisição das ações da C³.

Com a aquisição das aludidas debêntures, a empresa N (leia-se, Sr. J, seu único acionista) assumiu a posição de *credora fiduciária das ações detidas pela FIP na A*, e, nessa condição, imediatamente declarou o vencimento dos títulos e deu início ao procedimento de excussão extrajudicial da garantia.

No transcurso desse procedimento, a K do Brasil, empresa que compõe o grupo econômico K, procurou a N (credora fiduciária), bem como O (agente fiduciário) e Q (assessora financeira), demonstrando seu legítimo interesse de apresentar proposta para aquisição das ações.

Em razão de inúmeros incidentes provocados pela credora fiduciária, pelo agente fiduciário e pela assessora financeira, por meio da imposição de injustificáveis exigências formais, com o claro intuito de criar empecilhos para que a K do Brasil fizesse parte do processo competitivo, sua participação acabou, realmente, não sendo admitida, o que a levou a propor *Ação de Procedimento Comum com Pedido de Tutela de Urgência*, em face da N e outros⁴, a fim assegurar seu direito de apresentar proposta.

Distribuída ao juízo de determinada Vara Cível do Foro Central da Comarca da Cidade de São Paulo, o pedido liminar foi deferido, o que lhe permitiu submeter sua proposta para aquisição das Ações e participar do procedimento. A decisão ainda compeliu as rés a fornecerem à K do Brasil acesso à toda a documentação fornecida aos demais proponentes. Grande parte dessa documentação, segundo narrado, somente foi fornecida duas horas antes da efetiva submissão da proposta da K do Brasil.

Também apresentaram propostas outras três empresas, quais sejam: (i) R; (ii) I; (iii) T. Esta *última*, ao final, optou por se retirar do certame.

3. Procedimentos ICC 21564/ASM e 22324/ASM.

4. O (agente fiduciário) e Q (assessora financeira).

Na sequência, a credora fiduciária N, sem comunicar a devedora fiduciante A, nem a concorrente K do Brasil, declarou vencedora a proposta formulada pela empresa R e celebrou, com o seu veículo de investimento – a W – contrato de compra e venda de quotas.

É importante ressaltar que a W tem, entre seus 3 acionistas, um *trust*, cuja beneficiária é a Sra. D.

A Consulente K do Brasil, ao tomar conhecimento dessa situação, formulou de pronto, *Pedido de Tutela Cautelar Requerida em Caráter Antecedente*, demonstrando, por meio de pareceres de renomados economistas, que sua proposta se mostra mais vantajosa que aquela que se sagrou vencedora no procedimento de excussão. Sob esse fundamento, requereu a imediata suspensão da eficácia da venda promovida extrajudicialmente e do contrato de compra e venda celebrado entre a N e a R/W, bem como da transferência da administração da A para estas últimas.

Diante da plausibilidade dos fatos relatados e da relevância da fundamentação, o juízo da determinada Vara Cível de São Paulo deferiu o pedido de tutela cautelar de urgência, para “*determinar que, por ora, a administração da A não seja transferida para R*”.

A liminar foi objeto de dois Agravos de Instrumento ao Tribunal de Justiça de São Paulo⁵, ao quais foram negados os pedidos de tutela recursal de urgência.

Na sequência, a K do Brasil, propôs a ação principal, em que pediu fundamentalmente:

(i) a declaração de que a sua proposta é a vencedora no processo de excussão extrajudicial das ações, e, como consequência, que estas lhes sejam transferidas, sob pena de multa diária; ou

(ii) subsidiariamente, a invalidação do processo de excussão extrajudicial, bem como do contrato de compra e venda de ações assinado entre N e W, para o fim de se determinar a realização de nova excussão, perante o Poder Judiciário, ou, se assim não o for, para que sejam fixados judicialmente os critérios que deverão nortear eventual novo procedimento extrajudicial a ser instaurado.

Chama especialmente nossa atenção o fato de que, se vier a ser confirmada a venda para empresa R/W, o Sr. J retornará, por via

5. Interpostos pela N e R W.

oblíqua, ao controle da C, empresa que ele e sua irmã (junto com G) alienaram para a K.

Esse fato aponta para a **violação da proibição ao pacto comissório e simulação**, haja vista os fortes indícios de que a venda extrajudicial à R (na qual a Sra. D tem participação, por meio do *trust* de que é beneficiária) teria se prestado ao propósito de, indiretamente, acabar transferindo ao credor fiduciário (N, que tem o Sr. J como único acionista) o bem objeto da garantia de alienação fiduciária – ou seja, as ações que o Fundo A detinha na A que, por sua vez, controlam a C – recolocando o Grupo “J1” no comando da empresa que anteriormente venderam.

IV. Sobre a alienação fiduciária em garantia

Após a revolução industrial, com o incremento da atividade produtiva e da circulação de riquezas que se seguiram, a concessão de crédito passou a se mostrar ainda mais imprescindível. Para tanto, em razão da fadiga dos institutos tradicionais de garantia real – a hipoteca, penhor e anticrese – principalmente pelas dificuldades de excussão, impôs-se a necessidade de buscar meios mais eficazes de proteção ao crédito. É nesse contexto, conforme esclarece Melhim Namen Chalhub⁶, que os juristas europeus *“cunharam a figura do negócio fiduciário, inspirados na fidúcia cum creditore do direito romano, procurando viabilizar a utilização da propriedade como meio de proteger mais eficazmente o crédito, não só através de rápida recomposição das situações de mora, como, também, mediante o afastamento da concorrência de créditos preferenciais.”* (g.f)

Para Tulio Ascarelli, *“num caso típico de negócio fiduciário, a transferência da propriedade para fins de garantia, a transmissão da propriedade é efetivamente desejada pelas partes, não, porém, para o fim de troca, mas para fim de garantia.”*⁷

A alienação fiduciária em garantia é espécie de negócio jurídico fiduciário, por meio do qual uma das partes (o devedor/fiduciante) transfere a propriedade de uma coisa móvel ou imóvel à outra

6. CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 38.

7. ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945. p. 106.

(o credor/fiduciário), em garantia do pagamento de uma dívida. Ao credor são transferidos o domínio resolúvel e a posse indireta do bem, mantendo-se a posse direta com o devedor.

Uma vez adimplida a obrigação, o credor perde a propriedade resolúvel, que retorna ao devedor. A propriedade é resolúvel porque se extingue com o pagamento do débito pelo alienante. Por isso se diz que o pagamento é a condição resolutiva da propriedade do credor fiduciário.

Se não houver o adimplemento, a propriedade consolida-se em nome do credor, que, por força da vedação do pacto comissório, deve proceder à venda do bem a terceiros para que o seu crédito seja satisfeito com o produto daí decorrente.⁸

Conforme afirma Arnold Wald, *“Do ponto de vista econômico e jurídico, este instrumento tem como **função a garantia de uma obrigação**”*.⁹

Comentando o art. 1.361 do Código Civil, Luiz Edson Fachin também destaca que *“O fiduciário é titular de um direito sob condição resolutiva, em face da **transferência em garantia**, é dono dos bens transferidos de modo restrito e resolúvel. A extinção desse direito de propriedade está prevista no próprio título constitutivo. É um negócio jurídico (por conseguinte, contrato fundado em relação obrigacional) que constitui um **direito real de garantia condicional**. A condição resolutiva, na hipótese, é adimplemento da obrigação assumida. Emerge daí sua característica essencial, que a define”*¹⁰ (g.f)

Assim como o penhor ou a hipoteca, portanto, a alienação fiduciária em garantia é **modalidade de garantia real**, que se diferencia daquelas, fundamentalmente, porque implica transferência da propriedade resolúvel do bem ao credor, o que não acontece com as primeiras.

8. CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 177.

9. WALD, Arnoldo. **Direito civil: contratos em espécie**. vol. 3. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 26.

10. FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código Civil. Parte especial - do direito das coisas**. v. 15. coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 340.

O instituto foi introduzido na ordem jurídica brasileira pela Lei n. 4.728, de 14.07.65, a Lei do Mercado de Capitais, em seu art. 66. Posteriormente, foi editado o Decreto n. 911/1969, que alterou a redação do mencionado art. 66 (posteriormente revogado pela Lei 10.931/2004) e, ainda, previu mecanismos processuais para a rápida obtenção do bem, pelo credor, por meio de busca e apreensão. Ambos os diplomas tratam da alienação fiduciária de bens móveis.

O art. 66-B, § 3º, da Lei n. 4.728/65 dispõe que *“É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá **vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária, independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada**”*¹¹

Em igual sentido, o art. 2º, *caput*, do Decreto-lei n. 911/69 estabelece que *“No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá **vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário, prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas**”*.

Em 1997, foi editada a Lei n. 9.514, que regulou a alienação fiduciária de imóvel. O seu art. 22, *caput*, dispõe que: *“A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, **com o escopo de garantia**, contrata a transferência ao credor ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”*. Segundo o art. 27, por sua vez, *“Uma vez consolidada a propriedade*

11. O art. 66-B foi acrescentado à Lei 4.728/65 pela Lei 10.931/2004.

*em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior **promoverá público leilão para a alienação do imóvel**”.*

Em comparação com a redação do art. 27 da Lei 9.514/97, os arts. 66-B, § 3º, da Lei n. 4.728/65 e 2º do Decreto-lei n. 911/69 poderiam dar a impressão de que a venda do bem móvel objeto da alienação fiduciária em garantia seria uma faculdade do credor, mas não é. A lei **impõe** a venda.

A esse respeito, Luiz Edson Fachin é incisivo: *“A alienação da coisa é imperativa, inadmissível o resgate para incorporação do próprio bem à esfera jurídica do credor. Por isso, inválida de modo absoluto, cominada de nulidade plena, será a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento”*¹².

Também Carlos Roberto Gonçalves é bastante claro ao afirmar que *“A proibição da estipulação de cláusula comissória nos direitos de garantia é tradicional. Sendo o devedor inadimplente, não pode o credor ficar com a coisa dada em garantia, mesmo que seu crédito seja maior. Incumbe-lhe promover as medidas legais para vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, e aplicar o preço no pagamento do seu crédito, entregando o saldo, se houver, ao devedor (CC, art. 1.364), como já foi dito”*¹³⁻¹⁴.

Com efeito, o CC/2002, no capítulo próprio sobre a *propriedade fiduciária* (arts. 1.361 a 1.368-B), não deixa qualquer margem para dúvida: o pacto comissório é vedado no âmbito da alienação fiduciária em garantia.

Seus arts. 1.364 e 1.365 são particularmente relevantes em relação a essa questão e para os fins desta Consulta. Diz o art. 1.364, que *“Vencida a dívida, e não paga, **fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço***

12. FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das coisas**. v. 15. coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.365.

13. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 445.

14. No mesmo sentido, Flávio Tartuce. **Direito Civil. Direito das Coisas**. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 638.

no pagamento de seu crédito e das despesas, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor". Já o art. 1.365 estabelece que "É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento".¹⁵

Esses dispositivos, como se vê, contêm a **vedação do pacto comissório**. Ou seja, constituem óbice a que a propriedade se consolide de forma definitiva em prol do credor fiduciário¹⁶. O objetivo da lei, de acordo com Marco Aurélio S. Viana, "(...) é proteger o devedor, que seria presa fácil do credor, em face das circunstâncias. Considerações de ordem moral alimentam a regra".¹⁷ Nesse mesmo sentido, salienta Sílvio de Salvo Venosa que, "Se permitido o pacto comissório, ficaria o devedor inteiramente subordinado à vontade do credor, sujeitando-se a pressões e estratégias leoninas e usurários".¹⁸

A necessidade dessa proibição se torna ainda mais nítida quando se considera que, inadimplida a dívida, salvo disposição contratual em sentido diverso, o credor fiduciário poderá proceder à venda de forma extrajudicial, particular, sem leilão, hasta pública ou avaliação prévia. Se autorizado o pacto comissório, poderia vir a ficar com o bem por valor irrisório, como forma de manter o fiduciante vinculado ao saldo devedor.

Mas a razão de ser da vedação do pacto comissório não está relacionada apenas à **proteção do devedor-fiduciante**, voltando-se, ainda, à **salvaguarda do direito dos seus outros eventuais credores**. Isso porque, a devolução da diferença do preço, ao mesmo tempo em que impede o enriquecimento sem causa do credor-fiduciário, possibilita que outros credores do devedor-fiduciante também possam vir a receber seus créditos.

15. A Lei 10.931/2004 promoveu alterações no Código Civil, incluindo o art. 1.368-A. Posteriormente, a Lei 13.043/2014 acrescentou o art. 1.368-B e parágrafo único. Mas nenhuma delas revogou a proibição.

16. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de *in*: NETO, Zaiden Geraige; LOPES, João Batista; OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de; TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **Comentários ao Código Civil Brasileiro. Da Propriedade, da Superfície e das Servidões**. v. XII. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 244.

17. VIANA, Marco Aurelio da Silva. **Comentários ao Novo Código Civil. Dos Direitos Reais**. v. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 532.

18. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. São Paulo: Atlas, 2017. p. 592.

Sobre as justificações para a proibição do pacto comissório, vale transcrever o seguinte trecho da obra de Manuel Januário da Costa Gomes:

“(...) Assim, BETTI associa a proibição à atribuição exclusiva ao Estado do controle sobre o não cumprimento das obrigações; LO-JACONO explica-a à luz da necessidade de efetivação do princípio par conditio creditorum; BIANCA invoca a existência de um interesse geral em evitar um ‘prejuízo social’, ideia grosso modo retornada por CARNEVALI, quando se reporta a um interesse geral no regular e correcto desenvolvimento das relações jurídicas; finalmente, the last but not the least, CONSTANZA considera que muito provavelmente devem ser relevadas todas as razões apresentadas, que não são entre si incompatíveis ou contraditórias, ‘respondendo, antes, à lógica unitária da correcção negocial.

Aderindo, grosso modo, à ideia de CONSTANZA parece-nos que a ratio da proibição do pacto comissório é plúrima e complexa, relevando, a um tempo, o propósito de proteger o devedor da (possível) extorsão do credor e a necessidade, que corresponde a um interesse geral do tráfico, de não serem falseadas as ‘regras do jogo’, através da atribuição injustificada de privilégios a alguns credores, em objectivo (seja ele efectivo ou potencial) prejuízo dos demais. A correcção negocial não se compadece com mecanismos que possam legitimar, directa ou indirectamente, a institucionalização de ‘castas’ entre os credores, fora das vias transparentes e objetivas que justificam as excepções ao princípio par conditio creditorum.”¹⁹ (g.f)

Vê-se, dessa forma, que são fundamentalmente três as razões pelas quais a lei impõe a proibição ao pacto comissório: proteger o devedor de eventual abuso por parte do credor fiduciário; impedir o enriquecimento indevido deste último e salvaguardar o interesse dos demais eventuais credores do devedor fiduciante.

Constata-se, a partir dessas considerações, que é impróprio pretender-se aplicar à alienação fiduciária em garantia as regras do contrato de compra e venda negocial.

19. GOMES, Manuel Januário da Costa. Assunção Fidejussória de Dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador. Porto: Almedina, 2000. p. 93-94.

A empresa N, conforme se vê dos documentos que nos foram apresentados, juntou aos autos Pareceres de Ilustres juristas, que sustentam que a venda, em procedimento extrajudicial, do bem dado em garantia de alienação fiduciária, configuraria negócio estritamente privado, em que deve prevalecer a autonomia da vontade do credor fiduciário, interessado em satisfazer seu crédito.

Em um desses Pareceres, afirma-se, ainda, que seria juridicamente *impossível* o pedido formulado pelas Consulentes, para que o Poder Judiciário exerça seu controle sobre o procedimento, para afastar as ilegalidades de que padece, em especial, aquelas relacionadas ao desvio de finalidade, e declarar como vencedora a proposta da K do Brasil. De acordo com os pareceristas, as autoras estariam buscando, por meio das ações judiciais, estender a regra do art. 501 do CPC/2015 para hipótese diversa daquela para a qual foi prevista.

Discordamos desse posicionamento, justa e precisamente porque desconsidera aspecto relevantíssimo, qual seja, de que a venda está ocorrendo no bojo de um procedimento de **excussão de garantia real**.

Na compra e venda negocial, a alienação do bem não é imposta ao seu proprietário, ou seja, fica a seu critério realizá-la ou não. O preço resulta da livre estipulação entre as partes. A destinação do produto da venda será aquela que o vendedor quiser dar.

Não é isso o que ocorre em relação à alienação fiduciária em garantia. Quanto a essa, a alienação do bem pelo devedor fiduciante ao credor fiduciário dá-se com o propósito de **alienar para garantir**; é expressamente **vedado por lei o pacto comissório**, de maneira que o credor fiduciário, uma vez inadimplida a dívida, não poderá ficar com a coisa objeto da garantia para si, ou seja, **terá que a vender**; o produto da venda deverá ser utilizado para **quitação ou amortização da dívida**.

A venda a terceiros do bem objeto da alienação fiduciária em garantia implica verdadeira **excussão**, que deve ocorrer da forma, ao mesmo tempo, **mais efetiva ao credor** – capaz de lhe proporcionar a pronta e integral satisfação do seu direito – e **menos gravosa ao devedor** – o que compreende, no contexto da situação fática que nos foi exposta pelas Consulentes, assegurar um procedimento transparente, verdadeiramente competitivo, que alcance valor que permita o pagamento integral da dívida ou sua amortização no

maior percentual possível, reputando-se inválido qualquer ato que denote o abuso de direito pelo credor.

É importante consignar que o próprio credor fiduciário – a N, que tem como único acionista o Sr. J – por meio do seu agente fiduciário – O – assim reconhece, tanto que no item 6.2. do Instrumento Particular de Alienação Fiduciária de Ações em Garantia sob Condição Suspensiva, está expresso que: *“O produto da venda com a excussão será utilizado para a amortização extraordinária, parcial ou total, das obrigações garantidas e quaisquer tributos e despesas justificáveis e comprovadamente incidentes sobre a venda, cessão ou transferência das ações alienadas fiduciariamente, sem prejuízo do exercício, pelo agente fiduciário, de quaisquer outros direitos, garantias e prerrogativas cabíveis, respeitado o disposto na cláusula 6.2.4. abaixo, entregando, ao final, à alienante, o valor que porventura sobejar”*.

Ao longo de todo o contrato, os termos *excussão* e *executir* são utilizados reiteradas vezes, demonstrando a exata compreensão do seu sentido.

A lei determina a realização da venda, que pode ser extrajudicial. A autorização para que se faça a excussão fora de um processo judicial não significa, porém, ter-se dado carta branca ao credor fiduciário, para proceder em desacordo com o princípio geral da boa-fé e aqueles que regem o processo de execução. Especialmente quando o contrato celebrado entre credor e devedor dispõe pormenorizadamente (Cláusula 6 e subitens) a esse respeito.

No caso que nos foi submetido à análise, como dito, a forma sob a qual o procedimento deve se desenrolar consta do instrumento particular de alienação fiduciária de ações em garantia sob condição suspensiva. Nele, não foi prevista uma venda direta, a ser implementada ao talante do credor. Os atos pretéritos da N, aliás, confirmam esse entendimento. Antes de advogar que a venda das ações se assemelha a uma compra e venda direta, o credor convocou alguns dos interessados na aquisição das ações – por meio de correspondência datada de 28 de abril de 2017 – para apresentar *“propostas vinculantes”* em *“envelopes fechados”*, os quais seriam abertos em sessão realizada em escritório de advocacia em data e horário indicados. Em franco reconhecimento quanto à forma que deveria ser realizado o processo de venda previsto contratualmente, a N chamou esse procedimento de *“leilão”*. Em outras palavras,

previu-se um procedimento que fosse marcado pela **competitividade**, cuja finalidade somente pode ser a **obtenção da melhor proposta**.

Portanto, aquele que se sentir prejudicado (seja o devedor, seja o terceiro preterido no certame, ou outrem), pela inobservância desses princípios e regras (notadamente as contratuais), poderá buscar o controle da legalidade do procedimento junto ao Poder Judiciário, a cujos órgãos, se for o caso (por entenderem presentes os elementos necessários para tanto), caberá declarar qual das propostas apresentadas terá sido aquela que mais atende à satisfação do direito do credor, sem onerar demasiadamente o devedor.

Não se trata de obter decisão substitutiva de vontade do credor fiduciário, nos termos do art. 501 do CPC/2015. Tal dispositivo aplica-se, em regra, aos **contratos preliminares**, em que as partes convencionam firmar um contrato definitivo. Se aquele que se obrigou a celebrar o contrato definitivo, não o fizer, poderá ter contra si prolatada a sentença substitutiva da sua declaração de vontade.

Na situação sob exame, trata-se de corrigir ilegalidade do procedimento de excussão, em face dos fortes indícios de **desvio de finalidade**. Os interesses em jogo, no caso, não se referem apenas ao credor fiduciário (N) e ao terceiro adquirente (R), mas dizem respeito também ao devedor fiduciante e a outros terceiros interessados (como a empresa que teve sua proposta preterida e eventuais outros credores daquele mesmo devedor).

Por isso, não é certo se pretender fazer crer que ao credor fiduciário seria assegurada ampla e irrestrita autonomia de vontade, cabendo sob sua *exclusiva* ótica escolher a proposta mais vantajosa. Reitere-se: a alienação fiduciária é modalidade de **garantia real**, que deve ser **executada** para fins de satisfação do crédito do credor fiduciário, sem onerar demasiadamente o devedor fiduciante. Por essa razão, ainda que o procedimento de venda possa ocorrer de forma extrajudicial, os **princípios próprios da execução** devem ser observados, cabendo ao Poder Judiciário exercer o **controle da sua higidez**, o que compreende manifestar-se, por exemplo, sobre ter havido (ou não) competitividade num certame em que, de quatro concorrentes: a participação de um deles – a K do Brasil – só foi possível mediante intervenção judicial; outro deixou de apresentar proposta; e outro, que se sagrou vencedor, é pessoa ligada ao próprio credor fiduciário, interessado em retornar ao comando da empresa C.

Em um dos Pareceres juntados aos autos pelo credor fiduciário, afirma-se que, se nem mesmo nas licitações públicas, o Poder Judiciário pode se imiscuir na análise da proposta vencedora, o que se dirá num procedimento regido estritamente pela autonomia privada.

A premissa não é verdadeira por duas razões.

A primeira porque a jurisprudência é firme no sentido de que *“Nenhum ato praticado pelo poder público, num Estado Democrático de Direito pode escapar do controle jurisdicional, como garantia também constitucional que é, nos termos do art. 5º, inciso XXXV. Isso também se aplica, evidentemente, aos atos discricionários, porquanto a discricionariedade, hodiernamente, só se entende como exercício da oportunidade e da conveniência administrativa, nos limites da lei”*²⁰.

Especificamente quanto ao controle jurisdicional de procedimento licitatório, o STJ recentemente reconheceu que o Poder Judiciário pode interpretar as cláusulas do edital, de maneira a flexibilizar aquelas que, em razão do excessivo rigor, possam afastar da concorrência possíveis proponentes.²¹

Na doutrina, em relação ao desvio de finalidade, Marçal Justen Filho sustenta que, *“A explicitação clara e precisa da finalidade buscada deve ser reputada como exigência de validade formal do ato. Haja ou não a explicitação da finalidade, deve haver controle quanto a ela. (...) Não é compatível com o Estado Democrático a utilização de competências administrativas para a realização de objetivos os mais diversos e despropositados, impedindo-se o seu controle sob o argumento de que a finalidade do ato administrativo é a realização do interesse público. Essa concepção é incompatível com a democracia republicana”*²².

Além disso, insistimos: no caso sob exame, não se está em face de compra e venda negocial, e sim de excussão de garantia real. Por essa razão, ao contrário do que se afirma, compete ao Poder

20. STJ, AgRg nos EDcl no RMS 17.718/AC, 6ª T, j. 11.04.2006, DJ 12.06.2006.

21. STJ, AgInt no REsp 1.620.661/SC, 2ª T., j. 03.08.2017, rel. Min. Og Fernandes, DJe 09.08.2017.

22. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 281-282.

Jurisdicional exercer o controle sobre a legalidade do procedimento, o que inclui o exame, entre outras questões, da existência de eventual desvio de finalidade e simulação.

A substitutividade da atividade da parte ocorre, na situação sob análise, não com base no art. 501 do CPC/2015, mas como decorrência natural da própria prestação da tutela jurisdicional, em face do conflito estabelecido entre os sujeitos de direito. Não é porque aquele que se teria obrigado a contratar, deixou de fazê-lo (repita-se: essa não é a situação objeto desta Consulta), mas porque, diante da excussão de garantia real, não é apenas o interesse do credor fiduciário que deverá ser atendido, mas também do devedor fiduciante e de eventuais terceiros, fazendo-se necessário que a vontade do Estado-juiz se substitua à vontade das partes em conflito.

V. Do procedimento de excussão extrajudicial de ações

A excussão extrajudicial da garantia de alienação fiduciária consiste em um “poder-dever” do credor fiduciário, a ser exercido em caso de inadimplência do devedor fiduciante e encerra, ao menos, três limitações intrínsecas, quais sejam: **(i)** as derivadas da própria natureza da alienação fiduciária em garantia; **(ii)** as decorrentes do princípio da boa-fé; e **(iii)** as impostas pela função ou destinação econômica e social²³.

(i) Das limitações derivadas da própria natureza da alienação fiduciária

Como visto, na alienação fiduciária em garantia, a propriedade do credor fiduciário é onerada com um *encargo*, uma vez que, não adimplida a dívida pelo devedor fiduciante, o credor recupera a posse direta do bem, “**mas com o encargo de vendê-lo para aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado**”²⁴. (g.f).

O referido **encargo, que obriga** o credor fiduciário a vender o bem dado em garantia, quando há a inadimplência do devedor,

23. GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 119.

24. WALD, Arnoldo. **Direito civil: contratos em espécie**. vol. 3. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28-29.

decorre da própria legislação (art. 1.364 do CC/2002 e art. 66-b, § 3º, da Lei 4.728/1965), que em consonância aos princípios gerais dos direitos reais de garantia (art. 1.428 do Código Civil) proíbe que o credor permaneça definitivamente com o bem.

Nesse sentido, Fran Martins assinala que *“a própria lei impede que o credor, não paga a dívida, fique com o bem, integrando-se plenamente o domínio do mesmo no seu patrimônio (já que ele tem esse domínio, mas apenas para a garantia da dívida), vendendo-o, em caso do não-cumprimento da obrigação por parte do devedor, para, com o produto, pagar-se, sendo devolvida ao alienante (devedor) o que sobrar da venda”*²⁵.

Há respeitáveis doutrinadores que apontam certa incongruência entre o fato de o credor tornar-se proprietário do bem pelo inadimplemento da dívida e a impossibilidade de ficar com a coisa alienada. Entretanto, como bem ressalta Sílvio de Salvo Venosa, a *“construção legal visou impedir abusos, pois a finalidade é eminentemente garantidora da obrigação, não se tratando de contrato de alienação de bens”*²⁶. (g.f.).

O fato é que a proibição ao pacto comissório existe e é norma de ordem pública²⁷, alcançando também situações como a presente em que o credor se utiliza de interposta pessoa para burlar tal impedimento²⁸.

25. MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 184.

26. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. São Paulo: Atlas, 2017. p. 454.

27. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 551.

28. De acordo com Marco Aurélio Bezerra de Melo, o escopo da norma cogente é evitar o possível enriquecimento sem causa do credor fiduciário, porquanto, não raras vezes, o valor do bem dado em garantia supera o montante do débito. Confira-se: *“A proibição se justifica, pois se a cláusula contratual pudesse produzir efeito, estaria o ordenamento jurídico referendando um possível enriquecimento sem causa e “poria o devedor à mercê de explorações usurárias”, em detrimento dos legítimos interesses do devedor e da própria sociedade, uma vez que é totalmente possível que o bem dado em garantia supere, em muito, o montante da dívida”*. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 381-382.

Evidentemente que se a lei **veda ao credor fiduciário permanecer definitivamente com o bem dado em garantia pelo devedor fiduciante**, obrigando-o a vendê-lo, de igual modo, **proíbe que se realize qualquer negócio jurídico no sentido de se desviar do comando legal. Qualquer negócio jurídico, com esse intuito, representa fraude à lei e deve ser reprimido.**

Conforme se constata pelos documentos fornecidos pelas Consulentes, há indícios veementes que é isso o que se passa no presente caso, em que a credora fiduciária N, por meio do processo de excussão, declarou vencedora a proposta oferecida pela empresa R/W, com quem mantém estreita relação, adquirindo, assim, por interposta pessoa, o bem dado em garantia.

Isso porque, não é demais reiterar, a W tem, entre seus 3 acionistas, um *trust*, cuja beneficiária é a irmã do Sr. J. Tal aquisição, ainda, irá permitir que o Grupo “J1” assuma a A, retome o controle da C e, com isso, busque envidar esforços para encerrar as arbitragens movidas pela K (nas quais buscam o recebimento de vultosa indenização contra o Sr. J e Sra. D), consolidando um golpe de mais de R\$ 1 bilhão.

Esse contexto, somado aos diversos óbices impostos pelo credor e agente fiduciário, para impedir a participação da K no certame, bem como a forma como ocorreu o reconhecimento da R/W como vencedora no procedimento de venda, leva a crer que o contrato celebrado pela credora fiduciária com a R/W configura simulação, que, nas palavras de Clóvis Beviláqua, consiste em “uma declaração enganosa de vontade, visando a produzir efeito diverso do ostensivamente indicado²⁹” (art. 167, I, do Código Civil).

Trata-se de negócio jurídico indireto – em fraude a lei – que por meio de contrato formalmente lícito, visa a alcançar objetivo prático vedado pela norma cogente³⁰: no caso, **burlar a proibição do pacto comissório.**

Em casos similares, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a ocorrência da simulação. É o que se vê no seguinte julgado: “(...). É nulo o compromisso de compra e venda que, em realidade, traduz-se como instrumento para o credor ficar com o bem dado em

29. BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: RED livros, 1999. p. 294.

30. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 551.

*garantia em relação a obrigações decorrentes de contrato de mútuo usurário, se estas não forem adimplidas. Isso porque, neste caso, a simulação, ainda que sob o regime do Código Civil de 1916 e, portanto, concebida como defeito do negócio jurídico, **visa encobrir a existência de verdadeiro pacto comissório**, expressamente vedado pelo artigo 765 do Código Civil anterior (1916)³¹. (g.f).*

Daí se constata que, no caso em exame, a excussão da garantia não observou as limitações derivadas da própria natureza da alienação fiduciária.

(ii) *Das limitações decorrentes da boa-fé*

A boa-fé é cláusula geral que permeia não só as relações contratuais, mas toda e qualquer relação jurídica, se apresentando como um *standard* de comportamento (art. 422 do Código Civil).

Tal é a sua relevância no ordenamento jurídico, que o novo Código de Processo Civil traz dispositivo expresso a respeito, o art. 5º, segundo o qual: *Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.*

Compreende a proteção à confiança legítima, e, nesse aspecto, revela-se como um limitador das bases voluntarista e individualista do direito privado. Como bem ressalta Anderson Schreiber, a “*confiança, inserida no amplo movimento de solidarização do direito, vem justamente valorizar a dimensão social do exercício dos direitos, ou seja, o reflexo das condutas individuais sobre terceiros*”³².

A doutrina tem atribuído ao princípio da boa-fé objetiva tríplice função:

-
31. STJ, REsp 1.076.571/SP, 4ª T., j. 11.03.2014, rel. Min. Marco Buzzi, DJe 18.03.2014. Nesse mesmo sentido: “Consoante a orientação jurisprudencial desta Corte Superior, é nulo o compromisso de compra e venda que, em realidade, traduz-se como instrumento para o credor ficar com o bem dado em garantia em relação a obrigações decorrentes de contrato de mútuo usurário se estas não forem adimplidas. 6. Nesse caso, a simulação, ainda que sob o regime do Código Civil de 1916 e, portanto, concebida como defeito do negócio jurídico, visa encobrir a existência de verdadeiro pacto comissório, expressamente vedado pelo artigo 765 do Código Civil anterior. 7. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no REsp 996.784/SC, 3ª T., j. 18.12.2014, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 04.02.2015).
 32. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 93.

- a função interpretativa dos negócios jurídicos, em que a boa-fé funciona como critério hermenêutico, que impõe, por exemplo, que não sejam dadas às cláusulas contratuais interpretações maliciosas ou direcionadas a prejudicar a contraparte³³;

- a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal, tais como os deveres de informação e esclarecimento, o dever de prezar pela isonomia e o dever de colaboração para o integral cumprimento das obrigações contratuais;

- a função restritiva de direitos³⁴, que, segundo Anderson Schreiber, consiste em “*uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem com aos standards impostos pela cláusula geral.*”³⁵

Por tudo isso, a análise da higidez do procedimento de venda do bem objeto de alienação fiduciária está indissociavelmente vinculada ao exame do comportamento dos envolvidos à luz da boa-fé, ainda mais porque a execução é considerada “*um dos ambientes mais propícios para a prática de comportamentos desleais, abusivos ou fraudulentos.*”³⁶

São vários, contudo, os atos praticados ao longo do procedimento, que parecem não observar tal preceito, quebrando a confiança de que teriam sido praticados de acordo com a lei e o contrato. Assim, por exemplo:

(i) a negativa dos “gestores” do procedimento de excussão (leia-se, N, O) em concederem os esclarecimentos solicitados pela K atinentes à venda extrajudicial;

33. SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 86-87.

34. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 107.

35. SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 89.

36. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 68.

(ii) a negativa dos referidos “gestores” em fornecer, tempestivamente, todos os documentos pertinentes ao processo de excussão solicitados pela K do Brasil;

(iii) a imposição de uma série de exigências formais e desarrazoadas, tais como, perguntas alheias ao procedimento de excussão, óbices para a realização de reuniões e a resistência para a entrega de documentos necessários à apresentação da proposta;

(iv) a restrição à competitividade na venda extrajudicial e a tentativa de excluir a participação da K do Brasil no certame;

(v) a recusa de fornecer – seja à A, seja à K Brasil – informações essenciais sobre o certame, além da deliberada exclusão da devedora e da K do Brasil dos atos que culminaram na abertura das propostas e escolha da proposta vencedora; e

(vi) a desconsideração da proposta feita K, com a **consagração da proposta menos vantajosa** realizada pela R/W (conforme atestam os pareceres de renomados economistas).

Esses aspectos, somados aos fatos de que o Sr. J é o único acionista da N (a credora fiduciária), e de que a Sra. D, por meio do *trust* de que é beneficiária, participa da R/W (declarada vencedora do certame), são de extrema relevância para se exercer o controle da higidez do procedimento de venda, uma vez que denotam comportamentos violadores do dever de boa-fé objetiva.

(iii) *Das limitações impostas pela função ou destinação econômica e social*

A autonomia da vontade não é mais considerada um valor em si mesma, “*impõe-se um juízo de valor particular sobre cada ato de exercício da autonomia privada, a fim de se verificar se os interesses concretamente perseguidos conformam-se à tábua axiológica do sistema civil-constitucional*”³⁷.

A venda particular do bem a terceiro é meio de excussão da garantia de alienação fiduciária, prevista em título executivo extrajudicial. Por isso, embora ao credor caiba o direito de satisfação do

37. SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 61.

seu crédito, utilizando-se do produto da venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente, sua autonomia de vontade é limitada pelos princípios e regras que regem a execução civil, bem como pelo contrato.

O princípio da **menor onerosidade** da execução (art. 805 CPC/2015) é um deles. Constitui um **limite político** a toda execução e a positivação do ideal de busca do equilíbrio entre os interesses das partes em conflito e dos valores jurídicos muitas vezes contrapostos³⁸.

No caso em exame, o princípio da menor onerosidade foi violado fundamentalmente porque:

(i) é nítida a intenção da empresa N (credora fiduciária) de **evitar a competitividade**. Esse comportamento desatende ao princípio da menor onerosidade uma vez que acaba por restringir a possibilidade de se obterem **melhores resultados** no processo de excussão. Ao devedor importa que a venda seja feita por preço capaz de levar ao maior percentual de redução da sua dívida, porque continuará vinculado a eventual saldo remanescente e terá que responder por ele. Note-se que, no caso sob análise, a competitividade no processo de excussão extrajudicial é condição prevista nas cláusulas 6.1 “d” e 6.2.4 do próprio Instrumento Particular de Alienação de Ações em Garantia sob condição suspensiva.

Não fosse a liminar deferida nos autos da ação autuada, que viabilizou a apresentação de proposta pela Consulente, teriam participado do procedimento de venda apenas três empresas, sendo que uma sequer apresentou proposta e outra – diretamente relacionada ao credor fiduciário – sagrou-se vencedora.

Vale a pena destacar que não há óbice jurídico algum para que a própria devedora, ou pessoa jurídica que componha o mesmo grupo econômico, participe do procedimento de venda extrajudicial e adquira o bem uma vez que sua proposta seja declarada vencedora.

Como regra geral, não se estabelecem restrições à participação de qualquer interessado na arrematação de bem levado a leilão,

38. ALVIM, Teresa Arruda. Aspectos relativos à execução de obrigação prevista em escritura pública de mútuo com alienação fiduciária de imóvel em garantia. vol. 1. p. 185-211. Out.2012.

fundamentalmente porque, quanto maior é aquela, maiores as possibilidades de serem alcançados os valores apurados na avaliação³⁹.

As exceções previstas no art. 890 do CPC/2015⁴⁰, entre as quais não se encontram o devedor ou pessoa ligada a ele, não são muitas e se justificam, basicamente, em razão da ética, da probidade administrativa, e, especialmente, da preservação do “*patrimônio do executado, que poderia ser alienado por valor inferior ao devido*”⁴¹.

No caso em exame, também, o *Instrumento Particular de Alienação Fiduciária* não contém qualquer restrição nesse sentido.

Francisco Amaral, ao se referir à autonomia privada, ressalta que “*a liberdade é o poder de praticar ou não, ao arbítrio do sujeito, todo ato não ordenado nem proibido por lei*”⁴². Desse modo, diante da ausência de limitação prevista no referido *Instrumento Particular*, bem como na legislação pertinente, não se pode pretender impedir a participação da K no certame.

Além disso, a interpretação sistemática dos dispositivos que disciplinam as modalidades de alienação confirma o que se disse.

O art. 877, § 3º, do CPC/2015, prevê a possibilidade de remissão, pelo executado, do bem hipotecado, até que seja assinado o auto de adjudicação, oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao do maior lance oferecido⁴³.

39. Comentários de Paulo Henrique dos Santos Lucon *in*: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (coords.) **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 2091.

40. “De maneira geral, permite-se que todos aqueles que estejam na livre administração de seus bens possam participar do leilão judicial na condição de lançadores, com a intenção de arrematar os bens penhorados. Todavia, por razões de ordem ética, o legislador relacionou pessoas que não podem participar do ato expropriatório. Como se trata de exceção, o rol é taxativo” Rodrigo Barioni *in*: BUENO, Scarpinella Cassio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 750.

41. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 5. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 921.

42. AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.85.

43. “A remição de bem, no direito atual, é excepcional, tendo sido substituído pela ampliação da legitimidade para a adjudicação. Todavia, remanesce

No mesmo sentido, o art. 902, *caput* e parágrafo único, do CPC/2015, dispõe sobre o direito do executado de remir o bem hipotecado até a assinatura do auto de arrematação⁴⁴.

Embora esses dispositivos se refiram à hipoteca, são aplicáveis, também, à excussão do bem alienado fiduciariamente, tendo em vista que ambas as situações envolvem *direito real de garantia*. O fato de, na alienação fiduciária em garantia, ocorrer a transferência pelo devedor fiduciante da propriedade fiduciária ao credor fiduciário, não altera a conclusão. Isso porque a venda, nesse caso, não visa à troca, mas à garantia, conforme ensina Tullio Ascarelli⁴⁵.

O art. 876, § 7º, c/c art. 799, VII, do CPC/2015, por sua vez, conferem aos sócios e acionistas, respectivamente, preferência para aquisição/adjudicação de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada⁴⁶. O objetivo, no caso, foi resguardar a sociedade e a *affectio societatis*, uma vez que tais sociedades são constituídas, em regra, considerando a pessoa dos sócios e a confiança recíproca.⁴⁷ O STJ já se pronunciou a respeito, entendendo que “*Destarte,*

a figura para o executado, na hipótese de bem hipotecado, caso em que a remição pode ocorrer se for oferecido preço igual ao da avaliação ou o valor do maior lance, se tiver havido licitante (art. 877, § 3.º, CPC)”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Versão eletrônica. Comentários ao art. 877”.

44. “O *caput* do art. 902 do CPC/15 guarda relação com o revogado art. 1.482 do CC e garante ao executado, com maior apuro técnico, o direito de remir o bem hipotecado até a assinatura do auto de arrematação, desde que oferte preço igual ao do maior lance”. Luis Guilherme Aidar Bondioli. Comentários ao art. 902. CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1273.
45. ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945. p. 106.
46. Nesse sentido, Cássio Scarpinella Bueno destaca: “Não há por que negar o reconhecimento de um tal direito de preferência também para os demais acionistas, em se tratando de penhora de **ações de uma sociedade anônima**”. (g.f.). BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 284.
47. Comentários de Paulo Henrique dos Santos Lucon *in*: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS,

*havendo restrição ao ingresso do credor como sócio, deve-se facultar à sociedade, na qualidade de terceira interessada, remir a execução, remir o bem ou concedê-la e aos demais sócios a preferência na aquisição das cotas, a tanto por tanto.*⁴⁸

Não obstante a situação objeto desta Consulta envolva sociedade anônima, a preferência se aplica (em relação à K do Brasil) porque a excussão provocará a “**alienação de controle**”, não só da A, mas, indiretamente, da própria C, adquirida pela K em junho de 2014. Não se está em face, portanto, de transferência de um bloco de ações, mas, nas palavras de Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho⁴⁹, do poder de dominação e disposição de uma empresa. É compreensível que o devedor fiduciante ou terceiro ligado a ele tenha interesse em preservar a continuidade da empresa.

Se, de um lado, não há impedimento à participação no certame, do devedor fiduciante ou empresa do mesmo grupo econômico, de outro, não se pode admitir que se considere vencedora proposta oferecida por terceiro diretamente ligado ao credor fiduciário, porque isso implicaria, no caso, burla ao pacto comissório e caracterização de negócio simulado.

Sustenta-se, ao longo deste parecer, que, à venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente, devem-se aplicar os princípios que regem a expropriação de bens tal como disciplinada no CPC/2015. Faz-se uma ressalva, entretanto, quanto à impossibilidade de adjudicação, pelo credor fiduciário, do bem objeto da garantia, isto porque (i) implicaria violação à proibição ao pacto comissório e (ii) o credor já é titular do domínio, ainda que resolúvel.

Em um dos Pareceres que as Rés juntaram aos autos das ações promovidas pelas Consulentes, sustenta-se que o art. 1.368-B do CC/ 2002 teria estabelecido *a possibilidade de o credor fiduciário adquirir a coisa dada em garantia*.

Esse artigo foi introduzido pela Lei 13.043/2014 e visa a esclarecer que o devedor fiduciante é titular de direito real de aquisição,

Bruno. (coords.) **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 2077.

48. STJ, REsp 221.625/SP, 3ª T, j. 07.12.2000, rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ 07.05.2001.

49. COMPARATO, Fábio Konder; FILHO, Calixto Salomão. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 252.

enquanto o credor fiduciário é titular da propriedade resolúvel do bem. Além disso, dispõe sobre quem deve arcar com os tributos e demais encargos relativos ao bem objeto da garantia de alienação fiduciária.

Contudo, não revogou os demais dispositivos do Código, especialmente os arts. 1.361 e 1.365, que vedam o pacto comissório.

Por isso, é imperativo interpretar esse dispositivo de forma coordenada com as demais regras que disciplinam a alienação fiduciária em garantia, especialmente aquelas voltadas à salvaguarda dos interesses do devedor fiduciante e terceiros.

A partir dessa interpretação sistemática, o que se pode concluir é que:

- a consolidação da propriedade, a que se refere o parágrafo único, é provisória, perdurando até que ocorra a venda do bem;

- a adjudicação, como meio de aquisição da propriedade plena pelo credor fiduciário, se cabível, somente seria possível na excussão judicial, mediante prévia avaliação, sob a fiscalização do Poder Judiciário, o que afasta o risco de manipulação do procedimento de venda e fixação de valor em desfavor do devedor fiduciante;

- qualquer outra forma de transmissão da propriedade plena depende da manifestação de vontade do devedor fiduciante, como a dação em pagamento (ou cessão de direitos), por exemplo.

(ii) a empresa N declarou vencedora do processo de excussão a empresa R/W, que apresentou proposta que, segundo os pareceres de renomados economistas, é manifestamente menos vantajosa que aquela oferecida pela K do Brasil.

Esse comportamento da credora fiduciária vai de encontro ao princípio da menor onerosidade para o devedor, e é igualmente incompatível com o princípio da maior efetividade da execução para o credor fiduciário, a não ser que sua intenção seja outra que não a maximização do resultado da venda para satisfação do seu crédito.

VI. Do controle jurisdicional da higidez do procedimento de venda extrajudicial

A proeminência do princípio do acesso à justiça decorre da constatação de que, havendo conflito, é por meio dele que se fazem valer todos os demais direitos.

A inafastabilidade da tutela jurisdicional vem prevista no art. 5º, XXXV, da CF e é reiterada no art. 3º do CPC/2015, que reafirma que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

Aliás, a linha mestra do novo CPC é justamente essa, de situar o sistema processual brasileiro, expressa e implicitamente, num contexto normativo amplo, em que a Constituição Federal ocupa o principal papel.⁵⁰ Não é por outra razão que, no seu art. 4º, dispõe que *“As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”*⁵¹

Comentando esse dispositivo, já tivemos oportunidade de afirmar que, hoje, o princípio da inafastabilidade não é mais concebido apenas como o direito à sentença de mérito, mas à providência prática que corresponde à efetiva satisfação do autor.⁵²

A efetividade da tutela jurisdicional, conforme afirmam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhardt e Daniel Mitidiero, *“diz respeito ao resultado do processo. Mais precisamente, concerne à necessidade de o resultado da demanda espelhar o mais possível o direito material, propiciando-se às partes sempre **tutela específica** – ou tutela pelo resultado prático equivalente – em detrimento da tutela pelo equivalente monetário.”*⁵³ (g.f.).

Coerente com o objetivo de assegurar aos jurisdicionados a tutela jurisdicional justa (conforme o direito), tempestiva (que atenda

50. Conforme sustentamos, juntamente com Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, Rogerio Licastro Torres de Mello, nos **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 60.

51. ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 66.

52. ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

53. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de processo civil: teoria do processo civil**. vol. 1. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015. p. 257.

ao princípio da duração razoável do processo) e efetiva (que promova a realização do direito), o legislador do CPC/2015 deu ênfase ao princípio do aproveitamento, segundo o qual “*nulidades devem ser evitadas, relevadas ou efetivamente sanadas para que o processo seja aproveitado, cumprindo sua finalidade*”.⁵⁴

Demonstração clara dessa opção do legislador são os arts. 76, *caput*, e 1.029, § 3º, do CPC/2015, que preveem a possibilidade da correção de vícios até mesmo no âmbito dos recursos aos tribunais superiores.

A partir dessas considerações, resta claro que não se pode obstar que os interessados, no caso de que se originou esta Consulta, busquem a tutela jurisdicional para controle e correção das ilegalidades de que padece o procedimento de venda extrajudicial.

E poderão fazê-lo tanto ao longo do procedimento, para impedir e reprimir eventual ilegalidade, quanto *a posteriori*, ou seja, encerrado o procedimento. O fato de a venda ocorrer *extrajudicialmente* não significa que seja afastado o controle jurisdicional, a ampla defesa, ou o contraditório. Se esses direitos fossem tolhidos, inconstitucional seria a regra que prevê essa forma de excussão.

Outrossim, não é correto afirmar que inexistente cognição no processo de execução. Há cognição. Não no sentido de se verificar se existe ou não o direito do credor, mas de controlar a validade dos atos executivos realizados e determinar sua correção, quando isso for possível.

No controle da legalidade da venda extrajudicial, caberá ao juiz identificar se os envolvidos cometeram abuso de direito na condução do procedimento e, em caso positivo, prestar a tutela jurisdicional que mais se aproxime da realização efetiva do direito da parte, como se conflito não tivesse havido.

À luz dos princípios da razoável duração do processo, da efetividade e do aproveitamento dos atos processuais, o juiz poderá, se presentes os pressupostos para tanto – e os pareceres econômicos juntados aos autos das ações judiciais são nesse sentido –, declarar como vencedora a proposta da Consulente, convalidando e

54. ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do processo e da sentença**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 159.

aproveitando os atos anteriores. Estará, nesse caso, prestando a **tutela jurisdicional específica**.⁵⁵

Não se pode perder de vista que, no âmbito do processo, até mesmo as nulidades absolutas são sanáveis⁵⁶, de maneira que, invalidado o ato inquinado de vício, nada impede – sendo até mesmo preferível – que o juiz avance e conceda tutela que promova, desde logo, a realização do direito material.

Essa postura estará em consonância com o que se tem entendido, no plano do direito material, em relação à nulidade da cláusula que estabelece o pacto comissório, nos contratos de alienação fiduciária em garantia. Conforme Luiz Edson Fachin, *“A invalidade absoluta retira do ato ou da cláusula qualquer possibilidade jurídica de validade e mesmo de eficácia. Tem-se, pois, como não escrita a condição ou faculdade que adentra ao campo da patologia plena dos negócios jurídicos. A nulidade mencionada no art. 1.365 implica a sanção de nulidade de pleno direito. Nada obstante, a nulidade da cláusula não contamina o contrato celebrado”*⁵⁷ (g.f)

Poderá, ainda, anular todo o procedimento e determinar que se realize outro, seja judicial ou extrajudicial, sem os vícios cometidos no primeiro.

Para tanto, está autorizado, com base nos arts. 880, § 1º – que disciplina a alienação por iniciativa particular, aplicável por analogia

55. A respeito, no âmbito do Poder Público, já se entendeu que “ Comprovado que o candidato foi preterido na convocação para participar da segunda etapa do concurso para provimento do cargo de Policial Rodoviário Federal (curso de formação) por candidata irregularmente habilitada na etapa anterior, eis que não completara a prova de corrida de 100 metros rasos no tempo previsto no edital, configurado direito líquido e certo desse candidato, aliás, já reconhecido em mandado de segurança, de prosseguir no certame, com a sua convocação para o curso de formação. 2. Realizado o curso de formação, com aproveitamento, assiste-lhe o direito à nomeação, com a anulação do ato de nomeação da candidata irregularmente habilitada”. TRF1, AC 0000983-21.2001.4.01.3000, 6ª T, rel. Daniel Paes Ribeiro, DJ 24.03.2003.

56. ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do processo e da sentença**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

57. FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código Civil. Parte especial – do direito das coisas**. v. 15. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 359.

à venda extrajudicial do bem dado em garantia fiduciária –, 885 e 891 do CPC/2015 – que se referem ao leilão judicial, a fixar regras acerca do procedimento, que ajustem as cláusulas previstas no contrato às limitações intrínsecas da excussão de garantia, quais sejam: **(i)** as derivadas da própria natureza da alienação fiduciária em garantia; **(ii)** as decorrentes do princípio da boa-fé; e **(iii)** as impostas pela função ou destinação econômica e social.

VII. Resposta aos quesitos

1. Equipara-se a uma simples compra e venda comercial a venda realizada na excussão forçada de bem dado em alienação fiduciária em garantia? Em caso de resposta negativa, quais são os princípios e regras que devem orientar a venda de bem objeto de alienação fiduciária em garantia, na excussão desta? As obrigações do credor fiduciário alienante se equiparam, em alguma medida, às dos exequentes no âmbito do processo civil?

Não. A alienação fiduciária em garantia é **modalidade de garantia real**. Diferencia-se da hipoteca e do penhor, porque, em relação a estes, a constituição da garantia não implica transferência da propriedade do bem ao credor. Na alienação fiduciária em garantia, por sua vez, essa transferência ocorre. O devedor fiduciante transfere ao credor fiduciário o domínio resolúvel do bem, sob a condição de, havendo o adimplemento da dívida, a propriedade voltar às suas mãos. Na hipótese de a dívida não ser adimplida, contudo, ao credor fiduciário é proibido de tomar a propriedade definitiva para si, devendo proceder à venda do objeto da garantia. A lei autoriza que a alienação ocorra por meio de venda extrajudicial, que consiste em uma das formas de *excussão da garantia*.

Daí se vê que a venda extrajudicial não se equipara à compra e venda negocial. Nesta, a alienação do bem não é imposta ao seu proprietário, ou seja, fica a seu critério realizá-la ou não; o preço resulta da livre estipulação entre as partes; e a destinação do produto da venda será aquela que o vendedor quiser dar.

Em relação à venda extrajudicial, por sua vez, há a transferência forçada da propriedade do bem, que deve acontecer porque é expressamente **vedado por lei o pacto comissório**. Em outras palavras, uma vez inadimplida a dívida, o credor fiduciário não poderá ficar com a coisa objeto da garantia para si – ou por meio de interposta pessoa. **Terá que vendê-la** e utilizar o produto da venda para **quitação ou amortização da dívida**.

Por essa razão, aplicam-se à excussão extrajudicial do bem objeto da garantia de alienação fiduciária os princípios da execução civil (naquilo que não forem incompatíveis com a natureza dessa garantia real), equiparando-se, em alguma medida, as obrigações do credor fiduciário alienante às dos exequentes no âmbito do processo civil.

2. É possível a qualquer pessoa participar do procedimento de venda do bem objeto de alienação fiduciária em garantia, decorrente do inadimplemento do devedor fiduciante?

2.1. É admissível, no processo competitivo destinado à venda do bem objeto de excussão, a participação do devedor ou de empresa do mesmo grupo do devedor fiduciante?

2.2. É admissível, no processo competitivo destinado à venda do bem objeto de excussão, a participação do credor ou de interposta pessoa a ele relacionada?

Entre os princípios que regem a execução civil, têm-se o princípio da efetividade e aquele da menor onerosidade da execução.

Significa dizer que devem ser assegurados ao credor meios capazes de proporcionar pronta e integral satisfação do seu crédito, sem que isso represente sacrifício demasiado ao devedor.

No caso da venda extrajudicial do bem objeto da garantia de alienação fiduciária, e também do leilão judicial, esses princípios se traduzem na busca do melhor resultado possível da venda, o que interessa não só ao credor, que terá seu direito total ou parcialmente satisfeito, quanto ao devedor, que irá se liberar total ou parcialmente da obrigação. A competitividade mostra-se, portanto, relevantíssima, pois potencializa a perspectiva de se chegar ao resultado mais vantajoso. Em ambiente em que prevaleçam a boa-fé (art. 5º do CPC/2015) e a cooperação entre os envolvidos (art. 6º do CPC/2015), deverá ser estimulada e não o contrário.

Note-se que, na situação sob análise, a competitividade no processo de excussão extrajudicial é condição prevista nas cláusulas 6.1 “d” e 6.2.4 do próprio Instrumento Particular de Alienação de Ações em Garantia.

A partir dessa premissa, não há que se impor restrições à participação dos interessados, salvo aquelas decorrentes de lei.

Decorre da lei, por exemplo, a proibição ao pacto comissório, de maneira que a propriedade definitiva do bem dado em garantia

de alienação fiduciária não pode ser transferida ao credor fiduciário, nem à interposta pessoa, com quem mantenha estreita ligação.

Inexiste impedimento, porém, à participação do devedor ou de pessoa ao mesmo vinculada.

Além de o art. 890 do CPC/2015 não incluir o devedor no rol de pessoas proibidas de oferecer lance, os arts. 877, § 3º, e 902 (que preveem a possibilidade de remissão, pelo executado, do bem hipotecado) levam à conclusão, por analogia, de que o devedor – ou pessoa a ele vinculada – pode participar da venda extrajudicial, apresentando proposta.

Embora esses dispositivos se refiram à hipoteca, são aplicáveis à excussão do bem alienado fiduciariamente, tendo em vista que ambas as situações envolvem *direito real de garantia*.

Por se tratar, no caso em análise, de venda de que poderá resultar a alienação do controle acionário não só da A, mas também, indiretamente, da própria C, o direito de preferência previsto no art. 876, § 7º, c/c art. 799, VII, do CPC/2015 deve ser estendido ao devedor fiduciário ou à pessoa com quem mantenha estreita relação, permitindo o resgate do bem.

3. *O credor fiduciário tem, no processo competitivo destinado à venda do bem objeto de excussão, ampla discricionariedade para escolher a proposta vencedora? Em caso de resposta negativa, quais são os critérios a serem observados?*

Não. A autonomia de vontade do credor fiduciário sofre as limitações intrínsecas da excussão de garantia, quais sejam: **(i)** as derivadas da própria natureza da alienação fiduciária, por exemplo, a que proíbe o pacto comissório; **(ii)** as decorrentes do princípio da boa-fé, que impõem que se dê transparência ao procedimento, mediante ampla publicidade e clara informação sobre a fixação do preço mínimo, condições de pagamento etc.; e **(iii)** as impostas pela função ou destinação econômica e social, de maneira a que se declare vencedora a proposta que corresponda, de um lado, ao maior percentual de satisfação do crédito, e, correlatamente, de desoneração do devedor em relação à obrigação. Isso sem falar nas limitações e demais requisitos encontrados no próprio Instrumento Particular de Alienação Fiduciária de Ações em Garantia sob condição suspensiva.

4. *Ao apreciar e reparar as irregularidades anteriormente indicadas, há margem ao Estado-Juiz para escolha das medidas mais*

adequadas à luz do caso concreto? Em caso positivo, é dado ao Estado-Juiz sanear o processo de excussão, expurgando as irregularidades cometidas, preservando os atos válidos e, ao final, se necessário, determinar a proposta vencedora?

Sim. O legislador do CPC/2015 deu ênfase ao princípio da sanabilidade e aproveitamento dos atos processuais, que são verdadeiras linhas mestras do novo diploma legal, que devem permear o processo em todas as suas fases: conhecimento, execução, em 1º e 2º graus ou até mesmo nos Tribunais Superiores. O que interessa é que se dê solução ao conflito de interesses, de maneira a não só declarar, mas realizar o direito da parte, no menor tempo possível (art. 4º do CPC/2015), e de forma mais efetiva, ou seja, que mais se aproxime do resultado a que se chegaria se tivesse havido o cumprimento espontâneo da obrigação. Por essa razão, é possível ao Estado-juiz sanear o processo de excussão, expurgando as irregularidades cometidas e preservando os atos válidos. Ainda, se necessário, poderá determinar a proposta vencedora. Ao fazê-lo proporcionará à parte a tutela específica do direito.

5. É possível afirmar que carece de interesse processual o proponente que formula pedido para que o Poder Judiciário declare vencedora sua proposta? É correto afirmar que o pedido formulado pelo K do Brasil seria tentativa de obter decisão substitutiva de vontade e que estariam ausentes os requisitos legais para tanto?

Não. A inafastabilidade da tutela jurisdicional é garantia constitucional e, por meio dela, o devedor fiduciário ou outro interessado, como a empresa que teve sua proposta injustificadamente preterida, poderão buscar o reconhecimento da abusividade de atos praticados no procedimento de excussão extrajudicial e a nulidade de todos eles, ou apenas da proclamação do resultado e do subsequente contrato. No primeiro caso, caberá ao Poder Judiciário determinar a realização de novo procedimento em que sejam observadas as regras previstas no contrato, em consonância com os dispositivos de lei e os princípios que regem a execução civil⁵⁸; na segunda hipótese,

58. O juiz está autorizado, com base no art. 880, § 1º, CPC/2015 – que disciplina a alienação por iniciativa particular, aplicável por analogia à venda extrajudicial do bem dado em garantia fiduciária – a fixar regras acerca do procedimento, que ajustem as cláusulas previstas no contrato às limitações intrínsecas da excussão de garantia, quais sejam: **(i)** as derivadas

serão aproveitados os atos já praticados, e, presentes elementos de convicção suficientes para tanto (como demonstram os documentos que nos foram apresentados), poderá declarar vencedora a proposta apresentada pela K do Brasil, prestando, como se disse, a tutela específica do direito.

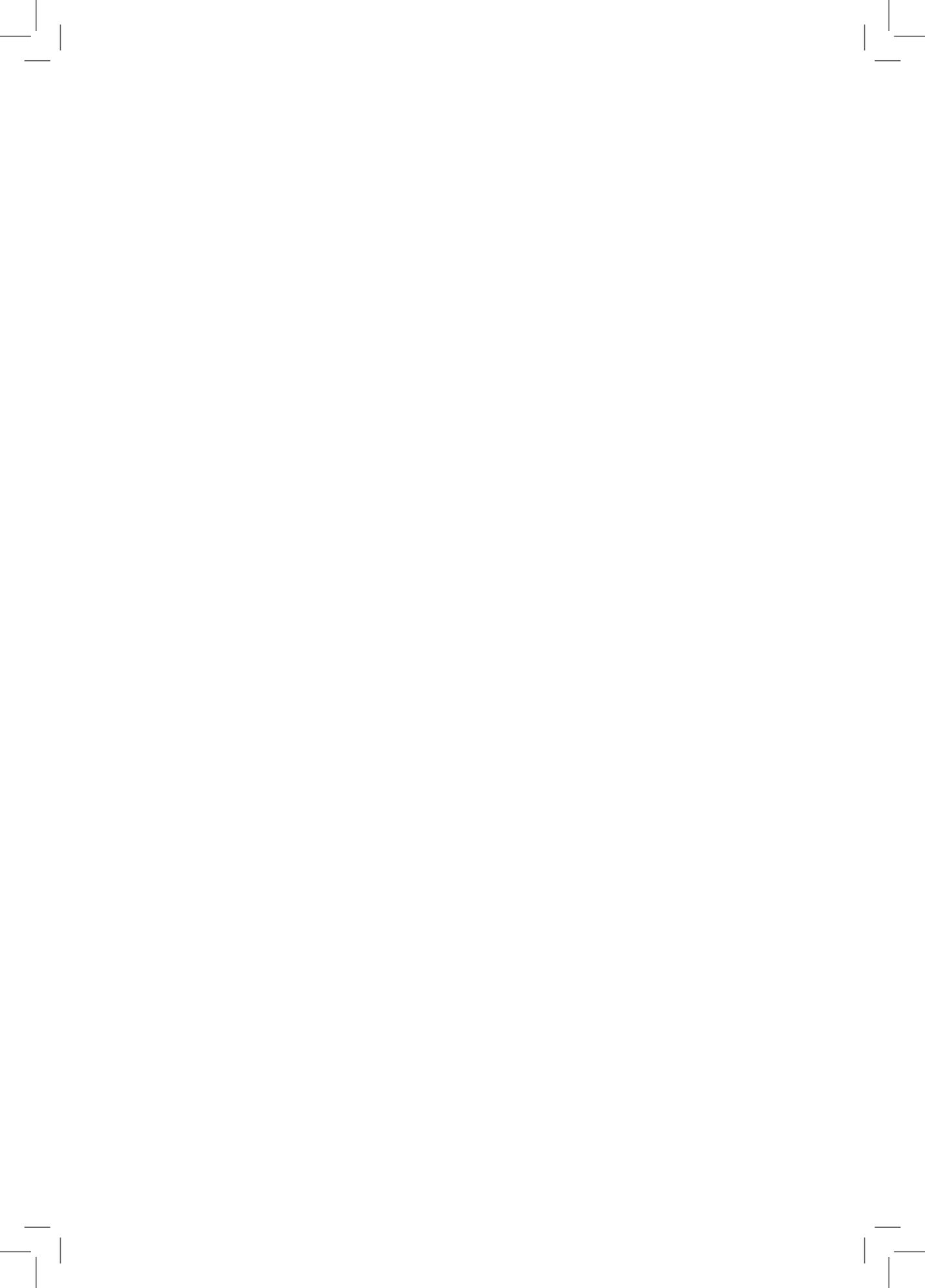
Ao fazê-lo, o Poder Judiciário exercerá seu controle sobre a higidez do procedimento de excussão, e, como é natural à função jurisdicional, substituindo-se a vontade conflituosa das partes. Não se trata de proferir decisão substitutiva da vontade da parte, com base no art. 501 do CPC/2015, aplicável, em regra, às hipóteses de contrato preliminar, firmado consensualmente entre as partes, em que há o descumprimento, por uma delas, da obrigação de firmar o contrato principal. No caso submetido à nossa análise, está-se em face de excussão de garantia real e exame jurisdicional da validade dos atos praticados. A substitutividade da atividade das partes dá-se, aqui, como decorrência natural da atividade jurisdicional, de modo a propiciar ao jurisdicionado a obtenção do bem da vida objeto da pretensão.

Este é o nosso parecer, *s.m.j.*

Curitiba, 24 de agosto de 2017.

TERESA ARRUDA ALVIM

da própria natureza da alienação fiduciária em garantia; **(ii)** as decorrentes do princípio da boa-fé; e **(iii)** as impostas pela função ou destinação econômica e social.



9

PRAZO DECADENCIAL – DUAS COISAS JULGADAS OPERADAS EM MOMENTOS DISTINTOS – ERRO DE FATO

PARECER

I. A consulta

Consulta-nos o B., por seu ilustre advogado Maurício de Sousa Pessoa, acerca da Ação Rescisória, em curso perante o TRT da 3ª Região, proposta pelo Consulente, em face de A.

Indaga-nos, fundamentalmente, sobre: **(i)** o termo inicial do prazo decadencial de 2 (dois) anos para o ajuizamento da Ação Rescisória, quando os pedidos formulados na ação originária, de forma cumulada, são julgados em momentos distintos; **(ii)** se está configurado erro de fato em relação a um dos capítulos da condenação, que aplicou a penalidade do art. 359 do CPC/73 (art. 400 do CPC/15), sem se dar conta o julgador da existência de documento e declaração do Réu, nos autos, nos termos do que prevê o art. 357 do mesmo diploma legal (art. 398 do CPC/15).

Para resposta à consulta, o Consulente nos forneceu cópia integral dos autos da mencionada Ação Rescisória, bem como da parte relativa à fase de conhecimento da ação originária.

II. Quesitos

Os quesitos que nos foram formulados são os seguintes:

1. Qual o termo inicial do prazo decadencial de 2 (dois) anos para o ajuizamento da Ação Rescisória, quando os pedidos formulados

na ação originária, de forma cumulada, são julgados em momentos distintos? No caso objeto desta Consulta, em que o Autor propôs a Ação Rescisória no prazo de 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão na causa, ter-se-ia operado a decadência do seu direito à desconstituição do julgado?

2. Quais os elementos configuradores do erro de fato? No presente caso, está configurado erro de fato quanto ao capítulo da condenação relacionado às diferenças de comissão e prêmios?

III. Breve retrospectiva para contextualização

O Consulente foi Réu em Reclamação trabalhista proposta por A, em que foram formulados vários pedidos.

Em 1º grau, foi proferida sentença de parcial procedência, que condenou o demandado ao pagamento de: i) diferenças salariais entre o piso da categoria bancária e o valor recebido pela empregada; ii) benefícios previstos nas convenções coletivas; iii) diferenças salariais por equiparação de salário; iv) diferenças de comissões e prêmios; v) multa do art. 477 da CLT; vi) férias de 2004/2005 em dobro; vii) horas extras além da 6ª diária e da 30ª semanal; viii) hora extra pela supressão do intervalo intrajornada e o pagamento de dois domingos por mês, em dobro; ix) multas convencionais.

Seguiram-se Embargos de Declaração da Reclamante, parcialmente providos para acrescer à condenação o pagamento de indenização prevista na convenção coletiva.

Ambas as partes interpuseram, na sequência, Recursos Ordinários.

O Consulente, em seu recurso, que foi desprovido, impugnou a integralidade da condenação.

A Reclamante, por sua vez, insurgiu-se contra a improcedência dos seus pedidos de condenação do Réu ao pagamento de indenização pelo uso de veículo próprio e de honorários advocatícios obrigacionais, tendo sido seu recurso parcialmente provido para acrescentar esta última verba, fixada em 20% sobre o valor da causa.

No julgamento de Embargos de Declaração opostos pela então Autora, foi alterada a base de cálculo dos mencionados honorários, que passaram a incidir sobre o valor da condenação, a ser apurado em liquidação.

Houve, também, embargos declaratórios por parte do Consuente, que, porém, foram rejeitados.

A Reclamante, ainda, interpôs Recurso de Revista, insurgindo-se contra a falta de fundamentação do acórdão em relação à base de cálculo dos honorários advocatícios obrigacionais e a improcedência do seu pedido de indenização pela utilização de veículo próprio. Esse recurso, contudo, não chegou a ser julgado, em razão de a Recorrente ter se manifestado pela sua desistência.

Às fls. 1227 da Reclamação, está certificado que o trânsito em julgado do acórdão condenatório operou-se em 03.04.2014.

Em 30.10.2015, o Reclamado propôs a Ação Rescisória, junto ao TRT da 3ª Região, em que sustenta ter havido: i) ofensa aos arts. 1º, 14, parágrafo 1º, e 16 da Lei 5.584/70, arts. 8º, parágrafo único, 769 e 791 da CLT, aos arts. 389 e 404 do Código Civil, e art. 11, parágrafo 1º, da Lei 1.060/1950, todos relacionados à condenação ao pagamento de honorários advocatícios obrigacionais e percentual fixado; ii) erro de fato no que se refere às diferenças de comissão e prêmios; iii) ofensa aos arts. 357 e 359 do CPC/73, uma vez que se impôs a penalidade da *presunção de veracidade* quando não teria sido o caso de fazê-lo.

O Tribunal, porém, extinguiu a ação por entender ter se operado a decadência do direito à rescisão, com base no enunciado da **Súmula 100 do TST**, segundo o qual:

“I. O prazo de decadência, na ação rescisória, conta-se do dia imediatamente subsequente ao trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, seja de mérito ou não.

II. Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso especial.

(...)

IV. O juízo rescindente não está adstrito à certidão de trânsito em julgado juntada com a ação rescisória, podendo formar sua convicção através de outros elementos dos autos quanto à antecipação ou postergação do ‘dies a quo’ do prazo decadencial.”

De acordo com o Colegiado, ainda que o TST viesse a acolher a preliminar de nulidade, suscitada no Recurso de Revista da Reclamante, relacionada à falta de fundamentação do acórdão quanto à base de cálculo dos honorários advocatícios obrigacionais, o Tribunal *a quo* não poderia, ao lhe retornarem os autos para corrigir o vício, pronunciar-se sobre os demais capítulos da condenação, sequer aquele que tratou da condenação ao pagamento dos mencionados honorários.

Conforme o TRT da 3ª Região, a condenação em si ao pagamento dos honorários advocatícios por perdas e danos “*não foi objeto do recurso de revista da então reclamante, mas apenas a base de cálculo da parcela, de forma que o trânsito em julgado da pretensão também ocorreu em 03.07.2012, eis que a ora autora não interpôs recurso e, caso provido o recurso de revista da então reclamante, o C. TST se limitaria a alterar a base de cálculo da parcela, sem se imiscuir no mérito da pretensão, sob pena de incorrer na vedada reformatio in pejus.*”

Contra o acórdão que extinguiu a Ação Rescisória, foi interposto Recurso Ordinário, que restou desprovido nos seguintes termos:

“1. No caso dos autos, no que tange às comissões e prêmios (objeto da presente ação), a condenação se deu no acórdão regional. Contra tais matérias, a reclamada, ora autora, não se insurgiu mediante recurso de revista, pois somente o reclamante apresentou o referido apelo que versava sobre ‘indenização por utilização de veículo próprio’ e ‘honorários obrigacionais’. Desse modo, as referidas matérias objeto da presente ação não foram devolvidas a esta Corte, tendo transitado em julgado em 3/7/2012.

2. Dessa forma, ressei evidente a decadência da ação rescisória ajuizada somente em 30/10/2015, uma vez que extrapolado o biênio do art. 495 do CPC, a autorizar a extinção do feito, com fundamento no art. 269, IV, do CPC. Incidência da Súmula 100, II, do TST.

3. Ressalte-se que eventual acolhimento, pelo TST, da preliminar de nulidade do julgado suscitada pelo reclamante em sede de recurso de revista, ensejaria a devolução dos autos para complementar o decisor regional tão somente quanto ao tema ‘base de cálculo dos honorários advocatícios’ (que era objeto da referida preliminar), o que possibilitaria a interposição de recurso de revista apenas quanto à dita matéria, não tornando, de forma alguma, insubsistente a decisão recorrida no que tange aos temas ‘comissões’ e ‘prêmios.’

4. Sendo assim, definitivamente este não é o caso da exceção do item II da referida Súmula n. 100 do TST.”

Estão pendentes de julgamento Embargos de Declaração opostos pelo Consulente.

Portanto, com base na Súmula 100 do TST, de acordo com o TRT da 3ª Região, o trânsito em julgado ensejador da pretensão rescisória ter-se-ia, no caso, aperfeiçoado em momentos diversos (por capítulos), devendo-se contar de cada um deles o biênio para o ajuizamento da respectiva Ação Rescisória. Mais precisamente, o trânsito em julgado, para o B, teria ocorrido ao final do prazo que tinha para interposição do Recurso de Revista (que não interpôs) e não da decisão que homologou a desistência da Reclamante, em relação ao Recurso de Revista interposto por ela.

A se seguir o entendimento do TRT da 3ª Região, a conclusão seria diferente se, ainda que a sentença/acórdão contivesse capítulos (por terem sido vários os pedidos formulados na ação originária) e não tivesse havido recurso em relação a todos eles (como, de fato, não houve), a parte, que veio a propor a ação rescisória, tivesse recorrido relativamente à questão preliminar ou prejudicial às demais, situação essa que o Tribunal entendeu não ser a dos autos.

No caso, conforme o TRT da 3ª Região, o Consulente não teria interposto Recurso de Revista de capítulo algum da condenação, razão pela qual, para si, o acórdão condenatório teria transitado em julgado antes, inclusive quanto ao pagamento de honorários advocatícios obrigacionais, capítulo em relação ao qual foi interposto Recurso de Revista pela Reclamante que, depois, desistiu do seu julgamento. Ou seja, **nem** o fato de a **Reclamante** ter **levado adiante** a discussão sobre a base de cálculo dos **honorários obrigacionais teria tido o condão de protrair, para o Reclamado, o trânsito em julgado, ao menos, quanto a esse capítulo da condenação.**

O Consulente, por sua vez, sustenta que se estaria em face de situação encartável na última parte do item 2, do enunciado da Súmula 100 do TST. Isso porque a Reclamante, no seu Recurso de Revista, teria alegado negativa de prestação de tutela jurisdicional que, se acatada, teria o condão de devolver ao Tribunal local a possibilidade de se pronunciar sobre qualquer eventual nulidade do processo ou outra questão de ordem pública, passível de atingir todos os capítulos do acórdão e tornar insubsistente a integralidade da condenação. Por essa razão, não se poderia exigir dele que tivesse ajuizado Ação Rescisória antes do último pronunciamento nos autos.

É sobre a questão do **prazo** para a propositura desta **ação rescisória**, bem como sobre a configuração de erro de fato quanto à parte da condenação, que trata este Parecer.

IV. Sobre o termo inicial para propositura da Ação Rescisória

A) – *O conflito de entendimentos entre os Tribunais Superiores. A orientação do STJ*

De acordo com o art. 836, *caput*, da CLT, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.495/2007, “*É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória, que será admitida na forma do disposto no Capítulo IV do Título IX da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, sujeita ao depósito prévio de 20% (vinte por cento) do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor.*” (gn)

Vê-se que é a própria CLT que, em relação às ações rescisórias intentadas na esfera trabalhista, remete o intérprete aos dispositivos do CPC, tendo-os como aplicáveis, contendo ressalva apenas em relação ao depósito prévio, que deve ser de 20% do valor da causa, e não 5%, conforme previsto no art. 488, II, do CPC/73 (art. 968, II, CPC/2015). Trata-se, no caso, de aplicação supletiva das regras de processo civil, em razão da **omissão** da CLT a respeito do instituto, o que se faz com base não só no art. 836, mas também do art. 769 daquele diploma legal.

A aplicação supletiva justamente se destina a suprir algo que não existe em uma determinada legislação. Na aplicação subsidiária, por sua vez, o CPC serve de elemento que contribui para uma nova leitura da norma processual trabalhista, extraindo dela um outro sentido¹⁻².

-
1. Teresa Arruda Alvim Wambier; Maria Lúcia Lins Conceição; Leonardo Ferres da Silva Ribeiro; Rogerio Licastro Torres de Mello. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 84.
 2. Segundo Sérgio Pinto Martins “muitos conceitos como de ação, autor, réu, exceção, reconvenção, recurso, são trazidos do âmbito do Direito Processual e empregados no processo do trabalho, com suas devidas adaptações. Utiliza-se, assim, da teoria geral do processo no processo do trabalho. Na omissão da CLT, aplica-se o direito processual comum, o CPC (art. 769 da CLT),

Essa interação entre a lei processual civil e as leis processuais trabalhistas, seja de que forma for (até porque, na prática, é bastante comum utilizar-se, em ambos os sentidos, uma expressão pela outra), é, inclusive, incentivada pelo CPC/2015, que, no seu art. 15, dispõe que, *“Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”*

Assim, como adverte Carlos Henrique Bezerra Leite, *“Todos os requisitos exigidos pelos arts. 966 a 975 do NCPC (CPC/73, arts. 485 a 495) para a admissibilidade e processamento da ação rescisória também são aplicáveis ao processo do trabalho. A única exceção, como se infere do art. 836 da CLT, fica por conta da dispensa do depósito prévio ao autor que comprovar sua miserabilidade jurídica ou se tratar de massa falida, nos termos do art. 6º da IN TST n. 31/2007”*³

É sabido que o prazo para propositura da ação rescisória tem natureza decadencial e que, tanto à luz do CPC/73 (art. 495), quanto do CPC/2015 (art. 975), é de 2 (dois anos).

Discussão sempre houve, contudo, em relação ao termo inicial da sua contagem, até que foi editada pelo STJ, em 07.10.2009, a **Súmula 401**, segundo a qual *“O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.”*

Era intenso o debate na doutrina⁴ e jurisprudência⁵ quanto a se o trânsito em julgado necessariamente deveria ser uno, ou se

a lei de mandado de segurança, a Lei 7.347/85 (ação cível pública). Na execução trabalhista, na omissão da CLT aplica-se a lei de execução fiscal e, omissa esta, o CPC (art. 889 da CLT)”. *Direito Processual do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 27. No mesmo sentido: Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2014, p. 512). O tema já foi tratado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, AgRg no AgRg no REsp 764.703/RS, 4.ªT., j. 11.09.2012, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 26.09.2012) e pelo Tribunal Superior do Trabalho (AIRR 426-90.2012.5.15.0117, RR 1311-98.2012.5.06.0103).

3. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1698.
4. Cândido Rangel Dinamarco. *Capítulos de sentença*. 5ªed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 30; Eduardo Talamini. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 192; Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. *O Dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 204 e ss.

poderia ocorrer em capítulos⁵⁶, como nos casos, por exemplo, de cumulação de pedidos, a depender da resolução parcial de mérito e da formação progressiva da coisa julgada material.

No âmbito do STJ – tribunal de sobreposição, cuja função constitucionalmente atribuída é a de fixar a **correta interpretação** à legislação infraconstitucional federal, aí incluídas as regras concernentes ao processo civil –, a orientação consolidou-se no sentido de que *“1. O termo inicial para o ajuizamento da ação rescisória é a data do trânsito em julgado da última decisão da causa, independentemente de o recurso ter sido interposto por apenas uma das partes ou a questão a ser rescindida não ter sido devolvida ao Tribunal. 2. O trânsito em julgado material somente ocorre quando esgotada a possibilidade de interposição de qualquer recurso. 3. Afasta-se tese em contrário, no sentido de que os capítulos da sentença podem transitar em julgado em momentos diversos. (...)”*⁷

O entendimento firmado, portanto, foi no sentido de que o trânsito em julgado, desencadeador do termo *a quo* do prazo decadencial, ocorreria uma só vez e em momento único para ambas as partes, quando, no processo, não fosse mais cabível qualquer recurso⁸.

Mais do que propriamente decorrente do rigor técnico, tal posicionamento buscou estabelecer um **critério objetivo** para fixação do prazo, a partir de **razões pragmáticas**, lastreando-se, segundo

5. STJ, EREsp 404.777/DF, Corte Especial, j. 03.12.2003, relator para acórdão Francisco Peçanha Martins, *DJ* 11.04.2005; AgRg na AR 3.799/RN, Terceira Seção, j. 27.08.2008, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 19.09.2008; AgRg no Ag 980.985/RJ, 5.ªT., j. 21.08.2008, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 15.09.2008; EREsp 441.252/CE, Corte Especial, j. 29.06.2005, rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* 18.12.2006.

6. Os capítulos são partes das sentenças ou decisões, estruturalmente autônomas, *interna corporis*, com fundamento e *decisum* próprios. Podem corresponder: às preliminares, prejudiciais e mérito; a diferentes pedidos (quando há cumulação de pedidos); ou à parte do mesmo pedido, quando há cindibilidade. Podem ser interligados e interdependentes, ou autônomos entre si.

7. STJ, REsp 415.586/DF, 2.ªT., j. 12.11.2002, rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 09.12.2002.

8. STJ, AR 3.378/SP, Primeira Seção, j. 13.08.2008, rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 08.09.2008.

Sálvio Figueiredo, **na lógica do razoável**, que impõe que, perante a vacilação jurisprudencial, escolha-se a exegese mais liberal, que melhor atenda aos **princípios da efetividade, instrumentalidade e boa-fé**⁹.

O STJ, para justificar seu entendimento, em verdade, recorreu a uma *ficção*, de que a coisa julgada só se formaria ao final do processo, sendo una e indivisível ainda que o pronunciamento de mérito contivesse vários capítulos. Mas não precisava tê-lo feito, bastando que, tendo o pragmatismo como princípio justificador, afirmasse que, mesmo nos casos em que se opera a coisa julgada progressiva, o trânsito em julgado, **para fins do cômputo do prazo da ação rescisória**, deveria ser contado da última decisão proferida no processo.

Outros fundamentos, ainda, legitimam a solução adotada.

Conforme já tivemos oportunidade de afirmar, não se pode perder de vista que o processo foi concebido para dar direitos a quem os tem: não para inventar direitos e atribuí-los a quem não os tenha, ou para subtrair direitos de seus titulares. Não deve haver, pensamos, um fosso entre a realidade criada como resultado do processo e a realidade disciplinada pelo direito material. Ambos os planos devem caminhar de modo absolutamente rente¹⁰.

Toda a atividade do Poder Judiciário deve obedecer a regras que levam à aproximação desses dois planos, sob pena de se ter que admitir que o processo pode atribuir direitos a quem não os tenha anteriormente, ou tirar direitos de quem os tinha. A ação rescisória é uma das medidas de que a parte pode lançar mão para **atenuar eventual descompasso entre os planos da realidade criada como resultado do processo e aquela decorrente do direito material**, e mais o será quanto mais elástica for a interpretação que se der ao art. 495 do CPC/73 (975 do CPC/2015).

9. STJ, REsp 35.518/SP, 4.ª T., j. 13.12.1993, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 21.03.1994.

10. Fungibilidade de “meios”: uma outra dimensão do princípio da fungibilidade. In: Nelson Nery Jr; Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1091.

Além disso, é instituto por meio do qual se podem fazer valer as orientações fixadas pelos Tribunais Superiores, assegurando a **uniformidade e coerência** do sistema jurídico, além da **isonomia**. No presente caso, por exemplo, uma das ilegalidades apontadas diz respeito à condenação ao pagamento de honorários advocatícios obrigacionais, ao arrepio dos arts. 1.º, 14, § 1º, e 16, da Lei 5.584/70, **tal como interpretados pelo próprio TST**¹¹ e retratados no enunciado de sua Súmula 219. Situação como essa é **nociva** não só à parte, mas à **ordem jurídica como um todo**, e deve ser repelida, pois desprestigia a função uniformizadora dos Tribunais de cúpula.

Todos esses são valores absolutamente **compatíveis** com a Justiça do Trabalho.

Não se desconhece que o STF, no RE 666.589/DF, julgado em 25.03.2014¹², e em algumas outras oportunidades, posicionou-se em sentido diverso daquele encampado pelo STJ, quanto ao termo inicial do prazo para propositura da ação rescisória.

Ocorre, porém, que, por **determinação constitucional** (art. 105, da Constituição Federal), cabe ao STJ a função de fixar o exato sentido dos dispositivos legais que disciplinam a Ação Rescisória e que, a teor do art. 836 da CLT, devem orientar a utilização desse instituto também no âmbito da Justiça do Trabalho. Outrossim, não

11. “É firme a jurisprudência deste Tribunal Superior quanto à impossibilidade do reconhecimento de perdas e danos pela contratação de advogado particular para atuar na Justiça do Trabalho, em razão da não aplicação dos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil às ações trabalhistas, em que os honorários advocatícios são cabíveis apenas nas hipóteses previstas na Súmula nº 219 do TST” (TST, RR 209100-88.2009.5.03.0060, 1.ª T., j.27.09.2017, rel. Min Walmir Oliveira da Costa, *DJe* 29.09.2017). No mesmo sentido: “Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato (nova redação da Súmula nº 219, item I, do TST, que incorporou a Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1). Logo, não estando satisfeitos esses dois requisitos, não há como manter a condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Recurso de Revista conhecido por contrariedade à Súmula 219, I, do TST e provido”. (TST, RR 646-89.2012.5.07.0027, 3.ª T., j. 22.08.2017, rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, *DJe* 25.08.2017).

12. STF, RE 666.589/DF, 1.ª T., j. 25.03.2014, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 02.06.2014.

é demais destacar que (i) o STF ainda não enfrentou a questão, sob o regime da repercussão geral e (ii) a bem da verdade, a controvérsia referente ao prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória qualifica-se como tema de caráter eminentemente **infraconstitucional**, não autorizando a utilização do recurso extraordinário.

É oportuna, aqui, menção ao princípio da universalidade do direito. O direito federal é um só, carecendo de sentido, portanto, que haja um pronunciamento, por exemplo, dos Juizados Especiais a respeito do sentido de certa norma; outro, da Justiça do Trabalho, a respeito da mesma norma; outro, ainda, da Justiça Estadual e outro, diferente, da Justiça Federal.

Ora, se a norma infraconstitucional é **uma só** e se a **função do STJ**, constitucionalmente atribuída, é a de dizer a última palavra sobre a lei federal, no caso aquela que disciplina o processo civil, é esta, e não outra, a **posição que deve prevalecer**.

Por isso, não temos dúvida em afirmar que a Ação Rescisória intentada pelo Consulente é tempestiva, na medida em que foi proposta dentro do prazo de 2 (dois) anos, contados da última decisão proferida no processo originário. Com efeito, não se pode punir o Consulente por ter **confiado** na jurisprudência do STJ, expondo-o a uma verdadeira armadilha processual.

Orientação em outro sentido, ainda, acaba por gerar extrema **insegurança jurídica**. Não só porque é diversa daquela do STJ, mas porque são tantas as questões que podem surgir para se identificar se teria havido, ou não, o trânsito em julgado parcial, que a análise da tempestividade da ação rescisória passa a se revestir de **subjetividade indesejável** para a fixação de prazos processuais¹³. Qual a intensidade da relação de prejudicialidade que autoriza estender-se, ao capítulo irrecorrido, a devolução operada por força do recurso, que impugnou outro capítulo da decisão? O reconhecimento de ofício de um vício de representação, pelo Tribunal, no julgamento de um recurso parcial, alcança também o outro capítulo não impugnado? E o reconhecimento da falta de citação operaria o mesmo efeito? O recurso de um dos litisconsortes facultativos tem o condão de adiar a coisa julgada para os demais?

13. Conforme Rodrigo Barioni. In: Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 3ª ed. Coord: Teresa Arruda Alvim Wambier et all. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2419-2420.

O que fez o STJ foi, em verdade, conferir **objetividade** ao termo *a quo* da contagem do prazo, fixando-o a partir do trânsito em julgado da última decisão, para todos os capítulos da decisão e para ambas as partes.

Ainda que tenha partido de premissa equivocada – impossibilidade de se operar o trânsito em julgado parcial – a conclusão a que chegou é absolutamente válida à luz da ordem jurídica então vigente, e, também, daquela introduzida pelo CPC/2015.

Entendemos que, no caso sob exame, não se operou a decadência do direito à rescisão do julgado em relação a qualquer dos capítulos objeto da Ação Rescisória. Contudo, isso se mostra ainda mais evidente no que se refere à condenação em honorários advocatícios obrigacionais, verba em torno da qual **continuou** havendo discussão até a decisão que homologou a desistência do Recurso de Revista da Reclamante, circunstância capaz de protrair o trânsito em julgado desse capítulo.

De acordo com o TRT da 3ª Região, a impugnação da base de cálculo da parcela – que foi objeto do Recurso de Revista da então Reclamante – não se *imiscuiria no mérito da pretensão*, ou seja, na condenação propriamente dita, razão pela qual também esse capítulo teria transitado em julgado em momento anterior.

Esse entendimento, no entanto, não deve prevalecer porque a base de cálculo dos honorários é aspecto intrinsecamente ligado ao próprio **bem da vida** pretendido pela Autora, relacionado ao dimensionamento do objeto da prestação, que, no caso, é o valor a ser pago a título de honorários advocatícios obrigacionais.

B) – Todo o recurso tem, em tese, aptidão para reverter o resultado do julgamento

A primeira parte da Súmula 100 do TST reproduz a regra do CPC, no sentido de que o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. Diz respeito à hipótese em que não é interposto recurso da decisão de mérito proferida na ação originária, ou o recurso contém a impugnação de toda a decisão, não havendo capítulos irrecorridos.

A segunda parte, por sua vez, volta-se às hipóteses em que há impugnação parcial da decisão de mérito, quando o recurso se refere a um, ou alguns dos seus capítulos, deixando de impugnar o outro

ou os outros. Tem em vista poupar à parte manejar ação rescisória contra decisão que pode mudar. Por isso diz que o prazo para ação rescisória fica com o início atrelado ao julgamento do recurso (última decisão) quando este veicula pedido de apreciação de preliminar ou prejudicial.

No entanto, todo o recurso – não importa por quem seja interposto – carrega com si, potencialmente, o risco de reverter o resultado do processo, pois **preliminares** são **matéria de ordem pública** e podem (devem) ser conhecidas **de ofício**. Só essa interpretação da Súmula preserva sua razão de ser.

O reconhecimento, de ofício, de questões de ordem pública pode levar à modificação do resultado do recurso inclusive em desfavor da própria parte que recorreu, não implicando *reformatio in pejus*.

Esse exame das questões de ordem pública, de acordo com Nelson Nery, “*ocorre em nome do princípio inquisitório e nada tem a ver com o efeito devolutivo do recurso, que é decorrência do princípio dispositivo. Assim, não haverá reforma para pior proibida se o tribunal, a despeito de só haver um recurso interposto, decidir contra o recorrente em razão do exame de uma dessas matérias de ordem pública*”¹⁴⁻¹⁵

Portanto, é legítima a conduta da parte que ajuíza a ação rescisória somente após proferida decisão no recurso interposto pelo outro litigante. Não se pode descartar, *a priori*, a possibilidade de vir o Tribunal a conhecer, de ofício, de matéria de ordem pública, que poderá reverter o resultado em relação ao capítulo objeto da

14. Teoria Geral dos Recursos. 7.^aed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 460-462.

15. Esse também é o posicionamento da jurisprudência: “A alegação de julgamento *extra petita* é matéria de ordem pública, passível de conhecimento a qualquer tempo nas instâncias ordinárias, não sujeita, portanto, à preclusão ante a não alegação na primeira oportunidade de manifestação nos autos. Consequentemente, inexistente ofensa ao princípio da vedação a *reformatio in pejus*”. (STJ, AgRg no AREsp 261.990/RS, 2.^a T., j. 24.03.2015, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 31.03.2015); “O julgamento fundado em matéria de ordem pública não se submete à preclusão e não constitui ofensa ao princípio da vedação à *reformatio in pejus*. Súmula n. 83/STJ”. (STJ, AgRg no AREsp 440.138/SP, 3.^a T., j. 25.11.2014, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 12.12.2014).

impugnação e, a depender da natureza e gravidade da questão pronunciada *ex officio* pelo julgador, até mesmo dos demais capítulos irrecorridos.

C) - *A certidão de trânsito em julgado e a boa-fé*

A quarta parte da Súmula 100 do TST dispõe que “O juízo rescindente não está adstrito à certidão de trânsito em julgado junta com a ação rescisória, podendo formar sua convicção através de outros elementos dos autos quanto à antecipação ou postergação do ‘dies a quo’ do prazo decadencial”.

O enunciado, porém, deve ser interpretado à luz do princípio da boa-fé.

Há nos autos certidão atestando o trânsito em julgado em 03.04.2014.

Assim, ainda que se possa entender que haveria outra forma de contar o prazo da ação rescisória, que poderia levar a que fosse considerada intempestiva a ação proposta pelo Consulente, deve ser tida como correta a contagem do prazo a partir da data que constou na certidão.

A **confiabilidade** das informações veiculadas pelo Judiciário e seus órgãos de apoio justificam a compreensão de que a data corresponde ao momento de trânsito em julgado e seria atentatório ao **princípio da isonomia** dar o mesmo tratamento a uma ação pura e simplesmente intempestiva, e a uma ação proposta tendo como base uma interpretação possível de uma certidão fornecida pelo próprio Judiciário.

A boa fé é tema que tem sido tratado “por uma linguagem grandiloquente e vazia de conteúdo”.¹⁶ De fato, os autores se repetem, usando expressões vagas que, em tese, significam pouco ou quase nada.

Trata-se de conceito que “não comporta uma interpretação/aplicação clássica”. A interpretação tradicional desse conceito “a nada conduz”. É entendida como sendo “do domínio do Direito Jurisprudencial”. Seu conteúdo não deriva da lei, mas da sua aplicação pelo juiz.¹⁷

16. Menezes Cordeiro. *Da boa fé no direito civil*. § 1.º, 4, introdução, p. 41.

17. Ainda, Menezes Cordeiro, § 1.º, 4, II, p. 43.

Isso significa que o conceito é vivificado por condutas a que o juiz qualifica como de boa-fé ou de má-fé. É conceito que escapa à lei, pois é resistente à delimitação conceitual.

No caso sob análise, todavia, tem-se exemplo típico de hipótese em que é evidente a boa-fé do autor da Ação Rescisória, que agiu na plena *convicção* de poder fiar-se na jurisprudência consolidada do STJ e em dado veiculado por certidão emitida pelo próprio Poder Judiciário.

A certidão atesta o trânsito em julgado em 03.04.2014. A ação rescisória foi protocolada em 30.10.2015. Ou seja, não se trata de uma ação rescisória que possa ser, pura e simplesmente, tida como intempestiva. Trata-se, isto sim, de uma rescisória proposta dentro do prazo que começou a contar da certidão referida, porque a parte estava plenamente convencida da sua confiabilidade.

O conceito de boa-fé, diz Menezes Cordeiro, é “temperado pelo corrigir desvios, sempre possíveis, capacidades dogmáticas reais, e permite atingir um dos níveis mais delicados da cultura jurídica actual: o da correção das leis injustas ou inconvenientes.”¹⁸ E o Autor acrescenta: aplicadas aos *casos concretos*.

É uma função análoga à da teoria da imprevisão, que **afasta** a **regra geral** do *pacta sunt servanda*, para corrigir um desvio, um certo caso.

O mesmo papel tem a teoria da despersonalização, que **impede** a aplicação da **regra geral** de separação total de patrimônios pessoa jurídica / pessoa física.

A mesma função é desempenhada pela noção de abuso do direito.

Essas figuras têm, à evidência, a função de corrigir desvios, que acontecem *em casos excepcionais*, autorizando o afastamento da regra jurídica injusta ou inconveniente, *para o caso*.

A boa-fé, pela sua “vocaçãõ expansiva”, pode ser “chamada a intervir em qualquer caso”.¹⁹ Aplica-se, o conceito, a qualquer ramo do direito.

O núcleo conceitual da *boa-fé subjetiva* é um estado de ignorância desculpável, que não prescindiu do cumprimento de deveres

18. § 1.º, V, p. 47.

19. Menezes Direito, *ob. cit.*, p. 48.

de cuidado, e que gerou, no agente, a firme *convicção* de que sua conduta foi a desejada pelo ordenamento.

Esta faceta de boa-fé está presente no caso sob análise, em virtude da confiabilidade gerada pela jurisprudência do STJ e pelos dados constantes de veículos oficiais de informação.

A *boa-fé objetiva*, a seu turno, tem como núcleo conceitual a *conduta* objetivamente observável, que gera a presunção da *convicção* do agente. É regra de comportamento.

No caso dos autos, a conduta de boa-fé, no sentido objetivo, é evidente: o autor propôs a rescisória exatamente dentro do prazo sugerido pela certidão que fez nascer, para si, a *convicção* de *estar agindo conforme o direito*.

Nesse sentido é o acórdão da 2ª Turma do STJ, no REsp nº 956.978/SC, julgado em 06.12.2012, da relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, assim ementado, que, pela sua total pertinência ao caso, pede-se vênua para transcrever:

“1. O Tribunal de origem afirmou expressamente que foi certificado nos autos originários que o trânsito em julgado ocorreu em 16.11.2001. No entanto, entendeu haver equívoco em tal certidão, tendo em vista que a última decisão foi proferida em sede de agravo de instrumento apresentado contra decisão que inadmitiu recurso especial, sendo que a referida decisão não conheceu o recurso. Considerando que tal decisão foi publicada em 17 de outubro de 2001, entendeu que o trânsito em julgado ocorreu após escoado o prazo para interposição de agravo regimental, ou seja, em 29 de outubro de 2001. Nesse contexto, reconheceu a decadência, pois a ação rescisória foi ajuizada em 14 de novembro de 2003.

2. Contudo, a orientação prevalente nesta Corte é no sentido de que a parte que agiu de boa-fé não pode ser responsabilizada por inequívoca falha do cartório. Nesse sentido: REsp 869.967/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 17.10.2006; REsp 892.370/SP, 3ª Turma, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 8.10.2007.

3. Recurso Especial provido.” (g.n.)

Decisão no mesmo sentido, igualmente da relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, foi proferida no AgRg na AR 004948.²⁰

20. STJ, AgRg na AR 004948/PR, decisão monocrática, j. 04.06.2013, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 11.06.2013.

O Tribunal Superior do Trabalho também entende que a parte não pode vir a ser prejudicada por confiar em informação disponibilizada pelo juízo:

“CUSTAS. VALOR FIXADO NA SENTENÇA. O processo é regido pelo princípio da boa-fé das partes e, conforme se verifica, em tendo a parte demonstrado o recolhimento das custas no valor que fora determinado pelo Juízo e no prazo certo, não há como negar que o ato tenha atingido sua finalidade.”²¹

É, realmente, difícil imaginar que sentido faria haver informações “oficiais”, prestadas pelos Tribunais e seus órgãos de apoio, se estas não fossem confiáveis, ou seja, se apesar delas, as partes tivessem que pesquisar para saber “o que realmente teria acontecido”. A razão de ser desse tipo de informação, dada por certidões, via *site*, pela internet é agilizar. Daí a necessidade de que sejam confiáveis. Daí a impossibilidade de se penalizar a parte que confiou nelas.

Por isso é que deve ser repelida decadência do direito do autor à rescisão do acórdão rescindendo, dando-se prosseguimento à ação rescisória.

O princípio da isonomia também leva a essa mesma conclusão: de que a alegação de decadência não se sustenta.

Já tivemos a oportunidade de nos manifestar no sentido de que o princípio da isonomia é aquele segundo o qual a lei deve atingir a todos, e, quando isso não ocorrer, a discriminação não pode ser feita arbitrariamente, sendo vantajosa ou desvantajosa para os atingidos. Deve haver, portanto, possibilidade de se justificar racionalmente o porquê da discriminação.²²

Em outras palavras, aquilo que, por critérios legítimos, não pode ser considerado igual, deve receber tratamento desigual.

A questão está na identificação, em cada caso, de que critérios seriam esses.

21. TST, Embargos de Declaração em Recurso de Revista 28500-81.2004.5.09.0092, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, j. 14.04.2011, rel. Min. João Batista Brito Pereira, *DJe* 29.04.2011.

22. Em coautoria com Bruno Dantas: Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 43.

De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello, “*O ponto nodular para exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele*”.²³

Nos termos do art. 495 do CPC/73 (art. 975 do CPC/15), o prazo decadencial para propor a ação rescisória é de 2 anos, contados do trânsito em julgado da decisão. Essa é a regra que, se não observada, deveria levar à extinção da ação com julgamento de mérito, nos termos do art. 269 do CPC/73, a que corresponde o art. 487 do CPC/2015.

Há, porém, que se fazer a distinção entre a situação da parte que formula seu pedido de modo intempestivo porque simplesmente deixou de observar o que a lei determina, e daquela que ajuizou a ação rescisória, levando em conta, para o cômputo do prazo, o entendimento consolidado do STJ e interpretação possível de certidão fornecida pelo próprio Judiciário e/ou informação disponibilizada pelo site do Tribunal.

São conjunturas diferentes que não se podem submeter a tratamento idêntico, sob pena de ferir a igualdade.

Este último terá agido de forma desculpável, pois é plenamente justificável que se tenha conduzido de acordo com a orientação fixada pelo Tribunal de cúpula responsável pela interpretação das regras do CPC, e com as informações processuais contidas na certidão e veiculadas na página eletrônica do tribunal, vez que contam com *presunção de confiabilidade*. É, aí, justamente, que se encontra o elemento diferencial que, à luz do princípio da isonomia, justifica racionalmente o tratamento jurídico distinto, no que se refere à análise da tempestividade da presente ação rescisória: na confiabilidade gerada pelos dados constantes dos veículos oficiais de informação.

V. Ainda sobre o termo inicial para propositura da Ação Rescisória

O CPC atual, no seu art. 975, expressamente adere à orientação fixada pelo STJ à luz do sistema anterior, dispondo que “*O direito à*

23. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 8ª tir., p. 37-39.

rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”

Também contém regra expressa quanto à possibilidade de, no curso do processo, serem proferidas decisões parciais de mérito (art. 356, CPC/2015).

Visando a compatibilizar ambas as regras, temos sustentado que em dois anos ocorre o **termo final** da ação rescisória.

O termo final, para ajuizamento da ação rescisória, é o último dia do segundo ano contado a partir da última decisão que transitou em julgado. Quanto ao **termo inicial**, será variável, em função da decisão que se pretenda rescindir. Isto significa que só a última decisão transitada em julgado terá 2 anos para ser rescindida. As outras, terão mais do que isso.

A nosso ver, trata-se de excelente e criativa solução: a rescisória **pode** ser movida desde logo. Mas o prazo, que de rigor nem mesmo correrá, não se esgota, se o autor da eventual rescisória preferir esperar que haja trânsito em julgado de todas as decisões. Com isso, resolve-se o problema que nasce do fato de haver, no mesmo processo, decisões que resolvem pretensões do autor em momentos diversos e não transitam em julgado ao mesmo tempo. Isso ocorre também no caso de as pretensões serem resolvidas ao mesmo tempo, mas o recurso interposto dizer respeito só a uma delas, passando a operar a coisa julgada sobre as demais, de que não se recorreu²⁴.

Nesse mesmo sentido, entre outros, posicionam-se Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero²⁵, Daniel Amorim Assumpção Neves²⁶, Rodrigo Barioni²⁷, e Nelson Nery Junior e Georges Abboud²⁸.

24. Teresa Arruda Alvim Wambier; Maria Lúcia Lins Conceição; Leonardo Ferres da Silva Ribeiro; Rogerio Licastro Torres de Mello. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1549.

25. Comentários no Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 481.

26. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1591-1593.

27. Rodrigo Barioni. In: Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 3ª ed. Coord: Teresa Arruda Alvim Wambier *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2419-2420.

Também Cassio Scarpinella Bueno defende que *“Embora preservado o prazo bienal, chama a atenção o texto empregado pelo CPC de 2015 no caput do art. 975. Nele, lê-se que o direito à rescisão se extingue em dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. Regula-se, destarte, o prazo máximo para a rescisória; nada sendo dito acerca do início do prazo. É irrecusável, destarte, que, naqueles casos em que haja julgamento parcial de mérito (art. 356), nada há que impeça ao interessado ajuizar a rescisória tão logo a decisão transite materialmente em julgado (art. 356, parágrafo 3º), não tendo razão para aguardar o encerramento do processo e o trânsito em julgado da sentença. O que não pode ocorrer em tais casos é a superação dos dois anos após o trânsito em julgado desta última decisão.”*²⁹

Essa é uma solução de consenso, pois prestigia o rigor técnico (reconhecendo a possibilidade de se operar a coisa julgada parcial) sem mutilar o direito da parte de buscar a rescisão do julgado, além de se mostrar perfeitamente compatível, não só com o novo CPC (que contém previsão expressa acerca da possibilidade do trânsito em julgado parcial), mas também com o CPC/73 (que não continha tal previsão, embora já à sua época parte da doutrina e jurisprudência entendessem que o trânsito em julgado parcial era possível), e, mesmo, a Súmula 100 do TST (que, em sua segunda parte, encampa expressamente essa possibilidade).

Dessa forma, também sob esse viés, a Ação Rescisória intentada pelo Consulente é tempestiva, devendo ser regularmente processada e julgada no mérito propriamente dito.

VI. Da configuração do erro de fato

Um dos fundamentos da Ação Rescisória, a que se refere este parecer, é a existência de erro de fato (art. 485, IX, do CPC/73, que corresponde ao art. 966, VIII do CPC/15), cometido em relação à parte da condenação que impôs o pagamento de diferenças de comissão e prêmios.

28. Pontes de Miranda. Tratado da ação rescisória: das sentenças e de outras decisões. Atualizado por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 451.

29. Manual de Direito Processual Civil. SP: Saraiva, 3ª edição, 2017, p. 669.

A Reclamante pediu, na ação originária, o pagamento de diferenças de comissões relativas ao seguro “P”, ao seguro “V”, ao seguro de veículo, a financiamento de veículos e prêmios.

Da análise das cópias dos autos que nos foram fornecidas pelo Consulente, verifica-se que foi intimado, na fase de instrução da ação originária (quando estava em curso perícia), para apresentar o relatório de vendas desses produtos, realizadas pela Sra. A, bem como para prestar algumas informações.

No prazo determinado, apresentou, às fls. 571, a **planilha** de premiação do produto P. Por meio da petição de fls. 623/628, esclareceu, ainda, que a Reclamante **nunca vendeu** o produto V, nem seguro de veículos, salvo o P que já era “embutido” na venda do financiamento do veículo.

Seguiu-se a sentença que, nesse aspecto, assim decidiu: “Os despachos de fls. 491; 573 e 621 determinaram que a ré juntasse aos autos referidos documentos, o que não foi cumprido. Ressalta-se que a prova testemunhal revelou que os relatórios de venda eram documentos elaboradas pelos empregados que laboravam na função de contato de vendas, inclusive a autora, portanto referidos documentos deveriam estar de posse da empresa, que não apresentou motivo convincente para **não juntá-lo** aos autos. Assim sendo, aplica-se à ré a penalidade inserida no artigo 359 do CPC, e condena-se a ré a pagar ao autor as diferenças de comissões (financiamento de veículos; P; V e seguro de veículos) e prêmios, conforme cálculos a serem retificados pelo senhor perito nomeado, em fase de liquidação de sentença, observando-se os valores descritos na inicial”. (gn)

O TRT da 3ª Região, em Recurso Ordinário, adotou o mesmo entendimento, nos seguintes termos: “Nenhum reparo merece a r. decisão hostilizada. Foi produzida prova pericial nos autos, consoante laudo de fl. 581 e seguintes, a qual demonstrou a diferença de comissões e prêmios favor da reclamante, ainda que observada a tese defensiva. À reclamada ainda foi aplicada a penalidade prevista no art. 359 do CPC, uma vez que, embora tenha sido intimada para que apresentasse aos autos os documentos necessários à apuração dos valores devidos à autora, **permaneceu silente**, não apresentando motivo convincente para não colacioná-los aos autos. Assim, mostra-se escorregia a r. decisão de primeiro grau que, acolhendo a tese obreira, deferiu as diferenças de comissões e prêmios, determinando que, para fins de cálculos, fossem observados os **valores descritos na peça vestibular**. Desprovejo”. (gn)

O que alega o Consulente, na Ação Rescisória, é que o Tribunal – e o juízo de 1º grau – **não se deram conta da (i) inexistência de descrição de valores na petição inicial; (ii) da juntada aos autos de documento referente à parte dos produtos; e da (iii) existência de manifestação da parte**, às fls. 571 e 623/628, incorrendo o Colegiado em **erro de percepção** ao afirmar que teria o demandado permanecido silente.

Todos esses seriam fatos relevantes para solução da lide, apuráveis do simples exame dos autos, sobre os quais a outra parte não teria gerado controvérsia, nem teria havido manifestação judicial. Daí porque, segundo o Consulente, estaria configurado erro de fato ensejador da rescisão do julgado.

Há erro de fato, *“quando o órgão julgador imagina ou supõe que um fato existiu, sem nunca ter ocorrido, ou quando simplesmente ignora fato existente, não se pronunciando sobre ele.”*³⁰

O erro de fato, com base no inciso IX do art. 485 do CPC/73³¹, conforme já tivemos oportunidade de sustentar, consiste em circunstância perceptível pelo mero exame dos próprios autos, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento judicial daquele teor, e sobre que não tenha havido controvérsia, ou pronunciamento judicial. Pela locução “não tenha havido controvérsia, ou pronunciamento judicial”, há de se entender fatos provados, sobre os quais nenhuma das partes se tenha manifestado, nem tenha havido apreciação pelo juiz.³²

Quando se afirma que não pode ter havido apreciação pelo juiz, o que se quer dizer é que, a respeito do fato, não pode o juiz ter realizado qualquer juízo de valor. Não significa que não possa tê-lo mencionado na decisão, mas que sobre o fato não deve ter havido valoração.

30. STJ, AR 3.394/RJ, Relator Min. Humberto Martins, 1ª Seção, j. em 23.06.2010.

31. Embora a redação tenha se alterado, o art. 966, VIII, parágrafo 1º do CPC/2015, mantém, para configuração do erro de fato, os mesmos requisitos.

32. Teresa Arruda Alvim Wambier; Maria Lúcia Lins Conceição; Leonardo Ferres da Silva Ribeiro; Rogerio Licastro Torres de Mello. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1535.

De acordo com Arruda Alvim, seriam seis os requisitos para caracterização do erro de fato, quais sejam: “(a) deve dizer respeito a fato; (b) deve constar nos autos onde foi proferida a decisão rescindenda, não se admitindo produção de prova para demonstrá-lo; (c) deve ser causa determinante da decisão; (d) a decisão deve ter suposto um fato que inexistia ou supor um fato que não ocorreu; (e) sobre esse fato não pode ter havido controvérsia; (f) sobre esse fato não pode ter havido pronunciamento judicial”.³³

E, realmente, é o que se passa no caso sob análise.

Nas decisões (sentença e acórdão), afirmou-se não ter havido juntada de documento, quando houve. Afirmou-se não ter havido manifestação da parte, que teria permanecido silente, quando a parte se manifestou. Em função de se terem desconsiderado esses fatos, impôs-se a sanção do art. 359 do CPC/73 (art. 400 do CPC/15), determinando o cálculo da condenação a partir de relação de valores que se mencionou existente, mas que não existe nos autos.

O documento juntado à fl. 571, a declaração prestada às fls. 623/628 e a inexistência de relação de valores, supostamente anexada à petição inicial, são todos aspectos que transparecem de forma clara dos autos; todos são relevantes para a condenação à verba a que se referem; sobre os mesmos não houve controvérsia, na medida em que a outra parte, nas suas manifestações posteriores, sequer se referiu a eles; não houve apreciação judicial, não tendo os julgadores, em momento algum, sequer feito menção, quanto mais realizado juízo de valor, quanto à planilha relativa ao produto P ou especificamente à petição de fls. 623/628. Quanto à relação de valores, a circunstância foi mencionada, mas não apreciada.

VII. Resposta aos quesitos

1. Qual o termo inicial do prazo decadencial de 2 (dois) anos para o ajuizamento da Ação Rescisória, quando os pedidos formulados na ação originária, de forma cumulada, são julgados em momentos distintos? No caso objeto desta Consulta, em que o Autor propôs a Ação Rescisória no prazo de 2 (dois) anos contados do trânsito em

33. Em coautoria com Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed, 2013, p. 1057.

julgado da última decisão na causa, ter-se-ia operado a decadência do seu direito à desconstituição do julgado?

Para fins da propositura de ação rescisória, nos termos da Súmula 401 do STJ, editada à época em que estava em vigor o CPC/73, conta-se o prazo do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. Ainda que o pronunciamento judicial contenha capítulos, decididos em momentos diferentes, considera-se que o trânsito em julgado é uno, operando-se a coisa julgada num só momento, quando não houver mais recursos no processo.

Uma vez que o art. 836 da CLT estabelece que se devem aplicar, para as ações rescisórias trabalhistas, as regras do CPC que regem o instituto, é esse o entendimento que também deve prevalecer na Justiça do Trabalho, considerando **(i)** que é **função do STJ**, constitucionalmente atribuída, dizer a última palavra sobre a lei federal, no caso, a lei que disciplina o processo civil; **(ii)** que essa é solução que privilegia os princípios do acesso à justiça, instrumentalidade, isonomia, boa-fé, bem como proporciona maior coerência e objetividade ao sistema jurídico com um todo e segurança ao jurisdicionado; **(iii)** que não há incompatibilidade desse posicionamento com os princípios que regem o Direito do Trabalho.

Por isso, ainda que a premissa adotada pelo STJ seja equivocada –impossibilidade de decisões parciais de mérito ao longo do processo e da formação da coisa julgada progressiva –, a conclusão é plenamente válida.

Outrossim, não se pode descartar, *a priori*, a possibilidade de vir o Tribunal a conhecer, de ofício, de matéria de ordem pública, que poderá reverter o resultado em relação ao capítulo objeto da impugnação e, a depender da natureza e gravidade da questão pronunciada *ex officio* pelo julgador, até mesmo dos demais capítulos irrecorridos. Por isso, é legítima a conduta da parte que ajuíza a ação rescisória somente após proferida decisão no recurso interposto pelo outro litigante.

Outro entendimento possível (mas que chega ao mesmo resultado), compatível não só com o CPC/2015, mas com o sistema processual do regime anterior (CPC/73), bem como a Súmula 100 do TST, é ter-se como termo final para o ajuizamento da ação rescisória 2 anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida nos autos. O termo inicial, contudo, será variável, podendo ser computado a partir da coisa julgada que se operar em relação a cada um dos capítulos do pronunciamento judicial.

Por qualquer desses ângulos, a Ação Rescisória proposta pelo Consulente é tempestiva, devendo ser regularmente processada.

Concluimos que, no caso sob exame, não se operou a decadência do direito à rescisão do julgado em relação a qualquer dos capítulos objeto da Ação Rescisória. A tempestividade, contudo, é ainda mais nítida, quanto à condenação em honorários advocatícios obrigacionais, verba em torno da qual **continuou** havendo discussão até a decisão que homologou a desistência do Recurso de Revista da Reclamante, circunstância capaz de protrair o trânsito em julgado desse capítulo. Não importa que, no recurso, houvesse impugnação apenas quanto à base de cálculo dos honorários advocatícios obrigacionais. O que importa é que este aspecto está umbilicalmente ligado à própria prestação (objeto da pretensão) imputada ao demandado.

2. Quais os elementos configuradores do erro de fato? No presente caso, está configurado erro de fato quanto ao capítulo da condenação relacionado às diferenças de comissão e prêmios?

Conforme se viu, de acordo com Arruda Alvim, seriam seis os requisitos para caracterização do erro de fato, quais sejam: “(a) deve dizer respeito a fato; (b) deve constar nos autos onde foi proferida a decisão rescindenda, não se admitindo produção de prova para demonstrá-lo; (c) deve ser causa determinante da decisão; (d) a decisão deve ter suposto um fato que inexistia ou supor um fato que não ocorreu; (e) sobre esse fato não pode ter havido controvérsia; (f) sobre esse fato não pode ter havido pronunciamento judicial”.

Todos eles estão presentes no caso sob análise, na medida em que, nas decisões (sentença e acórdão), afirmou-se não ter havido juntada de documento, quando houve. Afirmou-se não ter havido manifestação da parte, que teria permanecido silente, quando a parte se manifestou. Em função de se terem desconsiderado esses fatos, impôs-se a sanção do art. 359 do CPC/73 (art. 400 do CPC/15), determinando o cálculo da condenação a partir de relação de valores que se mencionou existente, mas que não existe nos autos.

O documento juntado à fl. 571, a declaração prestada às fls. 623/628 e a inexistência de relação de valores, supostamente anexada à petição inicial, são fatos perceptíveis do mero exame dos autos; relevantes para a condenação à verba a que se referem; não houve controvérsia a seu respeito, na medida em que a outra parte, nas suas manifestações posteriores, sequer se referiu aos mesmos;

também não houve apreciação judicial, não tendo os julgadores, em momento algum, sequer feito menção, quanto mais realizado juízo de valor, quanto à planilha relativa ao produto P ou, especificamente, à petição de fls. 623/628. Quanto à relação de valores, a circunstância foi mencionada, mas não houve propriamente decisão a seu respeito.

A situação sob análise configura erro de fato porque envolve desatenção quanto à prova e não o juízo de acerto ou desacerto do julgado em razão da apreciação da prova.

Este é o nosso parecer, *s.m.j.*

Curitiba, 30 de outubro de 2017.

TERESA ARRUDA ALVIM

10

RECURSO ESPECIAL – LIMINAR – PERDA DO OBJETO – SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA; ASTREINTES – MULTA MONITÓRIA – REDUÇÃO – PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS; PRAZO PARA TERCEIRO RECORRER

PARECER

I. Objeto da consulta

Dá-nos a honra da consulta o advogado Fernando Augusto Henriques Fernandes, a quem nos referimos daqui para frente apenas como *consulente*, a respeito de questões versadas nos autos de ***ação ordinária de obrigação de fazer cumulada com indenização n.º 0122165-56.2014.8.19.0001***, da 29ª Vara Cível do Rio de Janeiro, proposta pelo *consulente* em face de HELIBASE Serviços, Comércio e Manutenção Aeronáutica Ltda, ROBINSON Helicopter CO, AUDI S.A. Helicópteros e Aviões e ROLLS ROYCE Brasil LTDA.

No início do processo, foi deferida antecipação de tutela, obrigando os réus a entregar ao autor um helicóptero novo com as mesmas características daquele adquirido por ele, em 2012, sob pena de multa diária. A liminar, a despeito de seu efetivo conhecimento pelos réus, jamais foi cumprida. Em outubro de 2016, foi proferida sentença de procedência parcial da ação, tornando definitiva a obrigação de fazer liminarmente determinada. Por isso, os AREsps n.º 946122, 988721 e 1008517 (manejados por Helibase e Robinson contra os acórdãos que mantiveram a liminar) foram tidos por

prejudicados pelo Min. Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça – STJ. A r. sentença, porém, foi objeto de embargos de declaração, interpostos pelos réus, que estão pendentes de julgamento. Em função da oposição desses embargos, Helibase e Robinson pediram ao relator no STJ que reconsiderasse as decisões de perda de objeto proferidas nos AREsps, bem como concedesse efeito suspensivo aos recursos, de modo a obstar o prosseguimento do cumprimento de sentença que o ora *consulente* recentemente iniciou, na origem. Esse pedido foi admitido pelo Ministro Luis Felipe Salomão, em setembro de 2017. Em suma, atribuiu-se efeito suspensivo aos agravos internos manejados nos AREsps n.º 946122, 988721 e 1008517, para obstar o prosseguimento do cumprimento de sentença provisório da multa acumulada.

Resumidamente, a consulta tem por objeto o exame: (i) da perda de objeto dos recursos manejados em face da liminar, após a prolação da sentença; (ii) da possibilidade (ou não) de redução das *astreintes* na égide do CPC de 1973 e de 2015, bem como os eventuais requisitos para tanto; (iii) dos limites das matérias que podem ser conhecidas, pelo STJ, para verificar a presença de *fumus boni iuris* hábil a atribuição de efeito suspensivo da recurso especial; (iv) do termo *a quo* da incidência das *astreintes* e necessidade (ou não) de intimação pessoal para tanto; (v) do cabimento de denunciação à lide no caso; (vi) da admissibilidade da intervenção de assistente, após a sentença, bem como a respeito de suas faculdades processuais; e (vii) da juntada de documentos após a prolação da sentença.

Para contextualizar as questões objeto deste parecer, necessária uma retrospectiva dos fatos que deram origem à presente consulta.

II. Breve retrospectiva

Em 08/04/2014, o consulente propôs ação de *obrigação de fazer cumulada com indenização n.º 0122165-56.2014.8.19.0001*, em face de HELIBASE Serviços, Comércio e Manutenção Aeronáutica Ltda, ROBINSON Helicopter CO, AUDI S.A. Helicópteros e Aviões e ROLLS ROYCE Brasil LTDA. Na inicial, narra que adquiriu, em 2012, helicóptero modelo R66 PR-FFA SN 0104. Contudo, ainda dentro do prazo de garantia de dois anos, a aeronave apresentou defeito que inviabilizou seu uso. Como as rés não concordaram com sua substituição ou o conserto, foi necessário o ajuizamento de medida,

baseada, especialmente, nas disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Inicialmente, a liminar pleiteada foi indeferida pelo Juiz *a quo*.

A decisão, porém, foi **reformada** pelo TJRJ. Em 14/05/2014, no bojo do Agravo de Instrumento n.º 0021768-89.2014.8.19.0000, o TJRJ determinou a substituição ou o reparo do helicóptero, pelas rés, no prazo de **20 dias**, sob pena de multa **diária** de **R\$ 10.000,00**. Dessa decisão, somente recorreu a ré ROLLS ROYCE, porém, seu recurso não obteve êxito, tendo havido preclusão no TJRJ, em dezembro de 2015.

Posteriormente, a obrigação fixada na liminar foi parcialmente alterada pelo TJRJ, no bojo de um segundo agravo de instrumento manejado pelo consulente (n.º 0062505-37.2014.8.19.0000). A multa diária pelo descumprimento da liminar foi alterada para **R\$ 20.000,00**, bem como foi registrado que “a antecipação de tutela compreende a entrega de helicóptero novo com as mesmas características daquele objeto da demanda”¹

Também desse acórdão, só a ré ROLLS ROYCE recorreu. O seu recurso especial teve seguimento negado perante o TJRJ, razão pela qual os autos ascenderam ao STJ em sede de Agravo em RESP. Em 30/05/2016, o Ministro Luis Felipe Salomão negou seguimento ao AREsp 795597, registrando no pronunciamento que nenhum reparo merecia o Acórdão recorrido, seja no que tange à liminar imposta, seja no que tange ao valor da multa. Confira-se:

“No que diz respeito à alegada falta de atendimento dos requisitos autorizadores da concessão da antecipação da tutela jurisdicional, o recurso especial não deve ser conhecido.

Com efeito, para verificar se estão ou não presentes os requisitos da verossimilhança ou do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, revelar-se-ia imperiosa a incursão no acervo fático-probatório dos autos analisado pelo Tribunal de origem, providência inviável no âmbito do julgamento de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

(...)

1. A ordem já havia sido alterada na r. decisão monocrática prolatada pelo relator do agravo de instrumento n.º 0062505-37.2014.8.19.0000, no dia 15/12/2014. Porém, em 29/04/2015, no acórdão dos embargos de declaratórios opostos, a alteração ficou ainda mais expressa.

Acerca do prazo e do montante em que fixada a multa cominatória, também não se revela cognoscível a irresignação. Nos termos do artigo 461 do CPC de 1973, cabe ao juiz, no âmbito de tutela de urgência ou na sentença, impor multa diária ao réu destinada a garantir o cumprimento de obrigação de fazer específica, devendo ser fixado prazo razoável para tanto.

À luz do § 6º do supracitado dispositivo legal, *“o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”*.

No caso, o Tribunal de origem, ao manter a decisão monocrática de fls. 478/497, determinou a entrega efetiva de helicóptero novo ou a instalação de conjunto motor/turbina novo no helicóptero adquirido pelo autor no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). De acordo com a insurgente, o prazo estipulado para cumprimento da obrigação de fazer seria exíguo e o valor da multa arbitrada revelar-se-ia excessivo.

A Corte estadual, no entanto, procedeu à estipulação das *astreintes* à luz das peculiaridades fáticas constantes dos autos, o que impede o conhecimento do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ, **não estando configurada hipótese de excesso do valor arbitrado (e consequente teratologia), tendo em vista que o valor do bem a ser substituído pela ré alcança, aproximadamente, a quantia de US\$ 1.200.000,00 (hum milhão e duzentos mil dólares americanos)”** (g.n.).

Na origem, foram expedidos mandados e cartas precatórias e rogatórias para citação das rés, em 15/07/2014. Do seu teor, constou tanto a ordem de citação quanto a de intimação sobre a tutela antecipada que havia sido deferida pelo TJRJ no primeiro agravo de instrumento, n.º 0021768-89.2014.8.19.0000.²

A citação da ré ROLLS ROYCE ocorreu em 21/07/2014, conforme mandado juntado em 31/07/2014. A citação da ré HELIBASE ocorreu em 11/05/15, conforme mandado anexado à pg. 468. A ré AUDI não foi localizada para citação, tendo, o autor, desistido da pretensão em relação a ela.³

2. “Cite-se os réus e i-se-os (sic) acerca da tutela antecipada deferida em sede recursal e ainda acerca de fls.147 que complementa a decisão monocrática.”

3. O despacho que defere a exclusão da AUDI está à fls. 2179.

A ré ROBINSON Helicopter (fabricante do helicóptero), independentemente de citação, compareceu aos autos, em 27/05/2015. Na ocasião, já estavam juntados aos autos os acórdãos prolatados pelo TJRJ, tanto no primeiro quanto no segundo agravos de instrumento (que concedeu e, depois, alterou a liminar, para fixar a entrega de um helicóptero novo ao autor, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00).

Na contestação apresentada na oportunidade (pg. 543 e seguintes), a ROBINSON alegou que, em 21/12/2012, já havia detectado problemas no parafuso que retém o conjunto de embreagem do motor da série de helicópteros, que compreende aquele adquirido pelo autor. Por essa razão, a fabricante emitiu o Boletim de Serviço R-66 SB-5B juntado à fls. 225/226, destinado a todos os proprietários (sem juntada aos autos, contudo, de qualquer prova de remessa e recebimento de tal comunicado), bem como aos operadores e responsáveis pela manutenção dessas aeronaves, apontando a necessidade de substituição do referido parafuso, até 31/03/2013. Ainda segundo a ROBINSON, embora tenha, a oficina HELIPARK Manutenção Aeronáutica (responsável pela assistência técnica do helicóptero do autor), recebido dita ordem de serviço, o proprietário não teria atendido à convocação para comparecer ao local e efetuar a troca do dito parafuso. Por isso, o problema posteriormente verificado, que acabou por inviabilizar a utilização do helicóptero, teria decorrido, segundo a ROBINSON, de culpa exclusiva do autor ou, no mínimo, da oficina HELIPARK (que não é parte nos autos). Ao final da defesa, formulou pedido de revogação da tutela antecipada “ou, subsidiariamente, que a mesma seja amoldada, conferindo prazo não inferior a 100 (cem) dias para cumprimento”.

Também sem aguardar a abertura do prazo para a defesa (pois o último mandado ainda não havia sido juntado aos autos), a HELIBASE (responsável pela comercialização do helicóptero) compareceu aos autos, apresentando a contestação juntada à fls. 485 e seguintes. Na ocasião, também, já estavam juntados os acórdãos do TJRJ, cujo objeto era a ampliação da liminar. De todo modo, posteriormente, a empresa HELIBASE recebeu dois mandados, intimando-a, especificamente, sobre a tutela antecipada que determinou a substituição do helicóptero do autor, sob pena de multa: (i) o primeiro em 26/06/2015, entregue pelo oficial de justiça na sede da empresa ao

advogado;⁴ e (ii) o segundo, cumprido no dia 10/09/2015, dessa vez na pessoa de seu representante legal, Sr. César Augusto Parizorro (fl. 1767). Quanto à defesa apresentada, os argumentos sustentados foram, em essência, iguais àqueles da constante da defesa da ROBINSON.

Em 02/06/2015, o Juiz *a quo* indeferiu o requerimento de revogação da tutela antecipada formulado nas contestações da ROBINSON e da HELIBASE, entendendo não haver nenhum *fato novo* capaz de infirmar a conclusão que havia sido adotada pelo TJRJ.

A ROLLS ROYCE (responsável pela fabricação do motor do helicóptero) contestou o feito em 09/06/2015. Alegou sua ilegitimidade, vez que o parafuso defeituoso da aeronave é fabricado e instalado pela ROBINSON e não por ela. No mérito, também sustentou a culpa exclusiva do autor e/ou a responsabilidade de terceiros, qual seja, a oficina HELIPARK. Finalizou requerendo a denúncia da lide com base no art. 70, III do CPC/73 (art. 125, II do CPC/15), ou o chamamento ao processo – da HELIPARK –, bem como a revogação da liminar.

Em 19/06/2015, tanto a ROBINSON quanto a HELIBASE interuseram agravos de instrumento perante o TJRJ, contra a decisão que indeferiu o pedido de revogação da liminar. Nos recursos, pediram a revogação da ordem ou, sucessivamente, fosse ela alterada, para fins de se determinar prazo maior para seu cumprimento, vez que a fabricação e a importação de um helicóptero demandariam, segundo alegam, cerca de 100 a 180 dias.

Em 24/06/2015, ao exercer juízo de retratação, o Juiz *a quo* sensibilizou-se com os argumentos trazidos pelas rés quanto à exiguidade do prazo concedido para cumprimento da ordem de entrega do helicóptero. Por essa razão, reconsiderou, em parte, a liminar, tão somente para dilatar de 10 para 100 dias o prazo para o cumprimento da antecipação da tutela, “esclarecendo que o termo *a quo* do referido lapso temporal permanece o mesmo, qual seja, a data em que os demandados foram intimados da decisão antecipatória” (pg. 1445/1447).

De todo modo, os agravos de instrumento da ROBINSON e da HELIBASE, autuados sob os ns. 0031080-55.2015.8.19.0000 e 0030866-

4. Na página 1657, consta certidão em que o oficial de justiça atesta a entrega da intimação ao advogado da empresa Helibase, Dr. Nilton Severi.

64.2015.8.19.0000, foram julgados, conjuntamente, pelo TJRJ, em 19/05/2015. Por unanimidade, negou-se provimento a ambos, sendo que do Acórdão constou:

“Agravos de Instrumento. Relação de Consumo. Existência de prova inequívoca documental em cognição breve que dá verossimilhança ao direito alegado pelo agravado, adquirente de helicóptero de fabricação estrangeira por compra feita no Brasil. (...) Inexistência de *periculum in mora inverso* no pertinente à irreversibilidade da tutela antecipatória concedida que deve ser medida pelo juízo de proporcionalidade na modulação entre a proteção deficiente e a proibição do excesso do duplo antagônico das vertentes extremas do princípio que deve prestigiar a proteção eficiente em detrimento do direito ou interesse dos agravantes como fornecedores que deve ser sacrificado por sua menor relevância, significando dizer que **a perda patrimonial de um helicóptero para o fabricante e demais parceiros da cadeia de consumo é menos relevante frente aos prejuízos sofridos pelo consumidor como parte mais vulnerável e que teve e tem por desprezada a fruição dos atributos de dono sobre o bem adquirido *hic et nunc* imprestável a seus fins.**

(...) Risco do empreendimento que deve ser suportado pelos agravante [sic] por serem aqueles que colhem o benefício do lucro em razão de sua atividade – *ubi emolumentum ibi ónus*. Por conta de tais fundamentos, conheço e nego provimento aos recursos, **mantendo a decisão vergastada na íntegra, inclusive quanto ao prazo para cumprimento da obrigação imposta (...)**” (g.n.).

Desse acórdão, as duas agravantes manejaram recursos especiais, que foram inadmitidos pelo TJRJ. Interpuseram, então, Agravo em REsp. No STJ, o AREsp da HELIBASE foi atuado sob o n.º 946122, enquanto que o AREsp da ROBINSON foi atuado sob o n.º 988721 – ambos distribuídos ao Ministro Luis Felipe Salomão por prevenção ao AREsp 795597/RJ, ROLLS ROYCE – já julgado por ele. Em 02/08/2016, o Ministro, monocraticamente, negou provimento ao AREsp 946122 da HELIBASE, com base na deficiente fundamentação do recurso (Súmula 284 do STF), na falta de prequestionamento (Súmula 211 do STJ) e na necessidade de reexame de matéria fática (Súmula 7 do STJ). Dessa decisão, a HELIBASE manejou agravo interno. O destino desse mencionado agravo interno será abordado mais adiante, juntamente com o do AREsp da ROBINSON 988721.

Voltando-se ao andamento na origem, a HELIBASE, no dia 16/09/2015, apresentou petição (pg. 1688-1693), alegando nulidade

da intimação da liminar realizada pelo oficial de justiça, em sua sede, em 26/06/2015. Isso, porque, segundo alega, o mandado teria sido recebido não por seu representante legal, mas por seu advogado. Para a HELIBASE, somente em 10/09/2015 a intimação teria sido, efetivamente, realizada, mediante ciência inequívoca de seu representante legal, Sr. Cesar Augusto Parizorro, conforme mandado de fls. 1767.⁵

A ROBINSON, por sua vez, apresentou petição, no dia 17/09/2015, sustentando a impossibilidade material de atendimento da ordem de entrega, ao autor, de helicóptero novo, com as mesmas características daquele por ele adquirido. Isso, porque, segundo alega, aquele modelo de helicóptero havia sido substituído pela fabricante por outra versão mais moderna, com custo sensivelmente maior. A fabricação de um helicóptero do modelo antigo, afirma a ROBINSON, não era mais possível. Por outro lado, a entrega ao autor de um helicóptero modelo novo representaria seu enriquecimento indevido. Pleiteou, então, fosse deferida a alteração da ordem liminar, para fins de (i) se autorizar a entrega ao autor de um helicóptero modelo antigo já usado, com quantidade de horas compatíveis com aquele detido pelo autor, em prazo de 60 dias; ou (ii) caso se entendesse pela necessidade de entrega de um helicóptero modelo novo, deveria a medida ser “condicionada ao prévio depósito, pelo Autor, da diferença de preço entre o valor pago, com correção monetária, e o valor de uma aeronave da nova versão”. Juntou, com a petição, declaração emitida por seu Presidente, em setembro de 2015, atestando que a fábrica atualmente não mais produz nem é capaz de produzir helicópteros do modelo vendido ao autor, em 2012 (pg. 1703).

Neste ponto, abrem-se parênteses para destacar que, visando a superar o afirmado pela ROBINSON sobre a impossibilidade de entrega/fabricação de um novo helicóptero do modelo adquirido em 2012, o autor apresentou a petição com documentos juntados à fls. 1787 e seguintes. Em especial, conforme relatório técnico emitido por especialista, o helicóptero Modelo R-66 começou a ser fabricado pela ROBINSON em 2012, perdurando até então, sendo que suas novas edições preservavam as características básicas. Somente alguns itens “aviônicos” (basicamente eletrônicos) haviam sido alterados ao longo do tempo. Ao final da petição, para contornar o óbice

5. Reconhecimento que consta às fls. 1.983/1.987.

invocado pela ROBINSON em relação ao maior valor de venda de um modelo novo, o autor propôs-se a “realizar o pagamento da diferença dos itens opcionais”. Do laudo juntado na ocasião, extrai-se:

“1) GRUPAMENTO CÉLULA (ESTRUTURA)

1.1 Com relação ao grupamento de célula (estrutura) não existem evidências objetivas do TCDS ER-2011T06-03. Relativo à aeronave em epígrafe, que indiquem quaisquer modificação referente à Célula, ou estrutura, ou fuselagem ou corpo da aeronave, mantendo-se assim inalterada a sua estrutura básica;

2) GRUPAMENTO MOTO-PROPULSOR

2.1 Com relação ao grupamento moto-propulsor (motor) fica evidenciado através da comparação da Ref. 02, lista de equipamentos instalados, no campo Engine a especificação Rools-Royce C300/A1, ou seja o mesmo especificado na Ref.01 TCDS (TYPE CERTIFICATE DATA SHEET) ER-2011T06-03, no campo engine, comprovando assim que o modelo de motor que equipa a aeronave permanece inalterado;

(...)

Concluo, face ao exposto no relatório que, não existem evidências que impossibilitem a fabricação pela Robinson Helicopter Company de aeronave de mesmo modelo, ainda em produção pela referida empresa, R66, com as mesmas características de estrutura e propulsão, e capacidade tecnológica instalada, em termos de equipamentos elétricos/eletrônicos, opcionais, acabamento e acessórios iguais ou superiores à aeronave em epígrafe.

Rio de Janeiro, 01 de outubro de 2015.

Ronaldo Vieira Garcia

CANAC021771”

(...)

De todo modo, petição também alegando a impossibilidade de cumprimento da liminar foi apresentada pela ROLLS ROYCE, em 23/09/15. Porém, a proposta efetuada ao final pela empresa para remediar a questão foi diferente: o depósito judicial do equivalente ao valor do helicóptero (pg. 1777-1781).

Em 28/09/2015, foi proferida decisão em que o juiz acolheu os argumentos da ROLLS ROYCE sobre sua impossibilidade de entregar ao autor um novo helicóptero, vez que não é o fabricante.

Permitiu, então, que a fábrica de motores depositasse em juízo a quantia de R\$ 4.560.000,00 (quatro milhões e quinhentos e sessenta mil reais), após o que deixaria de incidir, relativamente a ela, a multa diária imposta.⁶

Esse depósito judicial foi realizado pela ROLLS ROYCE em 1º/10/2015, como consta à pg. 1.856.

Seguindo o feito, em decisão prolatada em 16/10/2015, o Juiz (i) reconheceu a nulidade da intimação feita à HELIBASE, em 26/06/2015, na pessoa de seu advogado; apesar disso, (ii) concluiu que o reconhecimento dessa nulidade não interferiu no termo *a quo* do prazo para cumprimento da liminar e incidência da multa, vez que “como se percebe da petição contida no index 01328, não há qualquer dúvida de que a litisconsorte Helibase Serviços, Comércio e Manutenção Aeronáutica Ltda., ao menos em 19 de junho de 2015, já estava ciente dos termos da decisão que antecipara os efeitos da tutela, considerando-se que, nesta data, ela comunicou a interposição do agravo de instrumento”; (iii) rejeitou todos os pedidos de cumprimento alternativo da liminar formulados pela ROBINSON, mantendo a decisão nos moldes em que foi proferida pelo TJRJ.

Em face dessa decisão, tanto a ROBINSON como a HELIBASE manearam novo agravo de instrumento.

O agravo da ROBINSON foi autuado no TJRJ sob o n.º 0061293-44.2015.8.19.0000, em 23/10/2015. Nele, a fabricante insistiu na necessidade de modificação da ordem liminar imposta, para que lhe fosse permitida (i) ou a entrega ao autor de um helicóptero modelo antigo já usado, em prazo de 60 dias; ou (ii) a entrega de um helicóptero modelo novo, condicionada ao prévio depósito, pelo autor, da diferença de preço entre eles, em prazo não inferior a 100 dias. A incidência da multa ou o seu valor não são questões tratadas nesse recurso. No julgamento realizado em 16/12/2015, **negou-se provimento ao recurso**, por unanimidade de votos. Da ementa do acórdão, extraem-se os seguintes trechos:

6. Ao final da decisão, constou a ressalva: “Para que não se tenha qualquer dúvida, consigno expressamente que a incidência da multa cessará apenas com relação à Rolls-Royce do Brasil Ltda., dada a peculiaridade de sua situação no que toca ao cumprimento da tutela, mantendo-se quanto aos demais réus.” (grifos no original).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...) Decisão agravada que apenas mantém a anterior. Ausência de fatos novos. **Mera irresignação quanto ao teor da decisão.** Questões suscitadas pela ora recorrente que foram devidamente apreciadas no agravo de instrumento 0031080-55.2015.8.19.0000. **O inconformismo com o resultado da decisão exarada por este egrégio tribunal de justiça não pode servir de argumento à interposição continuada de recursos.** (...) Ademais, acolher a tese formulada pela recorrente implicaria em afronta ao princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, eis que **as supostas dificuldades encontradas pela ré em dar cumprimento à obrigação são embaraços causados pela própria agravante” (g.n.).**

E, do seu inteiro teor, extrai-se:

“Portanto, ao meu entender não agiu da melhor forma a Recorrente, mormente porque a provocação de incidentes termina ao fim e ao cabo, contribuindo para retardar a marcha processual e, em consequência, fortalece os argumentos de desprestígio desta Instituição.

Em tempo de severas críticas a morosidade da Justiça Brasileira, é preciso pontuar que pouco ou nada adiantará qualquer mudança legislativa destinada a dar agilidade na apreciação de processos se não houver uma revolução na maneira de encarar a missão de se enxergar o Direito.

Enquanto reinar a crença de que os Tribunais podem ser acionados para funcionar com obstáculos dos quais as partes lançam mão para prejudicar o andamento dos feitos, será constante, no dia a dia, a vagareza do judiciário.

Logo, o inconformismo com o resultado da decisão não pode servir de argumento à interposição continuada de recursos, como vem ocorrendo na hipótese dos autos, especialmente diante da ausência de vícios no julgado.

O ora agravante, devidamente assistido por seus advogados, tem de forma temerária, interposto, neste feito em tramite nesta Corte de Justiça um elevado número de recursos e incidentes processuais, configurando, assim, nítido abuso do poder de recorrer.

(...)

Dito isso, **o material probatório anexado** aos autos, declaração do presidente da Robinson CO, **mostra-se insuficiente a comprovar**, de modo adequado e necessário a real necessidade de reformulação do decism.

Isso porque, como bem percebido pela parte autora em suas contrarrazões fls. 27/45 (indexador eletrônico 00027), a Robinson peticionou ao douto magistrado a quo requerendo a revogação da tutela antecipada ou em caráter subsidiário, a extensão do prazo para o cumprimento da obrigação.

(...)

Ninguém pode valer-se de sua própria torpeza para livrar-se das consequências de um negócio jurídico que lhe trouxe prejuízo, sobretudo no plano consumerista onde prevalece a vertente do risco do empreendimento da responsabilidade que é objetiva.

Sua conduta, como é de se notar, é toda no sentido de **tentar beneficiar-se da desobediência à ordem judicial, sendo remitente e reincidente nisto**.

Neste contexto, e **se o agravante deu causa à prorrogação do atendimento à tutela antecipatória, deve entregar helicóptero novo, porque intransferível ao consumidor o ônus do atraso**.

Destarte, se o bem saiu de linha de montagem, dá-se um novo tal e qual no passado o usuário adquiriu, e sem qualquer acréscimo, pois importaria em presentear a falta de boa-fé objetiva, a cooperação e a finalidade social do contrato como agregados ou deveres anexos de ordem pública a prol do consumidor tal como afirmado no art. 1º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que são regras de sobredireito, e de horizontabilidade no diálogo de prevalência com o sistema jurídico pátrio⁷⁷ (g.n.).

Não conformada, a ROBINSON manejou recurso especial, que foi inadmitido pelo TJRJ. Interpôs, então, Agravo em REsp. O recurso foi autuado no STJ sob o nº 1008517, e distribuídos ao Ministro Luis Felipe Salomão. O destino dele será abordado na parte final desta breve retrospectiva.

O agravo de instrumento da HELIBASE, por sua vez, foi autuado no TJRJ sob o n.º 0014246-40.2016.8.19.0000. Nele, a empresa insurgiu-se apenas quanto ao reconhecimento de que, apesar da nulidade da intimação de seu advogado em 26/6/2015, o termo *a quo* para cumprimento da liminar não se alterou (permaneceu sendo **19/06/2015**, vez que naquela data a empresa já tinha ciência inequívoca dos termos da liminar, pois que compareceu aos autos

7. TJRJ, Acórdão Agravo de Instrumento n. 0061293-44.2015.8.19.0000.

apresentando agravo contra a decisão. O recurso foi improvido pelo TJRJ em 16/04/2017.⁸

Na origem, em 10/12/2015, o autor apresentou petição destinada a comprovar que o não atendimento da liminar dava-se, tão somente, por recalcitrância das rés. Para tanto, juntou aos autos *e-mails*, carta proposta e a minuta de contrato em que outro suposto cliente da ré HELIBASE pactua a aquisição de um novo helicóptero ROBINSON – com prazo de entrega previsto em 2 meses,⁹ ou seja, muito menos do que o prazo que, após o pedido de reconsideração, o juiz havia deferido à ROBINSON e a HELIBASE nos autos (100 dias).

Na mesma data (10/12/2015), foi realizada audiência de conciliação (pg. 2085). Na ocasião, o autor propôs, para fins de acordo,

8. Do acórdão prolatado na ocasião, extrai-se:

“(…) MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO. SÚMULA 410 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **CIÊNCIA INEQUÍVOCA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL SUPRIDA.** PRECEDENTES. DECISÃO AGRAVADA QUE MERECE SER PRESTIGIADA. A multa estabelecida para o caso de descumprimento do *decisum* tem o objetivo de impor, desde logo, penalidade ao infrator e compensação àquele a quem beneficiar a *astreinte*.

(…) No caso, a despeito de a intimação pessoal da ré, ora agravante, só ter se aperfeiçoado na data de 10 de setembro de 2015, o fato é que **se encontra comprovado nos autos a ciência inequívoca acerca da obrigação que lhe foi imposta, bem como da aplicação da multa diária na hipótese de seu descumprimento.**

Sob este enfoque, como bem ressaltado pela recorrida, o primeiro ato processual exercitado pela recorrente nos autos principal, antes mesmo da sua citação, foi a apresentação de contestação (indexador eletrônico 000485), de imediato, se verifica que ao oferecer sua resposta, a **ora recorrente já possuía de antemão ciência inequívoca do deferimento da tutela antecipada proferida por este Órgão Revisor, haja vista que em fls. 506/508 a agravante rogou ao Juízo de primeiro grau a imediata revogação da decisão que antecipou os efeitos da tutela. Acrescento, ainda, que o segundo ato processual praticado pelo ora suplicante foi a interposição do agravo de instrumento nº 0030866-64.2015.8.19.0000, naquele recurso se discutiu à exaustão os termos da decisão que antecipou os efeitos da tutela” (g.n.).**

Houve Embargos de Declaração desse acórdão, os quais foram rejeitados, sendo que, neste momento, aguarda-se a publicação do acórdão.

9. O prazo registrado é fevereiro de 2016, sendo que a proposta é datada de 09/12/15 – pg. 2030/2065.

renunciar a todos os pedidos indenizatórios caso lhe fosse entregue um helicóptero novo e ainda devolveria a turbina, a carcaça e demais documentos do helicóptero antigo. A ROBINSON, por sua vez, propôs apenas restituir ao autor o valor por ele pago no helicóptero, com a depreciação das horas do uso. Não houve acordo e o processo prosseguiu.

Em seguida, foi prolatada decisão saneadora. Nela, o Juiz (i) entendeu pela aplicação do CDC ao feito; (ii) rejeitou todas as preliminares alegadas pelas rés; (iii) indeferiu o pedido de denunciação da HELIPARK, sob o fundamento de que “não cabe denunciação à lide sob alegação de culpa de terceiro, seja porque tal hipótese não se encontra enunciada no rol taxativo dos incisos I a III do artigo 70 do Código de Processo Civil [de 1973], seja porque em tais hipóteses, o que se discute não é o direito reversivo (exercício antecipado do direito de regresso), mas a atribuição de responsabilidade a outrem”¹⁰; (iv) fixou os pontos controvertidos;¹¹ e (v) concluiu que somente a prova documental era necessária, indeferindo os demais pedidos de prova formulados pelas partes.

Em 05/07/2017, o Juiz proferiu decisão em que, atendendo a pedido de esclarecimento feito pelo autor quanto ao termo *a quo* do prazo dado à ROBINSON para cumprimento da liminar, registrou que “considerando-se que a “Robinson Helicopter Co” não chegou a ser intimada, comparecendo espontaneamente aos autos e pedindo a reconsideração da antecipação de tutela, em 27 de maio de 2015, demonstrando, com isto, inequívoca ciência do que fora decidido, será aquela a data inicial do prazo para cumprimento da obrigação de fazer, com a diferença de que o período de tolerância passou a ser de cem dias e não aquele de dez dias primeiramente fixado”. (pg.)

Do saneador, complementado por essa decisão que aclarou o termo inicial para cumprimento da liminar, a ROBINSON agravou

-
10. Da decisão ainda consta: “se – eventualmente – ficar constatada a responsabilidade exclusiva da empresa Helipark, isto excluirá o nexos causal, julgando-se improcedente o pedido contra os ora demandados, não se tratando, assim, de direito reversivo, o que veda a denunciação da lide ao terceiro que supostamente praticou o ato ilícito.”
 11. Da decisão consta: “A rigor, os fatos controvertidos a serem apurados nestes autos são os seguintes: a) saber se o autor omitiu-se ou não no que toca às providências referidas no Boletim de Serviço R66 SB-05B; b) investigar se houve ou não falha da empresa Helipark no que toca ao helicóptero do demandante.”

de instrumento, em 29/7/2016. O agravo foi autuado no TJRJ sob o n. 0039654-33.2016.8.19.0000, sendo que, em 23/08/2017, a ele negou-se provimento.¹²

Em 10/10/2016, foi prolatada **sentença, que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na inicial em face de HELIBASE e ROBINSON**, para, em suma: a) confirmar e **tornar definitivos os termos da antecipação de tutela tal como proferida pelo TJRJ**; b) condená-las a, solidariamente, indenizarem os **danos materiais** sofridos pelo autor, fixados em R\$ 50.609,86, bem como **danos morais**, arbitrados em **R\$ 50.000,00**. Em relação à ROLLS ROYCE, o pedido foi julgado improcedente. A multa fixada na liminar foi confirmada/mantida.

Da fundamentação, extrai-se a conclusão de que os problemas que ocasionaram a inutilização do helicóptero do autor não poderiam a ele ser imputados, “que cumpriu seus deveres como operador da aeronave, submetendo-a a todas as vistorias e revisões cabíveis”. Ademais, o vício do produto estaria bem caracterizado, na medida em que: **“O problema exposto no do Boletim de Serviço R66 SB-05B deixa entrever que a causa tem origem nas falhas de concepção e de projeto, com a utilização de peça (parafuso) inadequada ao conjunto da aeronave”**. Se, por outro lado, houve omissão da empresa responsável pela assistência técnica da aeronave (HELIPARK), ao deixar de atender a recomendação da fabricante ROBINSON para efetuar a troca do parafuso de sustentação, isso, segundo o juiz, não prejudica o direito do autor, nem acarreta o afastamento da responsabilidade das rés ROBINSON e HELIBASE (todas integrantes da cadeia de fornecimento do helicóptero reclamado). Como registrou o juiz, há prova, nos autos, de que a oficina HELIPARK havia sido credenciada pela ROBINSON para prestar os serviços de assistência técnica e manutenção dos helicópteros por ela fabricados. Assim, ROBINSON é solidariamente responsável pelas falhas cometidas por seus prepostos ou representantes autônomos – no caso, a oficina HELIPARK.

Em função da prolação da sentença, o autor peticionou nos autos dos AREsps 946122, 988721 e 1008517, manejados pela HELIBASE e pela ROBINSON em face dos acórdãos que tratavam da liminar e que ainda pendiam de julgamento no STJ, apontando

12. Atualmente, pendem de julgamento, pelo TJRJ, Embargos de Declaração.

perda superveniente de objeto. Imediatamente, o Ministro Relator, Luis Felipe Salomão, despachou, reconhecendo, em todos, a perda de objeto.

Em face da sentença, o autor, bem como as rés ROLLS ROYCE e ROBINSON opuseram Embargos de Declaração, sendo que a ré HELIBASE apresentou apelação.

Mas não foi só. Em função dos embargos opostos da sentença, ROBINSON e HELIBASE interpuseram agravos internos no STJ, sustentando que os AREsps 946122, 988721 e 1008517 não teriam perdido o objeto enquanto não apreciados os declaratórios opostos da sentença – que poderiam, até mesmo, vir a modificá-la. Esses agravos internos ainda não foram julgados pelo STJ, em relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

Na origem, em 21/11/2016, a oficina HELIPARK compareceu ao feito, pedindo sua admissão como assistente das rés. Afirmou ter legítimo interesse na ação, uma vez que foi tida na sentença como “negligente” e, conseqüentemente, responsável pelos danos que o autor alega ter experimentado. Opôs, então, embargos de declaração em face da sentença, apontando, basicamente, erro material cometido pelo juiz. Segundo sustenta, a oficina teria, sim, informado o piloto comandante da aeronave do autor (“comandante Vitor Hugo”) sobre a necessidade de se realizar a substituição do parafuso, conforme boletim elaborado pelo fabricante. Entretanto, o autor não teria atendido à solicitação de levar o helicóptero até o local para a realização desse serviço. Essa comunicação teria ocorrido através de e-mail encaminhado pela HELIPARK, em 14/02/2013 – **que se refere apenas à proposta e cotação para “cumprimento do BS-05B”, nada alertando sobre a necessidade/real importância da substituição do parafuso** (pg. 2526). A HELIPARK destacou, também, nos mencionados embargos de declaração, que a recomendação de troca feita pelo fabricante não era obrigatória – “até mesmo porque não foi convertido ou incorporado por Diretriz de Aeronavegabilidade (instrumento emitido pela autoridade que torna obrigatório o atendimento a determinada instrução de manutenção por força do item 5.11 da Instrução Suplementar nº 39-001, Revisão A, da ANAC).”

O autor refutou as alegações da HELIPARK. Apontou que os *e-mails* juntados não foram enviados com cópia para ele, proprietário da aeronave. Ademais, o teor dos *e-mails* (com orçamentos) não

davam noção da importância (ou, melhor dizendo, imprescindibilidade) de realização dos serviços lá relacionados. Nesse sentido, destacou que a HELIPARK omitiu a apresentação de anexo de *e-mail*, contendo alerta geral aos demais proprietários de helicópteros R66, para que fosse aplicado imediatamente o Boletim de Serviço SB-05 em função de sua relevância. Porém, esse alerta nunca lhe foi encaminhado. De todo modo, como a sentença reconheceu o vício de projeto do helicóptero, as alegações da HELIPARK eram completamente irrelevantes.

Em 11/04/2017, o Juiz *a quo* apreciou e **rejeitou o pedido de intervenção da HELIPARK como assistente**. Na decisão, registrou que: “a Helipark integra a cadeia de consumo, sendo responsável solidária no dano causado ao autor, nos termos do art. 18 do CDC. Por outro lado, **cabe ao autor decidir em face de quem irá demandar já que se trata de uma relação de consumo**. Além disso, aplicando o diálogo das fontes, o art. 275 do CC/02 afirma que cabe ao demandante escolher em face de quem irá propor a ação, em casos de obrigações solidárias, já que a ninguém é imposta a obrigação de litigar em face daquele que não escolheu para réu. Assim, fica evidente que a responsabilidade solidária imputada ao requerente apenas o confere interesse econômico e não jurídico. Logo, não cabe sua inclusão no polo passivo como assistente simples, motivo pelo qual REJEITO o pedido de assistência, devendo serem desentranhadas as peças de index 002500/002501 e 002517/002542, bem como os documentos que acompanham esta última no índice 002525/002967”. Dessa decisão, a HELIPARK interpôs o agravo de instrumento n. 0025047-78.2017.8.19.0000, que se encontra no TJRJ.

Até a presente data (outubro de 2017), os embargos de declaração opostos pelo autor e pelas demais rés, em relação à sentença, não foram julgados.

Apesar disso, em fevereiro de 2017, o autor deu início ao **cumprimento provisório de sentença**, relativamente à multa – fixada na antecipação de tutela e confirmada na sentença. Pediu a intimação das rés para pagamento do valor de R\$ 8.280.000,00, no prazo de 15 dias. O pedido foi deferido, sendo que a intimação ocorreu em 29/08/2017. Da decisão, constou:

“Intime-se o executado, por seu advogado (inciso I do parágrafo segundo do art. 513 do Código de Processo Civil para que, em até 15 dias corridos, por se tratar de prazo material (parágrafo único do

art. 219 do Código de Processo Civil e a contrário sendo), promova o pagamento do débito, ciente de que se não o fizer, incorrerá nas penas do art. 520, § 2º bem como cumpra a obrigação de fazer determinada em sede de tutela antecipada em sentença, no prazo de 30 dias, sob pena de multa a ser aplicada pelo juízo, nos termos do art. 536 caput e § 1º do CPC.”

No prazo para pagamento,¹³ ROBINSON e HELIBASE voltaram a peticionar no STJ, pedindo ao Relator, Ministro Luis Felipe Salomão, que concedesse efeito suspensivo aos AREsps ns.º 946122, 988721 e 1008517 (em fase de agravo interno, após a decisão que havia decretado sua perda de objeto).

Em setembro de 2017, o Ministro acolheu esses pedidos, atribuindo efeito suspensivo aos recursos. Da decisão, consta:

“No que respeita à plausibilidade do direito invocado, em cognição não exauriente, revela-se verossímil a tese invocada pela ora Requerente no sentido de que, não obstante a prolação de sentença de mérito, a oposição de embargos de declaração pelas partes tem como consequência o não encerramento do primeiro grau de jurisdição, a afastar a perda superveniente de objeto do recurso especial e do agravo nos próprios autos que objetiva conferir-lhe trânsito.

Ademais, em juízo precário, próprio da presente sede de tutela de urgência, há plausibilidade nas matérias apontadas nos embargos de declaração, quando a Requerente informa a existência de fatos novos, apresentados pela empresa de manutenção da aeronave e que não teriam sido objeto de apreciação pelo juízo singular, o ingresso dessa empresa que prestava a manutenção do helicóptero como assistente e a exorbitância da multa cominatória fixada.

(...) Na espécie, presente está o *periculum in mora*, haja vista a existência de decisão datada de 22/8/2017 (fl. 1062), determinando o pagamento da multa cominatória requerida pelo autor (fls. 1052-1059) - com valor de R\$ 8.280.000,00 em 7/2/2017, equivalente a mais de R\$ 12 milhões nesta data segundo informa a Requerente -, com termo final para pagamento em 14/9/2017.”

Inconformado, o ora Consulente interpôs agravo interno, ainda não julgado.

13. Que se venceu em 17/10/17.

III. Quesitos

Diante desse quadro, sucintamente descrito, apresenta a Consultante os seguintes quesitos:

1) Com a superveniência da sentença, houve perda de objeto dos AREsp n.º 946122, 988721 e 1008517 que versam sobre a liminar, manejados pela ROBINSON e HELIBASE?

1.1) A oposição de Embargos de Declaração contra a sentença teria o condão de impedir o reconhecimento dessa perda de objeto?

2) O julgamento, pelo STJ, dos AREsp n.º 946122, 988721 e 1008517, manejados pela ROBINSON e HELIBASE, pode levar à redução do valor da multa fixada no caso de descumprimento da liminar?

3) Sob a égide do CPC/15, é possível admitir-se a redução (ou a exclusão) das *astreintes* já vencidas?

3.1) E à luz do CPC/73?

3.2) É correto dizer que o regime aplicável às *astreintes* é o que vige na data em que a decisão é proferida ou, como sua incidência se propaga no tempo, é possível admitir que o regime aplicável é o vigente no momento da sua incidência?

4) Quais os critérios para a fixação do valor da multa?

4.1) Caso se entenda, a partir de corrente jurisprudencial manifestada à luz do CPC/73, ser possível a redução do valor da *astreintes* vencidas, quais seriam os requisitos para tanto?

4.2) No caso sob análise, esses requisitos estavam presentes?

5) A partir da resposta aos quesitos anteriores, é correto admitir a existência de *fumus boni iuris* que teria que ter sido gerada pelos AREsp n.º 946122, 988721 e 1008517, capaz de fundamentar decisão concessiva de efeito suspensivo?

6) Para a incidência da multa, exige-se a intimação pessoal do réu?

6.1) Essa intimação pode ser suprida por outras formas que geraram ciência ao réu?

6.2) No caso dos autos, a necessidade de intimação foi suprida? Qual o início do prazo da incidência da multa paras as Rés?

7) É cabível a denúncia à lide em ações que discutem direito do consumidor (reguladas pelo CDC)?

8) Após ter sido determinado pelo juiz o desentranhamento dos documentos juntados pela pretensa assistente, pode, a ré que já está no processo, juntar esses mesmos documentos, após a prolação da sentença?

8.1) O que poderia justificar a possibilidade de juntada de documentos, pela parte ou por terceiro, depois de proferida sentença de mérito?

8.2) O assistente pode manejar recurso após o término do prazo aplicável às partes?

9) Pode o STJ conhecer e amparar seu posicionamento a respeito da existência de *fumus boni iuris* para suspender execução, em prova documental juntada aos autos por terceiro *após a interposição do recurso*, ao qual se pretende atribuir efeito suspensivo?

10) A admissão dos AREsp 946122, 988721 e 1008517 encontra óbice no reexame de matéria fática?

IV. Fundamentos que embasam as respostas dos quesitos

1. *Da perda de objeto (rectius = perda de interesse) no julgamento de REsp sobre concessão, indeferimento, revogação ou alteração de liminar, depois de proferida a sentença*

O que gera a falta de interesse superveniente no julgamento de REsp interposto para questionar indeferimento, concessão, revogação ou alteração de liminar é o efeito substitutivo, próprio dos recursos.

Uma vez julgado o recurso interposto de certa decisão, o respectivo acórdão, tendo decidido o mérito desse recurso, TOMA o lugar da decisão impugnada.

Então, o processo prossegue, como se a decisão do juiz impugnada pelo recurso tivesse sido aquela que o Tribunal proferiu, quando o julgou. Assim, tendo sido indeferida uma prova, cuja produção era urgente, por causa do perigo de morte da testemunha, sendo essa prova DEFERIDA quando do julgamento do agravo, o processo

segue, em primeiro grau, com a produção desta prova para que, então, seja proferida a sentença.

Caso o agravo seja julgado, nesse caso, *depois* de proferida a sentença, o processo retoma seu curso, para que outra sentença seja proferida, dessa vez com base também na prova cuja produção tinha sido indeferida.

O recurso, nesse caso, não fica prejudicado.

Fica prejudicado, no entanto, quando **perde a utilidade**.¹⁴

Se for *outra a matéria* sobre a qual tenha versado a decisão objeto do recurso, a solução pode ser *outra*. Saber se o agravo – e todo o segmento processual que dele deriva – julgado após a sentença perde seu objeto depende: (i) da matéria da decisão e (ii) do teor da sentença.

Já tivemos ocasião de sustentar que:

“A solução deste problema depende exclusivamente de se saber se a matéria sobre a qual versa a decisão do recurso é *pressuposto lógico* da possibilidade de decisão do mérito.

É por isso que me parece poder-se afirmar que agravos que impugnem decisões concessivas ou não concessivas de medidas urgentes, tanto antecipatórias de tutela quanto cautelares, *não devem ser julgados*. Na verdade, todo o segmento recursal derivado de decisões interlocutórias concessivas ou denegatórias de liminares cai por terra, depois de proferida a sentença, estando aí abrangidos também os embargos de declaração, o recurso especial e o recurso extraordinário. A prolação da sentença é o piparote que derruba a primeira carta, que, caindo, faz com que todas as outras que estão de pé, enfileiradas, à sua frente, caiam também. Todos os recursos que tenham sido sucessivamente interpostos da decisão concessiva ou denegatória de liminar ‘perdem o objeto’. *Ou melhor, perdem a utilidade*.

Isto exatamente por causa do *efeito substitutivo* dos recursos. Como o Tribunal, ao decidir o agravo, gera uma decisão que toma o lugar da decisão confirmada ou reformada, não tem sentido transplantar a decisão obtida em grau de recurso para um ‘momento’ do

14. “Diz-se ‘prejudicado’ o recurso quando a impugnação perde o objeto, e por conseguinte cai no vazio o pedido de reforma ou anulação” (José Carlos Barbosa Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 5. 15ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p.684).

processo, que ficou *superado* pela sentença, e que não se configura em pressuposto lógico para que esta pudesse ter sido prolatada. Este é justamente o ‘momento’ em que decisões são proferidas com base em cognição superficial, *que ficou superado*. Quando da prolação da sentença de mérito, o juiz ou tem plena convicção no sentido de que ao autor assiste (ou não) direito ou de que o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. A concessão de liminar anteriormente (ou a denegação), como se afirmou acima, *não se consubstancia em pressuposto lógico para a prolação de qualquer tipo de sentença*.

Prolatada a sentença, é esta que prevalece. Até porque quando o Tribunal reformasse a decisão concessiva ou denegatória da liminar o faria com base num universo de dados constantes do processo até o momento em que a liminar foi concedida ou denegada pelo juiz de primeiro grau, fase esta que já terá sido ultrapassada. Não teria *também*, por isso, sentido falar-se na prevalência desta decisão do Tribunal sobre a sentença.¹⁵

De fato, não tem sentido decidir um recurso cujo resultado SUBSTITUIRIA a decisão recorrida, se a matéria do recurso diz respeito a um MOMENTO processual que já passou, não volta mais, que é o da cognição superficial.

Diferente seria a situação, se se tratasse de recurso de agravo, por exemplo, contra decisão que rejeitasse alegação de convenção de arbitragem, ou contra exclusão de litisconsorte. Nesses casos, o agravo tem que ser julgado e, também, obviamente, os recursos que dele derivam. Se acolhido o agravo, a sentença cai por terra (haverá outro julgamento com o litisconsorte no primeiro caso ou, no caso do reconhecimento da cláusula compromissória, será proferida nova decisão remetendo as partes para a arbitragem).

Se já terminou o processo em primeiro grau de jurisdição, passa a carecer de sentido que se julgue recurso cujo resultado só tem razão de ser durante o procedimento que antecede a sentença.¹⁶

15. Teresa Arruda Alvim Wambier. O destino do agravo depois de proferida a sentença. In: *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*, vol. 7. Coord.: Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 690-691.

16. Nesse sentido, é a lição de Cândido Rangel Dinamarco: “Ao dispor que ‘a tutela provisória na pendência do processo’ o art. 296 do Código de Processo Civil está somente formulando uma regra geral que o próprio

Diferentes, ainda, são as hipóteses em que da interlocutória de que se agravou – e todo o segmento recursal deste agravo derivado – DEPENDE a sentença: exemplo dado anteriormente agora repetido por ser significativo é o da decisão sobre se tratar, ou não, de caso que deva ser processado e julgado perante juízo arbitral.

Fenômeno inteiramente diverso, pedimos vênia para insistir, ocorre com a decisão antecipatória de tutela, ou qualquer liminar, mesmo que na natureza cautelar, pois que decisão baseada em *fumus boni iuris* (= cognição não exauriente). Clara, também, a esse propósito, a lição de Cassio Scarpinella Bueno:

“A sentença *absorve* a decisão antecipatória da tutela, e, por isso, o agravo perde, em qualquer caso, seu objeto. Se ele não tiver ainda sido julgado, ele não deve (mais) ser julgado. Se tiver sido julgado, se

Código ressalva em vários casos e que é sujeita a outras exceções inerentes ao sistema. Já na parte final desse mesmo dispositivo está dito que ela ‘pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.’

A *pendência do processo*, de que fala o art. 296, é sua pendência em primeiro grau de jurisdição. O limite natural da duração da eficácia das medidas provisória concedidas em primeira instância é o momento em que o juiz profere a *sentença* no processo, seja para julgar a demanda inicial procedente ou improcedente, seja para extinguir o processo sem julgamento do mérito. A partir desse momento, (a) sendo a demanda julgada *procedente*, a tutela definitiva por ela trazida após toda uma instrução do processo em contraditório supera com vantagem a tutela provisória ao oferecer a tutela definitiva do direito defendido pelo autor, perdendo aquela a sua razão de ser; b) sendo a demanda julgada *improcedente*, o reconhecimento da inexistência do direito do autor compromete com maior força aquela mera aparência de direito levada em conta ao conceder a medida provisória (...). A segunda e a terceira dessas hipóteses de cessão da eficácia das medidas provisória, estão explícitas no art. 309, inc. III, do Código de Processo Civil, segundo o qual ‘cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: [...] o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.’ A hipótese da sentença julgando *procedente* a demanda do autor não está ali prevista mas a sobrevivência da tutela provisória quando essa sentença é proferida constituiria uma *superposição* inaceitável. Daí o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça ao afirmar que sempre ‘é a tutela definitiva, com a qual mantém elo de referência, que demarca a função e o tempo de duração da tutela provisória,’ prosseguindo para esclarecer: ‘o julgamento da causa, esgota, portanto, a finalidade da medida liminar. Daí em diante prevalece o comando da sentença’” (*Instituições de direito processual civil*. vol. III. São Paulo: Malheiros, 2017, p.865-866).

a ele foi concedido efeito suspensivo, tudo isso pode, até, consoante o caso, influir na convicção do magistrado sentenciante, mas não é decisivo nem impositivo que a sentença seja no mesmo sentido do julgamento do agravo, caso já tenha ocorrido. Isto porque o agravo dirige-se a uma específica decisão interlocutória que, com a sentença, passa a não existir mais, porque absorvida por aquele outro ato jurisdicional. Uma coisa é decidir a respeito da antecipação da tutela, quiçá liminarmente, antes mesmo da citação do réu. Outra, bem diferente, é proferir sentença, transcorridas todas as fases do processo, e proferir decisão com base em 'cognição exauriente' (...)

Por tais razões, é que este *Curso* manifesta sua concordância com o entendimento de que recurso especial interposto de acórdão proferido em agravo de instrumento dirigido a decisão antecipatória da tutela em primeira instância fica prejudicado pela superveniência da sentença.¹⁷

O STJ tem demonstrado, em suas decisões mais recentes, plena compreensão dos fenômenos acima descritos, considerando prejudicado o REsp interposto de agravo de decisão liminarmente proferida, de antecipação de tutela ou de caráter cautelar.

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SENTENÇA PROFERIDA. PERDA DO OBJETO.

1. Consoante o entendimento pacífico desta Corte, o exame de recurso especial interposto contra acórdão proferido em agravo de instrumento de decisão liminar ou de antecipação de tutela fica prejudicado, ante a perda de seu objeto, na hipótese de já ter sido prolatada sentença.

2. Agravo interno no recurso especial prejudicado por perda superveniente do objeto.”¹⁸

Detecta-se, acertadamente, sobrevir ausência integral de utilidade prática, pois mesmo a reforma da decisão, com o provimento do recurso, seria inoperante para efeito de afastar a sentença de mérito:

17. Cassio Scarpinella Bueno. *Curso Sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimento cautelares específicos*. 4. ed. vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2012, 78-80 – grifos nossos.

18. STJ, AgInt no AREsp 741331/ES, 3.^a T, j. 08.08.2017, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 15.8.2017.

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REALIZAÇÃO DE OBRA PÚBLICA. OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA DE IMÓVEL PARTICULAR. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO DO RECURSO.

1. Segundo entendimento pacífico desta Casa de Justiça, a superveniência de sentença de mérito prejudica o exame do recurso especial interposto contra acórdão que, em sede de agravo de instrumento, mantém decisão deferitória de antecipação de tutela.

2. ‘As medidas liminares, editadas em juízo de mera verossimilhança, objetivam ajustar provisoriamente a situação das partes, desempenhando no processo função de natureza temporária. Sua eficácia se encerra com a superveniência da sentença, provimento tomado à base de cognição exauriente, apto a dar tratamento definitivo à controvérsia’ (AgRg no Ag 1.322.825/SP, rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 03/02/2011).

3. Hipótese em que nenhuma utilidade prática haveria na apreciação do presente recurso, porquanto eventual reforma da decisão interlocutória não teria o condão de operar efeitos em detrimento daqueles já produzidos pela sentença de mérito. 4. Agravo interno desprovido”¹⁹ (g.n.).

Fazendo alusão ao esvaziamento do objeto do recurso em casos como os dos presentes autos, de se destacar:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA EM RELAÇÃO À LIMINAR. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO NA AÇÃO. PERDA DO OBJETO.

1. A jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido de que a superveniência de sentença de mérito esvazia o objeto de recurso especial interposto contra acórdão que examina agravo de instrumento de decisão que defere ou indefere pedido de liminar, pois o provimento exauriente absorve os efeitos da decisão provisória. Precedentes: AgRg no REsp 1.434.026/PB, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 24/06/2016; AgRg nos EREsp 1.199.135/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 06/05/2016; AgRg nos EREsp 1.494.389/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 18/03/2016. 2. Agravo interno não provido.”²⁰

19. STJ, AgInt no AREsp 476106/SP, 1.ª T., j. 15.09.2016, rel. Gurgel de Faria, DJe 20.10.2016.

20. STJ, AgInt no REsp 1575784/CE, 1.ª T., j. 22.09.2016, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 06.10.2016.

Merece citação longo trecho de acórdão cujo relator, nos idos de 2010, foi o Ministro Teori Zavascki, eminente processualista:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MEDIDA LIMINAR. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA JULGANDO A CAUSA. PERDA DE OBJETO DO RECURSO RELATIVO À MEDIDA ANTECIPATÓRIA. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO.

(...)

3. Conforme se verifica, no que se refere à medida antecipatória, depois do seu deferimento, sobreveio sentença de procedência na demanda principal. Foi interposta apelação que, em casos dessa natureza, tem efeito meramente devolutivo, a teor do estabelecido no art. 520, V do CPC. A sentença, portanto, permitia desde logo a execução provisória. Essa seria uma razão por si só suficiente para evidenciar a absoluta inutilidade do agravo de instrumento sobre a medida antecipatória: independentemente do seu resultado, decorria da própria sentença força autônoma de execução. Foi justamente por essa circunstância que o legislador processual introduziu o inciso V ao art. 520, o que se deu pela Lei 10.352/01. Mais ainda: a apelação foi improvida, razão pela qual também o acórdão, que para todos os efeitos substituiu a sentença de primeiro grau (CPC, art. 512), ganhou força executiva autônoma, estando apto a ensejar execução provisória, tornando inútil qualquer decisão porventura proferida a respeito da medida antecipatória.

4. Assim considerada a situação, não há dúvida de que, processualmente, está prejudicado o julgamento do agravo de instrumento interposto contra a decisão deferitória da liminar, já que esta esgotou inteiramente a função para a qual foi deferida no processo. Com efeito, as medidas liminares, tanto as antecipatórias quanto as tipicamente cautelares, são provimentos jurisdicionais com características e funções especiais. São editados em situações peculiares de ocorrência ou de iminência de risco ou de perigo de dano ao direito ou ao processo. Justamente em razão da urgência, são medidas tomadas à base de juízo de verossimilhança, que, por isso mesmo, se revestem de caráter precário, não fazem coisa julgada e podem ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo. Elas exercem, no contexto da prestação jurisdicional, uma função de caráter temporário, vigorando apenas pelo período de tempo necessário à preparação do processo para o advento de outro provimento, tomado à base de cognição exauriente e destinado a dar tratamento definitivo à controvérsia.

É importante realçar esse aspecto: as medidas liminares desempenham no processo uma função essencialmente temporária. Ao

contrário dos provimentos finais (sentenças), que se destinam a trazer soluções com a marca da definitividade, as liminares são concedidas em caráter precário e com a vocação de vigorar por prazo determinado. É o que já ensinava Calamandrei, em seu conhecido e didático estudo sobre as medidas cautelares: ‘*temporal* es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que, independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por si mismo duración limitada; *provisorio* es, em cambio, lo que esta destinado a durar hasta tanto que sobrevenga un evento sucesivo, em vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante *el tiempo intermedio*’ (...). Teniendo presentes estas distinciones de terminología, la cualidad de *provisoria* dada a las providencias cautelares quiere significar en sustancia lo siguiente: que los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración *temporal* (...), sino que tiene duración limitada a aquel periodo de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de *otra providencia jurisdiccional*, que, en la terminología común, se indica, en contraposición a la calificación de *cautelar* dada a la primera, con la calificación de *definitiva*. La provisoriedad de las providencias cautelares sería, pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva), el inicio de los cuales señalaría la cesación de los efectos de la primera’ (CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, p. 36). Convém anotar que, no entendimento de Calamandrei, uma das espécies do que denomina de medida cautelar está a medida que antecipa provisoriamente providências relacionadas com o mérito (tutela antecipatória), ‘...destinada a durar hasta el momento em que a esta regulación provisoria de la relación controvertida se sobreponga la regulación de carácter estable que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario’ (op. cit., p. 59). O signo da temporariedade das medidas liminares decorre, portanto, do necessário vínculo de referência e de dependência que guardam em relação aos provimentos de tutela definitiva, cujos efeitos ela antecipa provisoriamente. É a tutela definitiva, com a qual mantém elo de referência, que demarca a função e o tempo de duração da tutela provisória.

Isso significa que, em relação às liminares, o marco de vigência situado no ponto mais longínquo no tempo é justamente o do advento de uma medida com aptidão de conferir tutela definitiva. É por isso que o julgamento da causa esgota a finalidade da medida liminar. Daí em diante, prevalece o comando da sentença, tenha ele atendido ou não ao pedido do autor ou simplesmente extinguido

o processo sem exame do mérito. Procedente o pedido, fica confirmada a liminar anteriormente concedida bem como viabilizada a imediata execução provisória (CPC, art. 520, VII). Improcedente a demanda ou extinto o processo sem julgamento de mérito, a liminar fica automaticamente revogada, com eficácia *ex tunc* (súmula do 405 do STF), ainda que silente a sentença a respeito. A partir de então, novas medidas de urgência devem, se for o caso, ser postuladas no âmbito do próprio sistema de recursos, seja a título de efeito suspensivo, seja a título de antecipação da tutela recursal, medidas que são cabíveis não apenas em agravo de instrumento (CPC, arts. 527, III e 558), mas também em apelação (CPC, art. 558, § único) e, como medida cautelar, em recursos especiais e extraordinários (Regimento Interno do STF, art. 21, IV; Regimento Interno do STJ, art. 34, V).

5. Aliás, no caso concreto, foi justamente esse último o caminho adotado pela parte interessada, que requereu e teve deferido um pedido de “efeito suspensivo” ao recurso especial interposto na demanda principal, que lhe assegurou a manutenção do *status quo* até o julgamento desse recurso. Contra essa decisão de nada valeria agora qualquer juízo que o tribunal local viesse a proferir a respeito do cabimento ou não de medida antecipatória. Essa uma razão a mais a confirmar a perda de objeto do agravo de instrumento que trata da matéria²¹ (g.n.).

No caso em exame, agiu bem o Ministro Luis Felipe Salomão quando, em abril de 2017, ao tomar conhecimento da prolação da sentença na origem, reconheceu a perda de objeto dos AREsp n.º 946122, 988721 e 1008517 – que versavam sobre a liminar. Da r. Decisão prolatada na ocasião consta:

“O recurso encontra-se prejudicado.

De fato, conforme se verifica às fls. 441-491, foi proferida sentença na ação originária em 6 de outubro de 2016, confirmando a antecipação de tutela concedida anteriormente que é discutida no recurso especial que deu origem a este agravo, nos seguintes termos: (...)

Dessa sorte, **ressoa manifesta a prejudicialidade em relação ao recurso especial em tela** – bem como em relação aos recursos dele decorrentes, de agravo e o presente agravo interno –, configurando-se a perda superveniente de interesse recursal, tendo em vista o julgamento da ação principal” (g.n.).

21. STJ, EREsp 765105/TO, Corte Especial, j. 17.03.2010, Voto Vista Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 25.08.2010.

2. *Da impossibilidade da alteração, com efeito retroativo, do valor da multa fixada por descumprimento da liminar*

O CPC/15 nada mais fez do que, no art. 537, transformar em direito posto posição que considerávamos acertada já à luz do CPC de 1973.

O art. 461, § 6.º, do CPC de 1973 dava, de fato, margem a dúvidas quanto à qual seria sua correta interpretação. Fazia alusão à possibilidade de o juiz, mesmo sem que houvesse provocação da parte interessada, *modificar* o valor ou a periodicidade da multa, caso verificasse que se teria tornado insuficiente ou excessiva,²² sem mencionar expressamente se esta alteração poderia atingir situações passadas.

De fato, o dispositivo era silente quanto à possibilidade de dizer, também, respeito ao *passado*, isto é, ao valor das multas já devidas, porque cominadas para período em que a obrigação já havia sido descumprida, depois da ordem judicial. Quanto ao futuro, não haveria, por óbvio, necessidade de menção expressa. Por isso, a divergência.

Já sustentávamos, mesmo à luz do CPC de 1973, que essa alteração só poderia ter efeitos *ex nunc*, ou seja, para o presente e para o futuro.

A situação gerada por uma liminar durante o tempo em que essa vige (desde que não seja revogada pela decisão de mérito) é equivalente à do direito adquirido. Fica revestida de uma espécie de autoridade, que significa *estabilidade*. Multa vencida gera *crédito*, incorpora-se ao patrimônio do destinatário.

Em 2010, já sustentava Eduardo Talamini a *inviabilidade* de redução retroativa da multa. De fato, se a alteração do valor da multa dependia (como depende hoje, por força de lei expressa) de *fato novo*, obviamente esta alteração, no que tange ao valor, à periodicidade, ou mesmo à sua exclusão, só operavam seus efeitos *ex nunc*.

22. Controvertia-se, na vigência do CPC/1973, sobre ser possível a redução do valor da multa que já houvesse incidido (p. ex., rejeitando a possibilidade de redução, cf. STJ, REsp 1.022.033/RJ, j. 22.09.2009, rel. Min. Nancy Andrighi; em sentido contrário, admitindo a redução, cf. STJ, AgRg no AREsp 195.303/SP, rel. Min. Marco Buzzi, 4.ª T., j. 28.05.2013). “O § 1.º do art. 537 do CPC/2015 é claro no sentido de que apenas o valor ou a periodicidade da multa vencida pode sofrer alteração”. (José Miguel Garcia Medina. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Versão eletrônica. Art. 537, item IV).

Já não podia, assim como não pode, ser reduzida, nem excluída, multa que incidiu *validamente* pelo descumprimento de liminar.²³

No mesmo sentido era a lição de Alexandre Câmara, fazendo menção à ideia de *direito adquirido*, por nós inteiramente encampada.²⁴

-
23. Eduardo Talamini cita, aliás, doutrina estrangeira que critica a possibilidade de redução da multa com efeitos *ex nunc*, pelo fato de este sistema reduzir consideravelmente a carga intimidatória das “astreintes”, como ocorre no direito francês:

“Aliás, a possibilidade de diminuição retroativa do valor da multa como mera forma de exoneração do réu não só não é contemplada no direito positivo brasileiro, como ainda é alvo de críticas severas nos países em a legislação permite. Na França, por exemplo, a *astreinte* provisória é passível de modificação não só no curso de sua incidência. Diferentemente da *astreinte* definitiva (que também vigora no direito francês), ao liquidar a *astreinte provisoire*, o juiz pode rever o valor a ser imposto ao condenado, alterando a taxa incidente ou o período de incidência, para mais ou menos. Para tanto, tomará em conta o comportamento do condenado e as dificuldades que ele encontrou para cumprir a decisão (Lei nº 91-650, art. 36). Note-se que, mesmo lá, não se trata de uma autorização incondicionada para reduzir. Todavia, a doutrina francesa aponta frequentemente a limitação da carga intimidatória dessa espécie de *astreinte*: o condenado tende a apostar na redução ou supressão da condenação que provisoriamente lhe foi imposta.

Nesse sentido, Starck, Roland e Boyer apontam a diminuta eficácia coercitiva da *astreinte provisoire*.

Sabendo que *astreinte* é apenas provisória, a parte pode ainda esperar que no fim das contas, por ocasião de sua liquidação, o juiz vá reduzi-la, até mesmo suprimi-la. Essa esperança lhe é excluída se a *astreinte* é definitiva, isso é, sem possibilidade de revisão. O caráter cominatório, portanto, apenas engendra seu pleno e integral efeito no caso em que a *astreinte* é pronunciada a título irrevogável.

Semelhante crítica é formulada por Mazeaud e Chabas, após definirem a *astreinte définitive* e a *astreinte provisoire*: ‘Essa segunda medida é menos eficaz do que a primeira, na medida em que o devedor mantém a esperança de uma liquidação da *astreinte* a um montante reduzido, e talvez de sua supressão.’

Ora, como então se pretende ‘importar’ um instituto que, além de não autorizado em nosso direito positivo, não é bem visto nem sequer em ordenamentos em que está previsto?’ (Eduardo Talamini. *Direito Processual Concretizado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 85-86).

24. “Assim sendo, a partir do momento em que se vence a multa, incorpora-se ao patrimônio de seu credor o direito de exigir seu pagamento. E

Guilherme Rizzo Amaral²⁵ também assevera que a alteração do valor da multa só pode ter eficácia *ex nunc*, não atingindo o passado.

No caso em tela, aliás, diga-se de passagem, se alguma alteração devesse haver, seria para que o valor da multa fosse aumentado, já que, a essa altura, a conduta dos réus pode ser qualificada de absolutamente despropositada, teimosa e quase que atentatória à dignidade da justiça: afinal, a liminar foi concedida em 14/05/2014, nunca foi revogada e jamais foi cumprida.

Justamente para pôr fim a essa discussão, o art. 537, § 1º, do CPC em vigor faz expressa menção a multa VINCENDA. Isso implica dizer que o juiz pode alterar o valor ou a periodicidade da multa, ou até mesmo excluí-la, mas sua decisão terá efeitos *ex nunc*: para o futuro. Multa que incidiu, venceu e não foi paga, incorpora-se ao patrimônio do credor, como *crédito*. É fato que se *aperfeiçoa e fica no passado*. A cada descumprimento, o mesmo processo lógico se repete. Em se tratando de multa diária, como no caso dos autos, a cada dia em que o réu descumpra a obrigação, a multa incide e se torna *crédito*, em favor do credor da obrigação de fazer ou não fazer.

Decisão com base no § 1.º do art. 537 do CPC de 2015 só poderá ser tomada se ocorrerem uma, ou ambas, das hipóteses aventadas

direito incorporado ao patrimônio, que já pode ser exercido. Trata-se, pois, indubitavelmente, de *direito adquirido*.

Aceitar que o juiz tenha o poder de reduzir *ex tunc* o valor de uma multa que – legitimamente – já está vencida e, com isso, reduzir o *quantum debeatur*, diminuindo os contornos do direito do credor é dar ao Estado-juiz um poder de que nem o Constituinte Reformador dispõe.

Seria, em outras palavras, considerar que o juiz pode, por decisão, fazer o que não se consegue nem por emenda à Constituição.

É, portanto, absolutamente inaceitável a redução retroativa do valor da *astreinte* já vencida”. (Alexandre Freitas Câmara. Redução do valor da *astreinte* e efetividade do processo, em *Direito Civil e processo*: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim (coord. A Assis, E. A. Alvim, N. Nery Jr., R. Mazzei, T. A. A. Wambier e T. Alvim), São Paulo: RT, 2008, p. 1565-1566).

25. “Por óbvio, quaisquer alterações no *quantum* e na periodicidade da multa só terão efeitos *ex nunc*, não podendo, portanto, retroagir para prejudicar o réu, visto que dessa forma se estaria promovendo a sua punição, o que descaracteriza as *astreintes*, conforme já referido quando da análise da natureza jurídica da medida”. (*As Astreintes e o processo civil brasileiro: multa do art. 461 do CPC e outras*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 162).

nos incisos I e II: ou se verifica que a multa se terá tornado INÚTIL porque insuficiente, ou INÚTIL porque absolutamente excessiva ou, ainda, onerosa demais/desproporcional.

A doutrina sempre considerou que a ineficácia da multa (não cumprimento da obrigação pelo réu) poderia derivar tanto da insuficiência de seu valor, quanto do excesso, já que se o devedor realmente não tivesse bens, passaria a dever uma quantia exageradamente elevada. Seria algo de tal modo fora de seu universo, que deixaria de significar uma “ameaça” eficiente, capaz de gerar o cumprimento da obrigação. Isto sem falar, é claro, na hipótese dos autos em que se pode falar não em recalcitrância, mas em verdadeira teimosia.

A outra hipótese se desdobra em duas: ter havido cumprimento parcial superveniente à fixação da multa ou ter o devedor demonstrado justa causa para não a ter cumprido. Vê-se, ainda uma vez, uma expressão, usada pelo legislador, que remete ao *FUTURO*: superveniente.

Percebe-se, com clareza, que uma das hipóteses em que a nova lei autoriza o juiz a modificar valor ou periodicidade da multa ou extingui-la, é a em que tenha havido decisão *FIXANDO A MULTA E SUA PERIODICIDADE E, POSTERIORMENTE*, tenha sido cumprida parcialmente a obrigação. Nesse caso, a lei permite que o juiz “alivie” a situação do réu, alterando a *INTENSIDADE* da ameaça, o que pode ser feito (como já podia à luz do CPC de 1973), mesmo sem provocação do interessado. No caso do art. 537, § 1.º, II, poderá o juiz, exclusivamente, reduzir o fardo e não o aumentar.

O art. 537, § 4.º reforça esta interpretação: diz a nova lei que a multa será *DEVIDA*, desde o dia (desde o momento, de rigor, já que nem todas as multas são diárias – há multas fixadas por segundo, por exemplo, em casos ligados a propagandas de TV) em que houver o descumprimento da ordem judicial e *INCIDIRÁ* enquanto não for cumprida a decisão, ou – de acordo com o § 1.º do mesmo dispositivo – enquanto não for modificada ou extinta por decisão que produzirá efeitos *ex nunc*, futuros.

Vê-se, assim, que o dispositivo que disciplina a multa contém duas expressões que, inegavelmente, remetem para o futuro: multa *VINCENDA* e cumprimento parcial *SUPERVENIENTE*: posterior à decisão. O que ficou abrangido pela decisão, no passado, não pode ser alterado, inclusive sobre pena de ofensa ao art. 5o, XXXVI, da Constituição Federal.

A doutrina escrita já sob a égide do CPC em vigor não discrepa desse entendimento. Nesse sentido: “a alteração do valor da multa aplica-se ao futuro, e não ao passado. Melhor dizendo: na medida em que a mudança do valor só se justifica por um fato superveniente, é a partir desse fato que o novo valor deve incidir. Ampliar retroativamente a multa que já incidiu (i.e., não a partir de um fato superveniente, mas desde o início de sua incidência) seria ofensivo à segurança jurídica e ao devido processo legal (art. 5º, incisos XXXVI e LIV da CF). Do mesmo modo, reduzi-la ou eliminá-la retroativamente aniquilaria a eficácia coercitiva desse mecanismo, além de violar ato perfeito e direito adquirido. Precisamente por isso, o art. 537, § 1.º, permite apenas a modificação da ‘multa vincenda’”.²⁶

Já tivemos a oportunidade de escrever sobre o tema em obra publicada em coautoria com Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello: “O § 1º traz as hipóteses de revisão do valor e/ou da periodicidade da multa ou ainda sua exclusão, o que pode ser feito por meio de provocação ou de ofício. A norma se refere à multa vincenda, sugerindo que a decisão que a excluir ou a rever tem **efeito ex nunc**, não retroagindo para alcançar a multa vencida e não paga.”²⁷

Alexandre Freitas Câmara, de igual maneira, afirma que só se pode aumentar ou reduzir multa *VINCENDA*, não sendo admissível a alteração do valor de multa já vencida, o que implicaria a redução do valor de um *crédito*, já *configurado*, do demandante, violando-se direito adquirido.²⁸ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero também se manifestam pela impossibilidade de a redução da multa ter efeitos retroativos.²⁹

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery explicam que “a periodicidade e o aumento da multa se justificam pelo fato de ser a multa medida de execução indireta, destinada a forçar o devedor a

26. Eduardo Talamini; Luiz Rodrigues Wambier. Curso avançado de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Vol. 3. Capítulo 16. Item 16.7.4. p. 490-491.

27. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 984.

28. Alexandre Freitas Câmara. O novo Código de Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2017. 3. ed. rev., atual. e ampl. Capítulo 19. Item 19.3. p. 375-376.

29. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. Item 10, p. 672.

cumprir a obrigação; a diminuição da multa é injustificável, porque a multa não é destinada a fazer com que o devedor a pague, mas que a não pague e cumpra a obrigação na forma específica”³⁰

Na jurisprudência, acórdãos ainda são escassos, mas já se verifica a predominância do entendimento quanto à irretroatividade da redução da multa, conforme dispõe o art. 537, § 1º, CPC/15, por Tribunais de Justiça de todos o país.³¹ Nesse sentido, por unanimidade, o TJ-RJ entendeu, recentemente, que “nos casos em que a multa cresce muito, e alcança valores aparentemente exagerados, o enriquecimento do credor é *com causa*, e não se lhe pode imputar qualquer responsabilidade por esse crescimento ‘exagerado’, já que a inércia em promover a execução do julgado não é dele, mas do órgão jurisdicional. Era, pois, absolutamente inaceitável – com todas as vênias merecidas pelos que defendem entendimento diverso – essa tendência a reduzir *ex tunc* a multa pelo atraso no cumprimento da prestação. Tal redução vai contra todos os valores do processo democrático e, além disso, não encontra qualquer base normativa. E exatamente por isso o CPC/2015 deixou claro, no texto do art. 537, § 1.º, que o juiz poderá modificar o valor ou a periodicidade de *multa vincenda*”.³²⁻³³⁻³⁴

30. Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Versão eletrônica. Art. 537, item 4.

31. O Tribunal de Justiça do Paraná emitiu recente pronunciamento: “De acordo com as regras do CPC/73, o montante poderia ser revisto, caso fosse exorbitante ou insuficiente, nos termos do art. 461, § 6º, do CPC/1973. Naquela época, entendia-se que tanto o valor vencido quanto o montante vincendo poderiam ser revistos. Exemplificativamente: EDcl no REsp 1393469/RN, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 24/06/2014, DJe 01/08/2014. Ocorre que, conforme já registrado, a decisão agravada foi proferida na égide do CPC/15, o qual, diferentemente do CPC/73, autoriza apenas a alteração ou exclusão da multa vincenda, conforme a atual redação do art. 537, § 1º, do CPC/15” (TJ-PR, Agravo de Instrumento n.º 1.600.941-9, 10ª Câmara Cível, j. 09.03.2017, rel. Des. Guilherme Freire de Barros Teixeira, DJe 20.04.2017).

32. TJ-RJ, Apelação Cível n.º 0012811-85.2014.8.19.0037, 2ª Câmara Cível, j. 29.03.2017, rel. Des. Alexandre Freitas Câmara.

33. TJ-RJ, Apelação Cível n.º 0012802-04.2014.8.19.0206, 26ª Câmara Cível, j. 27.04.2017, rel. Des. Arthur Narciso de Oliveira Neto.

34. TJ-RJ, Apelação Cível n.º 0292510-21.2015.8.19.0001, 22ª Câmara Cível, j. 17.05.2016, rel. Des. Carlos Santos de Oliveira.

O TJ-RS também já se manifestou, por unanimidade, no sentido de que “o novo Código de Processo Civil, especificamente no § 1º do art. 537, deixou claro que somente a multa (*astreintes*) *vincenda* pode ser alterada. (...). Portanto, não há justificativa para que o devedor, não cumprindo a obrigação no prazo que lhe foi assinado e não obtendo êxito em pedido de revisão do valor da multa ou de sua periodicidade ou, até mesmo, de sua exclusão, venha a juízo, já na fase recursal, reclamar da multa imposta, pretendendo revisá-la para o passado por entender que restou excessiva, sequer comprovando o cumprimento da obrigação que lhe foi imposta. Caso o Judiciário persista com tal entendimento, estará enfraquecendo suas próprias decisões, já que a multa em testilha, como já dito, tem finalidade eminentemente coercitiva, a par de, com tal atitude, estar conivente com aquele que fez pouco caso da decisão contra si imposta, deixando o verdadeiro necessitado de proteção (o credor) ao desamparo.”³⁵⁻³⁶

No mesmo sentido tem sido a interpretação dada pelo TJ-DF que, por unanimidade, entendeu que “o Novo Código de Processo Civil disciplina as hipóteses de modificação do valor ou da periodicidade da multa cominatória *vincenda*, visando adequar a medida de coerção à eventual alteração da situação fática, superveniente à decisão que a arbitrou, tudo a fim de conferir maior eficácia ao instituto. Inteligência do artigo 537, § 1.º, NCPC. Inadmissível a redução da multa vencida, por configurar direito adquirido do credor da obrigação.”³⁷

Sobre o direito intertemporal: o valor da multa fixada para o descumprimento da liminar não pode ser alterado *com efeitos* retroativos, ainda que se entenda que a situação dos autos seria inteiramente disciplinada *apenas* pelo CPC de 1973, já que foi fixada à luz desse diploma legal.

Esse entendimento, todavia, é totalmente equivocado. Não se pode dizer que a situação se rege inteiramente pelo CPC de 1973,

35. TJ-RS, Recurso Inominado n.º 71005962634, 3.ª Turma Recursal Cível, j. 28.07.2016, rel. Des. Luis Francisco Franco.

36. TJ-RS, Recurso Inominado n.º 71006221030, 3.ª Turma Recursal Cível, j. 29.09.2016, rel. Des. Cleber Augusto Tonial.

37. TJ-DF, Agravo de Instrumento n.º 20160020477998, 3ª Turma Cível, j. 22.07.2017, rel. Des. Flavio Rostirola.

porque: “A norma processual não retroagirá e **será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada**” (art. 14 do CPC, grifos nossos).

A multa que incide de forma diária, evidentemente, não configura uma *situação jurídica consolidada sob a vigência da norma revogada*, de modo a permitir a aplicação da regra antiga no período posterior a entrada em vigor da lei nova.

Corroborando esse entendimento, já decidiu o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO AGRAVADA, PUBLICADA SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. CONTAGEM DO PRAZO. REGRAS DE DIREITO INTERTEMPORAL. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INTEMPESTIVIDADE.

1. A nova lei processual se aplica imediatamente aos processos em curso (*ex vi* do art. 1.046 do CPC/2015), respeitados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, enfim, os efeitos já produzidos ou a se produzir sob a égide da nova lei.

2. Considerando que o processo é constituído por inúmeros atos, o Direito Processual Civil orienta-se pela Teoria dos Atos Processuais Isolados, segundo a qual, cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de determinar qual a lei que o regerá (princípio do *tempus regit actum*). Esse sistema está inclusive expressamente previsto no art. 14 do CPC/2015.³⁸

Portanto, o correto é entender-se que se aplicam ambos os Códigos, cada um em períodos diferentes.

Assim, no caso dos autos, ainda que possa existir dúvida quanto à possibilidade de redução da multa sob a égide do CPC/73, **após março de 2016**, quando entregou em vigor o novo CPC, a multa que **incidiu** em função do descumprimento da liminar **não é mais passível de revisão *ex tunc***, dada a literalidade dos dispositivos que tratam do tema.

De todo modo, se se considerar que o novo CPC não começaria a incidir desde o momento que entrou em vigor, porque a liminar foi proferida a luz do CPC/73 – o que se admite *ad argumentandum* –

38. STJ, AgRg no REsp 1584433/SP, 1.^a T., j. 15.09.2016, rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 21.10.2016.

então há que se considerar que houve uma “nova liminar” quando da prolação da sentença. Com efeito, proferida **já sob a égide do CPC/15**, a sentença, além de decidir o mérito, “substituiu” a antecipação de tutela que havia sido concedida no início do processo. Portanto, a multa que incidiu após a prolação da sentença, sob a égide do novo CPC, evidentemente, não admite revisão.

3. *Sobre a preclusão pro judicato relativa à apreciação da adequação do valor da multa*

As questões decididas que não foram objeto de recurso ficam acobertadas por alguma espécie de “estabilidade”. Algumas, como as sentenças ou as interlocutórias de mérito, se não forem impugnadas por recurso ao longo do feito, transitam em julgado. Tanto assim é que podem ser impugnadas por ação rescisória, mesmo que o processo, como um todo, não tenha chegado ao fim. Outras ficam acobertadas pela preclusão, se se tratar de decisão sobre temas que não transitam em julgado.

Foi exata e precisamente o que ocorreu, no processo cuja análise nos foi solicitada, em relação ao valor da multa.

A proporcionalidade da multa fixada foi discutida nos autos do agravo de instrumento n. 0062505-37.2014.8.19.0000, pela ROLLS ROYCE. O TJRJ rejeitou a insurgência, levando à interposição de recurso ao STJ. No bojo do AREsp 795597, o Min. Salomão expressamente concluiu por sua adequação:

“A Corte estadual, no entanto, procedeu à estipulação das *astreintes* à luz das peculiaridades fáticas constantes dos autos, o que impede o conhecimento do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ, **não estando configurada hipótese de excesso do valor arbitrado (e conseqüente teratologia), tendo em vista que o valor do bem a ser substituído pela ré alcança, aproximadamente, a quantia de US\$ 1.200.000,00 (hum milhão e duzentos mil dólares americanos)**” (g.n.).

Diga-se mais. Dos três AREsp hoje pendentes de julgamento no STJ, dois deles simplesmente *não discutem o valor da multa*: versam sobre o erro ou o acerto da concessão da liminar e/ou impossibilidade de seu cumprimento alternativo (vide: AREsp 946122 e 1008517, da HELIBASE e ROBINSON, respectivamente). Sendo, portanto, a liminar MANTIDA, mantido estará o valor da multa estabelecida para o seu descumprimento.

Essa regra é decorrência do efeito devolutivo dos recursos.³⁹

Somente o AREsp 988721 da ROBINSON, ainda em trâmite no STJ, efetivamente questiona o valor da multa imposta. Contudo, conforme a própria agravante reconhece no bojo do recurso, a proporcionalidade da multa não foi uma questão expressamente analisada no acórdão recorrido do TJRJ. A ausência de prequestionamento, portanto, evidentemente impedirá o seu conhecimento agora.

Pois bem. Se existe a possibilidade de revisão da multa, relativamente ao seu valor, à sua periodicidade e à sua existência, essa possibilidade: (i) depende da ocorrência de fatos novos; (ii) tem efeitos *ex nunc*; (iii) não pode ocorrer, se **houve preclusão**.

Neste sentido, manifesta-se Araken de Assis:

“A possibilidade de o órgão judiciário reduzir o montante da multa, após a respectiva incidência, e nada obstante o sujeito passivo não ter se dado por vencido, há de ser entendida nos devidos termos. É preciso que não tenha ocorrido preclusão, ou seja, haja a parte aviado recurso específico para impugnar o valor da multa”⁴⁰

Há preclusão, quando o juiz decide várias matérias e o prejudicado só se insurge contra algumas. As outras, adquirem uma espécie de estabilidade, no sentido de não mais poderem ser impugnadas.

A jurisprudência do STJ não discrepa desse entendimento. É oportuna a menção a acórdãos recentes.

39. “O efeito devolutivo é manifestação do *princípio dispositivo*, e não mera técnica do processo, princípio esse fundamental do direito processual civil brasileiro. (...)”

Transportando esses fundamentos para a esfera recursal, que é uma espécie de renovação do direito de ação em outra fase do procedimento, verificamos que o recurso interposto devolve ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada. O juízo destinatário do recurso somente poderá julgar o que o recorrente tiver requerido nas suas razões de recurso, encerradas com o *pedido de nova decisão*. É esse pedido de nova decisão que fixa os limites e o âmbito de devolutividade de todo e qualquer recurso (*tantum devolutum quantum appellatum*). (Nelson Nery Junior. Teoria Geral dos Recursos. 7.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 401-402).

40. Araken de Assis. Manual de Execução. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 874-875 (g.n.).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SOBRESTAMENTO DO APELO NOBRE. DESCABIMENTO, NO CASO. VIOLAÇÃO DO Art. 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ARESTO. ASTREINTES. MULTA DIÁRIA. REVISÃO DO VALOR. SÚMULA 7/STJ.

1. A tese recursal defendida no apelo nobre não questiona a aplicação das astreintes, mas apenas o valor da multa diária estabelecida. Logo, houve preclusão do debate sobre cabimento da medida, restando apenas o questionamento a respeito da correção do quantum, matéria não abarcada pela afetação do REsp 1.474.665/RS. 2. Não há violação do art. 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido fundamenta claramente seu posicionamento de modo a prestar a jurisdição que lhe foi postulada”⁴¹

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) FIXADA COM O OBJETIVO DE ASSEGURAR O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. VALOR DA MULTA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Hipótese em que “a tese recursal defendida no apelo nobre não questiona a aplicação das astreintes, mas apenas o valor da multa diária estabelecida. Logo, houve preclusão do debate sobre cabimento da medida, restando apenas o questionamento a respeito da correção do quantum, matéria não abarcada pela afetação do REsp 1.474.665/RS” (AgInt no AREsp 900.872/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 14.11.2016)”⁴²

“PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA DIÁRIA. AFERIÇÃO DO EFETIVO CUMPRIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DO VALOR DA MULTA. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF.

1. De acordo com a jurisprudência do STJ, “é possível ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, fixar multa diária cominatória – astreintes, ainda que contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer” (REsp 1.654.994/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/4/2017). Dessa feita, não constitui provimento extra petita a cominação de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer, mesmo que a referida providência não tenha sido reclamada pela parte interessada.

41. STJ, AgInt no AREsp 900872/PE, 2.^a T., j. 08.11.2016, rel. Min. Og Fernandes, DJe 14.11.2016.

42. STJ, REsp 1662614/PE, 2.^a T., j. 13.06.2017, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 20.06.2017.

2. É descabido, no âmbito do recurso especial, revisar as conclusões do acórdão recorrido, no tocante ao efetivo descumprimento da obrigação de lavrar a certidão, nos termos exigidos pelo Juízo de primeiro grau, tendo em vista o óbice da Súmula 7/STJ.

3. O Tribunal de origem afastou o pedido de redução da multa diária, sob o fundamento de que houve a preclusão, diante da ausência de insurgência da parte no momento da fixação da referida cominação. Esse ponto, contudo, não foi combatido nas razões do apelo especial, o que atrai a incidência da Súmula 283/STF.

4. Ademais, não é possível examinar a alegativa de afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade nem do enriquecimento sem causa, haja vista que não houve juízo de valor do Tribunal recorrido a respeito desses temas, estando ausente o requisito do prequestionamento.”⁴³

Foi o que houve no caso dos autos cuja apreciação nos foi submetida.

4. *Sobre os critérios para se verificar a adequação do valor da multa*

Quando se pensa nos critérios de fixação da multa imposta pelo descumprimento de liminar, não se pode perder de vista que se trata de medida de execução indireta, i.e., de medida que visa a que o réu cumpra a obrigação tal qual tenha sido determinado pela liminar, normalmente *in natura*. É essa a função e a razão de ser da multa do art. 461, § 4.º, do CPC de 1973 e do art. 537 do novo CPC.

Deve influenciar na vontade do réu. Portanto, é equivocada a relação que alguns estabelecem entre a multa e o valor da obrigação ou aos danos derivados da violação. É mecanismo processual cujo objetivo é gerar a eficácia de ordens dadas por órgãos jurisdicionais. Por isso, não se aplicam a essa multa os limites impostos pelo CC à cláusula negocial penal, instituto de direito material (CC, art. 412). Essa limitação diz respeito, única e exclusivamente às cláusulas penais contratuais.

43. STJ, AgInt no REsp 1409022/SP, 2.ª T., j. 05.09.2017, rel. Min. Og Fernandes, DJe 11.09.2017.

Os limites das *astreintes* não de ser fixados em razão da perspectiva de sua eficiência no sentido de a ordem judicial ser efetivamente cumprida.⁴⁴

Autores clássicos como Alcides de Mendonça Lima já sustentavam que “as *astreintes* não têm limites”, sendo acompanhada por toda a doutrina da época.⁴⁵ Isso, porque, se o tivessem, o objetivo para o qual foram concebidas ficaria comprometido.

De fato, ao réu precisa parecer ser mais vantajoso cumprir a obrigação determinada pela liminar do que pagar as *astreintes*. Por isso, é evidente, é necessário que haja certa dose, a ser avaliada em cada caso concreto, de desproporção entre a obrigação e a multa devida. Ao réu não deve ser dado *optar*: ao contrário, esse deve perceber o cumprimento da obrigação como mais vantajoso para ele do que ficar sujeito às *astreintes*.

São diversos os parâmetros que devem ser levados em conta para a fixação do valor das *astreintes*. Deve-se ter em vista a efetividade

44. Na lição de Araken de Assis: “O valor da *astreinte* deve ser fixado de modo a quebrar a vontade do obrigado ou do destinatário da ordem judicial, desvinculado dos limites ideais de indenização do dano. Neste sentido, como visto (retro, 219), manifestou-se o STJ. Quer dizer, o órgão judiciário fixará a multa numa quantia ‘suficiente para constranger’. Para tal mister, nenhum outro critério substitui o da discricção judicial”. (Araken de Assis. Manual de Execução. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 874-875).

45. Idêntico era o ensinamento de todos os demais autores de escol que à época examinaram o tema. Podem aqui ser mencionados, entre muitos: Amílcar de Castro, Cândido Dinamarco, José Frederico Marques, Barbosa Moreira, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Vicente Greco Filho, Araken de Assis e Arruda Alvim. (Amílcar de Castro. *Comentários...*, VIII, *op cit.*, p. 179 e 189; Cândido Rangel Dinamarco. *Execução civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 102, e *Execução, op cit.*, v. 2, p. 217-218; Frederico Marques. *Manual de direito processual civil*. IV, São Paulo: Saraiva, 1976, p. 134, nota 5; Barbosa Moreira. “Notas sobre o problema da efetividade do processo”, em *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 40, e *O novo processo civil brasileiro*, 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 524; Sálvio Teixeira. *CPC anotado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 383; Vicente Greco Filho. *Direito processual civil brasileiro*. 10. ed., III, São Paulo: Saraiva, 1995. p. 69; Araken de Assis. *Manual do processo de execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 109 e p. 408; Arruda Alvim. Interpretação da sentença liquidanda: fidelidade ao seu sentido original: multa convencional e ‘*astreintes*’: diferenças e limites, em *Revista de Processo*, 77, 1995, p. 183).

da tutela proporcionada pela decisão que deve ser cumprida, mas, em contrapartida, não deve o beneficiário desta “lucrar” desmesuradamente com a multa, pois o sistema veda o enriquecimento sem causa.

Trata-se de dois objetivos difíceis de serem conciliados.

Fala-se, também, em outra função da multa: a de ressarcir o credor, autor da demanda, pelo tempo em que se encontra privado do bem da vida.

Devido à complexidade do tema, decorrente, principalmente, da multiplicidade de critérios que devem ser levados em conta para a fixação do valor da multa, é natural que a jurisprudência não seja absolutamente uniforme a respeito.

Há acórdãos em que se considera que a ADEQUAÇÃO do valor da multa se deve aferir no momento de sua fixação, sendo IRRELEVANTE o valor total da dívida – do contrário, seria prestigiada a recalcitrância do devedor.⁴⁶

Portanto, a adequação do valor há de ser avaliada no que tange ao seu valor unitário, ou seja, ao *quantum* devido por dia (hora, semana, minuto...) de atraso. Se o valor da multa se tornou alto *POR CAUSA* do descumprimento reiterado da ordem judicial, por mera teimosia, não se pode, em absoluto, falar em enriquecimento ilícito do autor.⁴⁷

É nada mais natural que o valor se torne expressivo com o descumprimento reiterado.⁴⁸

46. STJ, REsp 1475157/SC, Min. Bellizze – 3.^a Turma, j em 18/09/2014, DJe 06/10/2014. No mesmo sentido: AgRg. No AREsp 820.239/GO, Min. João Otávio de Noronha, 3.^a T. j. em 17/05/2016, DJe 20/05/2016.

47. É a opinião de Cândido Rangel Dinamarco: “Não convém ter por certo, como também já se decidiu, que ‘a multa não poderá jamais superar o valor da obrigação principal’ Tudo depende do caso. **Não aberra do sistema nem é desproporcional permitir que o valor da obrigação principal seja superado pelo valor das multas acumuladas durante longo tempo, porque o crescimento do valor total terá sido motivado pela renitência do próprio obrigado, quando ele teimar em não cumprir, deixando deliberadamente passar o tempo**”. (Cândido Rangel Dinamarco. Instituições de direito Processual Civil. 3.^aed. vol. IV. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 536-537).

48. “Por outro lado, enquanto for viável obter-se a prestação in natura, continuará cabível a multa, ainda que ultrapasse o valor da dívida, porque

A 4.^a Turma do STJ, por sua vez, tem decidido no seguinte sentido: o valor final da multa – somando-se as parcelas vencidas – não pode ultrapassar o da obrigação principal. Esse entendimento implica a possibilidade de “revisão” do valor da multa, relativamente às que já incidiram.⁴⁹

A Corte Especial do STJ, alguns anos antes dos acórdãos mencionados, embora não tenha (a nosso ver equivocadamente) admitido os Embargos de Divergência, manifestou-se no sentido de acompanhar, *grosso modo*, o entendimento da 3.^a Turma.⁵⁰

No entanto, principalmente à luz de um Código que privilegia, de modo escancarado, a efetividade do processo, embora se deva levar em conta o valor da obrigação para fixar o valor da multa, certamente este não será o limite para aquele. É apenas *um* dos parâmetros – e nada mais –, assim como autuação econômica do devedor é em outro parâmetro. O devedor ficará responsável por um valor adicional em decorrência de sua conduta omissiva, em relação ao cumprimento da liminar.

No caso dos autos, é necessário destacar, nada poderia ter sido feito pelo autor para minimizar o prejuízo. Tampouco se pode afirmar que esse estaria deixando a dívida crescer, porque lhe seria mais vantajoso obter o pagamento da multa decida do que o cumprimento da obrigação *in natura*. Muito pelo contrário. O consulente se revelou litigante empenhado em ver a liminar, concedida em

a *astreinte* não é meio de satisfação da obrigação, mas simples meio de pressão”. (Humberto Theodoro Júnior. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Doutrinas essenciais de direito processual civil. vol. 8. p.761-789, outubro de 2009).

49. Crítica com veemência esta posição, Luiz Guilherme Marinoni: “Como se vê, a multa não tem nada a ver com o valor da prestação inadimplida ou com as perdas e danos. Sua função é eminentemente coercitiva, isto é, o seu objetivo é convencer o réu a cumprir a decisão judicial.

Nesse sentido, e por lógica, não há como limitar o valor da multa ao valor da prestação inadimplida. Se o valor da multa estivesse limitado a esse valor, o demandado sempre teria a faculdade de liberar-se da sua obrigação, devolvendo o valor que foi pago pela prestação”. (Luiz Guilherme Marinoni. Técnica processual e tutela dos direitos. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004, p.395-397).

50. EREsp 976.670/BA, rel. Min. Felix Fischer, rel. p/ Acórdão Min. Aldir Passarinho Jr., Corte Especial, j. em 16/02/2011, DJe 03/06/2011).

seu favor, eficaz no mundo dos fatos, o que até agora não ocorreu. Nesse sentido, os documentos juntados aos autos revelam ter sido inúmeras as tentativas de contato com as rés, para fins de solucionar a questão. Mais do que isso: por ocasião da audiência de conciliação, o consulente propôs abrir mão de todos os demais pedidos de indenização caso as rés simplesmente atendessem a liminar, entregando-lhe um novo helicóptero. Nem assim conseguiu sensibilizá-las.

Esses seriam parâmetros capazes de levar a diminuição do valor da multa – sempre com efeitos *ex nunc* – mas não ocorreram: nem o descumprimento do dever de mitigar o prejuízo, nem o interesse em obter a multa, em vez do cumprimento da ordem judicial.

Assim, como se viu, são inúmeros os parâmetros que devem ser levados em conta para fixação do valor da multa e, por consequente, para a verificação de sua adequação. É impossível enumerá-los de forma taxativa, até porque das peculiaridades do caso concreto pode decorrer a necessidade de se avaliar num outro parâmetro, próprio da situação sob análise.

Em síntese, façamos, aqui, referência aos principais:

- i) Valor da obrigação
- ii) Capacidade econômica do réu
- iii) Função da multa: exercer pressão sobre o devedor
- iv) Dever de mitigar o prejuízo (cumprido pelo réu?)
- v) Eventual interesse desse *na multa e não* no cumprimento da ordem judicial.

Entretanto, o que não se deve levar em conta é o valor da multa não em termos de valor fixado para, voltamos a insistir, o descumprimento da ordem judicial, mas *acumulada*. O credor *continua* a fazer jus à multa *acumulada*, ainda que o seu valor esteja “alto”, principalmente quando este resultado decorre da recalcitrância do réu em se submeter à ordem judicial.

Exatamente isso acontece no caso cuja análise nos foi submetida: o valor atual da multa decorre única e exclusivamente da recusa, quase *teimosa*, dos réus em cumprir a ordem judicial, veiculada pela decisão liminar proferida em 14/05/2014! Diferente seria a situação, se os réus se tivessem desincumbido de demonstrar que não podem, que não têm condições de cumprir a ordem.

No caso dos autos, conforme comprovou a prova produzida pelo consulente, não havia óbices ao cumprimento da liminar pelas Rés. Basta ver a proposta que foi apresentada pela HELIBASE a pretenso cliente, ajustando a entrega de novo helicóptero do modelo R-66 no prazo de 60 dias. Ademais, segundo apontou o relatório técnico emitido por especialista (Ronaldo Vieira Garcia), o helicóptero Modelo R-66 começou a ser fabricado pela ROBINSON em 2012, perdurando até então, sendo que suas novas edições preservavam as características básicas. Somente alguns itens “aviônicos” (basicamente eletrônicos) haviam sido alterados ao longo do tempo.

Evidentemente, se o elevado valor da multa fosse *razão suficiente* para levar à redução de seu valor unitariamente considerado (= que incide a cada descumprimento) a capacidade que a multa tem de PRESSIONAR o réu a cumprir a decisão ficaria consideravelmente reduzida, podendo até desaparecer completamente, tornando INÚTIL o instituto.

Eduardo Talamini sustenta com inteiro acerto⁵¹ que a situação patrimonial do réu é elemento a ser considerado na fixação do valor da multa e consiste, de rigor no *principal fator* da sua dosimetria.⁵² Isso, porque, normalmente, como ocorre no caso dos autos, significa que o réu não cumpre a ordem porque *não quer*.

Isso foi reconhecido pelo TJRJ, no julgamento do agravo de instrumento n.º 0061293-44.2015.8.19.0000 da ROBINSON. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. (...) Decisão agravada que apenas mantém a anterior. Ausência de fatos novos. **Mera irresignação quanto ao teor da decisão.** Questões suscitadas pela ora recorrente que foram devidamente apreciadas no agravo de instrumento 0031080-55.2015.8.19.0000. **O inconformismo com o resultado**

51. “Por último – e não menos importante – a situação patrimonial do réu é elemento a ser ponderado na definição do valor da multa” (Eduardo Talamini. *Direito Processual Concretizado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 71).

52. Na mesma linha, Araken de Assis: “O órgão considerará o patrimônio do executado – quanto mais rico, maior o valor da pena – e a magnitude da provável resistência, e preocupar-se-á apenas em identificar e aplicar um valor exorbitante e despropositado, inteiramente arbitrário, capaz de ensejar o cumprimento espontâneo pretendido pelo exequente, e, conseqüentemente, a execução em natura” (Araken de Assis. *Manual de Execução*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 874-875).

da decisão exarada por este egrégio tribunal de justiça não pode servir de argumento à interposição continuada de recursos. (...) “Ademais, acolher a tese formulada pela recorrente implicaria em afronta ao princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, eis que **as supostas dificuldades encontradas pela ré em dar cumprimento à obrigação são embaraços causados pela própria agravante.**”

(...) “Portanto, ao meu entender não agiu da melhor forma a Recorrente, mormente porque a provocação de incidentes termina ao fim e ao cabo, contribuindo para retardar a marcha processual e, em consequência, fortalece os argumentos de desprestígio desta Instituição.

Em tempo de severas críticas a morosidade da Justiça Brasileira, é preciso pontuar que pouco ou nada adiantará qualquer mudança legislativa destinada a dar agilidade na apreciação de processos se não houver uma revolução na maneira de encarar a missão de se enxergar o Direito.

Enquanto reinar a crença de que os Tribunais podem ser acionados para funcionar com obstáculos dos quais as partes lançam mão para prejudicar o andamento dos feitos, será constante, no dia a dia, a vagareza do judiciário.

Logo, o inconformismo com o resultado da decisão não pode servir de argumento à interposição continuada de recursos, como vem ocorrendo na hipótese dos autos, especialmente diante da ausência de vícios no julgado.

O ora agravante, devidamente assistido por seus advogados, tem de forma temerária, interposto, neste feito em tramite nesta Corte de Justiça um elevado número de recursos e incidentes processuais, configurando, assim, nítido abuso do poder de recorrer.

(...)

Dito isso, **o material probatório anexado** aos autos, declaração do presidente da Robinson CO, **mostra-se insuficiente a comprovar**, de modo adequado e necessário a real necessidade de reformulação do decisum.

Isso porque, como bem percebido pela parte autora em suas contrarrazões fls. 27/45 (indexador eletrônico 00027), a Robinson peticionou ao douto magistrado a quo requerendo a revogação da tutela antecipada ou em caráter subsidiário, a extensão do prazo para o cumprimento da obrigação.

(...)

Ninguém pode valer-se de sua própria torpeza para livrar-se das consequências de um negócio jurídico que lhe trouxe prejuízo, sobretudo no plano consumerista onde prevalece a vertente do risco do empreendimento da responsabilidade que é objetiva.

Sua conduta, como é de se notar, é toda no sentido de **tentar beneficiar-se da desobediência à ordem judicial, sendo remitente e reincidente nisto**.

Neste contexto, e **se o agravante deu causa à prorrogação do atendimento à tutela antecipatória, deve entregar helicóptero novo, porque intransferível ao consumidor o ônus do atraso**.

Destarte, se o bem saiu de linha de montagem, dá-se um novo tal e qual no passado o usuário adquiriu, e sem qualquer acréscimo, pois importaria em presentear a falta de boa-fé objetiva, a cooperação e a finalidade social do contrato como agregados ou deveres anexos de ordem pública a prol do consumidor tal como afirmado no art.1º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que são regras de sobredireito, e de horizontabilidade no diálogo de prevalência com o sistema jurídico pátrio⁵³ (g.n.).

Desnecessárias são, a nosso ver, quaisquer observações a respeito da capacidade econômica dos réus. Quanto à ré HELIBASE, basta registrar que sua sede é um imóvel de 50.000 metros quadrados no quilômetro 15 da Rodovia Anhanguera, cujo investimento estima-se ter demandado 70 milhões de reais. Pode abrigar, simultaneamente, 200 helicópteros, conforme registra seu *site* na internet.⁵⁴ É “o maior negócio do gênero na América Latina”, segundo matéria publicada na revista Veja online em 12/02/2016.⁵⁵ A ROBINSON Helicopters, por sua vez, é a maior fabricante mundial de helicópteros civis. Segundo informações extraídas do *site* de Audi Helicópteros (sua distribuidora no Brasil, que inicialmente foi arrolada como ré na ação em questão), “Os helicópteros Robinson compreendem hoje mais de 37% do mercado nacional de aeronaves.”⁵⁶

53. TJRJ, Acórdão Agravo de Instrumento n.0061293-44.2015.8.19.0000.

54. Disponível em: <http://www.hbraviacao.com.br/empresa.html>. Acesso em 10/10/2017.

55. Matéria A chegada da HBR Aviação causa turbulência no setor de helicópteros. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cidades/hbr-aviacao-osasco-sbt-justica-capa>. Acesso em 10/10/2017.

56. Disponível em: <http://www.helicopteros.com.br>. Acesso em 10/10/2017.

É farta a jurisprudência do STJ no sentido de que o valor total da dívida, quando decorrente da inércia do devedor (e não da alegada e comprovada impossibilidade) em cumprir a ordem judicial não gera enriquecimento sem causa.⁵⁷

Vejam-se abaixo expressivos e atualíssimos exemplos:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). POSSIBILIDADE DE REDISSCUSSÃO DO CABIMENTO DA MULTA COMINATÓRIA APÓS A PRECLUSÃO DO DECISUM QUE A COMINOU. RESP 1.333.988/SP. RITO DO Art. 543-C DO CPC. DESPROPORCIONALIDADE DA MULTA COMINATÓRIA IMPOSTA. ASTREINTES. DESCASO DO DEVEDOR. REDUÇÃO. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES. DESÍDIA DO DEVEDOR. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICA-PROBATÓRIA DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o controle do valor arbitrado pela instância ordinária a título de astreintes, com vistas a assegurar a correta aplicação do princípio da proporcionalidade, bem como para evitar o enriquecimento sem causa.

Entretanto, não parece ser razoável, na hipótese dos autos, a utilização do parâmetro de confrontação entre o valor da multa diária e o valor da obrigação principal para aferimento da proporcionalidade e razoabilidade da sanção, como requerido pelo recorrente. O que se deve levar em consideração é a disposição da parte em cumprir a determinação judicial.

Esta Corte já decidiu que, “se o único obstáculo ao cumprimento de determinação judicial para a qual havia incidência de multa diária foi o descaso do devedor, não é possível reduzi-la, pois as astreintes

57. Novamente, é oportuna a citação de Araken de Assis: “Eventualmente, o valor da multa assumirá montante expressivo, como é da sua índole, e, embora aproveite ao exequente, rigorosamente inexistente enriquecimento sem causa: a causa reside na emissão do pronunciamento judicial e no descumprimento do preceito imputável ao executado. Aliás, vencido o exequente na causa principal, desaparece a causa da atribuição patrimonial, e, conseqüentemente, nada é devido pelo vencedor a título de pena (infra, 223). No entanto, quiçá constringido pelo vulto da dívida, o STJ já reduziu a multa, no curso da execução, sob o pretexto de torná-la razoável. Pouco razoável, na verdade, é o estímulo implícito à atitude de desrespeitar a cominação da *astreinte*”. (Araken de Assis. Manual de Execução. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 874-875).

têm por objetivo, justamente, forçar o devedor renitente a cumprir sua obrigação” (AgRg no REsp 1.026.191/RS, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJe de 23.11.2009. No mesmo sentido: REsp 1.151.505/SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi, DJe de 22.10.2010).

Nessa linha de entendimento, no RESP 1.192.197/SC, DJe de 5/6/2012, 3ª Turma, divergi do Relator, para acompanhar o voto da Ministra Nancy Andrichi, Relatora para acórdão, no qual restou consignado que:

*“Com efeito, a análise sobre o excesso ou não da multa não deve ser feita na perspectiva de quem, olhando para fatos já consolidados no tempo – agora que a prestação finalmente foi cumprida – procura razoabilidade quando, na raiz do problema, existe justamente um comportamento desarrazoado de uma das partes; ao contrário, a eventual revisão deve ser pensada de acordo com as condições enfrentadas no momento em que a multa incidia e com o grau de resistência do devedor, sendo certo que, na espécie, a recorrente chegou ao ponto de, após levar quase **04 meses** para baixar o nome do recorrido dos cadastros de inadimplentes, **reincluí-lo** no rol de devedores, onde lá permaneceu por outros **04 meses**.”*

Nesses termos, considerando que na situação dos autos a demora no cumprimento da obrigação decorreu de atos protelatórios do recorrente, não há o que se falar em redução das astreintes, conforme precedentes desta Corte. Ademais, afastar a conclusão do Tribunal de origem de que o valor alcançado da multa decorreu de atos protelatórios do agravante, acolhendo-se a alegação da parte recorrente de que a “demora no cumprimento da obrigação de fazer no presente caso (cerca de dez meses) não ocorreu pela mera desídia da ora requerente”, demandaria a análise de fatos e provas constantes dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.⁵⁸ (g.n.).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. GOOGLE. YOUTUBE. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTEÚDO REPUTADO OFENSIVO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROVEDOR. NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. DESCUMPRIMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA COM OFENSOR. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL.

(...)

58. STJ, AgInt no AREsp 960832/RJ, 3.ª T., j. 26.09.2017, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 04.10.2017.

O valor total fixado a título de astreinte somente poderá ser objeto de redução se fixada a multa diária em valor desproporcional e não razoável à própria prestação que ela objetiva compelir o devedor a cumprir, nunca em razão do simples valor total da dívida, mera decorrência da demora e inércia do próprio devedor. Precedentes. (g.n.).⁵⁹

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. BUSCA E APREENSÃO. VIOLAÇÃO AO Art. 3º, § 2º, DO DECRETO LEI 911/69. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. DESCUMPRIMENTO DO Art. 1.021, § 1º, DO NCPC E INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 182 DO STJ. OFENSA AO Art. 461 DO CPC/73. ASTREINTE. REVISÃO. MINORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(...)

4. O valor total fixado a título de astreinte somente poderá ser objeto de redução se fixada a multa diária em valor desproporcional e não razoável à própria prestação que ela objetiva compelir o devedor a cumprir, nunca em razão do simples valor total da dívida, mera decorrência da demora e inércia do próprio devedor (REsp n. 1.475.157/SC). (g.n.).⁶⁰

5. *Termo a quo da incidência das astreintes e necessidade de intimação pessoal da liminar que a fixa*

Sobre o tema: intimação pessoal da parte, para o cumprimento de obrigação de fazer e incidência de multa diária (*astreintes*), em caso de seu descumprimento, muito embora a matéria não esteja, ainda, pacificada no STJ, outra solução não nos parece a correta a não ser a desnecessidade de intimação pessoal do devedor da obrigação, sobretudo em vista do que dispõe o atual Código de Processo Civil.

Sob a égide do Código de Processo Civil/1973, divergências já havia perante o STJ, assim como em doutrina, no sentido de ser

59. STJ, REsp 1641133/MG, 3ª T., j. 20.06.2017, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 01.08.2017.

60. STJ, AgInt no REsp 1594282/RJ, 3ª T., j. 13.06.2017, rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 26.06.2017.

necessária a intimação pessoal do devedor para cumprimento de obrigação imposta em comando judicial e para a consequente sujeição à multa.

O antigo CPC/73 não continha dispositivo que tratasse, especificamente, da (des)necessidade da intimação pessoal do devedor, gerando diversidade de posições a respeito do tema: havia os que entendiam pela obrigatoriedade da intimação do próprio devedor, assim como os que defendiam que a intimação do advogado da parte, desde que constituído nos autos, seria o bastante.

Em novembro de 2009, foi aprovada a Súmula n. 410 do STJ: “**A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer**” (g.n.).

Mesmo com o advento da Súmula 410, continuaram a existir divergências, também no âmbito do STJ. E isso porque a mencionada Súmula adotou tese diametralmente oposta à tendência que o processo civil brasileiro vem, há tempos, adotando, na busca de um processo mais efetivo e menos burocrático, no que se inclui sua celeridade.

Vê-se, perfeitamente, essa busca pelo processo mais efetivo, por exemplo, na edição das Leis ns. 11.232/05 e 11.382/06, que encampou o sincretismo processual, eliminando a fase processual autônoma para a execução de título executivo judicial, tendo-se criado, para esse caso – dentro do processo de conhecimento, ainda – o procedimento de cumprimento de sentença. A ideia era óbvia e evidentemente simplificar.

Na mencionada Lei n. 11.232/2005, o *caput* do art. 475-J do CPC/73 previa que, se o devedor não efetuasse, no prazo de 15 dias, o pagamento do montante da condenação exarada em sentença, haveria a incidência de multa de dez por cento sobre o valor da condenação.

E, repita-se, a intenção desse movimento processual era o de se tentar atingir a maior celeridade do processo (efetividade da jurisdição, nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º da CF⁶¹) – sempre com

61. “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

respeito às garantias constitucionais aplicáveis ao processo civil –, através de um processo sincrético, com a extinção de atos processuais desnecessários.

Essa (a efetividade do processo, mediante sua razoável duração), portanto, a razão para que uma boa parte do STJ mantivesse firme o posicionamento no sentido de ser desnecessária a intimação pessoal da parte para cumprimento de sentença, bastando a intimação do advogado, via imprensa oficial, o que **culminou com o julgamento dos Embargos de Divergência n 857.758/RS**, de relatoria da Ministra Nancy Andriahi (DJe 25/8/2011), assim ementado:

“3. Assim, após a baixa dos autos à Comarca de origem e a oposição do “cumpra-se” pelo Juiz, o devedor poderá ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, acerca do dever de cumprir a obrigação, sob pena de multa. Não tendo o devedor recorrido da sentença ou se a execução for provisória, a intimação obviamente não será acerca do “cumpra-se”, mas, conforme o caso, acerca do trânsito em julgado da própria sentença ou da intenção do credor de executar provisoriamente o julgado. **Em suma, o câmputo das astreintes terá início após: (i) a intimação do devedor, por intermédio do seu patrono, acerca do resultado final da ação ou acerca da execução provisória;** e (ii) o decurso do prazo fixado para o cumprimento voluntário da obrigação.

4. Embargos de divergência providos.” (g.n.).

Ainda mais recentes, a espelhar a posição aqui adotada:

“PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO IMEDIATA. LEI PROCESSUAL. MULTA. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO. MATÉRIA JULGADA SOB REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS (REsp 1.262.933/RJ). SÚMULA 83. AGRAVO NÃO

PROVIDO.

1. O STJ assentou entendimento pela desnecessidade, a partir da vigência da Lei 11.232/2005, de intimação pessoal do executado para cumprimento de sentença de obrigação de fazer, a fim de viabilizar a cominação da pena de multa diária.

2. O Tribunal de origem assim consignou: “Também inaplicável ao caso a Súmula 410 do C. STJ, já que a sentença que se objetiva cumprir transitou em julgado depois da vigência da Lei 11.232/05 (que introduziu mudanças na fase de cumprimento de sentença).”

3. O acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.”⁶²

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. VALOR DA ASTREINTE. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DAS PROVAS DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. INTIMAÇÃO PARA CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESNECESSIDADE DE SER PESSOAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A alteração do valor fixado para as astreintes demandaria o reexame das circunstâncias fáticas da causa, o que é vedado em recurso especial, ante o disposto no enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

2. Esta Corte assentou o entendimento de que é desnecessária a intimação pessoal do executado para cumprimento de sentença, bastando a intimação do advogado via imprensa oficial.

3. Agravo improvido.”⁶³

Em vista do posicionamento do STJ, supradestacado – muito embora ainda haja posições em sentido contrário, o que, a nosso ver, não se sustenta, conforme argumentos trazidos neste parecer –, se para o cumprimento de sentença (provimento final) condenatória em pagamento de quantia certa, a simples intimação do advogado da parte para cumprimento do comando judicial era o bastante, a fim de viabilizar a incidência das *astreintes*, pelos princípios norteadores do processo civil, não se haveria falar, *a fortiori*, de modalidade diferente de intimação para o caso de cumprimento de decisão exarada em sede de liminar, em ação de obrigação de fazer!

Nesse sentido, abalizada doutrina:

“Questão que, crescentemente, vem sendo discutida pela doutrina e pela jurisprudência diz respeito à necessidade ou à desnecessidade de intimação *pessoal* do executado para o cumprimento das decisões proferidas com base no art. 461.

62. STJ, AgRg no REsp 1.449.675/SP, 2.^a T., j. 07.08.2014, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 09.10.2014 (g.n.).

63. STJ, AgRg no AREsp 520.395/PR, 3.^a T., j. 19.03.2015, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 25.03.2015 (g.n.)

A melhor resposta para o impasse reside em distinguir se a parte em face de quem a ordem expedida com fundamento no art. 461 tem, ou não, advogado, constituído previamente nos autos. Na medida em que a parte esteja devidamente representada por advogado é suficiente que ele, o advogado, seja intimado para o 'fazer' ou 'não fazer' tal qual determinado, observando-se as regras codificadas sobre esta forma de comunicação de atos processuais (...). Na hipótese inversa, em que o destinatário da ordem não tem advogado constituído (assim, por exemplo, nos casos em que a determinação é concedida liminarmente com base no art. 461, §3º, ou em que, por qualquer razão, não há ainda ou mais advogado constituído nos autos), é irrecusável que a intimação seja feita diretamente na pessoa do executado, situação em que deverão ser observadas as regras constantes dos precitados dispositivos do Código de Processo Civil, o que significa dizer que a intimação será preferencialmente feita pelo correio.)

(...) O advogado é, salvo regra expressa em sentido contrário, um verdadeiro 'porta voz' do que ocorre no plano do processo para o plano material (e vice-versa), e, por essa razão, é suficiente que ele seja devidamente intimado das ordens proferidas pelo juiz.

O entendimento, que acabou predominando na Súmula 410 do STJ segundo a qual 'a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer', não pode ser generalizado."⁶⁴

Exigir-se a prática de atos com vistas à intimação pessoal da parte que tem procurador constituído nos autos, quando sabemos que a relação advogado/cliente decorre de um primeiro binômio: confiança e ética, **não faz qualquer sentido**, sobretudo ao considerarmos o tempo e o gasto necessários à consecução dos atos essenciais à essa intimação pessoal (expedição de mandado físico de intimação, designação de oficial de justiça, ou expedição de carta, juntada de mandado ou de AR de carta etc.).

Uma vez realizada a intimação para cumprimento da liminar de obrigação de fazer, na pessoa do advogado constituído nos autos, o fim do ato, sobretudo em vista das características do processo civil atual, terá sido alcançado, qual seja, dar ciência à parte de sua obrigação, sob pena de uma respectiva sanção: a incidência das *astreintes*.

64. Cassio Scarpinella Bueno. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.483-485 – grifamos.

Sem embargo de nossa posição no sentido de que, já sob a égide do CPC/73, não seria necessária a intimação pessoal da parte para cumprimento de obrigação de fazer objeto de decisão liminar, parece-nos que qualquer possível discussão a respeito deixa de existir, ou de fazer qualquer sentido, com a edição do CPC/2015.

O CPC/2015, no tocante à forma de intimação da parte para o cumprimento de sentença concessiva de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa, foi omissivo, em seu capítulo específico sobre essa matéria (Capítulo VI do Título II).

Com efeito, o art. 536, CPC/2015, ao tratar do cumprimento de sentença concessiva de obrigação de fazer, nada dispõe acerca da forma de intimação da parte: pessoal ou através de seu advogado constituído nos autos, motivo pelo qual, em virtude das regras de interpretação sistemática da lei, aplicável se torna, ao caso, o quanto disposto no art. 513, § 2º, inciso I, CPC/2015, constante do Capítulo I – Disposições Gerais atinentes a todo e qualquer procedimento de cumprimento de sentença.

Veja-se o inciso I do § 2.º, art. 513: “§ 2º O devedor será intimado para cumprir a sentença: I – pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos;” – grifamos.

Da leitura de todo o Título II – Do Cumprimento da Sentença, verifica-se não haver qualquer dispositivo que preveja a obrigatoriedade da intimação pessoal da parte para cumprimento do comando judicial respectivo. Há, tão somente, a previsão de intimação da parte, *através de seu advogado*, mediante publicação da decisão no DJ.

Portanto, não vislumbramos outra hipótese, senão a confirmação, pelo CPC/2015, de posição no sentido da desnecessidade da intimação da parte, pessoalmente, para o cumprimento de liminar em ação de obrigação de fazer. Se assim o determina o CPC/2015 para o cumprimento de sentença, diferente não poderia ser para o cumprimento de liminar de mesma essência: a intimação da parte, através de seu advogado constituído nos autos, é o bastante para tornar válido o ato e eficaz a ordem contida na decisão, sob pena de multa.

Como se disse, o sistema não exige intimação pessoal da parte para que seja eficaz a ordem e, em caso de não cumprimento, incida a multa. Nem era essa a interpretação que se deveria dar ao CPC revogado.

De todo modo, ainda que se adote posição contrária, no sentido da necessidade de cientificação pessoal do réu acerca das

decisões que lhe impõem *astreintes*, é certo que esse ato não se realiza, necessariamente, pela entrega de mandado ou carta. Quer dizer: **quer sob a égide do CPC atual, quer sob a égide do antigo, a necessidade de intimação pessoal pode ser suprida pela prática de atos que demonstrem a ciência inequívoca do réu quando quanto à ordem que lhe foi imposta.** Isso decorre do princípio da instrumentalidade das formas, previsto atualmente no art. 277 do CPC.⁶⁵

Assim, se independentemente da expedição de mandado de intimação pessoal, o réu comparece espontaneamente aos autos, apresentando petição em que se verifica sua ciência inequívoca acerca dos termos da ordem imposta (tentando, por exemplo, justificar a impossibilidade de cumprimento da obrigação de fazer, ou pedindo que lhe seja autorizado o cumprimento de forma alternativa), evidentemente aquele ato fica dispensado, porquanto já atendida a *ratio essendi* do verbete da Súmula 410 do STJ.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. **DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL ASTREINTES. CIÊNCIA INEQUÍVOCA. EXIGÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL. REQUISITO CUMPRIDO. REDUÇÃO DO MONTANTE. POSSIBILIDADE. Segundo precedente do STJ, evidenciando os autos que a parte teve ciência inequívoca acerca da obrigação de fazer e a multa cominada, inclusive insurgindo-se quanto a ela por meio de recursos, resta suprida a necessidade de intimação pessoal.** Os §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC possibilitam ao magistrado a emissão de comando judicial a ser cumprido sob pena coercitiva de multa. Se a parte a quem se dirige a ordem pretende não vê-la incidir, basta atender a determinação no prazo assinado. (...)”

Do inteiro teor do acórdão, extrai-se:

“considerando-se que a parte agravante recorreu da sentença que fixou as *astreinte* (data a partir da qual teve ciência inequívoca da fixação da multa) e se insurgiu ao longo dos anos com relação ao valor cobrado a título de multa por descumprimento de obrigação de fazer (fls. 516-521, 559-561, 585-593 e fls. 801-815 do AI 70042473298),

65. Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

resta suprida a exigência de intimação pessoal para fins de exigibilidade da *astreinte*.”⁶⁶ (g.n.).

“INTIMAÇÃO PESSOAL – Condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Súmula nº 410 do STJ) – Após a intimação via imprensa a agravante compareceu espontaneamente aos autos para justificar a demora na outorga da escritura – Comparecimento espontâneo da agravante supre a falta de intimação pessoal, iniciando na data do protocolo da petição a contagem do prazo assinalado em primeira instância para o cumprimento da obrigação – Recurso não provido. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – Questão relativa à culpa pela demora na outorga da escritura demanda dilação probatória, motivo pelo qual é inviável sua análise por meio de exceção de pré-executividade – Recurso não provido.”⁶⁷

É isso o que ocorre no processo que é objeto deste parecer. Como já se esclareceu, a decisão que fixou a obrigação de fazer, sob pena de multa, foi proferida ainda em 2014, antes da expedição dos mandados de citação dos réus.

Em relação à HELIBASE, a citação (com intimação sobre os termos da liminar concedida no primeiro Agravo de Instrumento) ocorreu em 11/05/2015, sendo que a empresa compareceu aos autos em 27/05/2015, quando já estava juntado aos autos também o acórdão prolatado no segundo Agravo de Instrumento, que modificou parcialmente a ordem e aumentou a multa.⁶⁸ Na ocasião, a empresa apresentou contestação, expressamente solicitando a revogação da liminar que havia sido concedida – o que superou a necessidade de expedição de novo mandado de intimação próprio, como decidiu o TJRJ ao julgar o agravo de instrumento n.º 0014246-40.2016.8.19.0000.⁶⁹ De todo modo, posteriormente a esse com-

66. TJ-RS, Agravo de Instrumento nº 70042473298, 16ª Câmara Cível, j. 30.06.2011, rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo.

67. TJ-SP, Agravo de Instrumento 0074672-33.2010.8.26.0000, 17ª Câmara Cível, j. 25.08.2010, rel. Min. Tersio Negrato, *DJe* 11.11.2010.

68. No julgamento do segundo agravo, a obrigação de fazer passou a consistir na entrega de um novo helicóptero, e a multa diária a R\$ 20.000,00.

69. Com efeito, decidiu o TJRJ ao julgar o agravo de instrumento n.º 0014246-40.2016.8.19.0000 da HELIBASE: “(...) MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO. SÚMULA 410 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **CIÊNCIA INEQUÍVOCA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL SUPRIDA.** PRECEDENTES.

parecimento, a empresa HELIBASE recebeu mais dois mandados, intimando-a, especificamente, sobre a tutela antecipada que determinou a substituição do helicóptero do autor, sob pena de multa: o primeiro, em 26/06/2015, entregue pelo oficial de justiça ao advogado da empresa; e (ii) o segundo, cumprido no dia 10/09/2015, dessa vez na pessoa de seu representante legal, Sr. César Augusto Parizorro (fl. 1767). **Quanto à HELIBASE, portanto, não há dúvidas de que houve ciência inequívoca, se não no momento em que compareceu aos autos em 27/05/2015, então na ocasião em que seu representante recebeu o mandado de intimação pessoal, em 10/09/2015.**

No caso **da ROBINSON, não houve citação.** A empresa não aguardou o recebimento de mandado ou carta, cientificando-a acerca do processo e da liminar: **compareceu, espontaneamente, em 27/05/2015, quando já estavam juntados os acórdãos prolatados pelo TJRJ no primeiro e no segundo agravo, que concederam a antecipação de tutela.** Na ocasião, a empresa apresentou contestação, **demonstrando ciência expressa acerca dos termos da obrigação de fazer que lhe havia sido imposta,70 bem como**

(...) No caso, a despeito de a intimação pessoal da ré, ora agravante, só ter se aperfeiçoado na data de 10 de setembro de 2015, o fato é que **se encontra comprovado nos autos a ciência inequívoca acerca da obrigação que lhe foi imposta, bem como da aplicação da multa diária na hipótese de seu descumprimento.**

Sob este enfoque, como bem ressaltado pela recorrida, o primeiro ato processual exercitado pela recorrente nos autos principal, antes mesmo da sua citação, foi a apresentação de contestação (indexador eletrônico 000485), de imediato, se verifica que ao oferecer sua resposta, **a ora recorrente já possuía de antemão ciência inequívoca do deferimento da tutela antecipada proferida por este Órgão Revisor, haja vista que em fls. 506/508 a agravante rogou ao Juízo de primeiro grau a imediata revogação da decisão que antecipou os efeitos da tutela. Acrescento, ainda, que o segundo ato processual praticado pelo ora suplicante foi a interposição do agravo de instrumento nº 0030866-64.2015.8.19.0000, naquele recurso se discutiu à exaustão os termos da decisão que antecipou os efeitos da tutela.**" (grifos nossos)

70. Tanto é que a resumiu, com suas palavras, da seguinte forma: "em resumo, foi determinado que as Rés entreguem um novo helicóptero, no valor aproximado de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), em 10 (dez) dias, sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)" (pg. 6286).

pleiteando sua revogação ou, sucessivamente, o seu cumprimento de maneira alternativa ou em prazo maior. Por certo, o comparecimento espontâneo, feito nestes termos, supriu a necessidade de expedição de mandado tanto para sua citação quanto para sua intimação acerca dos termos da liminar imposta.

Entendimento contrário, como já tivemos a oportunidade de sustentar ao analisar situação muitíssimo semelhante (que abordava a hipótese do réu que comparecia espontaneamente aos autos, mas, em seguida, sustentava a nulidade do ato e a necessidade de citação, baseado na inexistência de poderes específicos do advogado subscritor da petição), desprestigiaria os princípios da lealdade e da boa-fé processual. Confira-se:

“se o próprio réu comparece aos autos apresentando procuração ad judicia, é evidente que se consumou a ciência acerca da propositura da ação pelo autor em face deste réu, caso contrário sequer existiria a constituição de advogado pelo sujeito passivo da demanda.

(...) (b) ocorrendo o comparecimento espontâneo do réu ao feito mediante aviamento de procuração aos autos, afigura-se óbvio que a ciência do réu acerca da demanda é inequívoca, a despeito da constância de poderes específicos para recebimento de citação no instrumento de mandato, no mínimo porque se deu ao trabalho de constituir advogado. **Pensar o contrário**, vale dizer, exigir-se a constância de poderes específicos na procuração para fins de ciência mediante comparecimento espontâneo **significaria permitir-se posturas desleais como, por exemplo, aquela em que o advogado do réu comparece aos autos desprovido de poderes para receber citação, toma integral ciência do feito e, ao depois, alega não ter ocorrido o ato citatório dada a falta dos tais poderes específicos para tanto. Seria, com efeito, prestígio à deslealdade e à boa-fé processuais**”⁷¹

No caso objeto deste parecer, quando a ROBINSON compareceu aos autos e, independentemente do recebimento de qualquer mandado de citação ou intimação, pediu a revogação da liminar, deu-se por citada e intimada da ordem. A ciência inequívoca foi configurada na ocasião. Seria absolutamente despropositado, portanto,

71. Teresa Arruda Alvim Wambier et al. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 462-463.

se cogitar da necessidade de posterior expedição de mandado de intimação pessoal da empresa, para fins de viabilizar a incidência da multa fixada na liminar.

O próprio STJ, após a edição da Súmula 410, deu interpretação adequada ao referido verbete, afastando sua aplicação literal. Concluiu a Corte, ao julgar o REsp 1060293/RS, que, embora não tenha havido formalmente a intimação pessoal do devedor da obrigação, os atos por ele praticados ao longo do feito, no sentido de se insurgir com relação à *astreinte* (como ocorre nos autos em exame), são suficientes a atender à intimação prevista na Súmula n. 410 do STJ. Confira-se:

“PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASTREINTES. (...) PRAZO INICIAL PARA A CONTAGEM DOS JUROS MORATÓRIOS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.”
Do inteiro teor do acórdão, extrai-se: “**I.b – Necessidade de Intimação pessoal da parte acerca das astreintes – violação ao art. 36 do CPC.**”

A recorrente afirma que a ausência de intimação pessoal da parte para o cumprimento da ordem judicial tornaria incabível a aplicação das astreintes. A citação da recorrente para os termos da presente demanda, contudo, é capaz de suprir a ausência da intimação pessoal de que trata o art. 36 do CPC, já que se trata de ação de cobrança específica proposta para a execução da decisão que fixou as astreintes em outro processo, de modo que **com a citação válida a ré tomou inequívoca ciência da multa pecuniária cobrada. Essa Corte já decidiu, em casos análogos, que a prova de inequívoco conhecimento do devedor supre a exigência de comprovação nos autos de sua intimação pessoal** (REsp 793.725/SC, 3ª Turma, de minha relatoria, DJ de 02/10/2006).” (g.n.).⁷²

Não foi por outra razão que, no caso analisado, tanto o juiz de primeiro grau⁷³ quanto o TJ-RJ expressamente concluíram que, no

72. STJ, REsp 1060293/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 18/03/2010.

73. Em 05/07/2017, o Juiz proferiu decisão em que, atendendo a pedido de esclarecimento feito pelo autor quanto ao termo *a quo* do prazo dado à ROBINSON para cumprimento da liminar, registrou que “considerando-se que a ‘Robinson Helicopter Co’ não chegou a ser intimada, comparando espontaneamente aos autos e pedindo a reconsideração da

caso da ROBINSON, o termo *a quo* para o cumprimento da liminar ocorreu com o seu comparecimento nos autos, em 27/05/2015. Do acórdão prolatado no TJ-RJ a esse respeito, extrai-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCIDÊNCIA DA LEI 8.078/90. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO. SÚMULA 410 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CIÊNCIA INEQUÍVOCA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL SUPRIDA. PRECEDENTES. DECISÃO AGRAVADA QUE MERECE SER PRESTIGIADA. A multa estabelecida para o caso de descumprimento do decisum tem o objetivo de impor, desde logo, penalidade ao infrator e compensação àquele a quem beneficiar a astreinte. **Por outro lado, comprovado nos autos que a parte teve ciência inequívoca acerca da multa pelo descumprimento de ordem judicial, tanto que se insurgiu quanto a ela por meio de agravo de instrumento, de se ter como suprida a necessidade de intimação pessoal.** Por conta de tais fundamentos, conheço e nego provimento ao recurso, mantendo integralmente a decisão de primeiro grau.⁷⁴ (grifos nossos)

Mas não é só. Mesmo que o comparecimento espontâneo da ROBINSON, mediante protocolo da contestação em 27/05/2015, não tivesse o condão de suprir a necessidade de sua intimação pessoal acerca dos termos da liminar, ainda assim, há outro elemento hábil a caracterizar a ciência inequívoca da empresa. Trata-se do documento da pg. 1703, apresentado junto com a petição protocolada em 17/09/2015. Nele, para fins de confirmar a afirmação feita na petição, o Presidente da ROBINSON declara que, naquele momento, não eram mais fabricados helicópteros iguais àquele que havia sido adquirido pelo Sr. Fernando, em 2012. Referida declaração supera qualquer possibilidade de dúvida acerca da inexistência de intimação pessoal.

Portanto, em relação à ROBINSON, **embora tenha tido evidentemente ciência inequívoca sobre a liminar quando compareceu**

antecipação de tutela, em 27 de maio de 2015, demonstrando, com isto, inequívoca ciência do que fora decidido, será aquela a data inicial do prazo para cumprimento da obrigação de fazer, com a diferença de que o período de tolerância passou a ser de cem dias e não aquele de dez dias primeiramente fixado.”

74. TJRJ, Agravo de Instrumento n. 0039654-33.2016.8.19.0000.

aos autos em 27/05/2015, a juntada da declaração do seu Presidente, em 19/09/2015, demonstra cabalmente o conhecimento da empresa sobre a ordem de substituição do helicóptero que lhe havia sido imposta (já que a intenção da declaração era obter a sua revogação ou o seu cumprimento alternativo).

6. *Denúnciação à lide em causas envolvendo relações de consumo*

Os arts. 12 e 13 do Código de Defesa do Consumidor dispõem sobre a responsabilidade solidária do fabricante, produtor, construtor, importador, e comerciante, pela reparação de danos decorrentes de defeito do produto. Segundo o parágrafo único do art. 13, aquele que realizar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis. O art. 88, por sua vez, esclarece que a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, ficando “vedada a denúnciação da lide”.

A opção feita pelo legislador é clara: a reparação efetiva e célere do consumidor lesado foi prestigiada, em detrimento da possibilidade de o réu (integrante da cadeia de produção) exercer, na mesma ação, seu direito de regresso contra aquele que, eventualmente, foi o real causador do dano. Isso porque, em maior ou menor medida, a denúnciação à lide acaba acarretando ampliação da lide e da instrução probatória.

Assim, nos processos que tratam de responsabilidade pautada no CDC, o consumidor lesado tem o direito de escolher contra quem exercerá sua pretensão. Ao final, caso um dos integrantes da cadeia de produção seja obrigado a reparar o dano por ação ou omissão atribuível a outro integrante dessa cadeia, poderá exercer seu direito de regresso em face desse, em ação própria.

Nesse sentido, é firme o entendimento do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE DE SEGURADORA. CASO ENVOLVENDO RELAÇÕES DE CONSUMO. IMPOSSIBILIDADE. (...) 1. É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual, **em se tratando de relação de consumo, descabe a denúnciação da lide, nos termos do art. 88 do Código de Defesa do Consumidor.** 2. O STJ entende que “a vedação à denúnciação da lide nas relações de consumo refere-se tanto à responsabilidade pelo fato do serviço quanto pelo fato do produto” (AgRg no AREsp n. 472.875/RJ, Relator Ministro

João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 3/12/2015, DJe 10/12/2015). 3. Agravo interno desprovido.”⁷⁵ (g.n.).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. DENUNCIÇÃO DA LIDE. OBJETIVO. TRANSFERÊNCIA DE RESPONSABILIDADE A TERCEIRO. PRETENSÃO. NÃO CABIMENTO. HIPÓTESE NÃO RESTRITA À RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO. ACIDENTE DE CONSUMO. Arts. 12 E 14 DO CDC. INCIDÊNCIA. 1. A vedação à denúncia da lide prevista no art. 88 do Código de Defesa do Consumidor não se restringe à responsabilidade do comerciante por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo aplicável também nas demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC). **2. É descabida a denúncia quando há unicamente a pretensão de transferir responsabilidade própria a terceiro.** (...) 3. Agravo regimental não provido.”⁷⁶ (g.n.).

Na ação proposta pelo consultante, embora com base no CDC, as corrés ROLLS ROYCE e ROBINSON formularam pedido de denúncia à lide da oficina HELIPARK. Afirmaram que, se dano houve, ele teria sido causado pela oficina responsável pela manutenção do helicóptero (que, supostamente, teria deixado de atender a recomendação do fabricante quanto à substituição do parafuso de sustentação do motor).

Na decisão saneadora prolatada, o Juiz indeferiu o pedido de denúncia. Registrou, na ocasião, que a vedação à pretensão deduzida havia sido, inclusive, sumulada pelo TJRJ, no enunciado n. 240 de Jurisprudência Predominante SN/2008 – segundo o qual “Inadmissível a denúncia da lide fundada na imputação de responsabilidade a terceiro pelo evento danoso”.

Assim o fez corretamente, vez que, como se viu, nos processos que tratam de responsabilidade pautada no CDC, o consumidor lesado tem o direito de escolher contra quem exercerá sua pretensão.

7. *Quais os limites da atividade de terceiro que ingressa no feito tardiamente?*

As modalidades de intervenção de terceiros que admitem intervenção tardia (ou seja, quando já ultrapassadas a fases postulatória

75. STJ, AgInt no REsp 1635254/SP, 3.^a T., j. 21.03.2017, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 30.03.2017.

76. STJ, AgRg no REsp 1316868/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 12/05/2016.

do processo) são, de acordo com o novo CPC, a assistência (parágrafo único do art. 119), o *amicus curiae* (art. 138) e aquele cujo patrimônio for atingido como consequência da desconsideração da personalidade jurídica (art. 134). Intervindo no feito tardiamente, a regra é de que terceiro **recebe o processo no estado em que se encontra**.

No processo proposto pelo consulente, a oficina HELIPARK peticionou aos autos após a prolação da sentença, requerendo sua admissão como assistente das rés. Assim o fez, amparada no parágrafo único do art. 119 do CPC, segundo o qual “A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre”. Na mesma data, apresentou Embargos de Declaração em face da sentença, esclarecendo que, embora estivessem sendo protocolados muito tempo após o término do prazo de 5 dias legalmente previsto, deveriam ser considerados tempestivos, pois a empresa somente teria tomado conhecimento do processo recentemente.

O pedido de intervenção foi indeferido pelo juiz, em decisão proferida em 11/04/2017⁷⁷. No mesmo pronunciamento, determinou-se o **desentranhamento** tanto da petição quanto dos documentos por ela juntados aos autos – que consistiriam, supostamente, nas provas de que o autor teria sido comunicado sobre a necessidade de realizar a substituição do parafuso de sustentação da aeronave.

Ainda que assim não tivesse decidido o juiz, ou seja, mesmo que a intervenção da HELIPARK tivesse sido admitida, a parte final do parágrafo único do art. 119, cumulada com o que prevê o art. 434 do CPC,⁷⁸ significa que a juntada de documentos, naquele momento do processo, já não era admissível. Tendo sido superada tanto a fase postulatória como a instrutória do processo, **não pode, o pretenso assistente, intervir realizando atos cuja oportunidade já se encontra preclusa**.

77. Entendeu o magistrado: “a responsabilidade solidária imputada ao requerente apenas o confere interesse econômico e não jurídico. Logo, não cabe sua inclusão no polo passivo como assistente simples, motivo pelo qual REJEITO o pedido de assistência”.

Dessa decisão, a HELIPARK agravou de instrumento.

78. Art. 434. Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações.

É o que esclarece Athos Gusmão Carneiro: “O terceiro recebe o processo ‘no estado em que se encontra’. Se, v.g., quando admitido ao processo o tempo para requerer provas já findara, ao assistente tornou-se defeso requerê-las; mas poderá acompanhar a produção das provas requeridas pelas partes.”⁷⁹

No mesmo sentido, é firme o entendimento do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA. RECEBIMENTO DO PROCESSO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282/STJ.

1. O assistente recebe o processo no estado em que se encontra, razão pela qual não pode praticar atos em relação aos quais já se operou a preclusão (art. 50, parágrafo único, do CPC). 2. É imprescindível o prequestionamento ainda que se trate de matéria de ordem de pública. Súmula n. 282/STF. 3. Agravo regimental desprovido.”⁸⁰ (g.n.).

“PROCESSO CIVIL. ASSISTÊNCIA. O assistente recebe o processo no estado em que se encontra (CPC, art. 50, parágrafo único), **já não podendo requerer a produção de provas se, encerrada a instrução, os autos estão conclusos à sentença. Recurso especial conhecido e provido.”⁸¹ (g.n.).**

“EMBARGOS À EXECUÇÃO. ASSISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. O assistente pode ingressar em qualquer fase do processo, mas, sem dúvida, **não pode praticar atos que já se esgotaram no tempo, cobertos pela preclusão. 2. Ingressando no processo após a interposição da apelação, não configura vício capaz de ensejar embargos de declaração a eventual ausência de decisão sobre tema trazido em petição avulsa pelo assistente, mas fora do âmbito da apelação feita pelo assistido. (...).**”⁸² (g.n.).

Não por outra razão que o inciso I do art. 123 do CPC/15 (equivalente ao art. 55, I, do CPC/73) estabelece, como exceção à regra de

79. Athos Gusmão Carneiro. *Intervenção de Terceiros*. 19ª Edição. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 195.

80. STJ, AgRg no REsp 1265322/AM, 3.ª T., j. 10.02.2015, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 19.02.2015.

81. STJ, REsp 681.769/PE, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2005, DJ 21/11/2005.

82. STJ, REsp 327.062/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DI REITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/05/2002, DJ 05/08/2002.

que o assistente não pode discutir a justiça da decisão após transitada em julgada a sentença do processo em que interveio, as hipóteses em que a intervenção foi tardia. Ou seja: apesar da vedação estabelecida na regra geral, pode o assistente voltar a discutir a justiça da decisão, se comprovar que seu comparecimento ocorreu em estágio avançado do processo, não lhe tendo sido permitida a produção de provas suscetíveis de influir na sentença. Isso só ocorre, frise-se, porque, evidentemente, aplicam-se ao assistente as regras da preclusão no processo originário.

Voltando-se novamente os olhos para o caso objeto da presente consulta, tem-se que o momento adequado para a produção de prova documental já havia, há muito tempo, sido ultrapassado. Os réus, pretensos assistidos da HELIPARK, já haviam tido a oportunidade (seja na contestação, seja ao longo dos aproximadamente dois anos que até que houvesse a prolação da sentença), de apresentar os documentos destinados a contrapor as alegações do autor. Superado esse momento e já tendo sido prolatada a sentença, a possibilidade de se produzir prova documental tornou-se preclusa. Não podem mais documentos ser admitidos, inclusive em função do princípio da não surpresa.

Como destacam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart “regra geral, a prova documental deve instruir as peças iniciais (petição inicial e peças de resposta do réu), sob pena de preclusão. (...) A imposição da preclusão, além de decorrer expressamente do texto legal, (art. 183), prestigia o princípio da não surpresa. Não fosse assim, sempre, mesmo depois da sentença, seria possível à parte apresentar documento qualquer alterando completamente o andamento do feito. Embora isso até mesmo pudesse ser admitido para questões que versassem sobre direitos indisponíveis, para direitos disponíveis afrontaria nitidamente a ideia do princípio dispositivo.”⁸³

Em interessante voto proferido pela Min. Nancy Andrichi, em caso em que envolveu juízo acerca das faculdades que podem ser exercidas pelo assistente que ingressa posteriormente à prolação da sentença, entendeu-se que **trazer “novidades” aos autos que, poderiam ter sido apresentadas em momento anterior, configura conduta temerária. Confira-se:**

83. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. Prova. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 722-723.

“Tendo em vista que, nos termos do art. 50, parágrafo único, *in fine*, do CPC, o assistente recebe o processo no estado em que se encontra, e como o pedido de nulidade *ab initio* do processo não foi suscitado nas razões do recurso especial, tampouco nas respectivas contrarrazões, não se afigura possível ao assistente inovar as teses de defesa, especialmente considerando que sua admissão nos autos se deu após o julgamento do processo pelo STJ. – Sendo possível inferir que o assistente tinha ciência, há tempos, da existência e do andamento do processo, o acolhimento do pedido de nulidade, formulado somente após o julgamento do recurso especial, seria temerário, caracterizando, inclusive, o beneficiamento indevido da sua posição processual”⁸⁴ (g.n.).

Exceção à regra de que a prova documental deve ser produzida na fase inicial do processo está prevista no art. 435 do CPC. Dele se extrai ser admissível a juntada, a qualquer tempo, de **documentos novos**, destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados na inicial ou contestação, bem como dos que **se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos**.

Não é esse, porém, o caso dos documentos apresentados aos autos pela HELIPARK após a sentença. Trata-se, evidentemente, de documentação produzida antes do ajuizamento da própria demanda – compreendendo especialmente boletins com instruções de serviço e mensagens enviadas pela empresa ao suposto piloto do helicóptero do autor, com orçamentos para realização de serviços de manutenção da aeronave.

A situação, portanto, não se enquadrava no permissivo relativo à juntada tardia de documentos, previsto no art. 435 do CPC.

Ademais, também não há como deixar de se destacar que o terceiro, mesmo que intervindo tardiamente, **sujeita-se aos prazos e às preclusões processuais**.

Nesse sentido é a jurisprudência dos nossos Tribunais:

“PLANO DE SAÚDE. AÇÃO COMINATÓRIA C/C REVISÃO CONTRATUAL. I. **Intempestividade do apelo da assistente. Recurso apresentado fora do prazo cominado** no artigo 508 do Código de Processo Civil de 1973, vigente quando da publicação do provimento

84. STJ, EDcl no REsp 830577/RJ, 3.^a T., j. 20.04.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 11.11.2010.

recorrido. **Assistente que recebe o processo no estado em que se encontra (artigo 119, parágrafo único, CPC). Patente carência de pressuposto extrínseco do recurso.** Apelo não conhecido.⁸⁵ (g.n.).

No caso analisado, os Embargos de Declaração apresentados pela HELIPARK cerca de 40 dias após a publicação da sentença são, evidentemente, intempestivos.

8. *Sobre a juntada de documentos, pelos réus, após a prolação da sentença*

Como já se mencionou no presente parecer, a regra geral prevista no art. 434 do CPC/15 (antigo art. 396 do CPC/73) estabelece o dever das partes de instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações.

Na jurisprudência, essa regra sempre foi flexibilizada, admitindo-se a juntada de documentos enquanto não encerrada a fase instrutória do processo. Nesse sentido: “O momento oportuno para a juntada de documentos é na fase de instrução do processo (artigo 396 do CPC)”⁸⁶

Porém, após encerrada a instrução e **prolatada a sentença**, o entendimento é uníssono no sentido de não se permitir a juntada de documentos, exceto de forem considerados *novos* – ou seja, se destinados a comprovar fatos ocorridos posteriormente ou a contrapor fatos supervenientemente alegados.⁸⁷ Sob a égide do novo CPC, também há previsão de admissão da juntada tardia dos documentos *que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis só posteriormente* (parágrafo único do art. 435) – situações que, na égide

85. TJ-SP, Apelação Cível 10119853420148260009, 3.^a Câmara de Direito Privado, j. 28.08.2017, rel. Des. Donegá Morandini, *DJe* 28.28.2017.

86. TJ-RS, Embargos de Declaração 70066539198-RS, 16.^a Câmara Cível, j. 05.11.2015, rel. Des. Ergio Roque Menine, *DJe* 10.11.2015.

87. Confira-se: “IMPOSSIBILIDADE DE REABERTURA DA INSTRUÇÃO. PRECLUSÃO TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE IMPRESCINDIBILIDADE PROBATÓRIA A REVELAR MITIGAÇÃO DAS REGRAS PROCESSUAIS DE PRODUÇÃO DE PROVAS. AGRAVO IMPROVIDO. **Afigura-se intempestiva a juntada de documentos pretendida pelo denunciado, pois não se tratam de provas novas, cujo surgimento se tenha dado em momento superveniente ao encerramento da fase probatória**” STJ, AgRg na AP n 675/GO, Corte Especial, j. 03.12.2014, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 12.12.2014 (g.n.).

do Código anterior, eram tratadas como “justa causa” (art. 183, § 1º, do CPC/73).

Como já se mencionou, por trás dessa regra está princípio de veda a surpresa.⁸⁸ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart comentam que a regra da preclusão em relação à juntada de documentos “tem por objetivo evitar a surpresa da parte contrária, o que incitaria estado permanente de insegurança e deslealdade processual, em que algum sujeito poderia esconder até o último instante alguma prova relevante e, ao apresenta-la, desmoroar toda a tese da parte adversa.” Prosseguem, destacando as exceções: “o uso da prova documental não fica inibido, após a fase das peças iniciais, desde que presente **fato novo** ou como elemento de contraposição às alegações do adversário”. A regra da preclusão cede, também, quando a parte comprovar “não ter ciência da existência do documento, ou ainda o caso em que, embora sabendo de sua existência, não pode apresentar o documento porque ele se encontra em local momentaneamente inacessível”. Nessa hipótese, destacam os autores que “há de se confiar **na prudência do magistrado para avaliar a prova realizada pela parte interessada, no sentido de demonstrar a efetiva ocorrência da justa causa que deve relevar a imposição da preclusão**”.⁸⁹

No mesmo sentido, já tivemos a oportunidade de sustentar:

“O momento apropriado para a produção da prova documental, via de regra, é aquele da propositura da demanda, ou resposta do réu, sob pena de preclusão. A exceção, estabelecida pelo art. 435 do NCPC (correspondente ao art. 397 do CPC/73) diz respeito aos documentos novos, que são aqueles destinados a fazer prova de fatos ocorridos após a apresentação da petição inicial ou da contestação (fatos supervenientes) e aos documentos que se tornaram

88. “O que a lei visa é afastar ou, ao menos, reduzir a possibilidade de ficarem o juiz e as partes à mercê de *surpresas* consistentes no aparecimento de documentos que a parte, premeditadamente, guarde em segredo para, em ocasião propícia, quando não mais haja oportunidade para discussões e mais provas, oferecê-los a juízo de forma a modificarem ou confundirem a orientação do conhecimento seguida no feito e imprimirem nova feição à causa.” Moacyr Amaral Santos. Prova judiciária no cível e comercial. 2.ed. São Paulo: Max Limonada, 1954, v. 4, p. 326.

89. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. Prova. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 724, 725 e 726.

conhecidos, acessíveis ou disponíveis após a realização desses atos. A parte, ao apresentá-los em juízo, deve expor ao juiz a **justa causa** que a levou a juntar o documento extemporaneamente. São basicamente três as situações de admissão da produção de prova documental fora da petição inicial e da defesa: – quando o documento está com a outra parte ou com terceiro, hipótese em que a parte poderá lançar mão da exibição de documento (arts. 396 a 404); – no caso de força maior ou caso fortuito; – no caso de prova contrária. (...) **1.2.** Ao estabelecer a preclusão, pretende a norma impedir que a parte colha a outra de surpresa, mantendo oculto o documento que sabe relevante para a causa, para apresentá-lo somente na ocasião que lhe for mais favorável. (...) Em sintonia com a jurisprudência, o NCPC consignou que, em qualquer caso de juntada posterior de documentos, caberá ao juiz avaliar a conduta da parte em relação à boa-fé (art. 5.º do NCPC).⁹⁰

No processo proposto pelo ora consulente, após ter sido determinado o desentranhamento dos documentos apresentados pela HELIPARK com seu pedido de assistência, foram, eles, reapresentados aos autos pelas rés originárias.

Referidos documentos, como já se aludiu aqui, não são *novos*. Praticamente todos foram produzidos antes do ajuizamento da ação – compondo-se, basicamente, de boletins com instrução de serviços e mensagens com orçamentos para realização de manutenção no helicóptero do consulente. Também não visam a contrapor argumentos trazidos recentemente ao processo. Desde o início da ação, a alegação do autor é a mesma (qual seja: a culpa pela inutilização do helicóptero não foi sua, sendo que jamais lhe foi exigida a troca do parafuso defeituoso). Ademais, já na contestação veio a alegação das rés no sentido de que teria havido comunicação sobre a necessidade de substituição do parafuso de sustentação do helicóptero do autor. Porém, na ocasião, **nenhuma prova documental** a respeito disso foi juntada. Portanto, por força da preclusão, a juntada tardia de tais documentos não era mais admissível.

Poder-se-ia, então, cogitar da exceção prevista no parágrafo único do art. 435 – que admite a juntada de documentos que *se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis só posteriormente*. Porém,

90. Teresa Arruda Alvim Wambier et al. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 793-794.

analisando-se atentamente o caso, verifica-se que sequer essa é a hipótese, na medida em que não há qualquer justificativa nem (indício de dificuldade!) para que as rés tivessem deixado de providenciar a sua apresentação em momento oportuno. Vale destacar que ditos documentos sempre estiveram de posse da oficina HELIPARK – que é, segundo registrado na sentença, parceira comercial das rés.

Dado o relacionamento entre a detentora dos documentos (oficina HELIPARK) e as rés, não se pode entender ter havido justa causa para a não apresentação de ditos documentos durante as fases postulatória ou instrutória do processo.

Sobre a ausência de justificativa para sua não juntada em tempo hábil, registrou o juiz, em decisão prolatada à fls. 3113: “causa estranheza ao Juízo que tais documentos não tenham sido trazidos aos autos por qualquer das rés antes da sentença, já que se existiam e estavam na posse da empresa que prestou a assistência técnica ao autor, seria razoável um contato entre essas empresas, entretanto, os documentos juntados pela embargante ROBINSON HELICOPTER CO. permanecem nos autos e serão analisados no momento oportuno”.

Assim, não se enquadrando nas hipóteses de exceção previstas no art. 435 do CPC, a nova juntada, providenciada pelas rés, da documentação que havia sido trazida pela pretensa assistente (e que foi desentranhada por ordem do juiz), é ilegal.

9. *Sobre o efeito obstativo do prosseguimento da execução.
Verificação do fumus boni iuris*

Segundo o art. 995, parágrafo único do CPC, “A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver **risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação**, e ficar demonstrada a **probabilidade de provimento do recurso**”. O art. 1.029, § 5º, por sua vez, regula o procedimento para a concessão do efeito suspensivo aos recursos especiais e extraordinário.

Os requisitos para a atribuição do efeito suspensivo são dois, quais sejam: o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Deve a parte demonstrar a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado e o risco de irreparabilidade ou difícil reparação desse direito, caso a decisão recorrida seja desde logo exigida.

De modo especial, quando se trata da concessão de efeito suspensivo a recurso de estrito direito, há que se ter em mente que o *fumus* corresponde à perspectiva de conhecimento e provimento do recurso pelos Tribunais Superiores, para se reconhecer a violação à lei ou à Constituição Federal alegados. Ou seja: os pressupostos de conhecimento destes devem estar presentes, bem como devem, as ilegalidades ou as inconstitucionalidades apontadas pelo recorrente, ser evidentes - não bastando que a parte simplesmente sustente o acerto ou desacerto do entendimento adotado. Isso porque, como sabido, o âmbito do que pode ser alegado nesses recursos é bem mais restrito do que o âmbito de cognição exercível nos recursos ordinários.

Assim, por exemplo, a parte que pretende obter efeito suspensivo ao recurso especial que aponta violação ao “artigo x do CPC” deve, necessariamente, demonstrar que os requisitos para conhecimento dessa ilegalidade foram preenchidos (tais como cabimento, prequestionamento etc.), bem como a grande probabilidade de que o STJ reconheça ter sido violado o “artigo x do CPC”.

Na medida em que é vedado aos Tribunais Superiores conhecerem de matérias não prequestionadas ou mesmo não tratadas no recurso de estrito direito manejado pela parte, *a fortiori*, não é admissível que, para fins de concessão de concessão de efeito suspensivo a recurso, sejam conhecidas questões que extrapolam os limites daquilo que pode ser conhecido pelo Tribunal, quando do julgamento do recurso ao qual se pretende atribuir referido efeito.

Tratando do tema, embora não especificamente sob a ótica dos recursos de estrito direito, Flávio Cheim Jorge faz uma observação importante: “Fixados os limites da cognição do Judiciário a respeito das causas (efeito devolutivo) a partir desse momento o efeito suspensivo passa a ser limitado a essa extensão.”⁹¹ Significa, portanto, que, se no recurso ao qual a parte pretende atribuir efeito suspensivo somente foi alegada a violação ao “art. x”, o *fumus* que justifica a concessão do efeito suspensivo **somente pode ser extraído a partir da probabilidade de reconhecimento da violação ao “art. x do CPC”**. De nada adianta eventual constatação no sentido de que, além do “art. x”, outra violação poderia ter sido sustentada, inclusive

91. Flávio Cheim Jorge. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. 6ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pg. 370.

com fortíssima probabilidade de reconhecimento, pelo STJ. O que importa, frise-se, é a chance de provimento do recurso, a partir da ilegalidade que foi sustentada pelo recorrente.

Mas não é só. A atual jurisprudência do STJ também é firme no sentido de não se admitir a apreciação de direito ou fatos supervenientes, quando surgidos depois de interposto o recurso especial – na medida em que, nessas hipóteses, não se tem preenchido o requisito do prequestionamento.

Nesse sentido, confira-se:

“AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. FATOS SUPERVENIENTES. SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/356/STF. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7. I – Nos termos do artigo 462 do Código de Processo Civil, **os fatos supervenientes à propositura da ação só podem ser levados em consideração até o momento da sentença (ou do acórdão), não em sede de recurso especial, inclusive por força da exigência constitucional do prequestionamento (...).**”⁹² (g.n.).

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PERCENTUAL DE JUROS DE MORA INTRODUZIDO PELA LEI Nº 11.960/2009. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE EM GRAU DE RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA QUE NÃO FOI PREQUESTIONADA. 1. A nova redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, conferida pela Lei nº 11.960/2009, somente poderá ser aplicada, em recurso especial, se esse dispositivo estiver prequestionado na origem. **2. É firme o entendimento desta Corte no sentido de não ser aplicável, na instância especial, o direito superveniente, uma vez que este não se compatibiliza com o preenchimento do requisito específico do prequestionamento, inerente a esse recurso, sob pena de se admitir a alteração da causa de pedir nesta instância excepcional.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento.”⁹³ (g.n.).

Portanto, além de estar, os Tribunais Superiores, vinculados à análise das ilegalidades ou inconstitucionalidades que foram apontadas pela parte no recurso de estrito direito, não podem eles, ao

92. STJ, AgRg no Ag 1355283/MS, 3.^a T., j. 26.04.2011, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 04.05.2011.

93. STJ, AgRg no AgRg no REsp 1256534/SC, 5.^a T., j. 09.04.2013, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 16.04.2013.

avaliarem a presença de *fumus hábil* a concessão de efeito suspensivo, conhecer de questões de fato ou de direito supervenientes ao manejo do recurso. Ainda mais quando (como no caso em exame) esses fatos estariam, “pretensamente”, comprovados por documentos que não poderiam ter sido juntados aos autos. Essa possibilidade, como visto, esbarra na ausência de prequestionamento.

No caso em exame, as rés ROBINSON e HELIBASE peticionaram no STJ, pedindo ao Relator dos AREsps ns.º 946122, 988721 e 1008517 (todos em fase de agravo interno, após a decisão que havia decretado sua perda de objeto), pugnando a atribuição de efeito suspensivo aos recursos.

Convém rememorar o objeto desses recursos:

AREsp n.º 946122 – manejado pela HELIBASE em face do acórdão que manteve a liminar concedida em favor do autor. Nele, a empresa sustenta violação aos artigos 273, I e 420 do Código de Processo Civil de 1973; bem como 115, 122 e 178 do Código Brasileiro de Aeronáutica – tudo isso, tentando demonstrar que a liminar teria sido concedida ilegalmente. **O recurso, porém, não aponta qualquer ilegalidade sobre o valor da multa fixada. Muito menos, trata da necessidade de intervenção de terceira – no caso, a HELIPARK.**

AREsp n.º 988721 – manejado pela ROBINSON em face do acórdão que em face do acórdão que manteve a liminar concedida em favor do autor. Nele, a empresa sustenta violação aos artigos 535, inciso II, 273, *caput*, §§ 2º e 4º, 461, §§ 3º e 6º, 535, II, 798, do Código de Processo Civil de 1973, artigos 2º, 4º, I, 7º, 18, § 1º, I, 84, §§ 3º e 4º, do Código de Defesa do Consumidor, artigos 70, § 2º, 123, II e 178, § 1º, da Lei 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica). **Embora o recurso aborde, superficialmente, o valor da multa fixada para a hipótese de descumprimento da liminar, a questão, como confessa a própria recorrente,⁹⁴ não foi examinada pelo acórdão recorrido – não estando prequestionada.**

94. A própria ROBINSON registra na pg. 43 do recurso especial: “Deduzidos tais argumentos nas razões de Agravo de Instrumento, a C. 27ª Câmara Cível/Consumidor do E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, contudo, não os apreciaram, deixando-os sem decisão, razão pela qual, frente a multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) que vige nos autos, foram violados os artigos acima mencionados, devendo, na remota hipótese de serem superadas as teses supra, ser provido o presente Recurso Especial para o fim de reduzir a *astreinte*, para um patamar razoável, proporcional, como prevê o Ordenamento Jurídico Pátrio”.

AREsp n.º 1008517– manejado pela ROBINSON em face do acordo que manteve a recusa quanto à proposta de cumprimento alternativa da liminar.⁹⁵ No recurso, a empresa sustenta violação aos artigos 535, incisos I e II, e 273, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, e o art. 18, § 1º, I e § 4º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como dissídio jurisprudencial – tudo isso para tentar demonstrar que o cumprimento alternativo da liminar deveria ter sido autorizado no caso. **Sobre o valor da multa fixada, o recurso não aponta qualquer ilegalidade. Muito menos, trata da necessidade de intervenção de terceira – no caso, a HELIPARK.**

Em setembro de 2017, o Ministro acolheu os pedidos, atribuindo efeito suspensivo aos recursos. Da decisão, consta:

“No que respeita à plausibilidade do direito invocado, em cognição não exauriente, **revela-se verossímil a tese invocada pela ora Requerente no sentido de que, não obstante a prolação de sentença de mérito, a oposição de embargos de declaração pelas partes tem como consequência o não encerramento do primeiro grau de jurisdição, a afastar a perda superveniente de objeto do recurso especial e do agravo nos próprios autos que objetiva conferir-lhe trânsito.**

Ademais, em juízo precário, próprio da presente sede de tutela de urgência, **há plausibilidade nas matérias apontadas nos embargos de declaração, quando a Requerente informa a existência de fatos novos, apresentados pela empresa de manutenção da aeronave e que não teriam sido objeto de apreciação pelo juízo singular, o ingresso dessa empresa que prestava a manutenção do helicóptero como assistente e a exorbitância da multa cominatória fixada.**

(...) Na espécie, presente está o *periculum in mora*, haja vista a existência de decisão datada de 22/8/2017 (fl. 1062), determinando o pagamento da multa cominatória requerida pelo autor (fls. 1052-1059) – com valor de R\$ 8.280.000,00 em 7/2/2017, equivalente a mais de R\$ 12 milhões nesta data segundo informa a Requerente –, com termo final para pagamento em 14/9/2017.”(grifos nossos)

Com a devida vênia, não há plausibilidade na tese de que a oposição de embargos de declaração em face da sentença teria o

95. A empresa havia proposto, alternativamente, ou a entrega ao autor de um helicóptero modelo antigo já usado; ou a entrega de um helicóptero modelo novo, condicionada ao prévio depósito, pelo Autor, da diferença de preço entre eles.

condão de afastar a perda superveniente do recurso especial manejado contra a liminar (que já havia sido declarada pelo Ministro Relator). Isso porque, a chance de que os Declaratórios venham a modificar o pronunciamento já exarado pelo Juiz *a quo* é muitíssimo remota. Em tese, a atribuição de efeitos infringentes ao julgamento dos Declaratórios é absolutamente excepcional e por isso incapaz de justificar a reforma do entendimento quanto à perda do objeto. Ademais, segundo disposição expressa do art. 1.026 do CPC, “Os embargos de declaração **não possuem efeito suspensivo** e interrompem o prazo para a interposição de recurso”. Significa, portanto, que apesar da oposição dos Embargos de Declaração, a r. Sentença que julgou procedentes os pedidos, confirmando a liminar, **está em vigor**.

Quanto à plausibilidade reconhecida pelo Ministro acerca da “*existência de fatos novos, apresentados pela empresa de manutenção da aeronave e que não teriam sido objeto de apreciação pelo juízo singular*”, é preciso reconhecer que, em função do aqui já exposto, **ser ela incompatível com a regra de que o STJ não conhece de fatos supervenientes ao manejo do recurso. Ora, se ao julgar o recurso especial os fatos novos não podem ser considerados pela corte, evidentemente também não o pode a decisão que avalia a existência de *fumus hábil* ao deferimento de efeito suspensivo**.

Nesse sentido, já decidiu o próprio STJ, ao analisar medida cautelar que visava a atribuição de efeito suspensivo à recurso especial:

“Efetivamente, não cabe a esta a. Corte, quando da apreciação de medida cautelar destinada a atribuir, ou como, *in casu*, a afastar, efeito suspensivo ao recurso especial, **desbordar dos limites gizados no próprio apelo nobre.**”⁹⁶ (g.n.).

Finalmente, quando à plausibilidade registrada pelo Ministro Relator quanto à exorbitância da multa cominatória fixada, há que se destacar que, dos três AREsps que tiveram o efeito suspensivo concedido, **dois deles simplesmente não versam sobre a questão**. Ou seja: não trazem, em seu bojo, qualquer alegação de ofensa aos dispositivos legais que tratam das *astreintes*, de modo que jamais o seu provimento poderia levar à redução do valor que foi fixado

96. STJ, AgRg na MC 18894/MT, 3.^a T., j. 28.02.2012, rel. Min., Massami Uyeda, DJe 06.03.2012.

pelo juiz (AREsp ns. 946122 e 1008517). O AREsp n.º 988721, embora ataque, muito superficialmente, a legalidade do valor da multa fixada, **a própria recorrente confessa não ter sido a questão objeto de análise do tribunal local.**⁹⁷ **Falta-lhe, neste caso, o requisito do prequestionamento, de modo que o a chance de que seja reconhecida pelo STJ é, evidentemente, remota.**

V. Resposta aos quesitos

Analisados todos os elementos que extraímos das cópias dos autos que nos foram fornecidas pelo Consulente, e alicerçados nos elementos jurídicos examinados nos itens precedentes, aos quais nos reportamos, manifestamos nossa opinião em relação às questões formuladas:

1) Com a superveniência da sentença, houve perda de objeto dos AREsp n.º 946122, 988721 e 1008517 que versam sobre a liminar, manejados pela ROBINSON e HELIBASE?

Sim. Os agravos interpostos contra decisões proferidas em fase de cognição não exauriente, as ditas liminares, e os recursos que do julgamento desses agravos tenham sido eventualmente interpostos, **não devem ser julgados depois de proferida a sentença.** A razão é simples: as decisões sobre tutela de urgência não são pressupostos lógicos para que a sentença seja proferida. Na verdade, estas decisões só têm sentido e razão de ser, em momento em que o juiz ainda não têm convicção plena a respeito de como deva decidir o mérito. Como o resultado dos recursos, quando de provimento ou de improvimento, **substitui** a decisão de que se recorreu, se esses recursos fossem julgados, o acórdão proferido seria uma outra liminar, que é decisão típica de uma fase processual *já ultrapassada*, o que se percebe, pelo fato de a sentença já ter sido proferida. Se os recursos fossem julgados- o que se admite apenas para argumentar –

97. Como já mencionado, a ROBINSON registra na pg. 43 do recurso especial: “Deduzidos tais argumentos nas razões de Agravo de Instrumento, a C. 27ª Câmara Cível/Consumidor do E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, contudo, não os apreciaram, deixando-os sem decisão, razão pela qual, frente a multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) que vige nos autos, foram violados os artigos acima mencionados, devendo, na remota hipótese de serem superadas as teses supra, ser provido o presente Recurso Especial para o fim de reduzir a *astreinte*, para um patamar razoável, proporcional, como prevê o Ordenamento Jurídico Pátrio”.

o seu resultado, qualquer que fosse, **não teria o condão de fazer cair por terra a sentença.**

Diferentemente ocorre, se o objeto do agravo é matéria cuja apreciação seja *pressuposto da possibilidade de o mérito ser decidido* ou questão cuja *solução influa no teor da sentença*. Assim, por exemplo, um agravo cujo objeto seja a existência de compromisso arbitral e os recursos deste agravo derivados, devem ser julgados, pois, a inexistência do compromisso arbitral é *pressuposto para que o mérito seja analisado*. Assim, ainda que proferida a sentença de mérito, essa corre o risco de perder sua eficácia, em face de um agravo cujo resultado seja o da existência daquele compromisso, e, por consequência, a conclusão no sentido de que as partes devem submeter o seu conflito ao juiz arbitral.

Por isso, no caso em exame, correta é a decisão do Ministro Luis Felipe Salomão quando, em abril de 2017, ao tomar conhecimento da prolação da sentença na origem, reconheceu a perda de objeto dos AREsp n.º 946122, 988721 e 1008517 – que versavam sobre a liminar.⁹⁸

1.1. A oposição de Embargos de Declaração contra a sentença teria o condão de impedir o reconhecimento dessa perda de objeto?

Não. Em primeiro lugar, porque a chance de que os Embargos de Declaração opostos venham a modificar o pronunciamento já exarado pelo Juiz *a quo* é muitíssimo remota. A atribuição de efeitos infringentes aos Declaratórios é absolutamente excepcional e não tem o condão de enfraquecer a robustez do direito que foi reconhecido na r. Sentença. Ademais, segundo disposição expressa do

98. Da r. Decisão prolatada na ocasião consta:

“O recurso encontra-se prejudicado.

De fato, conforme se verifica às fls. 441-491, foi proferida sentença na ação originária em 6 de outubro de 2016, confirmando a antecipação de tutela concedida anteriormente que é discutida no recurso especial que deu origem a este agravo, nos seguintes termos: (...)

Dessa sorte, **ressoa manifesta a prejudicialidade em relação ao recurso especial em tela** – bem como em relação aos recursos dele decorrentes, de agravo e o presente agravo interno –, configurando-se a perda superveniente de interesse recursal, tendo em vista o julgamento da ação principal.”

art. 1.026 do CPC, “Os embargos de declaração **não possuem efeito suspensivo** e interrompem o prazo para a interposição de recurso” (g.n.). Significa, portanto, que apesar da oposição dos Embargos de Declaração, a r. Sentença **está em vigor**, implicando a perda do objeto dos recursos extraídos da liminar.

2) O julgamento, pelo STJ, dos AREsp n.º 946122, 988721 e 1008517, manejados pela ROBINSON e HELIBASE, pode levar à redução do valor da multa fixada no caso de descumprimento da liminar?

Não. Dos três AREsp hoje pendentes de julgamento no STJ, dois deles simplesmente **não discutem o valor da multa**: versam sobre o erro ou o acerto da concessão da liminar e/ou impossibilidade de seu cumprimento alternativo (vide: AREsp 946122 e 1008517, da HELIBASE e ROBINSON, respectivamente). O julgamento de ambos, portanto, é incapaz de acarretar qualquer modificação do valor da multa imposta – isso decorre do efeito devolutivo dos recursos.⁹⁹

Somente o AREsp 988721 da ROBINSON, ainda em trâmite no STJ, efetivamente questiona o valor da multa. Contudo, conforme a própria agravante reconhece no bojo do recurso, a adequação da multa fixada não foi uma questão enfrentada pelo acórdão recorrido, do TJRJ. A ausência de prequestionamento, portanto, evidentemente impedirá o seu conhecimento agora, pelo STJ.

Como se isso não bastasse, é firme o entendimento do STJ no sentido de que a análise sobre a razoabilidade do valor fixado a título de *astreintes* exige reexame de matéria fática - esbarrando, portanto, na Súmula 7. Somente em situações em que o valor da multa

99. “O efeito devolutivo é manifestação do *princípio dispositivo*, e não mera técnica do processo, princípio esse fundamental do direito processual civil brasileiro. (...)”

Transportando esses fundamentos para a esfera recursal, que é uma espécie de renovação do direito de ação em outra fase do procedimento, verificamos que o recurso interposto devolve ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada. O juízo destinatário do recurso somente poderá julgar o que o recorrente tiver requerido nas suas razões de recurso, encerradas com o *pedido de nova decisão*. É esse pedido de nova decisão que fixa os limites e o âmbito de devolutividade de todo e qualquer recurso (*tantum devolutum quantum appellatum*).” (Nelson Nery Junior. Teoria Geral dos Recursos. 7.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 401-402).

é manifestamente exorbitante é que o STJ tem admitido a sua readequação, em sede de recurso especial.

Contudo, essa não é a situação do caso cuja análise nos foi submetida. Isso se evidencia pelo fato de que, ao julgar o AREsp 795597, manejado pela ROLLS ROYCE, o Min. Salomão expressamente concluiu pela razoabilidade do valor da multa fixada nos autos:

“A Corte estadual, no entanto, procedeu à estipulação das *astreintes* à luz das peculiaridades fáticas constantes dos autos, o que impede o conhecimento do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ, **não estando configurada hipótese de excesso do valor arbitrado (e conseqüente teratologia), tendo em vista que o valor do bem a ser substituído pela ré alcança, aproximadamente, a quantia de US\$ 1.200.000,00 (hum milhão e duzentos mil dólares americanos).**” (g.n.).

3) Sob a égide do CPC/15, é possível admitir-se a redução (ou exclusão) das *astreintes* já vencidas?

À luz do CPC de 2015, não pode mais haver discussão a respeito da possibilidade de as multas fixadas para o descumprimento de liminares serem reduzidas ou aumentadas ou excluídas, ou, ainda de ser-lhes alterada a periodicidade, com efeitos *ex tunc*. Essas alterações podem existir, *mas só dizem respeito ao futuro*, nunca às multas já vencidas, que já se incorporaram ao patrimônio do autor.

Isso por várias razões, exploradas ao longo deste parecer, mas principalmente por que o art. 537, § 1.º, se refere expressamente à possibilidade de essas alterações atingirem a “multa **vincenda**”. Ademais, nos dois incisos que se seguem, se percebe, com nitidez, que o legislador se referiu a fatos que justificam que a modificação se dê **a partir da sua ocorrência**: ter-se a multa tornado insuficiente ou excessiva; ou ter o obrigado demonstrado que terá cumprido em parte a decisão; ou que terá havido justa causa para não a ter cumprido.

3.1) E à luz do CPC/73?

Sob a égide do CPC de 1973, havia dúvidas quanto à possibilidade da retroação do efeito dessas alterações e mesmo da exclusão da multa. No entanto, já existia doutrina, autorizada, que, com base em densos argumentos, que sustentava que a alteração da multa, de sua periodicidade ou mesmo sua exclusão, só teriam efeito *ex nunc*. Nossa opinião, manifestada em artigo publicado ainda sob a égide

da lei antiga,¹⁰⁰ já era no sentido de ser impossível dar a essa alteração efeitos retroativos, salvo em casos como o da *suppressio*.

3.2) É correto dizer que o regime aplicável às *astreintes* é o que vige na data em que a decisão é proferida ou, como sua incidência se propaga no tempo, é possível admitir que o regime aplicável é o vigente no momento da sua incidência?

Ainda que se sustente que o regime aplicado à multa, no caso concreto, foi o que vigia da data em que a decisão foi proferida, a conclusão inexorável é a de que, a partir de março de 2016, com a entrada em vigor do novo CPC, as novas regras passaram a incidir sobre ela.

Esse entendimento decorre da aplicação do art. 14 do CPC/2015, segundo o qual “*A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada*”. A multa que incide de forma diária, evidentemente, não configura uma *situação jurídica consolidada sob a vigência da norma revogada*, de modo a permitir a aplicação da regra antiga no período posterior a entrada em vigor da lei nova.

No caso dos autos, a multa que incidiu após a entrada em vigor do novo CPC passou a ser disciplinada pelas normas nele previstas – não sendo, portanto, mais passível de revisão *ex tunc*.

De todo modo, se se considerar que o novo CPC não começaria a incidir desde o momento que entrou em vigor, porque a liminar foi proferida a luz do CPC/73 – o que se admite *ad argumentandum* – então há que se considerar que houve uma “nova liminar” quando da prolação da sentença. Com efeito, proferida **já sob a égide do CPC/15**, a sentença, além de decidir o mérito, “substituiu” a antecipação de tutela que havia sido concedida no início do processo. Portanto, a multa que incidiu após a prolação da sentença, sob a égide do novo CPC, evidentemente, não admite revisão.

4) Quais os critérios para a fixação do valor da multa?

Os principais fatores que devem nortear o julgador no momento de fixar o valor da multa, são a sua **força coercitiva** e a **capacidade**

100. A tutela específica do art. 461, do Código de Processo Civil. Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 2, p. 873 – 884, Out/2011.

econômica do réu. Óbvia e evidentemente, a capacidade econômica do réu é um parâmetro intimamente relacionado ao grau de coerção que a multa possa representar. De fato, se o valor deve ser fixado de molde a que, ao réu, pareça mais conveniente cumprir a ordem judicial, tal como esta foi proferida, do que ficar sujeito à multa, que é medida de execução indireta.

Sempre se entendeu que a multa seja “compatível com a obrigação”, mas esta compatibilidade não significa, em absoluto, que o limite do *quantum* devido não possa ultrapassar o valor da obrigação. Se assim fosse, a multa perderia, muito provavelmente por completo, a sua força de “convencimento” em relação ao cumprimento da obrigação *in natura*. O julgador deve levar em conta a razoabilidade do valor da multa **quando a fixa unitariamente**. Entretanto, se o valor devido acaba atingindo patamares significativos, como decorrência da recalcitrância do réu em cumprir a ordem, este não pode ser, evidentemente, um parâmetro para que se deva reduzir seu valor ou modificar sua periodicidade. Do contrário, esta seria a esperança e a expectativa de todo devedor recalcitrante. Assim, todos os cuidados hão de ser tomados pelo magistrado no momento de fixação da multa: este levará em conta a capacidade econômica do réu, que influi diretamente no fato de a multa significar uma ameaça temível, e outros fatores mencionados ao longo deste parecer. Entretanto, a circunstância de ter havido cumulação das multas devidas ao longo do tempo como resultado da recalcitrância do réu, que, **podendo**, não cumpre a liminar, está fora do controle do Judiciário e não pode, em hipótese alguma, embasar decisão no sentido de reduzir o seu montante.

4.1) Caso se entenda, a partir de corrente jurisprudencial manifestada à luz do CPC/73, ser possível a redução do valor das *astreintes* vencidas, quais seriam os requisitos para tanto?

Os requisitos para a redução do valor da multa fixada, eram, à luz do CPC de 1973 os mesmos a que hoje faz referência expressa o art. 537, § 1.º, já que o que fez a nova lei, nada mais foi do que positivar requisitos de que já falava a doutrina. De fato, quando a multa se torna insuficiente para levar o obrigado a cumprir a obrigação *in natura*, perdendo, portanto, a sua **força coercitiva**, seu valor deve ser aumentado. Por outro lado, se o obrigado não apresenta condições econômicas para pagá-la, porque esta é significativamente, excessiva, a ponto de deixar de representar uma ameaça, já que o obrigado não tem patrimônio, esta deve ser reduzida. Também pode haver

redução, se o obrigado comprova ter, supervenientemente, cumprido, pelo menos em parte, a obrigação. Se ficou demonstrada a justa causa para o descumprimento da ordem judicial, é natural que haja exclusão da multa.

4.2) No caso sob análise, esses requisitos estavam presentes?

No caso dos autos, nenhum desses requisitos estavam presentes. Ao contrário, sendo notórias as condições que os réus apresentam no sentido de, tanto cumprir a ordem judicial *in natura*, quanto de pagar a multa correspondente ao seu descumprimento, o que se percebe é que só a recalcitrância, reiterada a ponto de se consubstanciar em verdadeira teimosia, é o que os tem levado, desde o início do processo, ao integral descumprimento das ordens judiciais concedidas.

Nesse sentido, cumpre destacar que:

(i) Nas manifestações que protocolaram ao longo dos quase três anos de tramitação do processo, as Rés fomentavam a expectativa de cumprimento da ordem, solicitando prorrogação do prazo para tanto ou mesmo propondo soluções alternativas (como, por exemplo, o pagamento, pelo autor, do valor do novo modelo do helicóptero). Apesar da condescendência do juiz (que admitiu a prorrogação do prazo) e do autor (que apresentou, como proposta de acordo, renunciar à todas as indenizações pleiteadas), a ordem nunca foi cumprida pelas Rés;

(ii) Conforme petição apresentada pelo autor em 10/12/2015, não havia óbices materiais ao cumprimento da ordem. A comprovação disso consta da carta proposta e da minuta de contrato em que outro suposto cliente da ré HELIBASE pactua a aquisição de um novo helicóptero ROBINSON – com prazo de entrega previsto em 2 meses, ou seja, muito menos do que o prazo que, após o pedido de reconsideração;

(iii) Conforme apontou o relatório técnico emitido por especialista (Ronaldo Vieira Garcia), o helicóptero Modelo R-66 começou a ser fabricado pela ROBINSON em 2012, perdurando até então, sendo que suas novas edições preservavam as características básicas. Somente alguns itens “aviônicos” (basicamente eletrônicos) haviam sido alterados ao longo do tempo.

Por fim, também não há como deixar de se destacar a manifesta capacidade econômica dos réus. A ré HELIBASE, por exemplo, está abrigada num imóvel de 50.000 metros quadrados no quilômetro 15 da Rodovia Anhanguera. É “o maior negócio do gênero na

América Latina”, segundo matéria publicada na revista Veja online em 12/02/2016.¹⁰¹ A ROBINSON Helicopters, por sua vez, é a maior fabricante mundial de helicópteros civis. Segundo informações extraídas do site de Audi Helicópteros (sua distribuidora no Brasil, que inicialmente foi arrolada como ré na ação em questão), “Os helicópteros Robinson compreendem hoje mais de 37% do mercado nacional de aeronaves”.¹⁰²

5) A partir da resposta aos quesitos anteriores, é correto admitir a existência de *fumus boni iuris* que teria que ter sido gerada pelos AREsp n.º 946122, 988721 e 1008517, capaz de fundamentar decisão concessiva de efeito suspensivo?

Não. Primeiro porque, como já se destacou, houve perda de objeto desses recursos, em função da prolação da sentença que confirmou a liminar. Não bastasse isso, eventual exorbitância da multa não é discutida nem pode ser conhecida pelo STJ, caso venha a julgar os AREsp n.º 946122, 988721 e 1008517. Por fim, fatos supervenientes à interposição desses recursos (como, por exemplo, a juntada de documentos por pretensão assistente, na origem) não podem ser conhecidos pelo STJ, para fins de concessão de efeito suspensivo a recurso.

6) Para a incidência da multa, exige-se a intimação pessoal do réu?

Não vislumbramos outra hipótese, senão a posição no sentido da desnecessidade da intimação da parte, pessoalmente, para o cumprimento de liminar em ação de obrigação de fazer. Se assim o determina o CPC/2015 para o cumprimento de sentença, diferente não poderia ser para o cumprimento de liminar de mesma essência: a intimação da parte, através de seu advogado constituído nos autos, é o bastante para tornar válido o ato e eficaz a ordem contida na decisão, sob pena de multa.

6.1) Essa intimação pode ser suprida por outras formas que geraram ciência ao réu?

Certamente, sim. Quer sob a égide do CPC atual, quer sob a égide do antigo, a necessidade de intimação pessoal podia e pode

101. Matéria A chegada da HBR Aviação causa turbulência no setor de helicópteros <https://vejasp.abril.com.br/cidades/hbr-aviacao-osasco-sbt-justica-capa/> Acesso em 10/10/2017.

102. <http://www.helicopteros.com.br/> Acesso em 10/10/2017.

ser suprida pela prática de atos que demonstrem a ciência inequívoca do réu quando quanto à ordem que lhe foi imposta. Isso decorre do princípio da instrumentalidade das formas, previsto no art. 277 do CPC/15 e no art. 244 do CPC/73.

Assim, por exemplo, se, independentemente da expedição de mandado de intimação pessoal, o réu comparece espontaneamente aos autos, apresentando petição em que se verifica sua ciência inequívoca acerca dos termos da ordem imposta, evidentemente aquele ato fica dispensado.

6.2) No caso dos autos, a necessidade de intimação foi suprida? Qual o início do prazo da incidência da multa paras as Rés?

Em relação à HELIBASE, a **citação** (com intimação sobre os termos da liminar concedida no primeiro Agravo de Instrumento, n.º 0021768-89.2014.8.19.0000) ocorreu em 11/05/2015. A empresa **compareceu aos autos em 27/05/2015**, quando já estava juntado aos autos também o acórdão prolatado no segundo Agravo de Instrumento, n.º 0062505-37.2014.8.19.0000, que modificou parcialmente a ordem e aumentou a multa.¹⁰³ Esse comparecimento superou a necessidade de expedição de novo mandado de intimação próprio, como decidiu o TJRJ ao julgar o agravo de instrumento n.º 0014246-40.2016.8.19.0000.¹⁰⁴ De todo modo, posteriormente a

103. No julgamento do segundo agravo, a obrigação de fazer passou a consistir na entrega de um novo helicóptero, e a multa diária a R\$ 20.000,00.

104. Com efeito, decidiu o TJRJ ao julgar o agravo de instrumento n.º 0014246-40.2016.8.19.0000 da HELIBASE: “(...) MULTA DIÁRIA PELO DESCUMPRIMENTO. SÚMULA 410 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **CIÊNCIA INEQUÍVOCA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL SUPRIDA.** PRECEDENTES.

(...) No caso, a despeito de a intimação pessoal da ré, ora agravante, só ter se aperfeiçoado na data de 10 de setembro de 2015, o fato é que **se encontra comprovado nos autos a ciência inequívoca acerca da obrigação que lhe foi imposta, bem como da aplicação da multa diária na hipótese de seu descumprimento.**

Sob este enfoque, como bem ressaltado pela recorrida, o primeiro ato processual exercitado pela recorrente nos autos principal, antes mesmo da sua citação, foi a apresentação de contestação (indexador eletrônico 000485), de imediato, se verifica que ao oferecer sua resposta, a **ora recorrente já possuía de antemão ciência inequívoca do deferimento da tutela antecipada proferida por este Órgão Revisor, haja vista que em fls. 506/508 a agravante rogou ao Juízo de primeiro grau a**

comparecimento ocorrido em 27/05/2015, a empresa HELIBASE recebeu mais dois mandados, intimando-a, especificamente, sobre a ordem de substituição do helicóptero sob pena de multa: (i) o primeiro, em 26/06/2015, entregue pelo oficial de justiça ao advogado da empresa; e (ii) o segundo, cumprido no dia 10/09/2015, dessa vez na pessoa de seu representante legal, Sr. César Augusto Parizorro.

Quanto à HELIBASE, portanto, houve ciência inequívoca no momento em que a empresa compareceu aos autos, em 27/05/2015. Porém, caso assim não se entenda, então o termo *a quo* para o cumprimento da ordem foi, indiscutivelmente, o dia 10/09/2015, quando seu representante recebeu o mandado de intimação.

No caso da ROBINSON, não houve citação. A empresa não aguardou o recebimento de mandado ou carta, cientificando-a acerca do processo e da liminar: **compareceu, espontaneamente, em 27/05/2015**, quando já estavam juntados os acórdãos prolatados pelo TJRJ no primeiro e no segundo agravo, que concederam a antecipação de tutela. Na ocasião, a empresa apresentou contestação, demonstrando ciência expressa acerca dos termos da obrigação de fazer que lhe havia sido imposta, bem como pleiteando sua revogação ou, sucessivamente, o seu cumprimento alternativo ou em prazo maior. Por certo, o comparecimento espontâneo, feito nesses termos, supriu a necessidade de expedição de mandado tanto para sua citação quando para sua intimação acerca dos termos da liminar imposta.

Porém, caso assim não se entenda, a ciência inequívoca da ROBINSON restou caracterizada de forma irrefutável **em 19/09/2015**, quando a empresa juntou aos autos petição acompanhada de **declaração do seu Presidente** – em que, para confirmar a alegação de impossibilidade de cumprimento da ordem, afirmou que a empresa não mais fabricava helicópteros iguais àquele adquirido pelo autor, em 2012.

Como não houve o cumprimento da ordem, 100 dias após a ciência das Rés, começou a incidir a multa diária fixada.

imediate revogação da decisão que antecipou os efeitos da tutela. Acrescento, ainda, que o segundo ato processual praticado pelo ora suplicante foi a interposição do agravo de instrumento nº 0030866-64.2015.8.19.0000, naquele recurso se discutiu à exaustão os termos da decisão que antecipou os efeitos da tutela.”

7) É cabível a denúncia à lide em ações que discutem direito do consumidor (reguladas pelo CDC)?

Não, conforme se extrai dos art. 12, 13 e 88 do CDC. Nos processos que tratam de responsabilidade pautada no CDC, o consumidor lesado tem o direito de escolher contra quem exercerá sua pretensão. Ao final, caso um dos integrantes da cadeia de produção seja obrigado a reparar o dano por ação ou omissão atribuível a outro integrante dessa cadeia, poderá exercer seu direito de regresso em face desse, em ação própria.

8) Após ter sido determinado pelo juiz o desentranhamento dos documentos juntados pela pretensa assistente, pode, a ré que já está no processo, juntar esses mesmos documentos, após a prolação da sentença?

Pelo exame dos autos, constatou-se que o pedido de intervenção no processo como assistente, formulado pela Helipark, foi indeferido. Foram, também, desentranhados os documentos por ela juntada. Nem que este pedido de assistência tivesse sido deferido, poderia a Helipark juntar documento já que **o assistente recebe o processo no estado em que se encontra**. No caso, esse pedido foi formulado depois de proferida a sentença de mérito, tendo ficado para trás, óbvia e evidentemente, a fase instrutória.

8.1) O que poderia justificar a possibilidade de juntada de documentos, pela parte ou por terceiro, depois de proferida sentença de mérito?

Documento só poderiam ser juntados se (a) relativo a fatos novos; (b) fossem documentos efetivamente novos; (c) fossem documentos de que as partes ou o terceiro por alguma razão não pode fazer uso. Nada disso ocorreu no caso destes autos, pois o documento que a Helipark pretendia ter juntado aos autos estava ao alcance das partes todo o tempo.¹⁰⁵ Obviamente, se os documentos não

105. Sobre a ausência de justificativa para sua não juntada em tempo hábil, registrou o juiz, em decisão prolatada à fls. 3113: “causa estranheza ao Juízo que tais documentos não tenham sido trazidos aos autos por qualquer das rés antes da sentença, já que se existiam e estavam na posse da empresa que prestou a assistência técnica ao autor, seria razoável um contato entre essas empresas, entretanto, os documentos juntados pela embargante ROBINSON HELICOPTER CO permanecem nos autos e serão analisados no momento oportuno”.

poderiam ter sido juntados pela assistente, e não o foram, **não pode este pretendo terceiro, pedir a uma das partes que pleiteie a juntada, pelas mesmas razões que levam a impossibilidade de que os terceiros o façam: encerramento da fase instrutória.**

8.2) O assistente pode manejar recurso após o término do prazo aplicável às partes?

Não. O terceiro, mesmo que intervindo tardiamente, **sujeita-se aos prazos e às preclusões processuais.**

No caso analisado, os Embargos de Declaração apresentados pela HELIPARK cerca de 40 dias após a publicação da sentença são, evidentemente, intempestivos.

9) Pode o STJ conhecer e amparar seu posicionamento a respeito da existência de *fumus boni iuris* para suspender execução, em prova documental juntada aos autos por terceiro após a interposição do recurso, ao qual se pretende atribuir efeito suspensivo?

Não. Essa possibilidade é incompatível com a regra de que o STJ não conhece de fatos supervenientes ao manejo do recurso. Ora, se ao julgar o recurso especial os fatos novos não podem ser considerados pela corte, evidentemente também não o pode a decisão que avalia a existência de *fumus* capaz de ensejar o deferimento de efeito suspensivo. Ademais, no caso dos autos, essa prova documental “nova” foi produzida de forma irregular e seu desentranhamento foi determinado pelo juiz.

10) A admissão dos AREsp 946122, 988721 e 1008517 encontra óbice no reexame de matéria fática?

A avaliação da legalidade ou ilegalidade do acórdão de que se recorreu através dos AREsp 946122, 988721 e 1008517, demanda inexoravelmente o exame dos **fatos** subjacentes à demanda, devidamente comprovados nos autos. Sabe-se que, os tribunais superiores, ao julgarem recurso especial e recurso extraordinário, não podem reexaminar o material probatório produzido nos autos para, só à luz deste material, avaliar o erro ou o acerto do acórdão impugnado. Os fatos subjacentes à demanda podem, sim, ser levados em conta pelos tribunais superiores, **na medida em que estejam descritos na decisão de que se recorreu.** Assim, a mera leitura do acórdão impugnado deve ser capaz de gerar a convicção no sentido de que a decisão contraria o direito objetivo. Para que o recurso

especial possa ser admitido, sendo a decisão cassada, para depois haver o rejuízo da causa ou da questão.

Ora, no caso cuja análise nos foi submetida, haveria evidente necessidade de exame das provas produzidas no processo e das alegações feitas pelas partes ao longo do feito, para que se pudesse – o que se admite só para argumentar – verificar a ilegalidade do acórdão recorrido. Da sua leitura, não se pode chegar à conclusão no sentido de ter havido ilegalidade. Portanto, o exame do mérito dos AREsps 946122, 988721 e 1008517, esbarra na proibição do exame de matéria fática, próprio dos recursos ditos de *estrito direito*, em que só se avaliam erros e acertos de teses jurídicas adotadas na decisão recorrida.

É o nosso parecer, *s.m.j.*

Curitiba, 30 de outubro de 2017.

TERESA ARRUDA ALVIM

Em tempo, cumpre esclarecer que foi formalizado acordo no processo principal, cuja tramitação passou a se dar em Segredo de Justiça.

O memorial foi distribuído no STJ, cujo Agravo julgado prejudicado continuou público, não estando o parecer sobre sigilo.



11

AGRAVO INTERNO – LEGITIMIDADE TERCEIRO INTERESSADO

OPINIÃO LEGAL

I. Objeto da consulta

Consulta-nos X, por meio de seus ilustres advogados, Karina Ortmann e Anselmo Moreira Gonzalez, a respeito da **admissibilidade (ou não) do recurso de agravo interno** interposto por Y e outros, na condição de **terceiros juridicamente interessados**.

O recurso volta-se contra decisão do Exmo. Ministro Vice-Presidente do STJ, Humberto Martins, que homologou **acordo coletivo** a respeito do pagamento dos **expurgos inflacionários** e reputou prejudicado o recurso extraordinário interposto pela Consulente (AgInt no acordo no RE nos EDcl nos EDcl no Recurso Especial n. 253.589/SP), em ação civil pública promovida pelo IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Cidadão.

II. Brevíssimo retrospecto da situação que deu origem à presente Consulta

O agravo interno, a que se refere a Consulta, origina-se de **ação civil pública** intentada pelo IDEC, contra o Consulente, em que pede a condenação deste ao pagamento da diferença de correção monetária em caderneta de poupança, decorrente do Plano Verão.

A ação foi julgada procedente em 1.o e 2.o graus, o que levou à interposição de Recurso Especial e de Recurso Extraordinário.

O Recurso Extraordinário, inicialmente, não foi conhecido, mas essa decisão foi reformada no julgamento do Agravo de Instrumento

ao STF. Além de conhecer o recurso, o STF determinou seu encaminhamento ao STJ, para sobrestamento, em razão das decisões proferidas nos recursos extraordinários ns 626.307/SP (Rel. Min. Dias Toffoli), 591.797/SP (Rel. Min. Dias Toffoli), 632.212/SP (Rel. Min. Gilmar Mendes) e 631.363/SP (Rel. Min. Gilmar Mendes), com repercussão geral reconhecida, em que a questão seria dirimida, com efeito *erga omnes*.

O Recurso Especial, por sua vez, foi conhecido e provido parcialmente. Após a oposição de Embargos de Declaração, foi interposto Recurso Extraordinário contra o respectivo acórdão. O STF conheceu desse Recurso Extraordinário, no julgamento do Agravo de Instrumento ao STF, tendo determinado seu encaminhamento ao STJ, para sobrestamento.

Em 2016, sob a mediação da **Advocacia Geral da União**, iniciaram-se os diálogos que resultaram no **acordo coletivo** firmado, em 11.12.2017, entre IDEC, FEBRAPO, ABRACON, ACADECO, ADEC, ADOCON, APADECO, AUSFAR, IBCDI, PROJUS, VIRTUS, de um lado, todas **entidades reconhecidas pelo seu histórico na defesa dos poupadores**, e, de outro, a FEBRABAN e a CONSIF, com a intervenção do **Banco Central**, envolvendo os expurgos inflacionários relativos aos Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II.

Em 12.12.2017, o Consulente, X, aderiu ao acordo, relacionando as ações coletivas abrangidas pela composição e que, em razão dela, seriam extintas, incluindo aí a ação promovida pelo IDEC, objeto da Consulta.

Após parecer favorável do **Ministério Público Federal**, e assegurada **ampla publicidade e transparência** (o que permitiu aos interessados apresentarem as oposições que tivessem),¹ o acordo coletivo foi **homologado pelo STF**. Embora, rigorosamente, a homologação nos autos de um só dos recursos extraordinários paradigma, ou na ADPF, fosse suficiente, o acordo coletivo foi homologado em todos, por acórdãos que transitaram em julgado, operando-se a coisa julgada material, nos termos do art. 487, III, b, do CPC/2015.

1. Além dos Recursos Extraordinários com repercussão geral reconhecida, também a ADPF 165/DF, sob a Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, envolve o mesmo tema. Antes da homologação do acordo, pelo Plenário, valendo-se da analogia com o disposto no art. 94 do CDC, o Em. Relator determinou fosse dada ampla publicidade ao acordo.

Não é demais destacar que a ênfase dada pelo CPC/2015 às soluções consensuais dos conflitos de interesse (art. 3.o, § 3º), ao princípio da colaboração (art. 6.o), à flexibilidade procedimental, para melhor adequar o procedimento às necessidades do conflito (art. 139, VI) e à necessidade de se assegurar a razoável duração dos processos (art. 4.o) e a racionalização da atividade judiciária, foi fator determinante para que o acordo coletivo fosse firmado.

Nos termos de sua cláusula 6.2, IDEC e X, então, apresentaram o respectivo instrumento nos autos do Recurso Especial, pedindo a sua *homologação* para fins de extinção do feito na forma do art. 487, III, b, CPC/2015.

Seguiu-se decisão do Em. Min. Humberto Martins, em que *homologou* a composição, reputando prejudicado o recurso extraordinário interposto pelo Consulente, por superveniente perda do objeto.

Contra essa decisão, autoatribuindo-se a condição de **terceiros juridicamente interessados** (art. 119, CPC/2015), Y e OUTROS interpuseram agravo interno, levado para julgamento na sessão do dia 29.06.2018, ocasião em que o relator, Min. Humberto Martins, não conheceu do agravo, e em que a Ministra Nancy Andrighi pediu vista dos autos.

Insurgem-se os recorrentes, fundamentalmente, contra a cláusula 9.1. do acordo, que além de prever que as ações civis públicas propostas dentro do prazo prescricional, e ainda não transitadas em julgado, deverão ser extintas em razão da composição, estende sua eficácia unicamente às pessoas que iniciaram o cumprimento provisório da sentença coletiva até 31.12.2016.

Os recorrentes teriam iniciado o cumprimento de sentença em 2017, e, segundo sustentam, não poderiam, à luz dos princípios da isonomia e segurança jurídica, ser excluídos do ajuste.

III. Da inadmissibilidade do agravo interno

O agravo interno não reúne os requisitos necessários para sua admissibilidade.

Costumam-se dividir os requisitos de admissibilidade dos recursos em gerais e específicos. Os primeiros, ainda, subdividem-se em intrínsecos e extrínsecos.

São requisitos gerais intrínsecos o cabimento, a legitimidade para recorrer e o interesse em recorrer. São requisitos gerais

extrínsecos a tempestividade, a regularidade formal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e o preparo.

É exemplo de requisito específico, por sua vez, o prequestionamento, próprio dos recursos de estrito direito, e que está relacionado à limitação do efeito devolutivo desses recursos, de fundamentação vinculada. Devolve-se a questão de direito que foi decidida pelo tribunal *a quo*, a partir dos elementos que constam do respectivo acórdão impugnado.

No caso, faltam aos recorrentes: legitimidade e interesse para recorrer.

a) *Ausência de legitimidade para recorrer*

a.1. O processo coletivo e as limitações para a intervenção de terceiros

Sabe-se que, em regra, têm legitimidade para recorrer aqueles que são parte na ação, o MP e os terceiros juridicamente interessados (art. 996, CPC/2015).

As noções de parte e de terceiros, quando se está no contexto das ações coletivas, não podem ser compreendidas à luz dos padrões do processo individual.

Os autores poderão ser os entes indicados no art. 82, do CDC. Réus serão aqueles contra quem a demanda for proposta. O art. 94, do CDC, por sua vez, prevê a possibilidade de que interessados intervenham no processo como **litisconsortes ativos**, quando, então, serão atingidos pela sentença da ação coletiva, quer seja de **procedência** ou de **improcedência**.

Esses terceiros interessados têm **momento adequado** para pedirem para intervir na ação coletiva e **limitação na sua atividade**. De fato, se a todo momento se admitissem, como ocorre no processo individual, *recursos* de quem não interveio como parte, a tutela coletiva ficaria inviabilizada. Essa é a lição de Teori Zavascki, *in verbis*: “A permissão de formar litisconsórcio entre o autor da ação coletiva e os titulares do direito subjetivo individual milita em sentido desfavorável aos objetivos do processo coletivo, notadamente o da celeridade”²

2. ZAVASCKI, Teori. *Processo Coletivo: tutela de direito coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 182.

A conclusão a que chegou esse próprio STJ, quanto ao **momento até o qual o interessado pode requerer seu ingresso na ação coletiva**, na condição de **litisconsorte ativo**, é de que: “A inclusão de litisconsorte, na ação civil pública, segue as regras do Código de Processo Civil, sendo admitida de regra, apenas em momento anterior à citação da ré. (...)”. No voto do Em. Min. Relator, Cesar Asfor Rocha, “O procedimento regulado não traz qualquer dúvida no sentido de que, ajuizada a ação, proceder-se-á com a publicação de edital convocatório, para que eventuais interessados se habilitem, requerendo a sua admissão como litisconsortes ativos. Tendo-se como certo de que o Código de Processo Civil se aplica à ação civil pública, no que não dispuserem em contrário as normas procedimentais, insculpidas nas leis 7.347/85 e 8.078/90, a admissão dos litisconsortes ativos deve ser feita antes de realizada a citação (...). A princípio, portanto, a inclusão de interessados se somente poderia dar em momento anterior à citação e, conseqüentemente, à contestação da instituição financeira ré, o que se justifica, já que a contestação tem por finalidade servir de resposta à pretensão deduzida na petição inicial, sendo inadmissível a alteração subjetiva da lide ou do pedido, sem o assentimento da demandada”.³

No caso que deu origem ao acórdão acima, a publicação ocorreu após a citação, mas ainda no **início do processo**, razão pela qual a inclusão dos interessados foi aceita. Ou seja, o que importa é que a intervenção ocorra quando ainda é possível se estabelecer o amplo contraditório.

Além do limite temporal, a intervenção desses terceiros interessados, na ação coletiva, sofre limitação quanto à abrangência da matéria que pode ser por eles deduzida. Ada Pellegrini Grinover salienta que “(...) o interveniente do art. 94, embora litisconsorte, **não poderá apresentar novas demandas**, ampliando o objeto litigioso da ação coletiva à consideração de seus direitos pessoais, o que contrariaria todo o espírito da molecularização da causa”.⁴ (g.n.)

Os demais terceiros, cuja opção seja por não intervirem no processo coletivo, serão **terceiros sui generis**, porque titulares do direito sobre o qual se vai decidir.

3. STJ, REsp 106.888/PR, 2ª Seção, j. 28.03.2001, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 05.08.2002.

4. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 151.

Esses **titulares do interesse individual homogêneo** em debate, que optam por **não ser parte na ação**, serão atingidos pela sentença da ação coletiva, apenas, se esta for de procedência. Nessa hipótese, poderão promover a liquidação e execução desde que provem a condição de titular do direito lesado, assim como o prejuízo sofrido.

Como se sabe, a ação coletiva envolve direitos individuais homogêneos, para cuja tutela a ordem jurídica brasileira *“privilegiou a autonomia individual, optando por um regime em que as ações individuais têm sempre preferência sobre as demandas coletivas e em que o particular só é atingido pelos efeitos da sentença coletiva se assim expressamente pretender (sistema do opt in). Vale dizer que, no sistema vigente, a demanda coletiva tem aplicação apenas subsidiária e eventual aos indivíduos, que podem escapar de seus efeitos, seja promovendo demandas individuais, seja não aderindo expressamente à ação coletiva”*.⁵

Tal como mandado de segurança coletivo (previsto no art. 21 da Lei Federal n.º 12.016/2009), a ação civil coletiva (prevista no art. 91 do Código de Defesa do Consumidor), é um instrumento de **defesa coletiva de direitos**, introduzido no sistema para tornar mais eficiente e econômica a prestação Jurisdicional, mas sem afastar do titular do direito a **possibilidade de defender em juízo o seu próprio interesse**.

A existência da ação coletiva, portanto, **não é óbice à propositura de ação individual com a mesma pretensão**. Não há litispendência entre elas.

Para aquele que se reputa titular do direito, porém, aproveitar-se dos efeitos *erga omnes* da coisa julgada coletiva, faz-se necessário o exercício do **direito de opção** (*right to opt in, right do opt out* das *class actions* norte-americanas). Assim, de acordo com a lei (art. 104, do CDC), deve pedir a suspensão da ação individual, quando, então, poderá beneficiar-se da sentença de procedência, não lhe atingindo, porém, a improcedência da pretensão na ação coletiva.

Poderá, é claro, simplesmente **aguardar o desfecho da ação coletiva**. Nessa hipótese, contudo, ficará sujeito aos riscos inerentes

5. ARENHART, Sérgio. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 49.

à sua inércia, como exemplo, deparar-se com a improcedência da ação coletiva, quando, em razão da fluência do prazo prescricional, já não lhe seja mais possível mover a ação individual. Por essa razão, à luz do sistema jurídico em vigor, é de se esperar que, por precaução, ajuíze sua própria demanda.

Todos esses aspectos levam à conclusão de que não se deve admitir o agravo interno interposto por Y e outros.

Não são poucas as decisões desse STJ, no sentido da falta de legitimidade recursal ativa, para interposição de agravo interno, à pessoa que não é parte na relação processual. Por exemplo, já se inadmitiu agravo interno de determinado Estado, contra decisão que não conheceu o recurso especial do Detran daquele mesmo Estado, em MS impetrado por particular. Em outra oportunidade, foi inadmitido agravo interno de determinado Município, contra decisão que, em ação de improbidade, deixou de conhecer recurso especial de um dos réus.⁶

Se assim é nas demandas individuais, com mais razão, ainda, deve ser nas ações coletivas.

Isso porque, conforme já se fez ver, terceiros não podem intervir “livremente” em ação coletiva. De rigor, recurso de terceiro prejudicado não é senão uma das formas de se intervir em processo em curso.

Não socorre à parte o argumento consistente em qualificar sua posição como sendo a de um assistente.

O assistente é aquele que intervém no feito com o objetivo de *interferir no teor da sentença*, para que seja *favorável a uma das partes* (art. 119, *caput*).

Primeiramente, no caso, o objetivo dos recorrentes **não é coadjuvar** qualquer das partes, pois ambas – IDEC e ITAU UNIBANCO – pediram a extinção do feito em razão da celebração do acordo, já homologado pelo STF. Os agravantes pretendem **impugnar algumas de suas cláusulas que não seriam favoráveis à sua situação individual**.

6. Respectivamente: STJ, AgInt no AREsp 930.556/PE, 2ª T., j. 12.12.2017, Rel. Min. Assusete Magalhães, *DJe* 19.12.2017; STJ, AgInt no AREsp 955.256/MG, 2ª T., j. 06.04.2017, rel. Ministro Francisco Falcão, *DJe* 19.04.2017.

Ademais, no agravo a que se refere esta consulta, a situação não se configura, porque ***já há decisão de mérito transitada em julgado*** (decorrente da homologação do acordo junto ao STF).

O requisito no sentido de que haja processo em curso é tratado de modo direto no parágrafo único do art. 119, do CPC/2015: “*A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontrar*”.

Não bastassem estes argumentos, a assistência, aqui, “seria” (mas não é) litisconsorcial: o “terceiro” que, como dissemos, é um terceiro *sui generis*, se diz titular do direito sobre o qual versou o acordo.

Quanto a esse ponto, tem-se a dizer: 1) óbvia e evidentemente o art. 119 diz respeito a ações disciplinadas pelo CPC e não pelo microsistema das ações coletivas. Os “assistentes” ou “litisconsortes” podem, sim, participar do processo coletivo, individualmente, quando se discutem direitos individuais homogêneos (art. 94, CDC) apenas *NOS MOMENTOS ADEQUADOS e PARA EXERCER SOMENTE ALGUMAS ATIVIDADES*, que digam respeito ao reforço da tese de direito que está sendo sustentada, mas não para defender o interesse específico de parte. Se assim não fosse, como observamos, não haveria ações coletivas, pois estas seriam operacionalmente inviabilizadas; 2) é burlar a lei deixar de intervir no momento adequado e pleitear intervenção, por meio de agravo, quando o processo já está em fase de recurso excepcional. Ainda mais como ocorre no caso concreto, em que já há coisa julgada!

O entendimento, no sentido da falta de legitimidade recursal dos recorrentes, é perfeitamente compatível com o sistema das ações coletivas, que **desconsidera a situação pessoal dos interessados**, para ser proferida uma sentença genérica.

Justamente por isso, e para **evitar embaraços** insuperáveis ao trâmite da ação coletiva – que não impede que os interessados lancem mão de ações individuais para veicular suas pretensões – é assente o entendimento do STJ no sentido da inviabilidade da reunião dos processos coletivo e individuais. Por essa mesma razão, é inviável a admissibilidade de recursos de terceiros prejudicados.

Eis aí outro fundamento para que o agravo interno não seja admitido: não se deve admiti-lo, no caso sob análise, porque a ação coletiva não se presta à discussão do específico interesse daqueles que

pretendem intervir, bem como porque, a flexibilização na aceitação da intervenção de terceiros prejudicados, na demanda coletiva, é certamente causa de tumulto no processo, que retarda a solução da lide, já que se contrapõe à finalidade e à razão de ser das ações coletivas.

As pretensões em massa, como é notório, podem envolver milhares de pessoas, com potencialidade de gerarem milhares de recursos, que, se admitidos no bojo dos processos coletivos, acabaria por inviabilizar essa forma de tutela jurisdicional. A demanda coletiva, se assim fosse, resultaria num aglutinado de lides individuais, transformando-se, praticamente, num litisconsórcio multitudinário, o que é nocivo ao sistema.⁷

É importante consignar que a inadmissibilidade do agravo interno, no caso sob análise, **não estará negando aos recorrentes o acesso à justiça, nem inviabilizando o contraditório.**

De um lado, porque, tal como destacado pelo Min. Ricardo Lewandowski, no voto que proferiu na ADPF 165/DF, o acordo coletivo, contra o qual se opõem, contou com *salvaguardas* que constituem os mais importantes pilares do processo coletivo brasileiro: representatividade adequada; publicidade ampla; admissão de inúmeros *amici curiae*; e complementação da atuação das partes pela fiscalização do *custos legis*, o Ministério Público.

7. A respeito, em artigo publicado no Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União (a.7 - n. 27, pg 105/130), sobre a *Intervenção Assistencial nas Ações Coletivas*, Ronaldo Lima dos Santos salienta que "(...) A assistência litisconsorcial individual somente deve ser admitida à medida que seja benéfica para o conflito coletivo. Por meio dela não se admite a formulação de pretensões individuais nem a discussão de peculiaridades da situação individual, uma vez que podem/devem ser discutidas em ação individual ou quando da habilitação na execução. **A formulação de pretensões individuais sob a figura da assistência litisconsorcial leva inexoravelmente à ausência de interesse de agir em face da lide coletiva, suscitando a exclusão do indivíduo da lide.** (...) Desse modo, o ingresso dos interessados individuais como litisconsortes (assistentes litisconsorciais) nas lides coletivas para tutela dos interesses individuais homogêneos deve ser aceito com cautela e somente quando em benefício para a lide coletiva, não podendo a intervenção servir de instrumento para tutela do direito individual do interessado, de modo que retire o caráter molecular da demanda, transformando-se num conjunto de lides individuais com prejuízo para a celeridade processual e para o exercício do direito de defesa do réu." (g.n.)

De outro lado, poderiam eles ter usado a oportunidade de:

(1) ter ingressado na ação coletiva como **litisconsortes**;

(2) dentro do prazo prescricional de 20 anos, contados da realização dos expurgos, ter **proposto ação individual**. No que diz respeito às ações coletivas que defendem os direitos individuais homogêneos, os interessados podem ingressar em juízo ou prosseguir com suas demandas individuais;

(3) ter dado início à **execução provisória da sentença coletiva** até 31.12.2016, pois os recursos dela interpostos não tinham efeito suspensivo;

(4) ter apresentado **objeções**, junto ao STF, **antes** da homologação do acordo coletivo.

Além disso, o sistema contém instrumento que lhes permite deduzir suas alegações por **via autônoma**, junto ao STF. É cabível, nessa hipótese, a ação anulatória da sentença homologatória de transação, à luz do art. 966, § 4.º do CPC/2015.

a.2. A contribuição das demais técnicas voltadas à obtenção de decisão paradigmática

As ações coletivas, para tutela de direitos individuais homogêneos, compõem o rol de técnicas voltadas à obtenção de decisão judicial paradigmática. Isso porque, por meio de uma única demanda, busca-se solucionar de uma só vez uma multiplicidade de litígios idênticos.

Por essa razão, é possível adotar-se em relação a elas o que esse STJ vem entendendo no âmbito da técnica de julgamento dos recursos repetitivos, quanto aos pedidos de ingresso de terceiros interessados no feito, no sentido de que “(...) *o fato de outras pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública possuírem interesse no desfecho da causa não as legitimam para participar do feito, tendo em vista que há inúmeras outras pessoas físicas e jurídicas na mesma condição, sendo certo que o deferimento de tal medida implicaria em potencial **tumulto processual**, com atraso evidente na prestação jurisdicional de tema que tem causado forte represamento processual*”.

Foi esse o fundamento que levou ao indeferimento do pedido de intervenção do Banco Central, em recurso especial, a ser julgado sob o regime repetitivo, em que a questão afetada dizia respeito à

compensação de verba honorária fixada na ação de execução com aquela decorrente dos Embargos à Execução.⁸

Nesse mesmo caso, contudo, foi deferido o pedido de admissão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, vez que a questão dizia respeito à entidade de classe. O que se tem evidenciado, no que se refere aos repetitivos, é que os pedidos de admissão são atendidos quando a vinculação do terceiro, que pretende ser admitido no recurso afetado, é perceptível *prima facie*, por ser *notória a representatividade* das pessoas, órgãos ou entidades, que vêm a juízo auxiliar na sustentação da tese jurídica, como verdadeiros *amici* (ainda que assim não identificados).

Situação como essa, porém, é absolutamente diversa daquela exposta pelo Consulente, em que são inúmeras as pessoas que pretendem intervir (mais de 200); devem ser provados sua condição de poupadores e os alegados prejuízos que sofreram; e sua intenção é defender seu interesse pessoal, de serem abrangidas pelo acordo homologado pelo STF.

O STJ, no âmbito da **devolução restrita do agravo interno** (ao qual se aplicam as mesmas regras atinentes ao recurso especial, neste particular), **não tem condições de apurar**, ainda que sumariamente (para fins de admissibilidade do recurso), se estaria evidenciado o vínculo entre o interesse de intervir dos mais de 200 recorrentes e a relação jurídica posta nos autos. Se não cabe ao STJ *rever* fatos e *reexaminar* o poder de convicção das provas, muito menos lhe é possível, ainda que para exercer juízo de viabilidade do recurso, analisar e valorar fatos, que não são novos (as relações jurídicas datam de mais de duas décadas), deduzidos, pela primeira vez, nas vias extraordinárias.

A situação se mostra ainda mais sensível, no caso, porque são mais de **200 recorrentes**, que juntaram mais de **300 folhas de**

8. STJ, PET no REsp 1.520.710/SC, decisão monocrática, j. 11.11.2015, rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 13.11.2015. Confira-se, no mesmo sentido, decisão do STF: “*Observem a organicidade e a dinâmica do Direito. O requerente teve o pedido de ingresso indeferido, não possuindo legitimidade, porquanto estranho à relação processual, para recorrer do acórdão formalizado pelo Supremo ou sobre ele tecer considerações*”. STF, RE 612.043/PR, j. 03.05.2018, dec. monocrática, rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 03.05.2018.

documentos nos autos, havendo, de acordo com o que nos relatou o Consulente, fortes **indícios de fraude**.

b) *Ausência de interesse em recorrer: já há coisa julgada; a tutela que se pede é de cumprimento impossível em razão da indivisibilidade da transação; a jurisdição do STJ já se encerrou*

Desde o *CPC de 1973*, permite-se que haja um acordo, num processo determinado, em que se discute o tema x, que tenha o condão de por fim a outros processos, e, portanto, abranja as lides *a, b, c* e *d* que estavam sendo discutidas noutros processos.

Foi exatamente o que ocorreu nestes autos: o que se tem, no caso concreto, em relação às ações coletivas em trâmite, não prescritas, é um acordo, homologado no STF, que abrangeu pretensões que eram o objeto de outros processos, tendo, portanto, essa homologação posto fim também àqueles processos cujos objetos foram abrangidos, que foram expressamente apontados/alistados no próprio acordo homologado.

É relevante que se sublinhe que, quando tem lugar acordo em processo em trâmite, de rigor, nenhuma das partes “abre mão do direito que tem”. Simplesmente porque ainda não há sentença final, transitada em julgado, em que o Judiciário teria dito “do lado de quem” está o direito. Há, isto sim, uma situação de incerteza: em face do risco, preferem as partes transacionar chegando a uma solução satisfatória, embora não integralmente, para ambas as partes.

Se este mesmo acordo foi levado à homologação nos processos coletivos em curso, o que se pode dizer é que, de rigor, os outros juízos (em que tramitam tais processos) nada mais podem fazer do que endossar a homologação já havida no STF: esta fez operar coisa julgada, quanto ao objeto original do processo em que houve a homologação, e quanto aos objetos dos outros processos.

Na verdade, um mesmo acordo **não pode ser homologado mais de uma vez**, porque a coisa julgada que se opera quando da homologação do primeiro, impede que as outras homologações posteriores sejam consideradas *verdadeiras homologações*. Essas homologações posteriores são fundamento para que os demais processos sejam extintos, porque perderam o objeto, ou, ainda, se se quiser, porque já há coisa julgada.

As demais homologações são, não só desnecessárias, como inoperantes.

Neste exato sentido é a decisão do Min. Lewandowski, na ADPF 165: *“tendo sido chancelado o acordo coletivo, a adesão individual de cada um dos bancos independe de homologação individualizada, tratando-se de mera comunicação para ciência.”*

Depois de homologado o acordo pelo STF, nenhum outro ato pode ser praticado nos demais processos coletivos que foram abrangidos pela composição, em virtude da coisa julgada que se produziu, quando da homologação do acordo pelo STF.

Atos jurisdicionais e recursos, para existirem juridicamente, precisam de um **ambiente**, que é um **processo em curso**: quando se faz acordo sobre o objeto de um determinado processo, ainda que este acordo esteja fisicamente, noutra processo, que também estava pendente, nenhum outro ato pode ser praticado. Esses outros processos devem necessariamente ser extintos sem julgamento de mérito, porque, desde o momento em que o acordo foi homologado, no STF, já há coisa julgada sobre as pretensões que estavam, neles, sendo veiculadas.

Assim, nos demais processos coletivos (decorrentes de ações coletivas em trâmite, propostas dentro do prazo prescricional) cujo objeto foi abrangido pelo acordo, a única manifestação que deve haver é a do juiz ou do tribunal, de **natureza declaratória**, dando conta da existência de coisa julgada e pondo fim ao processo, sem se pronunciar sobre o mérito.

Portanto, todas as eventuais alegações que se pretendam fazer devem ser formuladas em ação autônoma, perante o órgão que homologou o acordo: o STF.

Com propriedade, Cândido Rangel Dinamarco ensina que *“há o interesse de agir quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação na vida comum – ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira tutela, a tutela jurisdicional”*.⁹ O mesmo se dá em relação ao interesse recursal, manifestação que é do interesse de agir.

9. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p 353.

Para Barbosa Moreira, *“A noção de interesse, no processo, repousa sempre, ao nosso ver, no binômio utilidade + necessidade: utilidade da providência judicial pleiteada, necessidade da via que se escolhe para obter essa providência. O interesse em recorrer, assim, resulta da conjugação de dois fatores: de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem”*.¹⁰

A via eleita para os recorrentes se insurgirem contra a cláusula do acordo, que exclui dos seus efeitos os poupadores que deram início à execução provisória da sentença coletiva após 30.12.2016, não é o agravo interno no recurso especial. Mas, como se disse, ação autônoma junto ao STF.

Sempre houve muita controvérsia em torno de qual seria a medida cabível para desconstituir sentença homologatória de atos de disposição de direito material. Se, de um lado, parecia caber a ação rescisória, tendo em vista que o art. 269, do CPC/73 (art. 487, do CPC/2015), incluía esse pronunciamento judicial no rol das sentenças de mérito, de outro, havia o art. 486, que previa a ação anulatória. Além disso, a redação dos dispositivos do CPC/73 era confusa.

O CPC atual procurou encerrar a controvérsia, ao dispor, em seu art. 966, § 4.o, que *“Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei”*. Esse dispositivo dissipa qualquer dúvida de que o atual Código encampou o posicionamento, que doutrina e jurisprudência já vinham adotando, no sentido de que o meio adequado para impugnar os atos de disposição de direitos – reconhecimento jurídico do pedido, renúncia à pretensão e transação – homologados em juízo é a ação anulatória. A ação rescisória somente será cabível, se o juiz, ao homologar a transação entre as partes da relação processual, proceder à análise do conteúdo da avença, o que não se passou na situação sob análise.¹¹⁻¹²

10. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 298.

11. Segundo Henrique Ávila: “Não importa a circunstância de que o *caput* do art. 966 alude a “decisão de mérito” e que o art. 487 do NCPC disponha

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “*Não há, nem na interpretação lógica, nem na teleológica, e muito menos na sistemática, justificativa razoável para nos afastarmos do posicionamento*

no seu inciso III que haverá resolução de mérito quando se estiver diante de homologação de transação. A conjugação desses dois dispositivos apenas confirma que, com dissemos anteriormente, nos casos de transação a *decisão* é de fato rescindível, mas desde que o vício decorra do provimento jurisdicional (*v.g.*, como se disse, proferida por juiz incompetente, sem manifestação do Ministério Público quando necessária etc.). For o vício originado do negócio jurídico de autocomposição (*v.g.*, como também já se disse, decorrente de erro, dolo, coação, etc.), ainda que homologado e transitado em julgado, a ação anulatória será a via apropriada para postular a invalidade”. ÁVILA, Henrique. Temas essenciais do Novo CPC. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier; Luiz Rodrigues Wambier. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 632. Também Rodrigo Barioni se posiciona da mesma forma: “Em prestígio à jurisprudência formada acerca do tema, excluiu-se o fundamento rescisório previsto no art. 485, VIII, do CPC/1973. Assim, quando houver vício a invalidar o ato jurídico de renúncia ao direito, reconhecimento jurídico do pedido e transação, será cabível ação anulatória (art. 966, § 4º), o que encerra longo debate doutrinário sobre o tema. A ação rescisória ficará reservada à desconstituição de vício da decisão judicial em si mesma considerada”. BARIONI, Rodrigo. Breves comentários ao Código de Processo Civil. Teresa Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coords.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.150.

12. No plano da jurisprudência, há decisões recentes no mesmo sentido: “Ação Rescisória. Propositura de ação rescisória contra sentença homologatória de acordo no CEJUSC – Falta de interesse processual – Inadequação da via eleita – Inexistência dos pressupostos do artigo 966 do Código de Processo Civil – Cabimento de ação anulatória ou de nulidade do negócio jurídico, com base no artigo 966, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil – Indeferimento da petição inicial – Processo extinto, sem resolução do mérito. Indefere-se a petição inicial, com extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos dos artigos 330, inciso III, e 485, inciso I, do Código de Processo Civil”. (TJSP; Ação Rescisória 2243283-65.2017.8.26.0000; Rel. Des. Christine Santini, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 16.02.2018); “Ação rescisória. Pretensão da autora de desconstituição de sentença que homologou acordo ajustado entre as partes litigantes, nos autos da ação de despejo. Impossibilidade. Sentença meramente homologatória, que nada dispôs sobre os termos da avença, não avançando para além da mera homologação. Ato passível de desconstituição por meio de ação anulatória (art. 966, §4º, do CPC/15). Indeferimento da inicial. Extinção do processo, sem julgamento de mérito”. (TJSP; Ação Rescisória 2175113-41.2017.8.26.0000; Rel. Des. Bonilha Filho, 26.ª Câmara de Direito Privado, j. 28.09.2017).

firme do STJ, construído sobre a égide do Código anterior e que se amolda com precisão à lei nova".¹³

Por isso, se diz que falta interesse em recorrer aos recorrentes, por integral ausência de adequação do meio eleito: o agravo interno.

Em outras palavras, o recurso de agravo interno, a que se refere esta Consulta, não é meio apto a produzir, aos recorrentes, situação mais vantajosa, pois a existência de coisa julgada, decorrente da homologação do acordo pelo STF, é óbice a que isso aconteça.

Mas não é só.

É de se considerar, também, que a pretensão veiculada no agravo interno, de que os supostos titulares do direito individual sejam "incluídos no acordo", é de *cumprimento impossível*. De acordo com o princípio da indivisibilidade da transação, não é possível anular dispositivos específicos do acordo, tidos por abusivos. Nos termos do art. 848 do Código Civil, se qualquer das suas cláusulas for reputada nula, a transação será anulada como um todo, o que não se pode admitir.

A defesa coletiva (massificada) de direitos individuais homogêneos impõe ao autor da ação uma "**lógica coletiva**", que nem sempre estará alinhada com os interesses individuais de cada um dos titulares do direito. Em outras palavras, o autor coletivo deve ter em vista aquilo que é "mais vantajoso para o maior número" e não o interesse individual de cada um. O acordo coletivo acerca dos planos econômicos foi firmado dentro dessa lógica, envolvendo milhares de poupadores, que não podem ficar à mercê do interesse de alguns.

Por fim, não se pode perder de vista que, na situação sob exame, estão pendentes de julgamento dois **recursos extraordinários**, conhecidos pelo STF e remetidos ao STJ apenas para fins de sobrestamento. A bem da verdade, portanto, o STJ já encerrou sua jurisdição, não podendo ir além da declaração de extinção da ação, à luz dos princípios da razoável duração do processo e da cooperação, bem como da **segurança jurídica**, que pressupõe a coerência e sintonia que deve haver entre as decisões dos tribunais de sobreposição. Quando muito, poderá o STJ proceder à remessa dos autos ao STF para que o faça. Não poderá ir além disso.

13. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, vol. III, p. 908.

IV. Conclusão

Diante do exposto, concluímos no sentido de que o agravo interno interposto por Y e outros não deve ser admitido, fundamentalmente, porque:

a) há óbice inerente à própria natureza dos processos coletivos, que não se prestam à discussão do específico interesse daqueles que pretendem intervir. Além disso, a aceitação da intervenção de terceiros prejudicados, na demanda coletiva, é causa de indesejável tumulto no processo, retardando a solução da lide, o que se contrapõe à finalidade e razão de ser das ações coletivas. Também não há qualquer afronta ao acesso à justiça, pois os recorrentes poderiam: (1) ter ingressado na ação coletiva como litisconsortes; (2) de, dentro do prazo prescricional de 20 anos, contados da realização dos expurgos, ter proposto ação individual; (3) ter dado início à execução provisória da sentença coletiva até 31.12.2016, pois os recursos dela interpostos não tinham efeito suspensivo; (4) ter apresentado objeções, junto ao STF, **antes** da homologação do acordo coletivo.

b) falta interesse em recorrer, na medida em que o agravo interno não é meio apto a produzir, aos recorrentes, situação mais vantajosa, pois a existência de coisa julgada, em razão da homologação do acordo coletivo pelo STF, é óbice a que isso aconteça. A via de que se valeram os recorrentes é inadequada e sua pretensão recursal é inútil, vez que impossível de concretização, por óbice imposto pelo art. 848 do Código Civil.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Curitiba, 17 de julho de 2018.

TERESA ARRUDA ALVIM



12

PROVA PERICIAL – VALORAÇÃO – FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA

OPINIÃO LEGAL

I. Síntese da situação jurídica existente

Solicita-nos a empresa X, por intermédio de suas ilustres advogadas, Doutoras Tatiana Sondermann e Kassia Reis, sobre os aspectos *processuais* relacionados às sentenças proferidas nos autos das ações declaratórias, em que se discutem os critérios estabelecidos pelo Estado do Paraná para fins de apuração do ICMS-ST, mais precisamente aqueles voltados à apuração da base de cálculo “presumida” do referido imposto.

Os fatos que envolvem a situação são, em síntese, os seguintes:

A X é pessoa jurídica que tem por objeto social a comercialização de cosméticos, produtos destinados à higiene pessoal e perfumaria. Por conta de tal atividade, está obrigada ao recolhimento do ICMS, tributo de competência dos Estados da federação e do Distrito Federal, que incide, no caso da Consulente, sobre as operações relativas à circulação de mercadorias¹.

-
1. Nos termos do art. 155, II, da CF, o ICMS incide sobre “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”. Uma vez que a X é comerciante, e não prestadora dos serviços relacionados no referido dispositivo, a sua sujeição ao dever de pagamento do ICMS está relacionada apenas à primeira parte do inciso II (“operações relativas à circulação de mercadorias”).

Vale registrar, desde já, as vendas aos consumidores finais não são realizadas pela X, mas, sim, por revendedores autônomos – mulheres, em sua grande maioria, também conhecidas como “consultoras de beleza” –, que oferecem, “porta a porta”, os produtos que levam a marca da Consulente.

Eis, em apertada síntese, as etapas que compõem a cadeia mercantil ora em análise:

1ª etapa) a indústria vende, à Consulente, os produtos de higiene pessoal, perfumaria e cosméticos;

2ª etapa) a X vende os produtos adquiridos na primeira etapa aos seus revendedores; e

3ª etapa) os revendedores autônomos, por fim, e geralmente, promovem a venda, porta a porta, para os consumidores finais, dos produtos adquiridos na etapa anterior².

Numa situação “ideal”, em que fossem neutralizados os riscos de sonegação fiscal pela existência de um sistema fiscalizatório de máxima eficiência (onipresente) e de baixo custo – em um cenário utópico, portanto, a cobrança do ICMS se daria em face de cada uma das pessoas indicadas nas etapas três etapas acima.

Assim, a indústria recolheria o ICMS sobre a operação própria (1ª etapa), repassando o ônus econômico do imposto para a X; esta, por sua vez, no momento da venda para os revendedores autônomos (2ª etapa), recolheria o imposto em questão, valendo-se, por conta do princípio da não cumulatividade, do crédito gerado pela operação anterior; por fim, os revendedores, quando da venda no sistema “porta a porta”, dos produtos X, recolheriam o ICMS incidente sobre tal operação, creditando-se do imposto incidente na operação pretérita.

Porém, sabe-se que a realidade não é essa (e está longe de ser). Por maior que fosse a eficiência do aparato fiscalizatório do Estado (que, de rigor, não é eficiente), seria impossível fiscalizar todas as operações realizadas pelos revendedores autônomos (3ª etapa).

2. Diz-se “geralmente” porque é muito comum a aquisição dos produtos, pelos revendedores, para consumo próprio; não raro, também, são os casos em que tais mercadorias são utilizadas pelo revendedor autônomo para apresentar alguém (familiares, amigos etc.) – mas a essência da atividade aqui analisada é econômica, ou seja, a aquisição das mercadorias, pela consultora de beleza, para posterior revenda.

E a razão de tal impossibilidade é a seguinte: as “consultoras de beleza”, em sua grande maioria, não têm na atividade de revenda dos produtos da marca X como sua atividade principal. Muitas têm seus empregos próprios e aproveitam o próprio ambiente de trabalho, familiar e de amigos para vender os produtos da Consulente, incrementando, assim, a renda familiar.

Ademais, é lógico e natural admitir que **os revendedores autônomos não têm condições de cumprir todas as formalidades perante os fiscos estaduais**. Não seria justo, a propósito, exigir que tais pessoas se dirigissem à secretaria da fazenda para requerer, por exemplo, inscrição estadual e autorização para emissão de nota fiscal eletrônica; ou, ainda, que fossem por elas cumpridas as mais diversas obrigações acessórias previstas na legislação dos Estados (escrituração de informações fiscais em livros próprios, emissão de guias de informação e apuração do ICMS – GIA’s etc.).

Por conta disso é que, embora regular, a atividade dos revendedores autônomos é exercida, perante os fiscos estaduais, de modo “informal” – sem emissão de nota fiscal, preenchimento de guias, inserção de informações fiscais no sistema da fazenda e assim por diante.

Mas, se, de um lado, não há como exigir dos revendedores o cumprimento das mais diversas (e normalmente complexas) obrigações acessórias, de outro também é certo que o Estado não pode abrir mão de parte do imposto que lhe é devido. Afinal, tributo é bem público, e, como tal, não é “disponível” por razões de conveniência e/ou oportunidade. E os deveres formais (=obrigações acessórias), como se pode notar do art. 113, § 2º, do CTN, apresentam-se, em última análise, como importantíssimos instrumentos voltados à fiscalização e ao controle do adequado cumprimento das obrigações tributárias.

É justamente nesse cenário, revelador de impossibilidade fática de fiscalização voltada às operações realizadas pelos revendedores autônomos, aliada à necessidade de se garantir o integral cumprimento da obrigação tributária principal, que ganha espaço e importância, no âmbito do ICMS, o regime da **substituição tributária (ST)** – que se aplica ao caso da X, e que, em última análise, motivou o ajuizamento da ação declaratória da qual se originaram as sentenças objeto desta Opinião Legal.

A substituição tributária (ST) possui relação com pelo menos dois importantes temas do direito tributário: praticabilidade e sujeição passiva.

Praticabilidade tributária envolve a implementação de medidas voltadas à otimização da arrecadação tributária. Sob o fundamento da praticabilidade, a legislação impõe mecanismos que visam a reduzir os riscos de sonegação e os custos dispendidos com fiscalização. O desfecho disso, espera-se seja a obtenção de resultados positivos nos índices arrecadatórios (=maior arrecadação, por conta dos obstáculos impostos à sonegação).

Já o tema da sujeição passiva encontra previsão no art. 121, parágrafo único, incisos I e II, do CTN. Conforme referido dispositivo, há dois sujeitos passivos (=devedores) possíveis: i) contribuinte, assim considerado como aquele que pratica, *diretamente*, o fato gerador da obrigação tributária; e o ii) responsável, que, muito embora tenha relação apenas *indireta* com o fato gerador (não o pratica, pois se o fizesse seria contribuinte), a lei lhe atribui o dever de recolhimento do tributo³.

Em última análise: o *responsável* paga o tributo em razão da prática de um “fato gerador alheio”⁴.

Sob essa óptica, já é possível afirmar que a aplicação do regime da ST, no âmbito das relações jurídicas tributárias, implica atribuir a um “terceiro” (=substituto) o dever de pagar o tributo que, naquela situação “ideal” a que nos referimos linhas atrás, deveria ser pago pelo contribuinte. Este último, porém, por razões de praticabilidade tributária, é “substituído” da relação.

É oportuno registrar, também, que existem três modalidades de substituição tributária (ST), a saber: a) para frente ou progressiva; b) para trás ou regressiva; e c) concomitante ou simples. Nesta Opinião legal, apenas a primeira modalidade (=ST para frente ou

3. Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

4. A atribuição de tal dever a um “terceiro” em relação ao fato gerador está positivada no art. 128 do CTN: “Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.

progressiva) será examinada, já que as demais não têm relevância para a situação concreta objeto de análise.

Na ST para frente ou progressiva, a obrigação de recolher o tributo surge em razão de um “fato gerador presumido”, assim entendido como aquele evento tributável que ainda não ocorreu, mas que, muito provavelmente, ocorrerá num futuro próximo. Nessa hipótese, a lei impõe ao “substituto” o dever de recolhimento do tributo antes mesmo da prática, pelo “substituído”, do fato gerador da obrigação tributária.

A ST para frente é um dos instrumentos criados pela legislação em prol da já mencionada praticabilidade tributária e que tem previsão constitucional no art. 150, § 7^o.

E como a tributação nasce de um “fato gerador presumido” – que, por ainda não ter ocorrido, não se sabe ao certo qual é o seu valor econômico –, torna-se necessário “presumir” qual será o valor dessa operação futura, para que, assim, seja possível identificar a base de cálculo sobre a qual incidirá a alíquota que, no fim das contas, permitirá a apuração do valor do tributo a ser recolhido.

No caso da Consulente, deve-se “imaginar” ou “presumir” o preço que será cobrado, pelo revendedor autônomo do consumidor final, do produto X. E, justamente por que se trata de presunção, figura ligada ao campo da “ficção” jurídica, deve-se tratar o tema com o devido cuidado, sob pena de o tributo assumir feição confiscatória.

Por sinal, a preocupação com os riscos de abusos decorrentes das presunções das bases de cálculo relativas aos “fatos geradores presumidos” não passou despercebida pelo constituinte. Basta observar que a parte final do § 7^o do art. 150 da CF assegura a “[...] *imediate e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido*”. E por “não realização” se entenda tanto a não ocorrência do fato gerador “futuro” como a sua ocorrência com uma base de cálculo inferior àquela presumida para fins de apuração e pagamento pelo substituto tributário⁶.

5. 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.

6. Nesse sentido decidiu o STF quando do julgamento do RE 593.849/MG (Tema 201 de repercussão geral), de relatoria do Min. EDSON

Outro aspecto relevante: o regime da substituição tributária deve estar previsto em lei; por outro lado, a legislação tributária (que compreende decretos, portarias, regulamentos etc.), pode estabelecer as particularidades voltadas à efetivação dessa sistemática de cobrança do tributo – que inclui a fixação, por meio de pautas, dos critérios para a apuração da base de cálculo presumida. Disso que o ato de “imaginar” por quanto será vendido um dado produto cabe, exclusivamente, ao Fisco, e não ao “responsável substituto” ou ao “contribuinte substituído”.

Voltemos, agora, à situação da Consulente.

A X figura como “substituta”, na relação jurídica tributária relativa ao ICMS, em relação aos seus revendedores autônomos – que são “substituídos” em virtude das dificuldades de fiscalização e controle dos fatos geradores por esses praticados. Em razão disso, a empresa:

1) Apura e paga, na condição de contribuinte, o ICMS relativo à operação própria, quando da venda dos produtos aos seus revendedores autônomos (2ª etapa da cadeia mencionada linhas atrás); e

2) Apura e paga, na condição de “substituto tributário”, o ICMS-ST, devido por conta do “fato gerador presumido”, que, por sua vez, se refere à (futura) venda (a ser) realizada, porta a porta, pelo revendedor autônomo.

FACHIN: “1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. 2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições. 3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. 4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta. **De acordo com o art. 150, § 7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado.**”

Com relação à operação própria, inexistem maiores dificuldades porque o valor da venda, da Consulente para o revendedor autônomo, pode ser identificado com precisão.

O mesmo não se pode dizer em relação ao “fato gerador presumido”, pois a parcela do ICMS-ST, que deve ser apurada e paga por substituição, depende, como visto, da análise dos **parâmetros/critérios fixados pela Fazenda Pública.**

É a partir desse momento que surgiram os abusos que motivaram o ajuizamento, pela Consulente, de duas ações declaratórias.

No Estado do Paraná, os critérios para a identificação da base de cálculo “presumida” do ICMS-ST, precisamente para as *operações com mercadorias destinadas a revendedores para venda porta a porta* (situação da X), foram veiculados no Decreto Estadual (PR) n. 7.018/2006, que estabeleceu, por meio de alteração do RICMS/PR (Regulamento do ICMS do Estado do PR), que:

A base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço de venda a consumidor, constante de **tabela estabelecida por órgão competente** ou, na falta desta, o preço sugerido constante de **catálogos, listas de preços ou similares**, emitidos pelo fabricante ou remetente, ou utilizados pelos revendedores, acrescido, em ambos os casos, do valor do frete quando não incluído no preço. (g.n.)

Referido decreto também estabeleceu o seguinte:

Na falta dos valores de que trata o “caput”, ou por opção do contribuinte substituto, a base de cálculo do imposto será o preço por ele praticado, incluídos os valores do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, do frete e das demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, **acrescido** do valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais: **72% (setenta e dois por cento)**, **quando se tratar de: a) perfumes, cosméticos e produtos de toucador.** (g.n.)

Nota-se que, à luz da legislação paranaense, a Consulente está submetida ao dever de apurar o ICMS-ST em função das vendas futuras que serão realizadas por seus revendedores autônomos, com base em:

- a) tabela criada por órgão competente; ou
- b) catálogos dos produtos X, material que conta com a sugestão de preço para a venda ao consumidor final; ou

c) valores praticados pela X para a venda dos seus produtos aos revendedores autônomos, acrescido, nesse caso, de uma margem de valor agregado (MVA) correspondente a 72% (setenta e dois por cento).

Para a Consulente, no entanto, o Decreto Estadual (PR) n. 7.018/2006 padeceria de vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade, uma vez que, no seu ramo de atividade, nenhum dos critérios estabelecidos pelo instrumento normativo em questão teria o condão de refletir os **valores reais** (ainda que aproximados) das operações realizadas pelos revendedores autônomos dos produtos X.

Em última análise, a aplicação de tais critérios implicaria majoração indevida do ICMS a ser recolhido ao Estado do PR, o que contrariaria diversos princípios constitucionais, como legalidade, capacidade contributiva e não confisco.

Em razão disso, a Consulente propôs, no ano de 2006, a ação declaratória n. 0002907-08.2006.8.16.0004⁷, que contou com os seguintes pedidos⁸:

i) declaração de inexistência de relação jurídica, entre a X e o Estado do Paraná, no que diz respeito ao dever de recolhimento do ICMS-ST com base em catálogos e listas, em razão de: ***i.a***) o Decreto Estadual (PR) n. 7.018/2006 não ter obedecido os ditames da Lei Complementar n. 87/96⁹; e ***i.b***) os preços (meramente sugeridos), constantes nos catálogos dos produtos X, serem superiores àqueles praticados pelos revendedores autônomos.

ii) declaração de inexistência de relação jurídica, entre a X e o Estado do Paraná, no que diz respeito ao dever de recolhimento do ICMS-ST com base na MVA de 72%, estabelecida pelo Decreto Estadual (PR) n. 7.018/2006, em razão de: ***ii.a***) ausência de compatibilidade com os valores reais praticados quando das vendas, pelos revendedores, aos consumidores finais; e ***ii.b***) a referida MVA (72%) não ter sido precedida de estudos, pesquisas ou levantamentos técnicos – diretrizes essas previstas tanto na lei geral do ICMS (LC 87/96) como na Lei Estadual (PR) n. 11.580/2006.

7. Distribuída perante a 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba.

8. Consta da inicial a presença de pedidos sucessivos que não serão objeto de análise, por não terem relação direta com o escopo desta Opinião Legal.

9. Uma vez que a X seria comerciante, e tal sistemática, de acordo com a LC 87/96, se aplicaria apenas aos fabricantes e aos importadores.

Pediu-se, ainda, que, em razão do acolhimento dos pedidos, a apuração e o pagamento do ICMS-ST fossem feitos nos moldes do Regime Especial n. 2.398/2000, que previa aplicação de MVA equivalente a 30% – e que assim o fosse até que sobreviessem normas válidas que dispusessem a respeito de novos critérios para apuração da base de cálculo “presumida” do imposto estadual em questão.

Em 2010, foi ajuizada outra demanda semelhante – no caso, a ação declaratória, que se distingue da demanda de 2006 apenas quanto ao período de apuração do ICMS-ST; no mais, os vícios apontados em relação aos critérios estabelecidos pelo Decreto Estadual (PR) n. 7.018/2006, bem como os pedidos principais (ligados, como visto anteriormente, aos catálogos e à MVA de 72%), foram os mesmos.

Na fase de especificação de provas, a X manifestou interesse na produção de:

a) prova oral, voltada à oitiva: a.1) do depoimento pessoal do representante legal da Consulente; a.2) de testemunhas dos revendedores; a.3) do depoimento de revendedores autônomos;

b) prova documental, consistente na apresentação do documento, com o registro dos estudos, pesquisas e/ou levantamentos técnicos que teriam fundamentado a edição do Decreto Estadual (PR) n. 7.018/2006; e

c) prova pericial, de natureza contábil, econômica e estatística, cujo objetivo era, de um lado, demonstrar que as sugestões de preços constantes nos catálogos de produtos X não refletiam, no plano empírico, o valor real das vendas; de outro, provar que a MVA de 72%, prevista no decreto estadual, seria completamente abusiva e absolutamente distante da realidade vivenciada pelos revendedores autônomos.

Os pedidos de produção de provas oral e documental foram negados¹⁰.

10. Sobre a prova documental, vale o seguinte registro: num primeiro momento, a sua produção foi deferida; no entanto, quando a Consulente pleiteou pela intimação do Estado do PR, a fim de que esse apresentasse, nos autos, o referido documento (=processo administrativo), o juiz de primeiro grau indeferiu o pedido, sob o argumento de que tal documentação poderia ser solicitada diretamente pelo perito, caso fosse necessário. No fim das contas, em relação ao pedido expresso feito pela X, a prova documental foi, de fato, indeferida.

Já o requerimento voltado à **prova pericial** foi **deferido** nos autos da ação declaratória – nos exatos parâmetros e com o mesmo escopo que haviam sido apresentados pela X.

Aberta a fase de instrução, iniciou-se uma longa e complexa **perícia técnica**, que, partindo de metodologia fundada em dados matemáticos e estatísticos, promoveu ampla pesquisa com 1.412 (mil quatrocentos e doze) revendedores autônomos, situados em 12 (doze) municípios paranaenses de relevância econômica e/ou demográfica¹¹.

Tudo isso para saber, afinal, qual seria a MVA “real” dos produtos X vendidos porta a porta por revendedores paranaenses.

Após um longo período, foi encerrada a fase instrutória, e o resultado da perícia veio, enfim, confirmar as teses defendidas pela X: a margem de valor agregado (MVA) “real”, no que se refere às vendas feitas aos consumidores finais, corresponderia a **40,57%**, o que revelou tanto o abuso da MVA de 72%, como a impossibilidade de observância dos valores indicados nos catálogos dos produtos da Consulente, que contavam com preços superiores àqueles praticados pelos revendedores.

Mesmo diante dos resultados obtidos (após, repita-se, longa e substancial perícia), sobrevieram as **sentenças** que julgaram **parcialmente procedentes** os pedidos formulados nas duas ações declaratórias propostas pela X.

A procedência das ações se restringiu à questão da impossibilidade de se exigir a apuração da base de cálculo “presumida” do ICMS-ST com fundamento em catálogos ou listas, declarando-se, assim, a “...*inexistência de relação jurídica que imponha à autora o recolhimento de ICMS com base listas que não as emitidas por fabricante ou importador*”. No entanto, um dos argumentos utilizados pelo magistrado de primeiro grau foi no sentido de que seria possível, no caso da X, a utilização dos preços constantes nos catálogos ou nas listas, uma vez que essa empresa faria parte, juntamente com a indústria, do mesmo grupo econômico¹².

11. Os municípios envolvidos foram os seguintes: 1) Curitiba; 2) Londrina; 3) Maringá; 4) Cascavel; 5) Ponta Grossa; 6) Foz do Iguaçu; 7) São José dos Pinhais; 8) Paranaguá; 9) Guarapuava; 10) Colombo; 11) Araucária; e 12) Campo Largo.

12. Na fundamentação, constou que “(...) isto não causa efeitos práticos na presente demanda”, uma vez que, no entender do magistrado de

Já os pedidos relacionados à abusividade da MVA, de 72%, assim como os demais requerimentos sucessivos formulados pela X, foram julgados improcedentes.

Sobre a alegação da empresa de que a margem de valor agregado, de 72%, teria sido fixada sem observância dos critérios estabelecidos pelo art. 8º, § 4º, da Lei Complementar n. 87/96, e pelo art. 11, § 3º, da Lei Estadual (PR) 11.580/1996, decidiu-se que “(...) a fixação do percentual foi precedida de estudos (ev. 1.33 – fls. 1.020/1.74 – autos nº 7112-41.2010), estipulando o percentual de 30% a 72% de acordo com o grupo de produtos comercializados, em atendimento tanto à lei quanto ao Convênio”.

No que tange à prova pericial produzida, restou textualmente consignado na sentença que:

(...) a despeito do excelente trabalho realizado pelo expert, inclusive com a coleta de informações e análise estatística dos dados fornecidos pelos revendedores, **estas informações não são baseadas em quaisquer documentos**, tais como **recibos ou notas fiscais**, ou seja, são meras declarações tecidas pelos revendedores, fundadas em estimativas por eles realizadas.

Em outras palavras, não há como saber se as informações prestadas ao perito são fidedignas, na medida em que não podem ser corroboradas documentalmente. (g.n.)

Em seguida, as partes opuseram embargos de declaração, tendo sido parcialmente acolhidos os da X (sem atribuição de efeitos infringentes) e desacolhidos aqueles opostos pelo Estado do Paraná.

Por fim, a Consulente interpôs recursos de apelação, que foram distribuídos à c. Terceira Câmara Cível do TJPR, sob a relatoria do Ilustre Desembargador Sérgio Roberto Nóbrega Rolanski. Consta, ainda, que os recursos foram pautados para julgamento na sessão do dia 4 de setembro de 2018 (terça-feira).

II. Objeto da Consulta

Diante desse contexto, a Consulente nos solicita Opinião Legal sobre a seguinte questão processual:

primeiro grau, “...sendo integrante de grupo econômico responsável tanto pela fabricação quanto pela distribuição dos produtos da marca X, plenamente válida a utilização dos preços fornecidos na revista X para fins de cálculo do ICMS-ST” – caso de evidente contradição.

É correto afirmar que, nas ações declaratórias propostas pela X, *as sentenças estão inadequadamente fundamentadas, em razão de erro na valoração das provas, especialmente no que tange à valoração atribuída à prova pericial?*

III. Opinião Legal

A situação que se criou nesses autos, como se viu, é bastante peculiar. Foi deferido o pedido de produção de certo tipo de prova, que, na sentença, foi desconsiderada. Sabe-se que, por um lado, evidentemente, o juiz não fica vinculado a considerar pertinente prova deferida, tomando-a como base de sua decisão. Por outro lado, todavia, pode ser bastante surpreendente para a parte ter seu pedido de produção de prova deferido, e, posteriormente, vê-la considerada *sem valor algum*. A falta de coerência da conduta do juízo de primeiro grau foi visível, até por que, como está claro, na situação sobre a qual versam esses autos, não haveria outra prova a ser feita, senão justamente essa que foi desconsiderada pelo juiz.

De fato, à falta de prova documental pré-constituída, que normalmente não se constitui na prática da venda de produtos porta a porta, carece de sentido a afirmação de que a prova seria destituída de valor, justamente por que não tem caráter documental.

Entretanto, se os fatos deveriam ser provados, no entendimento do juízo *a quo*, de outro modo, lhe teria cabido, à luz da natureza de sua atividade na fase instrutória, que é supletiva ou complementar, determinar a produção da prova que entendia adequada.

A situação criada nesses autos equivale a se ter exigido da parte prova impossível, sob pena de improcedência do pedido. A situação beira a nulidade da sentença, por absoluta inadequação de fundamentação.

Efetivamente, na sentença se diz que a prova produzida era incapaz de demonstrar o que deveria ser demonstrado, por não ter essa credibilidade, já que não se baseava em documentos. Esses documentos, como se observou, não existem.

O deferimento da prova gerou na parte a expectativa de que essa seria suficiente para demonstrar os fatos que embasavam seu direito. Depois, todavia, a prova foi tida como inidônea. E a ação julgada improcedente.

Nesse sentido, foi a fundamentação da decisão, **evidentemente, inadequada**.

A **fundamentação adequada**: “1. oferece elementos concretos para que se possa aferir a imparcialidade do juiz; 2. revela a legitimidade da decisão; e 3. por fim, garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas, na medida em que o juiz terá levado em conta, para decidir, o material probatório produzido e as alegações feitas pelas partes”¹³. Eis, portanto, sinteticamente, as razões de sua importância para o processo, mais precisamente na formação da sentença.

Por outro lado, a garantia da fundamentação das decisões judiciais só se realiza de forma plena quando a fundamentação é adequada. Fundamentação inadequada não concretiza a garantia constitucional. Já sustentamos que há, *grosso modo*, três espécies de vícios intrínsecos das sentenças, que se reduzem a um só, em última análise: 1. ausência de fundamentação; 2. **deficiência de fundamentação**; e 3. ausência de correlação entre fundamentação e decisório. **Todos são redutíveis à ausência de fundamentação e geram nulidade da sentença**. Isso, porque “**fundamentação**” **deficiente, em rigor, não é fundamentação**, e, por outro lado, “**fundamentação que não tem relação com o decisório também não é fundamentação: pelo menos não o é daquele decisório!**”¹⁴

Em suma: sentença sem motivação é nula, em razão dos prejuízos decorrentes da *negativa de prestação jurisdicional*¹⁵. O mesmo se pode dizer em relação à sentença motivada inadequadamente, pois *inadequação* equivale à *inexistência de fundamentação*

Destacamos, ao longo desta Opinião Legal, que o regime de substituição tributária do ICMS somente existe por razões de *praticabilidade tributária*, uma vez que seria impossível a prática de atos de fiscalização e controle, pelo Estado do Paraná (ou por qualquer outro ente da federação), sobre os revendedores autônomos

13. ALVIM, Teresa Arruda. Nulidades do Processo e da Sentença. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 256.

14. ALVIM, Teresa Arruda. Nulidades do Processo e da Sentença. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 269.

15. De fato, como a fundamentação é um dos requisitos essenciais da sentença, a sua ausência acarreta negativa de prestação jurisdicional, como já decidiu o STJ: “A falta de qualquer um dos requisitos essenciais da sentença constitui negativa de prestação jurisdicional que deve ser sempre prestigiada pelo magistrado, sob pena de nulidade”. (REsp n. 703.255/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 13/12/2005, DJ 06/03/2006).

inseridos no sistema de vendas porta a porta, como é o caso daqueles que comercializam os produtos da X.

Ou seja, a Consulente paga, por substituição, o ICMS dos revendedores, **justamente porque não há possibilidade fática de a fiscalização tributária atingir tais pessoas**, uma vez que os revendedores autônomos **não estão obrigados a emitir notas fiscais, recibos, escriturar informações em livros contábeis, emitir GIA/ICMS... enfim, não estão sujeitos ao cumprimento das mais diversas obrigações acessórias ligadas ao imposto estadual em exame.**

Informalidade é o fenômeno que aqui ganha relevo. As consultoras de beleza dos produtos X atuam de modo regular, porém *informal*, perante os Fiscos dos Estados. Compram produtos da Consulente, vendem tais produtos e ponto final. **Não há nota, não há recibo, não há nada!** E não há por dispensa do próprio Estado, que impõe, à X, o cumprimento de todas as obrigações fiscais – inclusive as assecuratórias do recolhimento integral do ICMS devido na cadeia econômica/comercial.

Partindo-se dessa realidade fática, e analisando as sentenças, é possível observar que o juiz de primeiro grau decidiu que, “...a despeito do excelente trabalho realizado pelo expert, inclusive com a coleta de informações e análise estatística dos dados fornecidos pelos revendedores, estas informações **não são baseadas em quaisquer documentos, tais como recibos ou notas fiscais, ou seja, são meras declarações tecidas pelos revendedores, fundadas em estimativas por eles realizadas**” (g.n.)

Ainda segundo o magistrado de primeira instância, “...*não há como saber se as informações prestadas ao perito são fidedignas, na medida em que **não podem ser corroboradas documentalmente***” (g.n.)

Não é demais lembrar que **não há hierarquia entre provas**.

As provas periciais, documentais, testemunhais etc. estão em patamar de igualdade porque, após ingressarem no processo, “[...] as provas formarão um conjunto unitário e deverão ser assim consideradas (como uma totalidade) pelo julgador no momento da valoração e formação do seu convencimento [...] **Não há uma tarifação legal ou hierarquia entre os meios de prova**. O destino de cada prova produzida no processo será traçado pelo juiz, quando valorá-la em conjunto com os demais elementos constantes dos autos e decidir

*a causa segundo o convencimento atingido a partir do contexto probatório globalmente considerado*¹⁶. (g.n.)

Ora, a perícia não foi baseada em recibos ou notas fiscais justamente, como se disse, porque tais documentos não existem. Para a X, isso parecia ter ficado claro ao juízo perante o qual tramitaram as ações, uma vez que a prova pericial foi requerida e deferida levando-se em conta essa metodologia voltada à pesquisa de campo, com revendedores, que responderam amplo questionário sobre as operações por eles realizadas.

Partiu-se do pressuposto de que o resultado da prova pericial seria inútil porque não teria sido fundamentada em documentos que jamais poderiam ser juntados (seja pela Consulente, seja pelo Estado do PR, seja, ainda, pelos próprios revendedores – porque não existem). **Mas a verdade, como se observou, é que a parte não pode ser penalizada por não ter produzido “prova impossível”.**

Isso tudo decorre de um fato incontroverso: **o magistrado deixou de levar em conta as particularidades do ramo de vendas de produtos no sistema porta a porta.** Considerou relevante uma formalidade que não existe nesse setor. Esqueceu de olhar para o modo como, na realidade, as consultoras de beleza atuam na venda dos produtos X aos consumidores finais, adquirindo os produtos para consumo próprio, presenteando amigos e familiares, concedendo descontos variáveis etc.¹⁷.

Bastaria uma análise mais pragmática e menos formalista para se saber que a MVA “real”, no que tange aos produtos da Consulente,

16. AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. Coleção Liebman – Coord. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini. São Paulo: Revista dos Tribunais.

17. “(...) não é mais possível se conceber a figura de um juiz fechado para a realidade, alegando que somente o que está nos autos está no mundo. Os juízes primeiramente são cidadãos que integram a sociedade e, por isso, a cognição jurisdicional deve ser mais ampla, a fim de que, pela dialética processual (e respeito ao efetivo contraditório; NCPC, arts. 7º e 10), o direito seja um instrumento de efetiva transformação social, bem como um mecanismo de resistência às leis injustas com o escopo de se promover os valores constitucionais”. (CAMBI, Eduardo. DOTTI, Rogéria. PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce. MARTINS, Sandro Gilbert. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Curso de Processo Civil Completo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, p. 43).

somente poderia ser identificada a partir da metodologia utilizada na perícia – aquela mesma que foi desconsiderada nas sentenças e que consistiu na pesquisa de campo realizada com os revendedores. Afinal, quem seria mais autorizado a dizer por quanto se vende, ao consumidor final, um produto X, que não o revendedor autônomo? E a perícia não ouviu um, dez ou cem... ouviu mais de 1.400 (mil e quatrocentos!), localizados em mais de 12 (doze!) importantes municípios paranaenses.

Ademais, ao valorar (inadequadamente) a prova pericial, o juízo singular simplesmente desconsiderou que, **no âmbito da substituição tributária, a própria “lei geral do ICMS” – Lei Complementar n. 87/96, impõe a utilização de dados estatísticos para fins de fixação da MVA.**

De fato, ao estabelecer que a MVA, no ICMS-ST, será identificada a partir dos **preços usualmente praticados no mercado**, obtidos por levantamento (ainda que por amostragem), “*ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores*”¹⁸, o legislador se atentou para a realidade do setor econômico, permitindo que “*informações e outros elementos*” (não necessariamente “documentos”, tais como notas fiscais, recibos etc.) fossem levados em conta no momento da fixação da MVA.

No mesmo sentido dispõe o art. 11, § 3º, da Lei Estadual (PR) n. 11.580/1996¹⁹.

18. Art. 8º A **base de cálculo, para fins de substituição tributária**, será: (...)

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

[...]

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

§ 4º A margem a que se refere a alínea c do inciso II do caput será estabelecida com base em **preços usualmente praticados no mercado** considerado, **obtidos por levantamento**, ainda que por **amostragem** ou **através de informações** e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, **adotando-se a média ponderada dos preços coletados**, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei. (g.n.)

19. Segundo o referido dispositivo, a MVA aplicável para fins de apuração do ICMS-ST levará em conta: “I - levantamentos, ainda que por

É importante destacar, também, que, nas sentenças, se reconheceu a legitimidade dos critérios estabelecidos pelo decreto paranaense para o estabelecimento da base de cálculo “presumida” do ICMS-ST, **mesmo diante de documento (Ofício SID nº 9.124.017-3) que comprova, inequivocamente, que esse mesmo decreto desrespeitou as disposições contidas nos arts. 8º, § 4º, da LC 87/96, e 11, § 3º, da Lei Estadual (PR) 11.580/1996 – acima mencionados**²⁰.

O erro na valoração da prova pericial, portanto, é evidente, pois simplesmente foram desconsideradas as particularidades fáticas do ramo de vendas de produtos porta a porta. Equívoco semelhante foi cometido quando se decidiu pela legitimidade do Decreto Estadual (PR) n. 7.018/2006, uma vez que havia documento comprobatório da presença de vícios ligados à própria constituição da MVA de 72% (=ausência de estudos e levantamentos).

O prejuízo sofrido pela Consulente, em razão desse erro ligado à análise das provas, é gravíssimo, pois ela está sendo submetida a uma majoração de tributo (ICMS) sem lei, por meio da manipulação de pautas de MVA via decreto estadual.

Por isso, se, na sentença, se entendeu que a metodologia adotada pela perícia era inadequada, é porque o processo não estava maduro para julgamento, razão pela qual deveria o juiz, ao menos, de ofício, ter determinado a realização de nova perícia (com novos critérios metodológicos), conforme autoriza o art. 480, *caput* do CPC²¹. Afinal, as partes devem ter “chances justas” para que possam *fazer alegações, prová-las e discutir seus pontos de vista*²².

É oportuno salientar que, ao deferir a produção de prova pericial, o juízo de primeira instância estava ciente da metodologia que

amostragem, dos preços usualmente praticados pelo substituído final no mercado considerado; II - informações e outros elementos, quando necessários, obtidos junto a entidades representativas dos respectivos setores; III - adoção da média ponderada dos preços coletados”.

20. Trata-se do **Ofício SID nº 9.124.017-3**, no qual consta que a MVA prevista no Decreto Estadual (PR) n. 7.018/2006 não levou em consideração qualquer tipo de pesquisa para a fixação do percentual de 72%.
21. “O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida”.
22. ALVIM, Teresa Arruda. Nulidades do Processo e da Sentença. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 162.

a ela seria aplicada (=pesquisa de campo, com os revendedores, que responderam amplo questionário sobre as operações por eles realizadas). Isso, por sua vez, proporcionou à X uma (justa) expectativa de que as conclusões do laudo seriam levadas em conta quando do julgamento de suas ações, por ser um meio de prova considerado *confiável* pelo juiz.

Não foi isso, contudo, que ocorreu.

A Consulente, na verdade, como se disse várias vezes e se pede vênia para repetir, foi surpreendida, pois a única prova que lhe havia sido deferida acabou sendo declarada imprestável para os fins propostos (e pelo mesmo juízo que determinou a sua produção).

No fim das contas, a empresa foi duplamente prejudicada pela decisão que deferiu a perícia²³: *juridicamente*, pela improcedência dos seus pedidos; *economicamente*, por ter desembolsado 400 mil reais para a produção da referida prova.

IV. Conclusão

Fundamentados nos elementos jurídicos que foram examinados nos itens precedentes, opinamos no sentido de que **as sentenças**, proferidas nas demandas propostas pela X, estão **inadequadamente fundamentadas**, em virtude de **graves erros ligados à valoração das provas**, em especial no que diz respeito à prova pericial, equivocadamente desconsiderada.

Por isso é que, no nosso sentir, as sentenças são irremediavelmente viciadas e devem ser reformadas por esse Egrégio Tribunal, tendo-se configurado situação próxima à da falta de fundamentação, já que essa, se existe no plano empírico, é integralmente inadequada.

É a nossa opinião legal, *s.m.j.*

Curitiba, 03 de setembro de 2018.

TERESA ARRUDA ALVIM

23. STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.394.902/MA, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Turma, j. 04.10.2016, *Dje* 18.10.2016: “O Novo Código de Processo Civil trouxe várias inovações, entre elas um sistema cooperativo processual – norteado pelo princípio da boa-fé objetiva -, no qual todos os sujeitos (juízes, partes e seus advogados) possuem responsabilidades na construção do resultado final do litígio”. Aplicando tal premissa ao caso da X: a decisão deve ser confiável; não se pode penalizar a parte que confiou nela.

13

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AFETAÇÃO – SUSPENSÃO GENERALIZADA – TODOS OS PROCESSOS PENDENTES – RELEVÂNCIA DO TEMA – NÃO SÓ NA ESFERA CÍVEL (TRIBUTÁRIA), MAS TAMBÉM NA ESFERA PENAL E ADMINISTRATIVA – UNIDADE DO DIREITO

PARECER

I. Síntese da situação jurídica existente e a Consulta

Consulta-nos a empresa X, por intermédio de seus ilustres advogados Marcos Joaquim Gonçalves Alves e Alan Flores Viana, sobre os aspectos *processuais* relacionados à exigência, pelo Estado do Rio de Janeiro, de ICMS-importação em operações denominadas “por conta e ordem”.

Os fatos que geraram a Consulta foram, basicamente, os seguintes.

A Consulente é companhia aberta, com sede na cidade do Rio de Janeiro, atuante no segmento de refino e comércio de produtos derivados do petróleo, bem como na atividade de importação de petróleos crus e na prestação de serviço de armazém geral¹.

1. Nos termos do art. 2º do estatuto social da Consulente, “A Companhia tem por objeto social: a) a exploração, no Estado do Rio de Janeiro, de

No regular desempenho de suas atividades, a X utiliza **insumos provenientes do exterior**², cuja entrada no território nacional se dá, em grande parte, por meio de importações realizadas sob a modalidade *por conta e ordem de terceiro*³, ou, simplesmente, *por conta e ordem*.

Nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Instrução Normativa (IN) n. 225/2002, da Secretaria da Receita Federal (SRF) – que *estabelece requisitos e condições para a atuação de pessoa jurídica importadora em operações procedidas por conta e ordem de terceiros*, bem como do art. 12, § 1º, inciso I, da IN/SRF n. 247/2002⁴, na chamada *operação por conta e ordem* um importador (pessoa jurídica) promove, em seu próprio nome, o *despacho aduaneiro de importação*⁵ de mercadoria que é destinada a outra pessoa – no caso,

uma refinaria de petróleo e de outras indústrias conexas ou independentes, desde que não obstadas por ato do Governo Federal; b) a importação de petróleos crus, venda de derivados de petróleo no país e sua exportação quando autorizada; c) a prestação de serviços relacionados com a atividade de refino e armazém geral”.

2. Segundo a Consulente, mais de 90% do total de insumos utilizados nas atividades de refino e venda de produtos derivados do petróleo são importados.
3. Em determinadas circunstâncias a Consulente realiza *importações diretas*, ocasiões em que a própria figura na condição de empresa importadora – e sobre as quais não trataremos neste Parecer, tendo em vista que, no âmbito das operações relacionadas ao comércio exterior, a única que será objeto de nossa análise é a importação aquela realizada por “terceiros”, na modalidade denominada *por conta e ordem*.
4. “Art. 12 (...) I – entende-se por importador por conta e ordem de terceiros a pessoa jurídica que promover, em seu nome, o despacho aduaneiro de importação de mercadoria adquirida por outra, em razão de contrato previamente firmado, que poderá compreender, ainda, a prestação de outros serviços relacionados com a transação comercial, como a realização de cotação de preços e a intermediação comercial”.

Ainda, nos termos dos incisos II, III e IV, subsequentes: “II – entende-se por adquirente a pessoa jurídica encomendante da mercadoria importada; III – a operação de comércio exterior realizada mediante a utilização de recursos de terceiros presume-se por conta e ordem destes; e IV – o importador e o adquirente devem observar o disposto na Instrução Normativa SRF nº 225, de 18 de outubro de 2002”. (a referida instrução foi revogada pela Instrução Normativa RFB nº 1911, de 11 de outubro de 2019)

5. Nos termos do art. 542 do Regulamento Aduaneiro (Decreto n. 6.759/2009), “Despacho de importação é o procedimento mediante o qual é verificada

um *terceiro*, que figura na condição de adquirente final do produto importado⁶.

De acordo com a legislação, nessa modalidade de operação, os recursos voltados à aquisição, do exterior, de produtos ou mercadorias, podem ser provenientes *ou* da empresa importadora *ou* da sociedade para a qual os bens forem destinados após a nacionalização dos bens advindos do mercado externo⁷, do que se pode concluir que, para a identificação dos efeitos jurídicos decorrentes da importação *por conta e ordem de terceiro*, pouco importa quem pagou pelo bem importado (se importador-contratado ou terceiro-contratante); o que interessa, em última análise, é saber quem realizou a operação – ou seja, observar qual foi a pessoa jurídica que emitiu a Declaração de Importação (DI) e participou das etapas do despacho aduaneiro.

a exatidão dos dados declarados pelo importador em relação à mercadoria importada, aos documentos apresentados e à legislação específica”. Cumpre registrar, ainda, que, de acordo com o art. 543 do referido regulamento, “Toda mercadoria procedente do exterior, importada a título definitivo ou não, sujeita ou não ao pagamento do imposto de importação, deverá ser submetida a despacho de importação, que será realizado com base em declaração apresentada à unidade aduaneira sob cujo controle estiver a mercadoria”.

6. “Art. 1º O controle aduaneiro relativo à atuação de pessoa jurídica importadora que opere por conta e ordem de terceiros será exercido conforme o estabelecido nesta Instrução Normativa. Parágrafo único. Entende-se por importador por conta e ordem de terceiro a pessoa jurídica que promover, em seu nome, o despacho aduaneiro de importação de mercadoria adquirida por outra, em razão de contrato previamente firmado, que poderá compreender, ainda, a prestação de outros serviços relacionados com a transação comercial, como a realização de cotação de preços e a intermediação comercial”.
7. Nesse sentido prevê o art. 5º da IN/SRF n. 225/2002: “A operação de comércio exterior realizada mediante utilização de recursos de terceiro presume-se por conta e ordem deste, para fins de aplicação do disposto nos arts. 77 a 81 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001” (g.n). Da mesma forma dispõe o art. 12, §1º, III, da IN/SRF n. 247/2002: “Art. 12. Na hipótese de importação efetuada por pessoa jurídica importadora, por conta e ordem de terceiros, a receita bruta para efeito de incidência destas contribuições corresponde ao valor da receita bruta auferida com: (...) §1º Para os efeitos deste artigo: (...) III – a operação de comércio exterior realizada mediante a utilização de recursos de terceiros presume-se por conta e ordem destes” (g.n.).

Uma vez identificadas as principais características desse modelo de operação, convém registrar que **(1)** a X ocupa o papel de *terceiro*, que, por intermédio de seu estabelecimento localizado no Estado do Rio de Janeiro, **(2)** contrata sociedade *importadora*, que tem sede em outro Estado da Federação (geralmente Alagoas ou Rondônia⁸) e que realiza, em seu próprio nome, o despacho aduaneiro de importação dos insumos. Ato contínuo, **(3)** ocorre a liberação dos produtos importados (=desembarço aduaneiro) na repartição alfandegária competente – o que ocorre, muitas vezes, no Porto de Santos – Estado de São Paulo; e, por fim, **(4)** é emitida, pela empresa importadora, a correspondente documentação fiscal de remessa das mercadorias, do armazém geral localizado no Porto em que ocorreu o desembarço aduaneiro à sede da Consulente no RJ.

Quanto aos aspectos tributários, interessa saber, para os objetivos relacionados a este Parecer, que a operação de importação por conta e ordem de terceiro está sujeita à incidência do ICMS, nos termos do art. 155, § 2º, IX, da Constituição⁹, e do art. 2º, § 1º, I, da Lei Complementar n. 87/96¹⁰ – imposto esse de competência dos Estados, que o exigem no momento da ocorrência do seu fato

-
8. Para elaboração deste Parecer, a Consulente disponibilizou dados relacionados a 26 operações de importação *por conta e ordem de terceiro* celebradas com empresa AXA Oil Petróleo, sediada em Maceió – Estado de Alagoas; e 2 operações da mesma natureza (importações *por conta e ordem*) formalizadas com a sociedade G Comercial Importadora, com estabelecimento comercial situado em Porto Velho – Estado de Rondônia.
 9. “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. (...) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...) IX – incidirá também: a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;”
 10. “Art. 2º (...) § 1º O imposto incide também: I – sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade”.

gerador, ou seja, por ocasião do *desembaraço aduaneiro* da mercadoria importada¹¹.

Considerando que o ICMS-importação é devido “...ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria”¹², e que, na operação *por conta e ordem*, o destinatário imediato é o importador – que, conforme visto, é aquele que realiza o despacho aduaneiro –, **nas operações que envolveram a Consulente o imposto não é devido ao Rio de Janeiro** (local da sede da X de Manguinhos), pelo fato de a referida companhia figurar, apenas, como destinatária mediata das mercadorias advindas do exterior.

Contudo, a partir de 2016, o Fisco do Estado do Rio de Janeiro¹³ passou a exigir, da X, por intermédio de diversos autos de infração, o ICMS decorrente das importações *por conta e ordem* realizadas dentro do contexto que se relatou nas linhas anteriores, bem como o estorno dos créditos do imposto que haviam sido apropriados pela Consulente.

De acordo com informações prestadas pela Consulente, até o momento da elaboração deste Parecer foram lavrados:

– 26 autos de infração relacionados a *contratos de prestação de serviços de importação por conta e ordem de terceiros*, celebrados entre a X e a empresa C, no valor total de R\$ 7.786.110,84¹⁴, sendo 13 autuações relacionadas ao ICMS-importação devido no momento do desembaraço aduaneiro¹⁵, e as outras 13 decorrentes da glosa do ICMS que havia sido creditado pela Consulente quando do recebimento dos insumos importados em seu estabelecimento¹⁶; e

-
11. LC n. 87/96: “Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...) IX – do desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior”.
 12. Nos termos da parte final do já referido art. 155, § 2º, IX, da CF.
 13. Por meio de sua repartição fiscal 0004 IFE Petróleo e Combustível – Secretaria de Estado de Fazenda do Governo do Rio de Janeiro.
 14. Esse valor corresponde à soma dos valores históricos constantes nos 26 autos de infração.
 15. Acrescido de multa e da parcela relativa ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza (sem os acréscimos relativos à mora).
 16. Em virtude do princípio da não cumulatividade, previsto no art. 155, § 2º, I, da CF, cuja observância é obrigatória para o ICMS, quando da

- 2 autos de infração, relativos a contratos firmados entre a Consulente e a sociedade G (de natureza idêntica àqueles firmados com a Ç), cuja soma, em valores originários, corresponde a R\$ 85.309.777,41 – o que compreende uma autuação de valor superior a 15 milhões de reais, relativo à glosa do imposto apropriado quando da entrada dos insumos no estabelecimento da Consulente, e outra de praticamente 70 milhões de reais, referente ao ICMS-importação (fatos geradores ocorridos entre agosto de 2014 e maio de 2015)¹⁷.

Para que se possam compreender as razões que levaram o Estado do Rio de Janeiro a atribuir para si a titularidade do ICMS-importação nas operações em questão, merecem destaque algumas passagens do *Auto de Infração de ICMS nº 03.493724-3*, por meio do qual se cobra da Consulente a quantia de R\$ 69.837.153,51, a título de ICMS originário de importações *por conta e ordem* realizadas pela sociedade G.

Após fazer referência ao art. 155, § 2º, IX, “a”, da Constituição, segundo o qual o ICMS-importação será devido “[...] ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do **destinatário** da mercadoria...” (g.n.), o fiscal de rendas do Estado do Rio de Janeiro, no intuito de identificar o sentido, o conteúdo e o alcance do termo “destinatário” nas operações de importação, fez referência ao voto-vista proferido pelo Ministro CEZAR PELUSO no RE n. 268.586-1, que a seguir se reproduz (em parte):

aquisição de mercadorias que serão utilizadas como insumo na atividade industrial – *como é o caso da Consulente, que adquire produtos/insumos destinados ao refino para posterior venda do produto derivado do petróleo* –, o adquirente tem o direito de “apropriar” o crédito do ICMS que vem destacado na respectiva nota fiscal de aquisição dos insumos (no caso, na NF emitida pela AXA) para compensação/abatimento do imposto que será devido na operação futura de venda do produto derivado do petróleo (por exemplo, quando da venda do combustível para a distribuidora). Tendo em vista que o Estado do RJ entende ser de sua titularidade a integralidade do ICMS-importação relativo ao despacho aduaneiro procedido pela AXA, o fisco fluminense afastou/glosou os créditos do imposto que constavam nas notas fiscais emitidas pela empresa importadora, e que haviam sido “apropriados” pela Consulente quando da venda de combustíveis – o que, conseqüentemente, gerou saldo de ICMS a pagar.

17. Com multa de 75%, incluída a parcela relativa ao FECP e sem mora – nos mesmos termos referidos na nota de rodapé n. 15.

(...) na importação por conta e ordem, embora a atuação da empresa importadora possa abranger desde a simples execução do despacho de importação até a intermediação da negociação no exterior, contratação do transporte, seguro, entre outros, **o importador de fato é a adquirente, a mandante da importação, aquela que efetivamente faz vir a mercadoria de outro país, em razão da compra internacional; embora, neste caso, o faça por via de interpоста pessoa – a importadora por conta e ordem –, que é uma mera mandatária da adquirente.**

Em última análise, é a adquirente que pactua a compra internacional e dispõe de capacidade econômica para o pagamento, pela via cambial, da importação. (...)

Dessa forma, mesmo que a importadora por conta e ordem efetue os pagamentos ao fornecedor estrangeiro, antecipados ou não, não se caracteriza uma operação por sua conta própria, mas, sim, entre o exportador estrangeiro e a empresa adquirente, pois dela se originam os recursos financeiros.

Em seguida, com base nas considerações *supra* e a pretexto de identificar “...os papéis desempenhados pela G, CNPJ 07.409.820/0007-76, e a X”, fez-se constar, no auto de infração, que, após a análise do contrato de prestação de serviços de importação por conta e ordem de terceiros:

(...) é perfeitamente identificável a diferença de papel desempenhado entre a G e a X. A primeira atuou como prestadora de serviços, promovendo o despacho aduaneiro das mercadorias adquiridas pela segunda, esta sim, destinatária jurídica da operação.

Destaco os seguintes textos (...) para corroborar o fato de que a X é a real adquirente das mercadorias:

- a) legítima proprietária das mercadorias (cláusula quarta, do contrato);
- b) arcará com todos e quaisquer custos que *de (sic)* direta e/ou indiretamente incidirem sobre a importação das mercadorias, ainda que em nome da IMPORTADORA (cláusula quinta);
- c) responsabiliza-se de forma total, irrestrita e intransferível, por todos os dados, elementos e informações necessárias e trazidas para a efetivação das importações realizadas pela IMPORTADORA (cláusula décima primeira).

Como exposto no presente relato, o Estado legítimo para exigir o ICMS na importação é o de localização do estabelecimento do real

adquirente da mercadoria, conforme interpretação dada ao termo “destinatário” contido no trecho final do art. 155, § 2º, IX, a, da Constituição Federal.

Tendo em vista que, para o Estado do RJ, a X seria o verdadeiro sujeito passivo do ICMS-importação, os créditos do imposto que haviam sido apropriados pela Consulente em sua conta gráfica, e que estavam destacados nas notas fiscais correspondentes às operações celebradas pela G, foram glosados, gerando, assim, saldo de ICMS a pagar no *Auto de Infração de ICMS nº 03.493726-8*, lavrado no montante de R\$ 15.472.623,90.

Neste último caso, o lançamento contou com a seguinte fundamentação:

O contribuinte entende que a sociedade empresária G COMERCIAL IMPORTADORA S/A, localizada no Estado de Rondônia, é responsável pela importação destas mercadorias e com isto o imposto de importação seria devido ao Estado de Rondônia. As mercadorias eram desembarçadas no Porto de Santos e encaminhadas para o estabelecimento localizado no Rio de Janeiro alvo do presente lançamento (CNPJ 33.412.061/0001-96). Já o estabelecimento localizado no Estado de Rondônia emitia documentos fiscais destas mercadorias para este estabelecimento do Rio de Janeiro, cuja tributação foi de 4%.

No que se refere ao imposto de importação, o fisco Fluminense entendeu de modo diverso e com isto foi lavrado o auto de infração nº 03.493724-3 para exigir o imposto de importação que deixou de ser recolhido para o Estado do Rio de Janeiro. Em decorrência deste fato, não se deve permitir o creditamento de ICMS das “remessas fictas” de Rondônia para o Rio de Janeiro, pois estas “operações” foram desconsideradas pelo fisco Fluminense. O destinatário jurídico das operações de importação é o estabelecimento alvo do presente lançamento (X e sendo assim a operação efetivamente realizada foi a importação das mercadorias pelo estabelecimento localizado no Estado do Rio de Janeiro e não a importação para o estabelecimento localizado no Estado de Rondônia e a posterior “remessa” para o Estado do Rio de Janeiro.

No que se refere aos 2 lançamentos inerentes às importações *por conta e ordem* promovidas pela G Comercial Importadora (sobre as quais se tratou nas linhas acima), aquele relativo à glosa de créditos de ICMS está sendo discutido **administrativamente** no Conselho de Contribuintes do Estado do RJ (em fase recursal,

portanto)¹⁸; no que se refere à cobrança do ICMS-importação (de maior valor – relembre-se: quase 70 milhões de reais), já houve o encerramento do correspondente *processo administrativo tributário – PAT* com resultado desfavorável à X, bem como a inscrição dos valores na dívida ativa do Estado do Rio de Janeiro.

Quanto às autuações relacionadas às operações realizadas pela Ç Oil Petróleo¹⁹, *que seguem o mesmo padrão de fundamentação dos lançamentos relacionados à G*, o atual contexto é o seguinte: dos 26 autos de infração, 16 estão sendo discutidos na via administrativa (com 2 em “primeira instância administrativa” e 14 em fase recursal perante o Conselho de Contribuintes do Estado do RJ); já os 10 restantes estão inscritos em dívida ativa, por conta da conclusão, em sentido desfavorável aos interesses da Consulente, dos seus respectivos *processos administrativos tributários – PAT*.

Para encerrar o contexto fático atual no qual está inserido a X, cumpre registrar que em outubro de 2018, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio de sua 24ª Promotoria de Investigação penal (1ª Central de Inquéritos), promoveu, contra os administradores da Consulente²⁰, denúncia fundamentada em conduta tipificada na Lei n. 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária.

Na referida peça acusatória, restou consignado que:

Durante ação fiscal, realizada pela Auditoria-Fiscal Especializada de Petróleo e Combustível da Secretaria de Estado de Fazenda do Rio de Janeiro – SEFAZ na sede da X restou constatado que ... os três denunciados e administradores (PAULO, JORGE E RONALDO) procuraram ludibriar o fisco do Rio de Janeiro, fazendo crer que a real devedora do tributo ICMS [relativo a operações de importação *por conta e ordem*] seria G COMERCIAL IMPORTADORA S/A e o credor fiscal seria o Estado de Rondônia, omitindo informações e inserindo elementos inexatos nos documentos fiscais da referida X, a fim de não ser pago o valor correspondente ao ICMS e o FECF. (esclarecemos nos colchetes)

18. Auto de Infração n. 03.493726-8, no valor de R\$ 15.472.623,90.

19. 13 relativos ao ICMS-importação e outros 13 referentes à glosa do imposto, conforme já se destacou.

20. Paulo Henrique Oliveira de Menezes, Jorge Luiz Cruz Monteiro e Ronaldo de Almeida Nobre.

Ainda segundo o *parquet*, “Em razão das condutas fraudulentas ora descritas, a Secretaria de Estado de Fazenda fluminense – SEFAZ lavrou o auto de infração nº 03.493724-3 (...) demonstrando que restou devido o valor de R\$ 69.837.153,51...” Por fim, registrou-se que estariam “...os denunciados incurso nas sanções penais dos tipos penais descritos no artigo 1º, inciso II²¹, c/c artigo 12, inciso I²², ambos da Lei 8.137/90, na forma do artigo 69, *caput* (cento e duas vezes) do Código Penal²³, pleiteando, o órgão ministerial, pela condenação dos denunciados à reparação por suposto dano patrimonial correspondente ao valor lançado por *Auto de Infração de ICMS nº 03.493724-3*, que, relembre-se, materializa crédito tributário relativo ao ICMS-importação”.

Como se pode notar, o **objetivo do MPRJ**, com a referida **denúncia**, é **apenas um: COBRAR, da Consulente, o ICMS constante no Auto de Infração n. 03.493724-3**; para tanto, vale-se o *parquet* do **direito penal** como “instrumento” para, no caso concreto, simultaneamente (e sem qualquer constrangimento):

i) invadir competência institucional privativa da **Procuradoria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro**²⁴;

ii) atribuir responsabilidade tributária a terceiros (no caso, aos diretores da Consulente) **sem observância dos requisitos previstos no art. 135, III, do Código Tributário Nacional**²⁵; e

21. “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (...) II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal”.

22. “Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º: I - ocasionar grave dano à coletividade”.

23. “Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela”.

24. Pois esse é o órgão competente para cobrar, via execução fiscal, débitos previamente inscritos em dívida ativa

25. Referido artigo estabelece os requisitos para o redirecionamento de dívida fiscal contra dirigentes de pessoas jurídicas. Confira-se: “Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações

iii) responsabilizar os dirigentes (pessoas físicas) por supostas dívidas contraídas pela pessoa jurídica à qual estão vinculados **sem obedecer aos arts. 133 a 137 do CPC**, que tratam dos requisitos e dos procedimentos voltados à instauração do *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*.

Mais adiante voltaremos a tratar da denúncia; por ora, cumpre-nos registrar que, *em síntese*, o Estado do RJ exige, da Consulente, por intermédio de 28 autos de infração e 1 denúncia promovida pelo MPRJ, valores a título de ICMS que, por sua vez, estão relacionados a importações realizadas por conta e ordem de terceiro. Referida cobrança, por seu turno, está fundamentada na premissa – tida pelo Estado do Rio de Janeiro como verdadeira, absoluta e incontestável – de que, em operações dessa natureza, o sujeito ativo do ICMS-importação é o Estado em que estiver situado o estabelecimento do *destinatário final da operação de importação* (independentemente da sede da empresa importadora), conforme decidido pelo STF no RE n. 268.586.

Contudo, fato é que o tema: sujeição ativa e passiva do ICMS-importação ainda não gerou jurisprudência firme e definitiva no STF, como quer fazer crer o Fisco Fluminense (e também o MP). **Tanto é assim que essa questão foi afetada ao rito dos recursos repetitivos, ARE n. 665.134**, inicialmente distribuído ao Min. Joaquim Barbosa, e que, atualmente, está sob a relatoria do Min. Edson Fachin.

O acórdão que reconheceu a repercussão geral da matéria, dando origem ao **Tema 520**, conta com a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO. SUJEITO ATIVO. DESTINATÁRIO JURÍDICO. PROPRIEDADES. IMPORTAÇÃO DE MATÉRIA-PRIMA. ESTABELECIMENTO COMERCIAL VAREJISTA LOCALIZADO EM SP. DESEMBARAÇO ADUANEIRO EM SÃO PAULO. POSTERIOR REMESSA PARA ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL LOCALIZADO EM MG PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. RETORNO AO ESTABELECIMENTO PAULISTA.

Art. 155, § 2º, IX, A DA CONSTITUIÇÃO. PROPOSTA PELO RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA.

tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: (...) III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”. (g.n.)

Tem repercussão geral a discussão sobre qual é o sujeito ativo constitucional do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, incidente sobre operação de importação de matéria-prima que será industrializada por estabelecimento localizado no Estado de Minas Gerais, mas, porém, é desembaraçada por estabelecimento sediado no Estado de São Paulo e que é o destinatário do produto acabado, para posterior comercialização.

A despeito de o texto acima se referir à *remessa de matéria-prima para industrialização*, **o âmbito da controvérsia que será objeto de análise pelo Supremo, no ARE n. 665.134, é mais abrangente**, incluindo as operações de importação *por conta e ordem*, como se pode observar da seguinte passagem da manifestação do então relator, Min. Joaquim Barbosa:

Em uma série de precedentes, esta Suprema Corte interpretou o art. 155, § 2º, IX, a da Constituição para confirmar que o sujeito ativo do ICMS incidente sobre a importação de mercadorias é o estado da Federação em que estiver localizado o destinatário final da operação.

Por todos, remeto a Corte ao RE 268.586... **[recurso extraordinário que fundamenta a cobrança perpetrada pelo Estado do RJ em face da X]**

Porém, **as autoridades fiscais e os Tribunais têm interpretado cada qual a seu modo o que significa “destinatário final”**. Ora rotulam-no como destinatário econômico, ora partem da concepção de destinatário jurídico.

Em verdade, **há uma série de modalidades legítimas de importação**, com reflexos importantes para a definição do sujeito ativo do tributo.

Para ilustrar, lembro que **os contratos de importação por conta e ordem de terceiros** e por encomenda **projetam elementos imprescindíveis para caracterização do quadro fático-jurídico**, de modo **a caracterizar o importador como destinatário final ou como mero intermediário na operação**.

Ambas as espécies de contrato são admitidas pela legislação tributária, especialmente a federal.

Ademais, **a entrada física da mercadoria no estabelecimento é outro dado cuja importância ainda carece de análise mais aprofundada nesta Corte**.

Neste caso ora em apreciação, o recorrente afirma expressamente que a mercadoria ingressou fisicamente no estabelecimento de SP.

Esse ponto pode ou não ser relevante, **conforme se considere constitucionalmente válida a entrada ficta, utilizada pela legislação tributária.** [lembrando que, no *Auto de Infração de ICMS nº 03.493724-3*, a mercadoria entrou de forma “ficta”, em conformidade com a legislação vigente, no estabelecimento do importador, situado em Rondônia, para posterior remessa ao Estado do RJ; “fisicamente”, a mercadoria foi remetida do Porto de Santos para a sede da X] (destacamos e esclarecemos nos colchetes)

Como se pode observar, os principais aspectos que foram levados em conta pelo Fisco do Estado do RJ e pelo MPRJ, constantes na citação anterior, **ainda serão decididos, em caráter definitivo, por meio de RE, com repercussão geral já reconhecida;** o que há, hoje, é aquilo que destacou o Min. Joaquim Barbosa na mesma manifestação acima referida: “...diversidade de entendimentos conflitantes, suficientes para desestabilizar a necessária segurança jurídica que deve orientar as relações entre Fisco e contribuintes”²⁶.

Esses são os principais aspectos que formam quadro fático-jurídico no qual a X está inserida, e que servem de ponto de partida para as considerações jurídicas e as conclusões constantes deste Parecer.

II. Quesitos

Diante do contexto relatado no item precedente, **a Consultante nos indaga:**

-
26. Para que não haja dúvidas quanto à amplitude da controvérsia que será decidida pelo STF no ARE n. 665.134, confira-se a seguinte passagem da decisão proferida pelo Min. Dias Toffoli nos autos do AgRg no RE n. 490764: “Esta Corte concluiu pela existência da repercussão geral da matéria constitucional versada nestes autos, ao examinar o ARE nº 665.134 RG/RS. O assunto corresponde ao Tema nº 520 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e busca definir o “Sujeito ativo do ICMS a incidir sobre circulação de mercadorias importadas por um estado da federação, industrializadas em outro estado da federação e que retorna ao primeiro para comercialização. (...) **Em que pese o representativo da controvérsia contenha a peculiaridade da remessa ao estabelecimento industrial, colhe-se da manifestação lançada no plenário virtual a proposta de uma cognição ampla acerca da controvérsia, o que implicará na busca pela definição da sujeição passiva à luz do real conteúdo da expressão destinatário jurídico.**” (RE 490764 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 26/03/2013 – destacamos).

1) A afetação de um recurso extraordinário pelo STF, para ser julgado no regime dos repetitivos, implica, necessariamente, suspensão de todos os casos em que a matéria discutida seja idêntica àquela que foi afetada – inclusive aqueles que tramitam na via administrativa e na via judicial, no âmbito penal?

2) Caso a resposta ao quesito anterior seja afirmativa, em que medida o sobrestamento interfere no cômputo do prazo prescricional?

3) No caso da Consulente, a ação penal está sendo utilizada como instrumento de cobrança de ICMS sem observância das regras estabelecidas na Lei das Execuções Fiscais?

III. Pontos cuja análise é necessária para responder à Consulta

III.a. Precedentes vinculantes e a necessidade de suspensão de toda e qualquer demanda que compreenda o tema objeto de afetação no âmbito do STF

O Direito deve gerar condições para que o jurisdicionado saiba como deverá pautar sua conduta, com algum grau de segurança.

Em outras palavras: o Direito existe para servir às pessoas, proporcionando segurança nas relações de caráter intersubjetivo; e para que tal objetivo seja atingido, é necessário que o ordenamento jurídico seja composto por *normas* que disciplinem, *sem surpresas*, as condutas e as consequências juridicamente relevantes. É fundamental, portanto, que o jurisdicionado tenha um mínimo de previsibilidade quanto ao futuro, para que possa programar o seu comportamento de acordo com a ordem jurídica em vigor – não ficando, portanto, submetido aos efeitos do mero *acaso*, principalmente em áreas do direito permeadas de princípios que priorizam a segurança jurídica.

Justamente por isso é que, o que se percebe com nitidez, o CPC de 2015 valoriza de modo evidente a palavra do Judiciário, ou seja: precedentes (às vezes isolados) e a jurisprudência.

Essa previsibilidade não se atinge pelo simples fato de haver leis. Há necessidade de que a lei seja interpretada de modo igual por todo Judiciário.

É evidente que os princípios da legalidade e da isonomia ficam comprometidos se a lei é a mesma para todos, mas se cada tribunal a interpreta de um modo diferente.

Por isso, a relevância do tema *precedentes* no Brasil. Essa relevância é relativamente recente e, muito provavelmente, vem decorrendo de que, cada vez mais frequentemente, a mesma questão jurídica é decidida de formas diferentes por diversos tribunais brasileiros. Hoje isso ocorre com mais frequência do que em outros tempos. Acontece, também, infelizmente, de a mesma questão ser decidida de modos diferentes por um mesmo tribunal! Não raramente, são os próprios Tribunais de cúpula, cujo sentido e a razão de ser é dar a última palavra sobre o sentido da lei e da CF/1988 (em temas a respeito dos quais há repercussão geral), que proferem decisões diferentes acerca da mesma questão de direito. E, ademais, alteram sua jurisprudência muito rapidamente.

A preocupação com as decisões conflitantes dos tribunais superiores e, por conseguinte, dos demais órgãos do Judiciário, extrapolou a academia e se tornou um problema para o operador do direito e para a própria sociedade, por três razões: a) o fenômeno passou a ser excessivamente frequente, somado a muitas bruscas mudanças de “opinião” dos Tribunais; b) muitas dessas decisões conflitantes são proferidas para resolver controvérsias que envolvem *questões de massa*. Nesse caso, a ofensa à isonomia é mais gritante e, portanto, intolerável; c) passou a ser escancaradamente visível o fato de que os princípios da legalidade e da isonomia ficam inteiramente comprometidos por esse quadro fático, e a necessidade de que haja segurança jurídica e certa dose saudável de previsibilidade torna-se irrealizável no plano empírico, nesse contexto.

O art. 926 é sinal evidente dessa tendência: trata-se de um dispositivo de natureza principiológica, em que se recomenda aos Tribunais, em geral, que uniformizem a sua jurisprudência, mantenham-na estável, íntegra e coerente.

O novo CPC age em todos os flancos: a) estimula a criação de jurisprudência uniforme e estável, com toda uma parte principiológica que está contida nos arts. 926 e 927. Assim, concretiza-se o princípio constitucional da isonomia, gera-se mais previsibilidade, criando-se uma dose mais elevada de segurança jurídica; b) usa esse parâmetro para empregar técnicas de aceleração do julgamento, como se faz no art. 932, que trata dos poderes do relator; c) usa como parâmetro para especificar casos de cabimento ou de não cabimento de recursos (art. 1.035, § 3.º); d) usa a conformidade com precedentes para resolver questões de direito idênticas, de massa, como ocorre no IRDR e nos recursos repetitivos.

O CPC elegeu alguns casos em que a decisão judicial, em certas circunstâncias (art. 927, III), já nasce como sendo precedente, em que se devem necessariamente basear decisões posteriores, em casos iguais, sob pena de reclamação. São precedentes de obrigatoriedade *forte*, já que o sistema concebeu um remédio cujo específico objetivo é levar à correção das decisões que deixam de se basear no que foi decidido anteriormente.

Portanto, hoje se deve admitir que as normas jurídicas não emanam exclusivamente do Poder Legislativo.

Há normas que emanam da Administração Pública; outras editadas pelo Poder Judiciário (como as súmulas vinculantes ou não) mas, sobretudo, não se pode perder de vista, todas elas são *interpretadas* pelo Poder Judiciário, que lhes dá a última e definitiva “versão”.

Portanto, o Poder Judiciário e a Administração Pública participam do *processo de criação do direito*, introduzindo, no sistema jurídico, normas que, dispostas numa ordem de hierarquia e subordinação que tende à coerência, devem respeito a outros enunciados normativos de superior hierarquia, não sendo demais lembrar que, nesse âmbito, a Constituição, na interpretação que lhe seja dada pelo STF, congrega as regras de mais elevado grau hierárquico²⁷⁻²⁸.

-
27. Os teóricos gerais do direito costumam discernir as regras jurídicas em dois grandes grupos: normas de comportamento e normas de estrutura. As primeiras estão diretamente voltadas para a conduta das pessoas, nas relações de intersubjetividade; as de estrutura ou de organização dirigem-se igualmente para as condutas interpessoais, tendo por objeto, porém, os comportamentos relacionados à produção de novas unidades deontico-jurídicas, motivo pelo qual dispõem sobre órgãos, procedimentos e estatuem de que modo as regras devem ser criadas, transformadas ou expulsas do sistema. (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 165). Tanto o Judiciário como o Poder Executivo (integrado pelos órgãos da Administração Pública) criam normas *individuais e concretas*, como visto acima; registre-se, ainda, que tais órgãos também possuem atribuição de criar normas gerais e abstratas – como é o caso das normas regimentais que tratam do funcionamento de um Tribunal, de uma repartição pública etc.
28. Como bem destacou Roque Antonio Carrazza, “O ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas, dispostas hierarquicamente. Das inferiores, criadas por particulares (os *contratos*), às constitucionais, forma-se aquilo que se convencionou chamar de “pirâmide jurídica”. Nela, as normas ordenam-se segundo uma relação sintática, pela qual as

Toda a concepção do sistema de precedentes vinculantes e de valorização da jurisprudência tem fundamentalmente em vista prestigiar e concretizar o *princípio da unicidade*: **o direito é um só**.

Todas as situações idênticas devem ser disciplinadas por uma única norma, na mesma interpretação. Não é desejável, nem mesmo tolerável, que a mesma regra escrita seja entendida de modos diversos por diferentes Tribunais, pela Justiça cível e pela Justiça penal, e pela esfera administrativa. Essa situação compromete definitivamente a isonomia, a previsibilidade, gerando, em última análise, uma *sociedade angustiada*.

Voltemos, agora, nossos olhos especialmente àquilo que nos interessa, porque diz respeito de perto ao tema central deste parecer. O CPC permite que se fale em diferentes **graus de obrigatoriedade** no que tange à necessidade de observância dos precedentes²⁹.

Há **os que vinculam** formalmente, já que a sua não observância admite o manejo da reclamação – esses encontram previsão no

inferiores recebem *respaldo de validade* daquelas que as encimam, até o patamar máximo, que é o Constitucional. (...) As normas subordinadas devem guardar harmonia com as superiores, sob pena de deixarem de ter validade no ordenamento jurídico. (...) É que nos modernos *Estados de Direito* o exercício dos poderes normativos é sempre circunscrito pela Constituição”. (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 37-38)

29. Sobre os diferentes graus de obrigatoriedade de observância dos precedentes, já escrevemos, levando em conta o art. 927 do CPC/15, que, além do grau **forte**, que é verificado no inciso III, “Nos incs. IV e V estão as situações em que a obrigatoriedade é **média**. É normal e desejável que esses parâmetros sejam respeitados, e se houver afastamento deles, a decisão pode ser corrigida (ou não) pela via recursal. É que há súmulas antigas, contraditórias, superadas ... Quanto às decisões do plenário e do órgão especial, de fato, desrespeitá-las é não entender o sentido da estrutura de um tribunal. ... Pode-se, ainda, falar de um grau que no Brasil é **fraco**, de obrigatoriedade: a ‘vinculatividade’ de um juiz às suas próprias decisões. Esta vinculação é suave: mas é evidente que se espera coerência dos agentes do Poder Público, que devem inspirar confiabilidade na sociedade, permitindo previsibilidade. Um Tribunal que desrespeita permanentemente seus precedentes presta um desserviço ao país”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (coords.). *Temas Essenciais do Novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2016, p. 488).

inciso III do art. 927 do CPC, que elenca “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em **juízo de recursos extraordinário** e especial **repetitivos**”, além do recurso extraordinário “avulso”, art. 988, § 5.º, II.

Também há os precedentes com força vinculante a que temos chamado de *média*, cujo desrespeito pode ser corrigido, por exemplo, pela via recursal. Um bom exemplo é uma decisão tomada pela Corte Especial do STJ.

A vinculatividade fraca é meramente cultural: é a do juiz/ou tribunal ao seu próprio precedente. Ela é fraca em muitos países, entre os quais se inclui o Brasil.

Mas todos devem ser respeitados!

Esta última espécie de vinculação, ou seja, a do juiz ao seu próprio precedente (à decisão que proferiu antes) é ínsita, inerente, conatural a qualquer sistema jurídico e prestigia o princípio da confiança (que deve poder ter o jurisdicionado na coerência das autoridades de seu país).

No caso da Consulente, há recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida que foi afetado, para ser julgado no regime dos repetitivos, no caso, **ARE n. 665.134**, que corresponde ao Tema 520 e está pendente de julgamento.

À luz do CPC/15, o STF, ao julgar o recurso repetitivo em questão, criará **norma jurídica** que, desde o seu nascedouro, será dotada de força de precedente vinculante, o que implica dizer que a solução que será conferida ao ARE n. 665.134 deverá ser respeitada pelo **Poder Judiciário e demais órgãos da Administração Pública, inclusive aqueles que atuam no campo da gestão tributária (como as delegacias de julgamento e os conselhos de contribuintes), e, na verdade, por toda a sociedade**.

Diante de tal circunstância, pergunta-se: qual tratamento deve ser conferido aos demais processos pendentes de julgamento, nos quais se discute matéria de direito semelhante ou idêntica àquela que será decidida, pelo STF, sob o rito dos recursos repetitivos?

A resposta advém da melhor interpretação que se pode dar aos arts. 1.035, § 5º, e 1.037, do CPC, a seguir transcritos:

– **Art. 1.035.** (...) § 5º *Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do*

processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional; e

– **Art. 1.037.** *Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: (...) II – determinará a **suspensão do processamento de todos os processos pendentes**, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.*

O Código de Processo Civil determina, então, a **suspensão de todos os processos pendentes**, e não apenas dos *processos judiciais cíveis pendentes*.

A racionalidade do ordenamento jurídico leva a que se entenda que a determinação de suspensão deve estender-se a TODOS os casos que possam ser influenciados pela norma que será criada pelo tribunal superior, que é *individual e concreta* para as partes envolvidas no recurso repetitivo, mas *geral e abstrata* para aquelas que integram os polos ativo e passivo de outras demandas (seja qual for a sua natureza).

Essa constatação nos permite dizer, sem qualquer sombra de dúvida, que, quando se está diante de um recurso extraordinário ou de um recurso repetitivo (extraordinário ou especial), a decisão do relator do tribunal superior que determinar a *suspensão do processamento de todos os processos pendentes*, principalmente quando se tratar de matéria tributária, terá seus efeitos propagados para todos os âmbitos do direito, de modo a atingir todas as demandas, sejam elas judiciais, sejam administrativas, que tratem da mesma questão de direito que foi objeto de afetação. De rigor, até um processo de mediação ou de conciliação devem ser suspensos.

Afinal de contas, no caso específico da situação da Consulente, não pode haver um conceito de “destinatário final”, para fins de cobrança do ICMS-importação, para discussões administrativas, e outro para discussões judiciais! **Isso implicaria abandonar-se a ideia da unicidade do direito.**

O nosso sistema foi concebido com o objetivo racional de gerar segurança para a sociedade, evitando surpresas. Se a lei comporta diversas formas de interpretação, e cabe ao Supremo dizer qual é a “correta”, não se pode admitir que na esfera administrativa

continuem sendo proferidas decisões que, em última análise, *criem pautas de conduta que possam vir a ser conflitantes com aquilo que o STF decidirá*. Nesse caso, a própria razão de ser do princípio da legalidade fica comprometida – que apenas tem sentido pragmático se for concretizado à luz da igualdade³⁰.

Como se pode notar, o respeito ao precedente *deve começar desde o instante da afetação da tese pelo tribunal superior (ou seja, antes mesmo do seu surgimento)* (e esse respeito consiste na suspensão, para aguardar o precedente), pois, do contrário, entre a decisão de afetação (art. 1.035, *caput*, do CPC) e o efetivo pronunciamento do tribunal superior, quanto ao mérito da questão a ser decidida, todos estarão submetidos a um caminho de incertezas, caracterizado pela dispersão de entendimentos e decisões (no âmbito administrativo e judicial), situação que serve apenas para desacreditar (ainda mais) a figura do Estado e decepcionar a sociedade³¹.

Em suma, tendo em vista que compete ao Judiciário a “(...) responsabilidade na criação e na manutenção do Estado de Direito, do Estado que não oprime e que não permite a ação de instituições opressoras, do Estado que preserva a segurança, a previsibilidade e a paz”³² – o que implica admitir que a esse “Poder” é atribuída a função de *dar a última palavra sobre o Direito* –, a racionalidade torna imperativo estender às demandas administrativas pendentes a suspensão prevista nos arts. 1.035, § 5º, e 1.037, do CPC, haja vista

30. A Administração Pública está submetida ao princípio da legalidade (art. 37, CF) – e, hoje, legalidade não significa mero apego à letra da lei; pelo contrário, decidir de acordo com a lei é *decidir conforme o sistema jurídico*, especialmente à luz da isonomia.

31. Se o julgador, na esfera administrativa, tiver a liberdade para decidir conforme sua convicção pessoal (lembrando que os processos administrativos costumam ter a marca da convicção fazendária), os principais objetivos pretendidos com a sistemática da repercussão geral e dos recursos repetitivos – justiça, isonomia, segurança jurídica, coerência e harmonia sistêmicas – serão simplesmente reduzidas ao *nada*. Nesse caso, a integridade do direito é simplesmente destruída, por se privilegiar uma decisão com base preferência pessoal da administração em detrimento daquela que será proferida pelo STF, e que, de fato, deverá prevalecer em relação a qualquer outra.

32. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e Evolução do Direito. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012. p. 93. (g.n.)

que, seja qual for o teor da decisão proferida no âmbito de um processo administrativo, essa não terá condição alguma de prevalecer se não estiver em consonância com aquilo que o STF vier a decidir;

Dissemos antes que essa suspensão se revela imprescindível ainda mais porque se trata de matéria tributária. Isso se deve a que, a nosso ver, o Direito Tributário é uma área do direito a que temos chamado de *rígida*, ou seja, daquelas em que são relevantíssimos princípios, por exemplo, o da anterioridade, que se relacionam intimamente com os valores previsibilidade e segurança jurídica.

Do que se disse, depreende-se que a *não suspensão dos feitos em discussão na via administrativa põe em risco*, no que tange ao sistema jurídico, a:

i) racionalidade, pois o Estado, que também é uno, terá um dos seus setores impulsionados (o administrativo) para decidir algo que poderá, no fim das contas, configurar algo diametralmente oposto à posição do STF – ou seja, *que não servirá para absolutamente nada*.

ii) eficiência, pois é totalmente *desnecessário e contraproducente* conferir impulso a um processo (seja ele qual for e em que âmbito estiver – *judicial ou administrativo*) sem se saber qual é a conduta que deve pautar o comportamento tanto do particular como do Estado.

iii) isonomia, –à luz, inclusive, da legalidade e da segurança jurídica, pois de nada valeria a lei ser igual para todos se a Administração e o Judiciário pudessem interpretá-las de diferentes maneiras, ficando o particular à mercê do acaso daquilo que se se pode chamar de *decisões-surpresa*.

Por fim, são dignos de nota outros dois aspectos.

O primeiro deles está relacionado ao **art. 15 do CPC**, que trata da aplicação **supletiva e subsidiária** das disposições do Código de Processo Civil aos processos administrativos. Eis os termos em que o referido artigo foi redigido: “*Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*”.

Portanto, não havendo proibição na lei do processo administrativo da União, dos Estados e dos Municípios (o que, como visto, não pode mesmo haver, uma vez que tal medida seria contrária a diversos princípios constitucionais), há que se aplicar, de modo supletivo

e subsidiário, a regra imposta pelos arts. 1.035, § 5º, e 1.037, do CPC, que impõe o sobrestamento dos processos nos quais se discute matéria afetada pelo tribunal superior ao rito da repercussão geral ou do julgamento dos recursos repetitivos.

O segundo aspecto envolve a análise da necessidade de suspensão de todos os processos (seja qual foi o âmbito de tramitação) à luz do **princípio da razoabilidade**, que tem sido levado em conta por um dos mais importantes tribunais administrativos do país – o *Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF* – para fundamentar o sobrestamento de casos em que são discutidos temas pendentes de julgamento pelo STF nos ritos estabelecidos pelos dispositivos mencionados no parágrafo anterior.

A esse respeito, confira-se a seguinte passagem do voto proferido no processo n. 720049/201642 pelo Conselheiro (relator) Gustavo Guimarães da Fonseca, que, ao decidir pela necessidade de suspensão do processo administrativo *em virtude da pendência de julgamento, pelo STF, de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida*, registrou que:

(...) o princípio da razoabilidade impõe esta medida, haja vista a existência de riscos consideráveis tanto para a Fazenda Nacional, quanto para o contribuinte, caso se proceda ao julgamento da lide administrativa antes da resolução da querela pelo Supremo. Em linhas gerais, caso não se promova o sobrestamento do feito e se julgue a tese favoravelmente ao contribuinte, ... na eventualidade de uma decisão da Corte Suprema favoravelmente ao fisco, verificar-se-á uma perda considerável para o erário público. [Sim, pois a Administração está impedida de ajuizar ação anulatória contra ato *seu* que porventura proceda à anulação de um crédito]

E a recíproca também é verdadeira, já que, julgado este feito contra os interesses do contribuinte e sedimentado, pelo Judiciário, entendimento que convalide os efeitos da coisa julgada em relação à Lei 7.869/88 mesmo após a decisão proferida na ADI 1502, a empresa se verá compelida a pagamento de exação em valores substanciais o que, mesmo que novamente levado ao crivo do Judiciário, lhe trará imensuráveis prejuízos tanto processuais como materiais³³.

Interessante notar que a decisão do CARF leva em consideração *o risco de dano ao interesse público*, pois, se na via administrativa, se

33. Processo 10600.720049/201642, recurso voluntário, 3ª Câmara/2ª Turma Ordinária, julgado em 20 de setembro de 2017.

decidir que o tributo X não é devido, e, posteriormente, o STF se pronunciar no sentido de que esse mesmo gravame é constitucional, haverá prejuízo aos cofres públicos uma vez que a Fazenda Pública não poderá ingressar com ação anulatória com vistas à anulação de seu próprio ato.

Também se levou em conta o perigo de se submeter o particular ao constrangimento e ao ônus de uma cobrança reputada legítima, num primeiro momento, na via administrativa, mas que, posteriormente, tem sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Trata-se, aqui, de outros dois argumentos que reforçam algo que nos parece inquestionável: havendo recurso extraordinário submetido ao rito da repercussão geral ou ao regime dos repetitivos, TODOS os processos – inclusive os administrativos – devem ser sobrestados, **bastando requerimento da parte interessada nos próprios autos do respectivo processo**. É essa a solução adequada, no nosso sistema jurídico.

III.b. Necessidade de Suspensão da Ação Penal

É evidente, diante da argumentação acima exposta – calcada em valores irrenunciáveis como segurança jurídica, isonomia, coerência e economia –, que a necessidade de sobrestamento dos processos que versem sobre tema afetado ao rito da repercussão geral *atinge também os processos de natureza criminal*.

Tal conclusão é depreendida de fato incontroverso: o Direito, como visto, se submete ao *princípio de unicidade*. Sendo o Direito uno, conseqüentemente *também é una a jurisdição*. Sim, pois como atividade e expressão do Poder Público, a jurisdição é *una* no sentido de se tratar de intervenção do Estado com os jurisdicionados para fins de aplicação do Direito ao caso concreto. Todos os atos e as decisões judiciais proferidos nos processos pelos órgãos investidos de jurisdição, qualquer que seja a competência do juiz ou do tribunal, configuram, assim, manifestação do poder estatal jurisdicional³⁴.

No exercício dessa complexa atividade – e sobretudo em atenção aos critérios constitucionais de distribuição do Poder Público –,

34. Nesse sentido PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 199.

o poder jurisdicional foi objeto de repartição de competências, *com o objetivo de melhor operacionalizar a administração da Justiça*. É nessa ordem de considerações que surge o critério da especialização do Poder Judiciário, a ditar a repartição constitucional de competências em razão da *matéria* dada ao conhecimento de cada órgão da jurisdição³⁵.

E eis um ponto essencial a este Parecer: a distribuição do Direito e da jurisdição em *matérias* ou, dito de outro modo, em *esferas* independentes, busca justamente *uma melhor efetivação da Justiça*. Se assim o é, **as esferas, não obstante sejam independentes, não podem jamais ser incoerentes, sob pena de se sacrificar a Justiça que se pretendia efetivar.**

Portanto, não obstante as esferas estejam organizadas de forma independente, deve haver respeito à *coerência* quando da indissociável relação entre elas – e essa indissociável *relação entre as esferas* se dá porque, como adverte ARAGONESES ALONSO³⁶, os fatos da vida não ocorrem respeitando os critérios e as categorias abstratamente previstas pelo Direito, senão que sua perplexidade permeia, muitas vezes, *diferentes jurisdições*.

É exatamente o que reconhece (também) o legislador ao prever, nos **arts. 92 e seguintes do Código de Processo Penal**³⁷, **as questões prejudiciais**.

35. PACELLI DE OLIVEIRA, Eugenio. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 200.

36. ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Processal Penal*. 5. ed. Madri: Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984, p. 88.

37. Mais especificamente, determina o art. 92, caput do CPP que: “Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente”. Já o art. 93 do CPP estabelece que: **“Se o reconhecimento da existência a infração penal depender da decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.”** (grifos nossos).

A palavra *prejudicial*, de origem latina, derivada de *praejudicium*, em sua acepção literal, indica “o que deve preceder ao juízo”. Não se trata de prejuízo no sentido vulgar de *dano*, mas no sentido etimológico de *praejudicium*, isto é, anterior, prévio, preliminar ao juízo da questão; de cujo êxito depende a pronúncia definitiva da justiça penal. “Trata-se, em suma, de antecedente lógico-jurídico de que depende a própria existência do delito, posto que a controvérsia assenta justamente sobre um dos elementos que compõe o crime”³⁸.

Portanto, o termo advém do fato de que a solução de algumas matérias – fornecida ora pelo juízo de esfera cível, ora pelo juízo de esfera tributária ou administrativa – condiciona a própria existência do crime e, portanto, obriga o juiz a sobrestar a ação, até a sua solução definitiva. E exatamente nisso reside a sua prejudicialidade: na impossibilidade de uma correta – e *coerente* – decisão penal sem o prévio julgamento da matéria cível/administrativa/tributária³⁹.

O caso subjacente a este Parecer está marcado por evidente prejudicialidade obrigatória. Leia-se: trata-se de caso em que a matéria objeto da controvérsia está completamente afastada, alheia à esfera de atuação da jurisdição penal e que, por sua relevância jurídica, não pode ser objeto da expansão da jurisdição penal.

E isso, como restará demonstrado, *em dois distintos sentidos*. **A um** – e como já pacificado –, não há que se falar em *crime tributário* sem a constituição definitiva de um *crédito tributário*, restando a existência do crime vinculada ao esgotamento da discussão na esfera administrativa. **A dois** – e eis o ponto central da presente consulta –, não há que se falar em *crime tributário* se a conduta imputada aos denunciados – nos moldes constantes da denúncia do Ministério Público – guarda exata correspondência à questão que está (ainda) por ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral. Também aqui a existência do crime está vinculada, mas, agora, à decisão que será prolatada pelo Poder Judiciário.

O fundamento de ambas as prejudicialidades, aliás, caminha no mesmo sentido.

38. AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *As questões prejudiciais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins, 1940, p. 17-20.

39. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 510.

Quanto à primeira prejudicialidade, relativa à inexistência de crime tributário enquanto não constituído o tributo definitivamente em esfera administrativa, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *leading case* HC 81.611-8/DF, em 10.12.2003, decidiu que o Ministério Público somente pode propor ação penal referente a crime tributário material – classificação na qual se enquadra o crime previsto no art. 1º da Lei 8.137/90, imputado aos administradores da X –, após a definição do processo administrativo tributário.

Quando do julgamento do referido HC, o relator, Min. Sepúlveda Pertence, esclareceu que para a configuração do crime previsto no art. 1º da Lei 8.137/90 é indispensável que haja *supressão* ou *redução* do tributo devido. Eis porque, se a própria autoridade administrativa, competente para lançar o tributo e, conseqüentemente, para constituir o crédito tributário, não determinou, em definitivo, a sua exigibilidade, não é coerente que o Ministério Público, cuja principal atividade não se liga a questões tributárias, proponha ação penal e acuse alguém de suprimir ou reduzir tributo que sequer se sabe devido.

Veja-se, portanto, que o Ministro relator levou em conta substancialmente a necessidade de *coerência* e de *segurança jurídica* – inerentes ao princípio da unicidade do Direito. Fácil notar que uma denúncia – e, conseqüentemente, uma decisão – penal pode ser *incorreta* e *incoerente* se imputar a alguém um crime de sonegação e, posteriormente, verificar-se que o Fisco sequer reconheceu o débito tributário.

Posteriormente, em 2010, o **Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 24**, nos seguintes termos: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.” Tal Súmula, com sua carga normativa, atrelou, portanto, e definitivamente, a existência de crime tributário material ao esgotamento da esfera administrativa.

Porém, **há, pelas mesmas razões e no caso específico da presente consulta, um segundo ponto de prejudicialidade obrigatória.** É que, como já visto logo no início deste Parecer, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral e afetou em regime de recurso repetitivo, – em sede do Recurso Extraordinário n. 665.134 –, de tema relativo à importação por *conta e ordem de terceiro*.⁴⁰

40. Nesse ponto, veja-se que não obstante o primeiro ponto de prejudicialidade obrigatória esteja pacificado (inclusive através de Súmula

Considerando o art. 155, § 2º, IX, “a”, da Constituição – segundo o qual o ICMS-importação será devido “... *ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do **destinatário** da mercadoria...*” –, o STF se posicionará sobre o sentido, o conteúdo e o alcance do termo “destinatário” nas operações de importação por conta e ordem. **Em suma, portanto, o Supremo Tribunal Federal decidirá se é sujeito ativo do ICMS o Estado no qual está situado o importador-contratado ou no qual está situado o terceiro-contratante.**

E eis, aqui, um (novo) ponto absolutamente essencial a este Parecer.

A denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro considerou os administradores da X como incursos nas sanções do crime tipificado no art. 1º, II, c/c art. 12, I, da Lei n. 8.137/90, na forma do art. 69 do CP (cento e duas vezes), justamente por entender que houve *redução* no pagamento de tributo, *mediante fraude*, uma vez que a X deixou de recolher o ICMS ao Estado do Rio de Janeiro (lembrando que o imposto foi pago, pela G, ao Estado de Rondônia).

Portanto, nos termos exatos da narrativa fática constante da denúncia, o Ministério Público considerou *fraudulenta* a conduta de se haver recolhido ICMS no Estado em que estava localizada a empresa que realizou a importação por conta e ordem – e não no Estado em que está localizada a empresa que figurou como destinatária final dos insumos importados.

Mas é essa – e justamente essa – possibilidade que o STF analisará em sede de repercussão geral.

Vinculante), **o segundo ponto, aqui defendido, está legalmente respaldado com ainda maior força.** Sim, pois o art. 93, *caput* do CPP estabelece que “ Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo”. Veja-se que no caso da prejudicialidade que conduziu à promulgação da Súmula Vinculante n. 24, não há ação proposta, mas discussão em âmbito administrativo. No caso da prejudicialidade que se está aqui a defender, há não apenas ação proposta para resolver a questão, mas reconhecimento de repercussão geral do tema, prestes a ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal (!).

Daí que se revela um primeiro problema gravíssimo de segurança jurídica e coerência: o Estado, através do Ministério Público, está imputando um crime a pessoas físicas, pela simples prática de uma conduta que o próprio Estado, através do Poder Judiciário, está a avaliar como regular ou irregular – em caráter definitivo e para resolver o que até então era controverso –, à luz do sistema constitucional tributário.

A verdade é que, fosse levada a sério a unicidade do Direito e da jurisdição; fosse levada a sério a necessidade de segurança jurídica e de coerência do sistema; fossem levadas a sério as garantias constitucionais penais que detém cada cidadão, a mera existência de controvérsia entre os Tribunais – sobre ser o sujeito ativo do ICMS-importação o Estado em que localizado o importador-contratado ou o Estado em que situado o terceiro-contratante, nas importações por conta e ordem – já seria capaz de afastar, por si só, qualquer possibilidade de imputação criminal.

Isso é evidente pois, se há controvérsia sobre a questão, a ser decidida em sede de repercussão geral, é porque (a) a lei admite interpretação distinta e (b) o próprio Estado, através de seus Tribunais, conferiu interpretações distintas. Nesse caso, como é possível imputar um crime a um contribuinte que apenas interpretou – inclusive em consonância com parte da jurisprudência – uma lei em seu favor?

A doutrina acompanha a lógica e reconhece que, em caso de divergência interpretativa, não está o cidadão-contribuinte obrigado a realizar a interpretação que lhe é desfavorável e que lhe resulte maior ônus tributário⁴¹. Portanto – e por óbvio – **a escolha pelo cidadão-contribuinte por uma interpretação que lhe é mais favorável não pode, jamais, ser equiparada à prática de um crime (!)**⁴².

Mas não é só.

Há um segundo problema gravíssimo na denúncia criminal formulada.

41. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 42.

42. Não obstante tal ponto seja evidente – em termos jurídicos e de efetiva justiça – e conduza à inescapável exclusão do crime por atipicidade (seja objetiva, seja subjetiva), foge à consulta que nos foi submetida e será abordado com mais detalhes na ocasião, se e quando necessário for, da defesa perante o juízo criminal.

Recorde-se, inicialmente, que *para ser possível* uma denúncia por *crime* tributário, o Ministério Público obrigatoriamente necessita atribuir uma conduta *fraudulenta* aos denunciados. Como se sabe, para haver um *crime* tributário, é **essencial** que a conduta esteja marcada por uma fraude. É, aliás, na existência da fraude que o ilícito penal encontra o seu marco de distinção para o ilícito de natureza meramente administrativa.

Em termos objetivos, o *crime* de sonegação de tributos previsto no artigo 1º da Lei 8.137/90 é constituído por dois centros de desvalor, devidamente distribuídos nos núcleos que informam o desvalor geral do ilícito (desvalor *de ação* e desvalor *de resultado*), os quais, uma vez conjugados, lhe conferem dignidade e legitimidade material. São *eles*: o *emprego de fraude*, a operar no desvalor de ação, e o *prejuízo ao erário público*, no desvalor de resultado.

As noções de *fraude* e *prejuízo ao erário*, portanto, não apenas orientam a constituição do crime em sua dimensão objetiva, mas são, em verdade, *elementos fundantes* da própria ilicitude material de natureza penal. Vale dizer: à luz da factualidade típica do art. 1º da Lei 8.137/90, **na ausência de fraude ou de prejuízo ao erário não há crime (atipicidade objetiva)**.⁴³

O Ministério Público, ciente, aliás, de que a doutrina⁴⁴ e a jurisprudência⁴⁵ estão pacificadas no sentido acima exposto, formulou

43. Nesse preciso sentido, Baltazar Júnior: “quer dizer, sem fraude e supressão ou omissão de tributos não há sonegação” (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 815).

44. Para fins ilustrativos, veja-se, a um, **lição de Leandro Paulsen**: “A diferença entre o simples inadimplemento de tributo e a sonegação é o *emprego de fraude*”. (...) “O art. 1º define crimes materiais que, portanto, têm como condição objetiva de punibilidade o lançamento definitivo dos respectivos tributos (Súmula Vinculante n. 24)”. (...) A conduta típica é *suprimir ou reduzir tributo* (contribuição social também é tributo) e qualquer acessório *mediante os meios fraudulentos* que o art. 1º arrola.” PAULSEN, Leandro. *Crimes federais*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 359. A dois, **lição de José Paulo Baltazar Júnior**: O crime contra a ordem tributária pressupõe, além do *inadimplemento*, *alguma forma de fraude*, que poderá estar consubstanciada na omissão de alguma declaração, na falsificação material ou ideológica de documentos, no uso de documentos material ou ideologicamente falsos, na simulação etc. As condutas *fraudulentas* estão descritas nos incisos dos arts. 1º e 2º da Lei 8.137. Eis aí a distinção entre inadimplência e sonegação: *a fraude*.” (...) “O crime

inicial acusatória atribuindo, então, conduta *fraudulenta* aos administradores da X. Aduziu o *Parquet* que “Paulo, Jorge e Ronaldo procuraram ludibriar o fisco do Rio de Janeiro, fazendo crer que a real devedora do tributo ICMS seria G Comercial Importadora S/A e o credor fiscal seria o Estado de Rondônia, omitindo informações e inserindo elementos inexatos nos documentos fiscais da referida X, a fim de não ser pago o valor correspondente ao ICMS e o FECFP”.

Da simples leitura da petição acusatória resta evidente, portanto, que o Ministério Público entendeu por “fraudulenta” a conduta correspondente à suposta “omissão de informações e inserção de elementos inexatos” nos documentos da X, posto que foi preenchido como sujeito passivo do ICMS a empresa G e como sujeito ativo o Estado de Rondônia.

Ao analisar o *tipo objetivo* do referido crime, mais especificamente o termo “elementos inexatos”, Luiz Regis Prado esclarece que

de sonegação de tributos em geral é composto pela *soma da supressão ou redução de tributo* com a *presença da fraude* prevista em, pelo menos, um dos incisos. BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*, 2017, p. 797 e 805. A três, **lição de Cezar Roberto Bitencourt**: “A especificidade do objeto de proteção penal neste art. 1º justifica o teor dos comportamentos incriminados nos incisos I a V, pois eles representam, sob a ótica do Direito Tributário, o não cumprimento de exigências fiscais dirigidas a certificar o nascimento da obrigação tributária, e a facilitar o controle e arrecadação da importância devida com o tributo. Com efeito, as condutas elencadas possuem um significativo potencial ofensivo, na medida em que dificultam e/ou impedem a atividade arrecadadora do fisco, repercutindo, de maneira negativa nas funções desempenhadas pelos tributos. Mas, como veremos ao longo deste Capítulo, elas *somente serão penalmente relevantes* para efeito de subsunção no tipo do art. 1º quando impliquem na *redução ou supressão fraudulenta* de tributo ou acessório, ou, pelo menos, na sua tentativa”.

45. Veja-se, a título ilustrativo, o *Habeas Corpus* n. 135.426/SP, julgado em 26.02.2013 pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com relatoria do Min. Jorge Mussi; a Apelação Criminal n. 5008891-33.2011.404.7002/PR, julgada em 08.05.2014 pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com relatoria do Des. João Pedro Gebran Neto; a Apelação Criminal n. 5001727-20.2012.4.04.7119/RS, julgada em 05.07.2017 pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com relatoria do Des. Leandro Paulsen; a Apelação Criminal n. 0077012-72.2002.8.26.0050, julgada em 12.12.2017, pela 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatoria do Des. Airton Vieira, entre outros tantos julgados.

“trata-se de uma conduta comissiva e equivale a introduzir, incluir, colocar *informações sobre fatos que não correspondem à realidade*”⁴⁶. Ou seja, a fraude acaba por corresponder, em verdade, a uma falsidade ideológica.

Definitivamente, portanto, tal elemento do tipo – essencial à configuração da conduta criminosa – não se encontra preenchido. Os denunciados, administradores da X, em momento algum inseriram, nos documentos, informações que não correspondem à realidade. Pelo contrário. Inseriram nos documentos *exatamente* a) o nome da empresa contratada para a importação, b) o Estado em que ela está situada e c) o valor de ICMS devido, nos moldes admitidos pela legislação (Instrução Normativa (IN) n. 225/2002, da Secretaria da Receita Federal (SRF), bem como art. 12, § 1º, inciso I, da IN/SRF n. 247/2002)⁴⁷.

Hugo de Brito Machado, em doutrina especializada, esclarece que **“deve-se entender a expressão *elementos inexatos de modo restrito*, de modo a abranger *apenas aquela relativa aos fatos* e não ao significado jurídico”**⁴⁸, em especial porque o contribuinte, diga-se uma vez mais, não precisa lançar mão da interpretação que lhe é mais desfavorável por (pres)supor que é a interpretação que o Estado poderá, mais tarde, impor.

Portanto, **também sob esse aspecto não há que se falar em tipicidade e, conseqüentemente, não há que se falar em crime.**

A verdade, e é com o devido respeito que se registra, é que tão somente um *claro objetivo arrecadatório explica – mas não justifica – denúncia contendo tamanha deturpação dogmática e descaso a princípios penais basilares*. Por qualquer ângulo que se analise, não é possível concluir sequer pela *possibilidade* de existência de *crime tributário* praticado pelos administradores da X.

Feitos (breves) registros sobre o *aspecto penal-material* – imprescindíveis justamente por evidenciar a inexistência de *crime*

46. PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal Econômico*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 279.

47. IN/SRF n. 225/2002 revogada pela IN/RFB 1861/2018 e IN/SRF n. 247/2002 revogada pela IN/RFB 1911/2019.

48. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 42.

tributário, mas alheios ao objeto central da consulta a mim submetida –, volta-se o olhar ao aspecto *processual*.

Se, por qualquer razão, o juízo criminal não entender pelo arquivamento dos autos por inexistência de crime, **o processo criminal instaurado em face dos administradores da X deve, dúvida não há, ser sobrestado** em face de tema afetado ao rito de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

Isso, porque, e como já visto detalhadamente:

a) O STF analisará, em sede de repercussão geral e em regime de repetitivos, o tema envolvendo o sujeito ativo e o sujeito passivo do ICMS-importação nos casos de importação *por conta e ordem de terceiro*;

b) O STF definirá, interpretando a legislação pertinente e solucionando controvérsia até então existente nos Tribunais, de um lado, se o sujeito passivo é o importador-contratado ou é o terceiro-contratante; de outro, se o sujeito ativo é o Estado em que situado o importador-contratado ou o Estado em que sediado o terceiro-contratante;

c) Para existir *crime* tributário é absolutamente essencial que haja o cometimento de uma *fraude* pelas pessoas físicas imputadas;

d) A mera leitura da denúncia apresentada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro evidencia que a “fraude” imputada aos administradores da X foi “procurar ludibriar o Fisco do Rio de Janeiro” ao preencher os documentos de importação com a informação de que o sujeito passivo seria a empresa G (importadora-contratada) e o sujeito ativo seria o Estado de Rondônia (Estado em que sediada a importadora-contratada);

e) Daí se verifica que – ultrapassados os argumentos de ordem penal-material acima elencados – **a decisão a ser prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral afeta diretamente a (possível) existência do crime. Em outras palavras, o STF se manifestará sobre o sujeito ativo e passivo do ICMS no caso de importação por conta e ordem de terceiros e a ação penal em trâmite está integralmente relacionada ao mesmo tema, pois a suposta “fraude” atribuída aos administradores pelo Ministério Público guarda estrita relação com a indicação do sujeito ativo e passivo do ICMS no caso de importação por conta e ordem de terceiros.** Assim que:

e.1) Se o STF decidir, que o sujeito passivo é o importador-contratado e o sujeito ativo é o Estado em que está situado o importador-contratado, a conduta narrada, e qualificada de criminosa, na denúncia do Ministério Público do Rio de Janeiro encontrará absoluta guarida em precedente com força normativa “qualificada” (ou de grau forte), não havendo que se cogitar da existência de crime;

f) Portanto, a situação que nos foi trazida para consulta encontra-se perfeitamente amoldada ao disposto no art. 93 do CPP, que estabelece que “a) se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão de competência do juízo cível, e b) se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá suspender o processo”.

f.1) É exatamente o caso. Isso pois a) a possível *existência de crime* – e, diga-se mais uma vez, renunciando às demais discussões relacionadas à tipicidade objetiva e subjetiva – *está vinculada à decisão que será prolatada pelo STF*, portanto, b) há, não apenas ação proposta para resolvê-la, mas tema afetado por repercussão geral junto ao STF.

g) Apenas há que se reforçar que o juízo criminal, muito mais do que “*poder*” suspender o processo⁴⁹ – regra autorizada por um Código de Processo Penal pensado e formulado no longínquo ano de 1941 –, **diante do reconhecimento da unicidade do Direito e da Jurisdição; em homenagem à segurança jurídica e à coerência no sistema; em respeito ao novo pensamento que reconhece a força dos precedentes** – de acordo com as orientações do moderno Código de Processo Civil, promulgado no ano de 2015 –, “*deve*” **suspender o processo criminal**.

h) Especificamente nesse ponto, registre-se, aliás, que, além dos argumentos antes trazidos, a existência da Súmula Vinculante n. 24 comprova que o Supremo Tribunal Federal, no que refere aos crimes tributários, já vem entendendo que o sobrestamento dos processos como decorrência da existência de questão prejudicial tem caráter obrigatório, e não facultativo. Assim, o entendimento ora externado está em consonância – e coerência – com os precedentes.

49. A subscritora do presente Parecer não ignora a (tradicional) distinção feita entre questão prejudicial obrigatória (art. 92 do CPP) e facultativa (art. 93 do CPP). Defende, porém, que o presente caso, não obstante se encaixe no art. 93 do CPP, se trata de questão prejudicial obrigatória.

III.c. *A questão da prescrição à luz dos casos que devem ser sobrestados*

Registramos, de início, que o instituto da prescrição será analisado *conjuntamente* à luz do direito penal e do direito tributário, já que, em ambos os casos, está-se diante daquilo que pode ser designado como “direito sancionatório”.

O ordenamento jurídico pátrio prevê, como regra geral, a *prescritibilidade* dos crimes. Assim que, no Código Penal, a prescrição está prevista no art. 107, inc. IV, em um rol – não exauriente – de causas que extinguem a punibilidade. Especificamente no caso da prescrição, a punibilidade se extingue em razão do *decurso do tempo*.

Não obstante relacionado ao decurso temporal, como em outros âmbitos do Direito, o fundamento da prescrição, no âmbito penal, se diferencia, em certa medida e em razão de suas peculiaridades, das demais esferas.

O decurso temporal que conduz à prescrição, no âmbito penal, é *variável*: guarda relação com a intensidade da sanção prevista e imposta, ou seja, com a gravidade do fato criminoso cometido. Quanto maior a sanção penal, maior o lapso temporal de prescrição; consequentemente, mais tempo o Estado tem para efetivar a punição.

Há, na literatura penal, um leque amplo de fundamentos⁵⁰ – não excludentes entre si – para o instituto da prescrição. Os mais importantes, em razão da recorrência com que aduzidos pela doutrina e, especialmente, da força lógico-jurídica que carregam, são dois: o

50. Para fins de registro e por honestidade intelectual, registrem-se outros dos fundamentos, aqui trazidos nas palavras de René Ariel Dotti: “A passagem do tempo apaga a lembrança dos fatos, fazendo com que o crime caia no esquecimento de maneira a cessar o alarma e o desequilíbrio social por ele causado. Como lembra Nelson Hungria, nem mesmo já será praticável uma exata apuração da verdade, dada a dispersão, a alteração ou o desaparecimento das provas. A justiça demasiadamente tardia não pode alcançar o apoio da certeza que legitima uma condenação. E ainda mesmo que haja intervindo, sem subseqüente cumprimento, a condenação do réu, a pena, com o transcurso do tempo, acaba por perder o seu cunho de necessidade e o seu caráter finalístico: sua seródia execução já não seria um ato de justiça profícua, mas um simples capricho da vingança (...).” DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 946.

fundamento relacionado à segurança jurídica e o fundamento relacionado à inércia do Estado.

No que refere ao **primeiro fundamento**, há que se reconhecer que, com a ocorrência de um fato delituoso, nasce para o Estado o chamado *ius puniendi*, ou seja, uma *pretensão punitiva*, que “não pode eternizar-se como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo”⁵¹. Essa ideia, de que o indivíduo não pode estar a todo e qualquer tempo – *ad infinitum* – suscetível às garras punitivas estatais, guarda íntima relação, portanto, com a irrenunciável noção de **segurança jurídica**.

Já o **segundo fundamento** está calcado na ideia de que o **Estado deve arcar com as consequências da sua própria inércia**. “Se existem prazos processuais a serem cumpridos, a sua não observância é um ônus que não deve pesar somente contra o réu. A *prestação jurisdicional* tardia, salvo naquelas infrações constitucionalmente consideradas imprescritíveis, não atinge o fim da jurisdição, qual seja, a realização da Justiça”⁵².

Para atender tais fundamentos, o legislador estabeleceu, a partir do art. 109 do Código Penal, uma série de regras para o cálculo prescricional. Em tal arsenal, estão as causas interruptivas da prescrição, no art. 117 do CP e as causas suspensivas da prescrição, no art. 116 do CP.

Ao presente Parecer interessam as causas suspensivas da prescrição – aquelas que suspendem o curso da prescrição, para retomá-lo depois de suprimido ou desaparecido o impedimento. Determina o art. 116 do Código Penal que “antes de passar em julgado a sentença final, **a prescrição não corre: I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime**”.

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas ao afirmarem que essa causa suspensiva da prescrição – prevista no inc. I do art. 116 do CP – **está relacionada às questões prejudiciais previstas nos arts. 92 e 93 do CPP**, que, como visto no tópico III.a.1., é exatamente o caso em apreço:

51. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 922.

52. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 924.

A prescrição não corre enquanto não for resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime. São as chamadas questões prejudiciais, reguladas pelo art. 92 a 94 do CPP, cuja relação com o delito é tão profunda que a sua decisão, em outro juízo, pode determinar a existência ou a inexistência da própria infração penal.⁵³

Nesse ponto, portanto, **a própria legislação traz a determinação da suspensão do curso da prescrição quando do sobrestamento do processo**, fazendo coro à ideia de que, não havendo inércia nas atividades estatais-penais – que está consciente e coerentemente aguardando julgamento em esfera distinta –, não é razoável que se puna o Estado com a extinção da punibilidade através da prescrição.

Assim, vale o registro de que o sobrestamento da ação penal se, por um lado, produz a garantia de segurança jurídica e de coerência entre as decisões judiciais – cujas esferas, como se viu, são independentes, mas jamais incoerentes –, por outro lado não gera qualquer risco de impunidade por potencial prescrição, pois há também, e com expresse respaldo legislativo, a suspensão do curso prescricional.

A posição pela suspensão do curso prescricional, aqui entendido como devida, encontra não somente respaldo legal, mas também guarida em precedentes do Supremo Tribunal Federal. É que ao publicar a Súmula Vinculante n. 24, que determina que só poderá existir denúncia por crime tributário após o esgotamento da discussão em âmbito administrativo, o STF teve de se manifestar expressamente sobre o curso prescricional.

Determinou, naquela ocasião, que o prazo prescricional apenas começasse a fluir após a constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, concluiu que não há decurso de prazo prescricional enquanto se está a discutir, no âmbito administrativo, questão prejudicial obrigatória, como se comprova de um sem fim de decisões, representadas aqui pela recente decisão proferida no RE 11665500 AgR/SP, de relatoria do Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19.11.2018.

No âmbito do **direito tributário**, a prescrição corresponde à perda do direito de o Estado cobrar, via execução fiscal, um

53. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 949.

determinado crédito tributário. O prazo relacionado a esse instituto é de 5 anos, contados a partir da *constituição definitiva do crédito tributário* (conforme art. 174, *caput*, do CTN) – ou seja, a partir do *lançamento definitivo* do tributo.

Desse modo, suspenso o processo administrativo, não há que se falar em cômputo do prazo prescricional. E nem poderia ser diferente, pois não há, nesse caso, inércia do Poder Público passível de ser punida com a perda do direito de propositura de uma ação executiva.

Assim, por qualquer ângulo que se analisa a questão – legal, doutrinária ou jurisprudencial – é certo que o sobrestamento da ação penal – que, no caso se impõe – conduz à suspensão do decurso prescricional – justo que é. No que tange à suspensão do processo administrativo, não há cômputo do prazo prescricional porque, como visto, esse tem início somente com o lançamento definitivo do tributo, que, por sua vez, ocorre somente com a conclusão do processo administrativo fiscal.

III.d. Sobre a impossibilidade de a ação penal servir como meio coercitivo-arrecadatório: necessidade de observância da Lei das Execuções Fiscais – LEF (Lei n. 6.830/80) e do CPC (incidente de desconsideração da personalidade jurídica)

O Estado, através do Ministério Público e no que refere aos crimes tributários, tem lançado mão de ações penais como instrumento coercitivo, exercendo função arrecadatória. E a razão disso é revelada pelo fato de tanto a legislação como a jurisprudência admitirem que o pagamento do tributo extingue a punibilidade do agente, e que o parcelamento da dívida fiscal suspende a punibilidade do agente (hipótese em que também restará suspensa a prescrição)⁵⁴.

54. A legislação e a jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores são prova dessa assertiva. Veja-se, por exemplo, o art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003, que prevê a extinção da punibilidade “(...) quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”. Vale a pena conferir, ainda, a ementa do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 128.245/SP, de relatoria do Min. Dias Toffoli (2ª Turma, DJe de 23/08/2016: “Recurso ordinário em habeas corpus. Apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, I, CP). Condenação. Trânsito em julgado. Pagamento do débito tributário. Extinção da

Historicamente, o pagamento ou o parcelamento, para extinguir ou suspender a punibilidade do agente/contribuinte, deveria ocorrer antes do oferecimento da denúncia por crime tributário. Posteriormente, essa regra foi ampliada e passou a ser possível o pagamento/parcelamento até a prolação da sentença penal condenatória. Atualmente, o pagamento/parcelamento pode se dar a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado⁵⁵.

Eis a maior prova de que o interesse único e exclusivo do Estado – e do Ministério Público – é a arrecadação. Tanto é assim que a quitação ou o pagamento de modo parcelado – esse último facilitado pelos (inúmeros) programas de REFIS – extinguem a punibilidade, *pouco importando, ao final, para o Estado, se o agente cometeu, ou não, um ilícito penal (inclusive através de uma fraude, que usualmente materializa crime de falsidade ideológica, por exemplo).*

Entretanto, temos como certo que esse modo de agir do Ministério Público está na contramão de toda a sistemática do direito – em especial do direito penal e do direito tributário.

No âmbito **tributário** porque a sistemática de cobrança de uma dívida tributária está prevista em lei específica – precisamente a LEF (Lei n. 6.830/80), de modo que, após o lançamento (art. 142

punibilidade do agente. Admissibilidade. Inteligência do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03. Precedentes. Ausência de comprovação cabal do pagamento. Recurso parcialmente provido para, afastado o óbice referente ao momento do pagamento, determinar ao juízo das execuções criminais que declare extinta a punibilidade do agente, caso venha a ser demonstrada, por certidão ou ofício do INSS, a quitação do débito. 1. Tratando-se de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, I, CP), o pagamento integral do débito tributário, ainda que após o trânsito em julgado da condenação, é causa de extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03. Precedentes. 2. Na espécie, os documentos apresentados pelo recorrente ao juízo da execução criminal não permitem aferir, com a necessária segurança, se houve ou não quitação integral do débito. 3. Nesse diapasão, não há como, desde logo, se conceder o writ para extinguir sua punibilidade. 4. De toda sorte, afastado o óbice referente ao momento do pagamento, cumprirá ao juízo das execuções criminais declarar extinta a punibilidade do agente, caso demonstrada a quitação do débito, por certidão ou ofício do INSS. 5. Recurso parcialmente provido”.

55. Conforme se depreende do julgado mencionado na nota anterior – RHC 128.245/SP e de tantos outros do STF e do STJ.

do CTN), há um rito a ser seguido pela Fazenda Pública – e que, no caso da Consulente, vem sendo (escancaradamente) desobedecido pelo Estado –, que envolve a prática dos seguintes atos: **i)** inscrição em dívida ativa, para formalização do título executivo extrajudicial (CDA); **ii)** propositura da ação de execução fiscal, seguida de; **iii)** oportunidade para que a parte executada possa oferecer bens à penhora e se defender pela via dos embargos à execução fiscal.

Mais: caso se queira atribuir a responsabilidade tributária aos *sócios, diretores, gerentes ou representantes* da pessoa jurídica indicada como devedora, há que se respeitar a regra imposta pelo art. 135 do CTN, que prevê a necessidade de prova (cabal e inequívoca) de que tais pessoas físicas atuaram com “...excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos” – o que deverá ser feito em procedimento específico previsto nos arts. 133 a 137 do CPC (ou seja, por meio do *incidente de desconsideração da personalidade jurídica*).

Na esfera **penal**, porque outros crimes não contam com o mesmo tratamento. Se, a título exemplificativo, um sujeito comete um crime de furto (art. 155 do CP) e, posteriormente, decide devolver o bem subtraído ou arcar com o prejuízo, restituindo-o à vítima, a consequência penal (pacífica nos Tribunais e orientada pela legislação) é a condenação pelo crime de furto e a aplicação efetiva de uma pena, que será diminuída em razão do arrependimento posterior (vide art. 16 do Código Penal).

Assim, o que se tem até aqui é que a legislação e o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores dão um tratamento *exclusivo e peculiar* aos crimes tributários, evidenciando a “lógica” – não mais implícita – de que a função única das ações penais que versam sobre crimes tributários é a arrecadação aos cofres públicos.

Ocorre que a utilização das ações penais como um instrumento coercitivo-arrecadatório, em total desprezo à LEF, traz uma série de (nocivas) consequências:

a) deturpa a própria função do direito penal que, como se sabe e em breves linhas, guarda relação com a tutela de outros bens jurídicos.

Dito de uma outra forma: o Estado, para justificar a imposição de penas privativas de liberdade, fundamenta sua atuação no resguardo de bens jurídicos essenciais ao indivíduo-cidadão (assim é que o homicídio tutela a vida; o furto tutela o patrimônio; a calúnia

tutela a honra objetiva etc.). No caso dos crimes tributários, a função, em verdade, não é a tutela da ordem tributária, *mas a mera arrecadação*. Tal ordem de crimes, portanto, sequer coaduna com a própria função do Direito Penal.

b) na prática – e, aos nossos olhos, isso é consequência direta da função arrecadatória que marca os crimes tributários – existe, no caso concreto:

b.1) *a um*, uma grave deturpação dogmática para que qualquer ilícito possa ser considerado um ilícito *penal* e, com isso, possa ser objeto de denúncia. Ou seja, o Estado, através do Ministério Público, no afã de arrecadar – e consciente de que a chance arrecadatória amplia significativamente ao se ameaçar um contribuinte com a imposição de uma pena privativa de liberdade –, muitas vezes ignora que o direito penal exige a presença de uma **fraude** (não se conformando com uma mera redução ou supressão de pagamento de tributo), cometida **dolosamente**. Esses traços, aliás, são traços que diferenciam o ilícito penal do ilícito administrativo – como já se afirmou nesse Parecer.

Assim é que o Ministério Público sacrifica a dogmática penal e, forçosamente, denuncia pessoas físicas como incursoas em crimes tributários, pelo cometimento de condutas que claramente se amoldam a ilícitos meramente administrativos.

b.2) *a dois*, e na mesma linha, há uma grave deturpação dos princípios penais basilares. Veja-se que o Estado, ao efetuar tais denúncias com o escopo meramente arrecadatório e ignorando os limites dogmáticos-penais, ignora, *primeiro*, o princípio da culpabilidade – que exige que a pessoa física, para ser imputada por um crime, precisa agir com dolo ou, ao menos, no caso em que a lei assim permitir, com culpa (no caso dos crimes tributários, a exigência é de dolo). Ignora, *segundo*, o princípio da intervenção mínima, que garante que o direito penal, por estar relacionado à privação da liberdade do cidadão, seja sempre a última escolha do Estado (instrumento de *ultima ratio*, ou, leia-se: um soldado de reserva). Ora, na ânsia arrecadatória, o Estado vem renunciando ao referido princípio e lançando mão do direito penal como instrumento de *prima ratio*.

Em suma, o Estado, que, declaradamente, seja através do Poder Legislativo, seja através do Poder Judiciário, vem utilizando as ações penais tributárias como instrumento coercitivo para o pagamento

de tributos, está sacrificando princípios basilares e a dogmática penal, no indevido afã arrecadatório.

Com isso, **acaba o Poder Público por, em questionável manobra, ignorar a LEF e o CPC, pois:**

- A ação penal toca diretamente nas **pessoas físicas**⁵⁶, *sem que tenha havido a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica;*

- As ameaça com penas privativas de liberdade;

- Toca em seus bens através das medidas cautelares patrimoniais penais e processuais penais, em fase investigativa ou judicial, sem observar as garantias atribuídas ao contribuinte pela LEF;

- Assim, ignora a oportunidade que o contribuinte teria, à luz da Lei n. 6.830/80, de, no prazo de 05 dias, nomear bens à penhora (de acordo com a ordem de preferência prevista no art. 11 do referido diploma legal); e, por fim

- Desconsidera a regra estipulada pelo art. 805 do CPC, no sentido de que “Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado” – ou seja, não confere qualquer prestígio ao princípio da menor onerosidade.

IV. Respostas aos quesitos

Fundamentados nos elementos jurídicos que foram examinados nos itens precedentes e na análise dos fatos desses processos, manifestamos nossa opinião em relação aos quesitos que integram à Consulta formulada por X:

1) A afetação de um recurso extraordinário pelo STF, para ser julgado no regime dos repetitivos, implica, necessariamente, suspensão de todos os casos em que a matéria discutida já idêntica àquela que foi afetada – inclusive aqueles que tramitam na via administrativa e na via judicial, no âmbito penal?

A afetação de um recurso como repetitivo, no âmbito dos Tribunais Superiores, é situação que gera precedentes vinculantes

56. Uma vez que o Direito Penal, no que refere aos crimes tributários, não pune pessoas jurídicas.

em sentido forte, ou seja, aqueles que, se desrespeitados, geram a possibilidade do manejo da reclamação para que a situação seja corrigida.

A solução que vier a ser dada pelo STF deverá ser respeitada como *norma*. A interpretação dada à lei pelo STF será o direito brasileiro: que é uno. De fato, o princípio da unicidade do direito leva necessariamente a que o resultado obtido seja respeitado **(a)** por todos os tribunais cíveis; **(b)** por tribunais que tenham outras competências, por exemplo, os tribunais penais; **(c)** pelos órgãos da Administração Pública; **(d)** por toda a sociedade, como norma de conduta.

Portanto, situações “em curso”, sejam procedimentos administrativos, sejam processos cíveis ou penais, sejam arbitragens, quando deverão levar em conta a norma resultante da atividade do Judiciário, deverão ser suspensos, até a decisão, para a essa, então, conformarem-se.

É medida de economia processual, de alta dose de racionalidade e de coerência, que prestigia e concretiza a isonomia, gerando tranquilidade social.

2) Caso a resposta ao quesito anterior seja afirmativa, em que medida o sobrestamento interfere no cômputo do prazo prescricional?

Os principais fundamentos de existência do instituto da prescrição estão relacionados à (a) segurança jurídica e (b) sanção à inércia do Estado em seus direitos-deveres.

Assim, havendo suspensão de processos – no âmbito cível, penal ou da Administração Pública –, para aguardar prolação, pelo STF, de precedente vinculante de sentido forte, não há cômputo do prazo prescricional.

Veja-se que a razão do sobrestamento é justamente garantir *segurança jurídica* – objetivo também intentado pelo instituto da prescrição. Ademais, não há, na referida situação, *inércia estatal a ser sancionada*. Ausentes os fundamentos que embasam a necessidade da prescrição, não há razão lógico-jurídica para que essa possa ser decretada.

A razão de não se computar o prazo prescricional decorre, também, da própria legislação.

No que refere ao âmbito penal, o sobrestamento da ação penal resulta do reconhecimento da existência de *questão prejudicial obrigatória*, nos termos dos arts. 92 e seguintes do Código de Processo Penal, de modo que, também por força legal – e agora com fulcro no art. 116 do Código Penal –, o prazo prescricional deve ser suspenso.

Já no âmbito tributário e no que diz respeito aos *processos administrativos*, o art. 174, *caput*, do CTN, impede a contagem do prazo prescricional enquanto não houver a constituição definitiva do crédito tributário – ou seja, suspenso o PAF, a prescrição não é computada, não havendo qualquer risco à Administração de no futuro (e se for o caso) promover a correspondente ação de execução fiscal.

3) No caso da Consulente, a ação penal está sendo utilizada como instrumento de cobrança de ICMS sem observância das regras estabelecidas na Lei das Execuções Fiscais?

Não obstante não seja esse o tema central do presente Parecer, vimos que, por diferentes ângulos, não há como sustentar, se respeitada a dogmática e os princípios basilares penais, a existência de crime tributário.

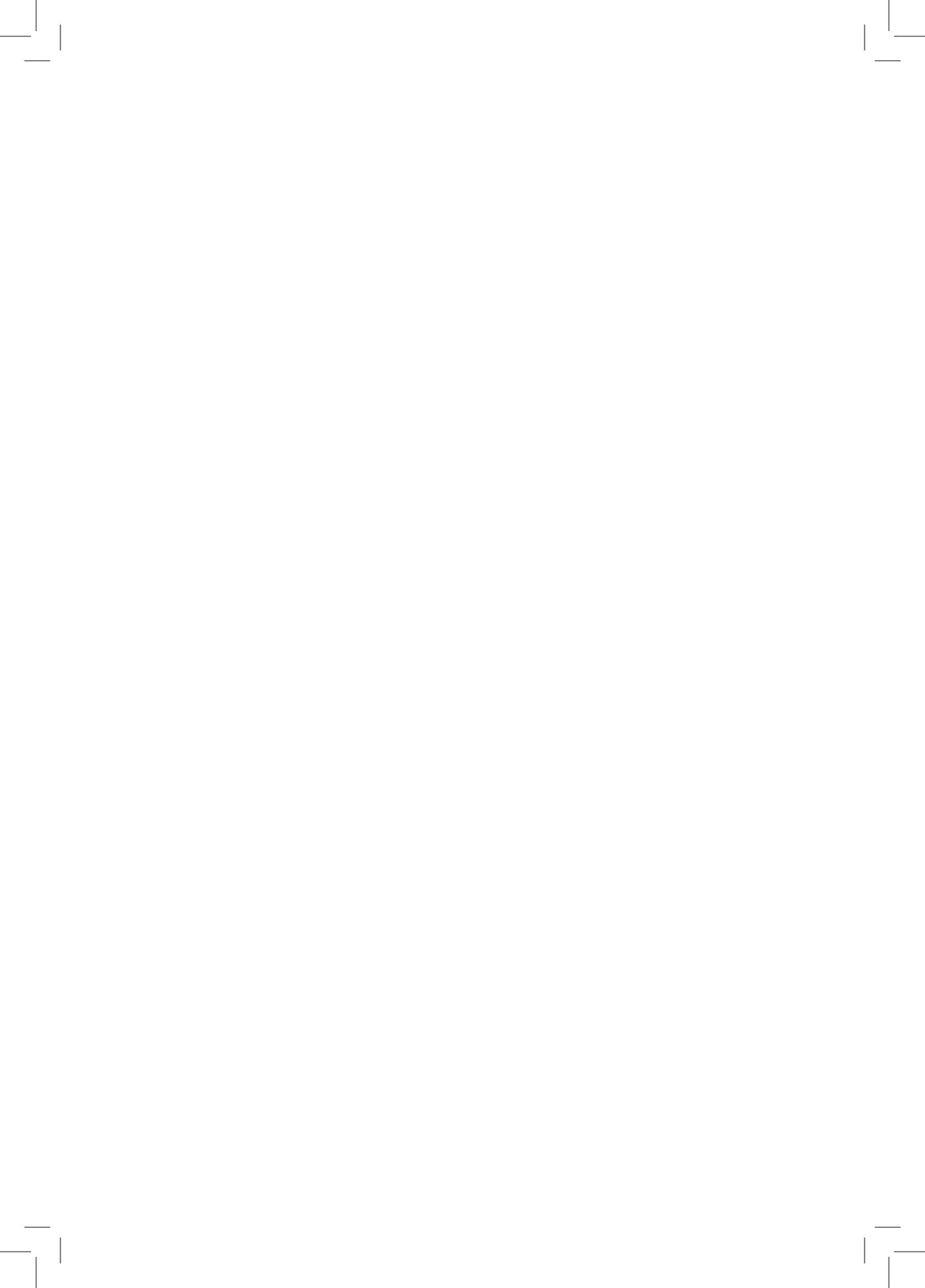
Eis porque a existência de ação penal em face dos administradores da X apenas se explica – mas não se justifica – acaso visto como *instrumento coercitivo-arrecadatório*.

E, nesse ponto, **representa instrumento de cobrança de ICMS que ignora garantias não apenas constitucionais-penais, mas também previstas na Lei de Execuções Fiscais**. Tanto assim que *a)* atinge diretamente pessoas físicas – inclusive as ameaçando com pena privativa de liberdade – sem que tenha havido instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Ignora direitos do contribuinte – como *b)* o princípio da menor onerosidade, homenageado pelo art. 805 do CPC, e *c)* o direito de nomear bens à penhora, nos termos na Lei n. 6.830/80 –, *d)* submetendo-o diretamente às (onerosas) regras das cautelares patrimoniais previstas no Código Penal e Processual Penal.

É o nosso Parecer, *s.m.j.*

Curitiba, 15 de dezembro de 2018.

TERESA ARRUDA ALVIM



14

AUTORIDADE DE PRECEDENTES – STF – IDENTIDADE DE AÇÕES – CONTEXTOS FÁTICOS DIVERSOS – NECESSIDADE DE SE FAZER A DISTINÇÃO E NÃO DE SE FAZER A ADEQUAÇÃO AUTOMATICAMENTE

PARECER

1. Síntese da consulta

A X (*a que nos referiremos, a seguir, simplesmente como Consultente*), através de seus ilustres advogados, Drs. Cândido da Silva Dinamarco, Maurício Giannico, Marcos dos Santos Lino e João Guilherme Vertuan Lavrador, honram-nos com consulta a respeito das repercussões de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 581.947 (*relativo ao Tema 261*), em que foi fixada a orientação de que **“é inconstitucional a cobrança de taxa, espécie tributária, pelo uso de espaços públicos dos municípios por concessionárias prestadoras do serviço público de energia elétrica”**.

Especificamente, pretende a Consultente que sejam analisadas as possíveis repercussões de tal decisão sobre o que fora anteriormente decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao prover (*primeiro monocraticamente, depois por decisão colegiada*) o REsp 1.677.414/SP, sob o fundamento de que *“entes da federação não podem cobrar retribuição pecuniária pela utilização de vias públicas, inclusive solo, subsolo e espaço aéreo para a instalação de equipamentos destinados à prestação de serviço público, ressalvada*

a hipótese em que é autorizado às concessionárias cobrar das concessionárias de serviço público pelo uso da faixa de domínio para passagem subterrânea de cabos e dutos, nos termos do art. 11 da Lei 8.987/95, desde que previsto no contrato de concessão respectivo”.

O contexto em que se insere o eventual conflito entre as decisões citadas foi inicialmente delineado pela *Consulente* nos seguintes termos:

(a) em demanda ajuizada por C contra (*E, associada da X, ora Consulente*), prevaleceu, nas instâncias ordinárias, o entendimento de que “*não há falar em cobrança, em face de concessionária de serviço público, pela contraprestação do uso de solo, subsolo e espaço aéreo de faixa de domínio*”;

(b) com o objetivo de que esse entendimento fosse revisto, a *E* interpôs, contra o v. Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, recurso especial e recurso extraordinário;

(c) o recurso especial (*REsp 1.677.414/SP*) foi provido monocraticamente pela relatora, Min. Regina Helena Costa, sob o fundamento, essencialmente, de que estaria pacificada, naquela Eg. Corte, orientação no sentido de que a cobrança em questão é legítima quando o contrato de concessão a autoriza, isto é, “*na hipótese em que é autorizada às concessionárias cobrar das concessionárias de serviço público pelo uso da faixa de domínio para passagem subterrânea de cabos e dutos, nos termos do art. 11, da Lei 8.987/95*”;

(d) referida orientação também se justifica à luz da decisão proferida pela 1.^a Seção do STJ, ao julgar o *EResp 985.695/RJ* (*sob a relatoria do Min. Humberto Martins*), reconhecendo a possibilidade de “*o poder concedente, na forma do art. 11, da Lei 8.987/95, prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, para favorecer a modalidade das tarifas*”;

(e) confirmada, no julgamento colegiado do agravo interno, a decisão monocrática de provimento do *REsp 1.677.414/SP*, a C interpôs recurso extraordinário, que veio a ser admitido e remetido ao STF, para julgamento;

(f) o relator do recurso extraordinário interposto, Min. Edson Fachin, determinou, contudo, sob o fundamento de que nele estaria em discussão questão jurídica idêntica à do Tema 261 (*representado*

pele RE-RG 581.947), a remessa dos autos para o STJ, “para adequação ao disposto no artigo 1.036 do Novo Código de Processo Civil, nos termos do art. 328 do RISTF”;

(g) com a conclusão do julgamento do Tema 261, no STF, a Vice-Presidente do STJ, Min. Maria Thereza de Assis Moura, determinou o encaminhamento dos autos à 1ª Turma, para realização de eventual juízo de retratação;

(h) as partes se manifestaram com relação ao (eventual) impacto da decisão proferida pelo STF, sendo que a C sustentou que a decisão do STF vincularia o STJ e, portanto, estaria essa Eg. Corte adstrita a rever a orientação antes adotada, quando da realização do juízo de retratação previsto na legislação.

A partir do quadro sucintamente delineado acima,¹ constata-se que a questão central do parecer concerne a estar **o STJ vinculado a rever a orientação adotada no julgamento colegiado, já concluído, do REsp 1.677.414/SP, em decorrência do julgamento do RE 581.947**. Ou, dito de outro modo, o questionamento da *Consulente* diz respeito à vinculação do STJ, em juízo de retratação, à orientação fixada pelo STF (na análise do Tema 261), sobretudo quando se considera que o recurso extraordinário interposto naquele caso concreto (isto é, contra a decisão colegiada proferida no REsp 1.677.414/SP) teve sua tramitação sobrestada até o julgamento do RE 581.947, na suposição de que a decisão ali proferida pudesse impactar sobre o processamento e o julgamento do recurso extraordinário.

Esse é essencialmente o objeto da presente consulta, do qual trataremos na resposta às questões listadas abaixo. Para respondê-las, consideraremos (no item 3) não apenas as peculiaridades do contexto fático em que foram proferidas ambas as decisões relevantes para a consulta (isto é, aquela proferida pelo STJ no julgamento do REsp 1.677.414/SP e aquela proferida pelo STF no RE 581.947), mas também aspectos teóricos (item 4) que nos parecem relevantes para reflexão sobre a técnica do *distinguishing*.

1. No item 3, *infra*, retomaremos, de forma mais detalhada, a análise do contexto analisado pelo STJ para prolação da decisão que até o momento prevalece no REsp 1.677.414/SP, pois, essa é atividade imprescindível para verificar se e como pode repercutir sobre o julgamento desse caso concreto a decisão proferida pelo STF no RE 581.947, pelas razões teóricas de que trataremos no item 4, subsequente.

2. Questões

A adequada análise e abordagem do objeto central da consulta passa, segundo pensamos, por reflexão quanto às seguintes questões:

1) Há identidade do contexto fático e jurídico subjacente às decisões proferidas pelo STJ e pelo STF e das questões jurídicas tratadas por esses tribunais (REsp 1677414/SP e no RE 581.947)?

2) A decisão monocrática proferida pelo Min. Edson Fachin, ao determinar a remessa do recurso extraordinário contra a decisão proferida pelo STJ, no REsp 1.677.414/SP, para “adequação ao disposto no art. 1.036”, impede que o STJ, realizando o juízo de retratação, analise se há identidade entre as situações fáticas subjacentes a ambos os casos e as questões jurídicas implicadas em ambos os casos?

3) Caso, realizando o juízo de retratação em questão, o STJ venha a concluir que não há identidade entre o contexto fático subjacente às decisões citadas, nem entre as teses jurídicas adotadas, poderá afastar, no caso concreto (*isto é, naquele em que foi interposto o REsp 1.677.414/SP*), a orientação firmada pelo STF, na análise do Tema 261?

A seguir, analisaremos os fatos (*isto é, aqueles relevantes, concernentes ao contexto decisório do REsp 1.677.414/SP e do RE 581.947*), as normas e os institutos jurídicos que, segundo nos parece, fornecem os subsídios necessários às respostas a tais questões.

3. Compreensão das peculiaridades do contexto decisório analisado pelo STJ no julgamento do REsp 1.677.414/SP

Tramitam, no mesmo processo, demanda principal e reconvenção, em que figuram como partes litigantes a C e a E.

A C é autora da ação principal, em que pediu autorização judicial para consecução, sem ônus financeiro (= *leia-se, pagamento de preço pelo uso de faixas de domínio em rodovias*), de obra para criação de infraestrutura voltada à transmissão de energia elétrica, em rodovia explorada, em regime de concessão, pela E.

Na contestação, a E alegou a regularidade da cobrança de valores pelo uso de faixas de domínio das rodovias estaduais que estavam sob sua administração, em decorrência de contrato de concessão

firmado com o Estado de São Paulo, tendo em vista estar autorizada tal cobrança não apenas na Constituição Federal, na legislação estadual e na legislação federal em vigor, mas também no contrato de concessão, que a previa expressamente.

Valendo-se dessa linha de raciocínio, **a E apresentou reconvenção, em que pediu a condenação da C ao pagamento do preço devido pela realização da obra, nas circunstâncias mencionadas, e, portanto, pelo uso de faixas de domínio estadual que administrava, em decorrência de contrato de concessão.**

Em 1.º grau, foi acolhida a pretensão deduzida na demanda principal e rejeitada aquela veiculada na reconvenção.

Na r. sentença de procedência, foi declarada a ilegalidade da cobrança de taxa de utilização da faixa de domínio da rodovia sob administração da E e, por consequência, obrigada tal empresa a permitir a ocupação dessa faixa de domínio pela C, sem qualquer ônus financeiro.

O Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da apelação interposta pela E, manteve tal decisão, adotando, para tanto, técnica de fundamentação *per relationem*, mediante transcrição de outras decisões, proferidas pelo STF (*RE 581.947*), pelo STJ (*EDcl no AgRg no REsp 1246070/SP; Recurso Ordinário em MS n. 11.412/SE*) e por aquele próprio Tribunal de Justiça.

Relevantíssimo consignar aqui que, nos três casos concretos apreciados pelo STF e pelo STJ, citados na fundamentação do v. Acórdão proferido pelo TJ/SP, foi analisada a **regularidade da cobrança**, pela própria **Administração Pública** (*município ou Departamento de Estrada e Rodagem – DER*), de preço pelo uso de faixa de domínio para realização de obras/ instalação de infraestrutura necessária à prestação de serviços de utilidade pública. Vale dizer: em **nenhum dos casos**, a cobrança do preço foi realizada por **concessionária de serviço público**, com **fundamento em previsão expressa de contrato de concessão firmado**, como forma de garantir o **equilíbrio econômico-financeiro** de tal contrato.

Já as decisões do próprio TJ/SP, citadas na fundamentação daquele acórdão da apelação, refletiam a adoção de uma única orientação (*inviabilidade da cobrança do preço pelo uso da faixa de domínio público para prestação de serviço de utilidade pública*) em circunstâncias diversas. Em alguns casos, a cobrança do preço seria

realizada pela própria Administração Pública; em outros, por concessionária de serviço público.

No recurso especial, interposto contra o v. Acórdão da apelação, a E demonstrou que a orientação adotada pelo TJ/SP não pode prevalecer em hipóteses nas quais a cobrança de contrapartida financeira **é realizada pela concessionária, visando à obtenção de receita acessória expressamente admitida no contrato de concessão, em conformidade com a legislação federal em vigor (art. 11 da Lei de Concessões) e com a própria Constituição Federal (art. 175).**²

A E valeu-se, nas razões do recurso especial, das seguintes premissas, para desenvolvimento de sua argumentação:

(i) as faixas de domínio são áreas afetadas especificamente para prestação dos serviços rodoviários (*e, como tal, são indissociáveis do serviço de concessão*), compreendendo não apenas as pistas de rodagem de veículos automotores, como também as áreas que as margeiam;

(ii) são suportados, pela concessionária (*no caso, a E*), em decorrência do contrato de concessão, os custos das atividades necessárias para criação (= *planejamento, identificação dos proprietários privados, desapropriação, eliminação responsável de vegetação e obras de correção de relevo*) e para manutenção (*aparagem da grama, fiscalização da utilização por terceiros, vigilância e estudos de viabilidade da implantação de novas estruturas*) das faixas de domínio;

(iii) assim como as pistas de rodagem em si, as áreas nas margens das pistas têm papel relevante na adequada gestão do serviço do trânsito rodoviário, viabilizando melhorias de inegável impacto (*como a duplicação de estradas, a construção de acostamentos e áreas de retorno, entre outras*); e,

(iv) além disso, ao longo do tempo, nas margens das pistas de rodagem, são instaladas, para prestação de variados serviços de utilidade pública, estruturas e equipamentos diversos – como tubos e canos (*aquedutos*) para saneamento básico, redes subterrâneas para passagem de tubulações e fibras óticas (*de custo elevado*), redes de postes de telefonia –, tornando necessário um rígido (*e, portanto, inevitavelmente custoso*) planejamento e uma supervisão cuidadosa para realização de obras como aquela pretendida pela C.

2. Tais circunstâncias impediriam, segundo sustentou, a adoção da orientação firmada pelo STF no julgamento do RE 581.947.

Em resumo, por arcar, como concessionária de serviços rodoviários, com custos expressivos para implementação e manutenção de faixas de domínio, entende a E que precisa ser adequadamente remunerada e essa remuneração não precisa ser composta exclusivamente pelos valores correspondentes aos pedágios pagos por usuários de rodovias. Também é viável, à luz da legislação em vigor, que façam parte dessa remuneração receitas acessórias, *quando autorizadas no contrato de concessão*, entre as quais se insere a contrapartida financeira exigida pelo uso das faixas de domínio por empresas como a C.

Não há, nessa situação, segundo sustentou, pagamento de **tributo pelo mero uso de bem público**, mas retribuição financeira **legítima e adequada** pelo uso de **estrutura** que, em regra (*ou, pelo menos, no caso concreto sob exame*), foi **criada e é mantida pela concessionária** de serviço público (= *empresa privada atuando em regime de colaboração com a máquina administrativa*). A cobrança de preço, pelo uso das faixas dominiais de rodovias, encontra amparo jurídico no art. 11 da Lei 8.987/95,³ que **autoriza** a previsão, pelo poder concedente, no **edital de licitação** (*e, naturalmente, no posterior contrato de concessão*), “*de outras fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias (...) com vista a favorecer a modicidade das tarifas*”. À luz de tal disposição, não seria possível reconhecer, em favor de concessionárias de energia elétrica, direito ao uso gratuito (= *sem ônus financeiro*) das faixas de domínio de rodovias, como sustentou a C.

A existência de disposições em sentido contrário no Código de Águas⁴ e no Decreto 84.398/80,⁵ não constitui obstáculo a esse

3. Que tem equivalente no inciso II do art. 32 da Lei Estadual 7.835/92, assim redigido: “*além da tarifa, o concessionário de obra pública poderá ser remunerado, nos termos previstos no edital e no contrato, dentre outras fontes, pela renda proveniente de contribuições de melhoria instituída pelo Poder Público, pela renda privada da exploração, direta ou indireta, de áreas de serviço, lazer ou repouso, na faixa de domínio da ordem pública ou em zona integrada ao patrimônio público por desapropriação extensiva ou qualquer outra forma, bem como pela receita decorrente de projetos associados*”.
4. Cujo art. 151 previa ser direito da concessionária de energia o uso do terreno público.
5. Cujo art. 2º, prevê que, “*atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos, as autorizações [para ocupação de*

raciocínio, no entendimento da E. Tratando-se de instrumentos normativos promulgados antes da Lei 8.987/95, o aparente conflito entre as disposições neles existentes pode ser resolvido pela aplicação de normas de direito intertemporal:⁶ lei posterior a revoga a anterior.⁷ **Vale dizer: no pseudoconflito entre normas de igual status, com relação ao tema, é de se reconhecer a possibilidade de cobrança de preço pelo uso de faixas de domínio de rodovias por concessionárias de energia elétrica (e não apenas elas), quando, no contrato de concessão, for autorizada a cobrança de receitas acessórias ou complementares pela concessão de serviços rodoviários, como ocorre no caso concreto *sub examine*.**

Em situações como a presente, essas receitas acessórias ou complementares, a um só tempo, contribuem para o custeio das despesas relativas à prestação dos serviços rodoviários concedidos, como permitem **a redução do valor das tarifas**, realizando-se, desse modo, o fim colimado pelo legislador no art. 11 da Lei 8.987/95 – assegurar a modicidade das tarifas cobradas dos usuários de rodovias administradas por concessionárias públicas.

Por tudo isso,⁸ a E pediu, no recurso especial, a reforma do v. Acórdão da apelação e, conseqüentemente, a rejeição da pretensão deduzida pela C na demanda principal (= *autorização para realização de obras em faixas de domínio de rodovias que foram objeto de contrato de concessão, sem qualquer ônus financeiro e, portanto, sem o pagamento do preço devido pelo uso dessas faixas de domínio*) e o acolhimento da pretensão deduzida pela E na reconvenção

faixas de domínio de rodovias, dentre outros, segundo art. 1º, do mesmo diploma] *serão por prazo indeterminado e sem ônus [financeiro] para os concessionários de serviços públicos de energia elétrica*”.

6. Previstas no Decreto-lei 4.657/42.
7. Aliás, precisamente por isso, afirmou a E no recurso especial, o Tribunal de Contas da União já teria recomendado revogação expressa do Decreto 84.398/80, advertindo que “*esse comando legal, com o advento da privatização do setor elétrico, cria uma distinção indevida entre esse e as demais atividades econômicas sujeitas ao regime de concessão, v.g. telecomunicações*”.
8. E também se valendo de argumentos consistentes quanto à possibilidade de cobrança de remuneração pelo uso de bem público, à luz do Código Civil em vigor, e quanto à inaplicabilidade *in casu* da orientação que foi adotada nos precedentes citados pelo TJ/SP no v. Acórdão recorrido, aos quais nos reportaremos nos itens subseqüentes.

(= *condenação da C ao pagamento do preço autorizado pelo contrato de concessão em decorrência do uso de faixas de domínio das rodovias*).⁹ Idêntica pretensão de reforma foi deduzida em recurso extraordinário que interpôs na mesma oportunidade.

Embora tenha sido proferida decisão de inadmissibilidade de ambos os recursos na origem, o agravo para o STJ interposto pela E foi convertido, por determinação da relatora, Min. Regina Helena Costa, no REsp 1.677.414/SP. E, em seguida, houve provimento monocrático de tal recurso, para o fim de “*reconhecer a violação ao art. 11 da Lei n. 8.987/95, permitindo-se cobrança pelo uso da faixa de domínio da rodovia concedida por outra concessionária de serviço público, pela passagem de linha de energia, com inversão do ônus de sucumbência, tal como requerido*”.

Para a relatora, é patente a incompatibilidade do posicionamento adotado pelo TJ/SP, no v. Acórdão recorrido, com a orientação pacificada, com relação ao tema, perante o STJ,¹⁰ no sentido de que os “*entes da federação não podem cobrar retribuição pecuniária pela utilização de vias públicas, inclusive solo, subsolo e espaço aéreo para a instalação de equipamentos destinados à prestação de serviço público, ressalvada a hipótese em que é autorizada às concessionárias cobrar das concessionárias de serviço público pelo uso da faixa de domínio para passagem subterrânea de cabos e dutos, nos termos do art. 11 da Lei 8.987/95, desde que previsto no contrato de concessão respectivo*”.

Apesar dos argumentos¹¹ trazidos pela C no agravo interno interposto na sequência, a 1.^a Turma negou-lhe provimento, mantendo,

9. Como o julgamento do recurso, contudo, ficou prejudicado pelo provimento (*monocrático e, depois, colegiado*) do recurso especial, como se evidenciará a seguir, e entendemos adequado, para resposta à Consulta, manter o tom sucinto e objetivo com o qual nos reportamos aos fatos relevantes da tramitação até o momento, julgamos não haver razão para adentrar, no relato a que nos propusemos, nos fundamentos para interposição do recurso extraordinário.

10. Especialmente após o julgamento, pela 1.^a Seção, do EREsp 985.695/RJ, sob a relatoria do Min. Humberto Martins.

11. No sentido de que: **a)** embora seja possível o recebimento de receitas acessórias pelas concessionárias de serviço público, com fundamento no art. 11 da Lei 8.987/95, isso não justifica a cobrança de preço pelo uso de bem público por outras concessionárias que visam a prestar serviço de utilidade pública, como é o caso das concessionárias de energia

portanto, a decisão monocrática favorável à E, com base em seus próprios fundamentos.

Insurgiu-se a C contra o v. Acórdão proferido no julgamento do agravo interno no REsp 1.677.414/SP, por meio de recurso extraordinário. No entanto, nas razões desse recurso, alegou unicamente a ofensa às normas dos arts. 102 e 105 da Constituição Federal, pela resistência do STJ em fazer incidir, no caso concreto, a orientação firmada pelo STF no julgamento do Tema 261. **Ou seja: a C não impugnou a resolução do mérito de ambas as ações (isto é, a principal e a reconvenção) pelo STJ, com fundamento na ofensa às disposições constitucionais que, em seu entendimento, justificariam a adoção de orientação diversa no v. Acórdão impugnado, isto é, quanto à impossibilidade, no caso concreto, de cobrança de preço pelo uso de faixas de domínio de rodovias.** Insistiu em afirmar a sujeição do caso concreto à decisão proferida pelo STF no RE 581.947, como se isso fosse suficiente para justificar a pretensão recursal de reforma, como se estivesse isenta de demonstrar as normas constitucionais violadas pelo STJ ao proferir a decisão impugnada no recurso extraordinário, como se não lhe coubesse o ônus

elétrica, de serviços de saneamento básico etc.; **b**) o Código de Águas, assim como o Decreto 84.398/80, prevendo a gratuidade do uso das faixas de domínio pelas concessionárias de energia elétrica, estabeleceram exceção que vincula a interpretação da regra do art. 11 da Lei 8.987/95; **c**) as concessionárias de rodovias podem cobrar, com fundamento nessa regra, o uso das faixas de domínio de rodovias por terceiros que representam interesses meramente privados (*por exemplo, postos de gasolina, restaurantes, lojas etc.*), auferindo, desse modo, receitas acessórias que se prestam a mitigar o custo da tarifa; **d**) o uso da faixa de domínio das rodovias, pela CPFL, não atende a interesse que lhe é próprio, particular, mas a interesses da coletividade na melhora da prestação de serviço público essencial (= *fornecimento de energia elétrica*); **e**) em decisões posteriores ao julgamento do EREsp 985.685/RJ, o STJ teria adotado orientação em sentido contrário, afirmando a inviabilidade da cobrança de preço pelo uso de faixas de domínio em rodovias, mesmo quando tal cobrança fosse realizada por concessionária de rodovia com fundamento em autorização expressa do contrato de concessão (*nesse sentido, a decisão proferida no REsp 1.470.686/PR, sob a relatoria do Min. Mauro Campbell Marques*); e, **f**) a orientação adotada pelo STF, no julgamento do RE 581.947, se aplica também a situações com as mesmas peculiaridades daquela analisada no REsp 1.677.414/SP, independentemente das diferenças entre o contexto decisório de ambos os casos.

de demonstrar que os contornos específicos do caso concreto deveriam atrair a orientação fixada pelo STF no precedente mencionado.

Adiante trataremos, com mais vagar, das consequências que inexoravelmente resultam dessa deficiência das razões recursais, para o julgamento do caso concreto, agora em sede de juízo de retratação. Por ora, cumpre apenas ressaltar que, apesar dessa evidentíssima inépcia da petição recursal, o recurso extraordinário interposto pela C foi admitido e encaminhado ao STF, para processamento e julgamento.

O Min. Edson Fachin, relator do recurso (*autuado no STF como RE 1.138.534*), proferiu decisão monocrática na qual ressaltou: “*De plano, verifica-se que a matéria referente à possibilidade de ente Municipal cobrar contraprestação de empresas prestadores de serviço público, pelo uso e ocupação de bens de domínio público, quando estes sejam necessários à execução do serviço por elas desempenhado cinge-se ao Tema 261 da sistemática da repercussão geral, cujo recurso-paradigma é o RE-RG 581.947, Rel. Min. Eros Grau, DJe 27.08.2010*”.

Foi corretamente identificada, em tal decisão, a matéria analisada pelo STF, no julgamento do RE 581.947. **No entanto, e com o máximo respeito, omitiu-se o relator na análise de circunstâncias peculiares E RELEVANTES do presente caso: a cobrança pelo uso de faixa de domínio de rodovia, no presente caso, não é (nem será) promovida por ente da Administração Pública direta (Município, Estado ou União); discute-se a juridicidade de tal cobrança em situação concreta na qual se pretende o uso de faixa de domínio de rodovia administrada por concessionária de serviço público de rodovia (a E), com fundamento na autorização contratual e legal (art. 11 da Lei 8.987/95) para obtenção de receitas acessórias.**

Apesar disso, determinou, naquela r. decisão, como já se disse, a remessa dos autos ao STJ “*para adequação ao disposto no artigo 1.036 do Novo Código de Processo Civil, nos termos do art. 328 do RISTF*”.

É relevante fazer um esclarecimento com relação às implicações práticas resultantes dessa r. decisão.

No panorama acima delineado, isto é, em se tratando de situação concreta na qual o recurso paradigma (*RE 581.947*) havia sido julgado pelo colegiado quase 10 anos antes, com a prolação de acórdão

posteriormente integrado julgamento de embargos de declaração (*adiante trataremos, com mais vagar, dos detalhes de ambas as decisões que nos parecem relevantes para resposta à Consulta*), percebe-se que o Min. Fachin determinou o encaminhamento dos autos ao STJ para **viabilizar** eventual juízo de retratação no REsp 1.677.414/SP. Vale dizer: aludindo à conformação do procedimento, naquele caso concreto, ao que preveem os arts. 1.036 do CPC/2015 e 328 do Regimento Interno do STF, o relator quis se referir à **possibilidade** de o tribunal de origem (= STJ), diante do julgamento do mérito do RE 581.947, **rever o entendimento** adotado com relação à cobrança de contraprestação financeira pelo uso das faixas de domínio nas rodovias, visando à instalação de infraestrutura para prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica.

Não interfere nesse raciocínio o fato de estar pendente de julgamento o segundo recurso de embargos de declaração interposto na cadeia recursal do RE 581.947 (*após o julgamento do primeiro recurso de embargos de declaração, que integrou o v. Acórdão proferido pelo STF no RE 581.947*). A análise das razões desse recurso revela o desvirtuamento de sua finalidade, na medida em que, por meio dele, a parte embargante (*Centrais Elétricas de Rondônia S.A. - CERON*) não tem por objetivo a supressão de vícios de fundamentação efetivos, mas o acolhimento de pretensão de reforma – e, portanto, de alteração do que foi decidido, por discordar da orientação adotada pelo STF. **Independentemente, contudo, da evidente fragilidade da pretensão recursal, o fato é que a legislação processual em vigor não condiciona a realização de eventual juízo de retratação ao trânsito em julgado da decisão paradigma (em que tenha sido fixada a tese quanto ao tema), de modo que, por nenhum ângulo, faz sentido se cogitar de outras providências diante da determinação de encaminhamento dos autos ao STJ, além daquela determinada pela Vice-Presidente do STJ, Min. Maria Thereza de Assis Moura, no REsp 1.677.414/SP (“encaminhem-se os autos ao órgão julgador para eventual juízo de retratação”).**

Esse é o contexto no qual o STJ deverá decidir se deve ou não prevalecer a decisão de provimento do recurso especial interposto pela E, confirmada no julgamento do agravo interno no REsp 1.677.414/SP. A seguir abordaremos os fundamentos jurídicos que, desde já adiantamos, conduzem, em nosso entendimento, à conclusão de que seria equivocada, por não ter apoio no ordenamento jurídico em vigor, a alteração do que foi anteriormente decidido pelo

STJ e, portanto, que impedem a modificação do julgamento colegiado do REsp 1.677.414/SP.

4. Fundamentos teóricos e dogmáticos para análise das questões propostas

Sabe-se que na versão original dos sistemas jurídicos ditos de *civil law*, o juiz devia necessariamente decidir com base em regras preestabelecidas pelo legislador, compreendidas em sua literalidade, o que correspondia ao princípio da legalidade, na sua interpretação mais rígida.

O legislador (*representante escolhido democraticamente pelo povo*) era visto como o único legitimado para criar regras de conduta social. O direito, portanto, na concepção inicial desse sistema, se resumia ao que constava literalmente na lei, codificada ou não.

Nessa concepção, obviamente, não se cogitava de atividade **efetivamente criativa** do direito pelo juiz, na resolução do caso concreto. Era a mera boca da lei, *la bouche de la loi*,¹² na medida em que somente lhe cabia aplicar a lei, compreendida em sua literalidade, ao caso concreto, não se admitindo, por exemplo, que, por meio da interpretação, reconhecesse direitos que o próprio legislador, na legislação em vigor, não contemplasse expressa e explicitamente.

Entretanto, as transformações sociais ocorridas no último século, além de tornarem mais frequentes e complexos os conflitos de interesses (*e, portanto, aumentarem a litigiosidade social e incentivarem o acesso à Justiça*), também inspiraram modificações nas técnicas legislativas (*de que constitui inegável exemplo a adoção de conceitos vagos e de cláusulas gerais, na redação das disposições de lei, visando a torná-las mais maleáveis e compatíveis com a velocidade das ditas transformações*) E, nesse contexto, o papel do Poder Judiciário foi *redimensionado*: sua atuação passou a ser crucial para compreensão das pautas de conduta a que estavam sujeitas as pessoas, na vida em sociedade, pois já não era mais possível extrair essa resposta exclusivamente do texto seco da lei, entendida em sua literalidade.

12. Expressão que está no cerne da concepção chiovendiana da jurisdição (*que, partindo de uma rígida separação da atividade dos três poderes estatais, afirmava que somente o Legislativo criava o direito, cabendo ao Executivo e ao Judiciário, exclusivamente, sua aplicação*).

Ou seja: as decisões judiciais que, conceitualmente, no *civil law*, originariamente não poderiam criar o direito (*por problema essencial de déficit de legitimidade democrática e invasão dos Poderes, já que essa função é do legislativo e não do Judiciário*), passaram a ter importância inegável em sua construção, vale dizer, deixaram de ser meros instrumentos de que constava a aplicação automática da lei. Por isso, em outra oportunidade, ponderamos que, atualmente, no *civil law*, “o direito vincula o juiz, mas não a letra da lei, exclusivamente. É a lei interpretada, à luz de princípios jurídicos; é a jurisprudência, a doutrina: estes são os elementos do sistema ou do ordenamento jurídico. Deles, deste conjunto, emergem as regras que o jurisdicionado tem que seguir”.¹³

Foi o que também tivemos a oportunidade de ponderar em trabalho sobre o tema: “... os parâmetros nos quais se baseiam as decisões dos juízes atualmente nos sistemas de ‘civil law’ são bem menos seguros e mais flexíveis do que aqueles que havia no período revolucionário (...) Entende-se, atualmente, que a lei vincula, do modo como é vista através dos olhos da doutrina e da jurisprudência predominante. Isto quer dizer que a lei não precisa ser sempre compreendida e obedecida, em seu sentido literal”.¹⁴

A resposta inevitável do sistema para essa nova realidade passou pela criação de técnicas processuais visando a evitar que a liberdade do juiz para interpretar a lei na resolução do caso concreto conduzisse a um cenário caótico,¹⁵ com decisões divergentes para

13. Como refletimos em trabalho sobre o tema (**Precedentes e evolução do direito**. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 26-27).

14. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito – civil law e common law*. In: Revista de Processo, v. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/2009, p. 121-174.

15. Como dissemos, em outra oportunidade: “Se estas válvulas ou poros, a que nos referimos anteriormente dão certa margem de liberdade ao juiz, para que decida de forma mais rente e adaptada aos casos concretos, é imperioso que, uma vez delineada a regra, haja um movimento da jurisprudência no sentido de segui-la. Só assim se preserva a igualdade, criando-se estabilidade e previsibilidade. Assim, por exemplo, se a lei prevê ser nula a cláusula abusiva num contrato de consumo (art. 51, § 2.º, inc. III, CDC), e se qualifica, numa decisão, de abusiva a cláusula que estabelece limite para tempo de internação, num contrato de seguro saúde, deve-se prestigiar a tendência a que esta solução seja adotada por todo o

situações iguais ou muito semelhantes, baseadas na subjetividade de cada juiz ou, mesmo, na prática de arbitrariedades reveladoras de reprovável e indesejável abuso de poder pela máquina estatal.

A flexibilização do modelo da *civil law* trouxe consigo a necessidade de garantir certo grau de **uniformidade** e **estabilidade** da jurisprudência, preocupação essa que tradicionalmente foi associada aos sistemas jurídicos de *common law*. Ou, por outras palavras, a nova dimensão da função do Poder Judiciário, nos sistemas de *civil law*, é resultado da constatação de que o fato de haver lei escrita não garante, por si só, isonomia, previsibilidade e segurança jurídica. Isso está evidenciado por várias alterações da legislação processual nas últimas décadas (*e, portanto, iniciadas muito antes da promulgação do Código de Processo Civil atual*). Referimo-nos, aqui, inicialmente, às mudanças trazidas através das regras dos arts. 557, 544, §§ 3.º e 4.º, 518, § 1.º, 285-A, 543-B e 543-C do CPC/73, inseridos ou alterados por leis de reforma desse diploma (*antes que viesse a ser revogado pelo CPC/15*). E também se verificou idêntica tendência nas normas trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004, relativas à súmula vinculante.

Por meio dessas normas, foi reforçada a necessidade de critérios para uniformização e estabilização da jurisprudência, com o claro objetivo de prestigiar os princípios da igualdade e da segurança jurídica, na prestação de tutela jurisdicional. Além disso, as novas técnicas também nasceram da consciência da necessidade de racionalização do trabalho dos órgãos jurisdicionais e, assim, de previsão de meios para que o Poder Judiciário pudesse (*e ainda possa, já que a preocupação continua existindo!*) lidar melhor com a crescente carga de trabalho, em sociedade marcada por elevado grau de litigiosidade e pela grande incidência de litígios em massa (*que implicam cotidianamente o ajuizamento de volume extraordinário de demandas idênticas*).

Foi se solidificando, nesse contexto, no sistema brasileiro, uma cultura de precedentes judiciais,¹⁶ contemplada no Código de Pro-

Judiciário. Só assim, poderá consistir em nova pauta de conduta para as seguradoras” (Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito – civil law e common law, cit.).

16. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI alude à existência, no Brasil, de um modelo peculiar de precedentes judiciais, composto pelas seguintes

cesso Civil de 2015, que não apenas incorporou muitas das mudanças operadas sob a égide do diploma anterior, como também contemplou, em suas normas, técnicas atualmente adotadas para garantir um grau maior de flexibilidade em sistemas de *common law*.

A adoção da primeira técnica (*superação*), que não é a que deve ser utilizada no caso concreto, justifica-se pela necessidade de mudança do que foi decidido em momento anterior, isto é, da “regra” criada no julgamento de caso anterior. Essa alteração pode ser necessária em duas circunstâncias: **(a)** quando se percebe, em algum momento posterior à fixação da orientação, que, desde o início, ela estava errada, isto é, não refletia o padrão de conduta exigível para a situação disciplinada – portanto, quando adota essa técnica, o órgão julgador se posicionará, expressa ou implicitamente, no sentido de que a regra anterior **sempre** esteve “errada”, isto é, desde o momento de sua “criação”; ou, **(b)** quando, em reflexões posteriores à criação da “regra”, chega-se à conclusão de que, lá atrás, ela até poderia ser considerada correta, mas, no momento atual, já não serve mais para disciplinar casos concretos semelhantes – assim, ao adotar essa técnica, o órgão julgador estará se posicionando no sentido de que a regra, antes “correta”, com o tempo se tornou “errada”.¹⁷

Em ambas as hipóteses – e, portanto, quando é adotada concretamente a técnica da “superação”, a pauta de conduta criada pelo precedente anterior é afastada, deixa de existir, sendo substituída por outra, na medida em que o órgão julgador, apreciando caso concreto atual, afasta o precedente até então existente, criando uma nova pauta de conduta (= padrão decisório) para outros casos futuros.

categorias: “(a) precedentes com eficácia meramente persuasiva; (b) precedentes com relativa eficácia vinculante; e, (c) precedentes com eficácia vinculante” (**Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 111-112).

17. Para PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO, são também duas as razões para superação (ou revogação) de um precedente: “sua incongruência social e sua inconsistência sistêmica”, sendo que, na primeira hipótese, há incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais (isto é, um *desencontro* entre as decisões judiciais e as expectativas do cidadão), ao passo que, na segunda, se verifica a incompatibilidade da decisão com as diversas regras que compõem o ordenamento jurídico (**Precedentes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 237 e seguintes).

A adoção da segunda técnica – da *distinção* – deve ser empregada quando o órgão julgador, analisando determinado caso concreto, **identifica um (ou mais) traço(s) relevante(s) que não existe(m) no caso anterior (precedente) diante da qual conclui ser inadequado resolver aquele caso da mesma forma.** Parte-se, portanto, da premissa de que havia um precedente, em tese, aplicável àquele caso concreto atual, mas é necessário adotar outro parâmetro para decisão, em virtude de, repita-se, um traço relevante, que impede a adoção da “regra” anterior.

Precisamente por isso, ao adotar a técnica, o órgão julgador faz referência ao precedente anterior e até admite que, em tese, poderia ser aplicado ao caso concreto naquele momento examinado, desde que não houvesse *peculiaridade relevante* naquela situação específica, não considerada no julgamento do(s) caso(s) anterior(es), em que foi criado o precedente. Assim, declara sua inaplicabilidade e decide o caso atual com base em “regra nova”, que entende mais adequada para resolvê-lo do que a “regra” anterior.

Diferentemente do que se dá com a utilização da técnica da superação, aqui a “regra” do precedente anterior não é considerada “errada” e nem deixa de existir. Conclui o órgão julgador, tão somente, que ela é *inadequada* para disciplinar aquela situação específica e, assim, é necessária *adaptação, reformulação, de modo que atenda à peculiaridade de determinados casos concretos, que não haviam sido considerados por qualquer razão quando da formação do precedente.*

Dissemos, há pouco, que as técnicas da superação (*overruling*) e da distinção (*distinguishing*) geravam flexibilidade nos sistemas de *common law*. Tendo analisado a partir das noções acima,¹⁸ os requisitos de que se vale o órgão julgador para adotá-las – e as consequências que resultam de sua adoção –, é relevante tecer algumas considerações quanto à “estrutura” do precedente.

A identificação dos *elementos* que compõem a estrutura do precedente é obviamente relevante. Sem ela, não é possível determinar o âmbito em que a “regra” de julgamento poderá ser aplicada e, assim, os casos concretos que ficarão vinculados ao precedente (*a fim de garantir sua autoridade e reafirmar os objetivos que inspiram*

18. Com a brevidade e a objetividade que nos parecem indispensáveis em qualquer reflexão, nos dias de hoje.

uma cultura de obediência aos precedentes).¹⁹ Na verdade, distinguem-se os elementos que integram a decisão nos leva a saber exatamente qual é a **regra**, o **core**, a **holding**: o **núcleo** vinculativo do precedente.

O primeiro elemento – *ratio decidendi* – consiste na parte efetivamente vinculante da decisão, à regra (= *rule*), ao núcleo do precedente. Trata-se da proposição jurídica, explícita ou implícita, que o órgão julgador considerou necessária para proferir a decisão.

Com a *ratio decidendi*, convivem os *obiter dicta* ou *gratis dicta*, expressões latinas que remetem, literalmente, para tudo o que é dito inutilmente²⁰ na decisão, tendo peso meramente persuasivo e, portanto, não integrando a *ratio decidendi*. *Obiter dicta*, é o que é dito “para morrer”.

A simplicidade dessa estrutura é só aparente.

Com alguma frequência, o processo de identificação e de interpretação da *ratio decidendi* é complexo. E isso também resulta da impossibilidade de afirmar, com absoluta segurança, se alguns fatos, considerados na decisão judicial, fazem parte da *ratio decidendi*, eram relevantes apenas para a decisão do caso concreto em que foi formado o precedente ou foram referidos meramente como *obiter dicta*.

A dúvida se insere, inquestionavelmente, em contexto no qual se atrela tradicionalmente o conceito de precedente ao pronunciamento do juiz sobre o **direito**, a tornar prescindível, na visão de muitos ainda, a análise dos fatos considerados na formação do precedente. Contudo, como há muito temos sustentado, a **resolução das questões de direito se dá através de processo subsuntivo para**

19. Como já ponderamos, “a vinculatividade dos precedentes é justificada pela necessidade de igualdade e a igualdade é atingida através da seleção de aspectos do caso que deve ser julgado, que devem ser considerados relevantes, para que esse caso seja considerado semelhante a outro, e decidido da mesma forma” (*Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito – civil law e common law*, cit.).

20. Daí porque DANIEL MITIDIERO, com acerto, conclui: “*obiter dictum*’ é aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução” (*Direito jurisprudencial*, Revista de Processo, v. 245. São Paulo, jul./15).

o qual tem igual relevância a análise dos fatos (*relevantes*) e a interpretação da norma jurídica que deve incidir concretamente.

Portanto, os fatos essenciais para prolação da decisão devem ser considerados parte da *ratio decidendi*. E, assim, a divergência entre os fatos (*aqueles considerados para formação do precedente e aqueles com os quais se depara o órgão julgador em casos concretos posteriores*) pode e deve repercutir sobre a vinculatividade do precedente, justificando a adoção da técnica da distinção, já mencionada.

Não é demais ressaltar que, nos sistemas de *common law*, nos quais existe a cultura de respeito aos precedentes em sua dimensão máxima, a vinculação do juiz ao que foi decidido tem por objetivo garantir a *uniformity*, a *stability*, a *consistency* e a *predictability*.²¹ Inspirado por tais objetivos, o juiz, no *common law*, mesmo não concordando intimamente com a regra constante do precedente, *tende a decidir de acordo com ele*. Obedece ao precedente para preservar a igualdade, isto é, para evitar decisões divergentes em casos idênticos (*à luz dos elementos de identificação considerados relevantes pelo sistema*) e, assim, ameaça a previsibilidade ínsita à ideia de segurança jurídica.²²

Obviamente, se os casos não podem ser considerados idênticos, porque há, entre eles, divergência **relevante** (*inclusive com relação aos fatos*) que crie dúvida quanto à aplicabilidade do precedente a determinado caso concreto, não se pode esperar do órgão julgador – ou a ele impor – postura acrítica, de automática aplicação

21. Como já dissemos, “*estabilidade, uniformidade e solidez são condições para a existência de previsibilidade. Neste panorama a igualdade acaba naturalmente sendo respeitada. E a igualdade é um dos principais fundamentos do sistema de precedentes vinculantes*”. (*Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito – civil law e common law*, cit.).

22. Nesse sentido, a advertência absolutamente correta de FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER: “*Há que se ter sempre o cuidado de não se utilizar os precedentes de forma irrefletida, isto é, sem que se faça a comparação dos fatos do caso concreto com a situação fática que compõe a ‘ratio decidendi’*. Viola a igualdade o comportamento do tribunal que aplica um precedente a uma situação substancialmente diversa daquela que gerou a ‘ratio decidendi’” (**O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a ‘ratio decidendi’ sem rediscuti-la**. In: Revista de Processo, v. 258. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago./2016, p. 341-356).

da regra anterior. Não haveria, nessa solução, preservação da igualdade (*que está na base do sistema de precedentes vinculantes*), mas, ao contrário, de **sacrifício desse princípio**, com o sentido que, há muito, lhe é atribuído (*dar aos iguais tratamento isonômico e, aos diferentes, tratamento não isonômico*). E mais do que isso: a aplicação automática e acrítica dos precedentes impediria o processo de amadurecimento do direito criado através da jurisprudência.²³

Tudo leva, enfim, à conclusão de o órgão julgador, em qualquer instância, considerar decidir o caso concreto com base em precedente, *tem o dever de analisar a efetiva coincidência dos elementos que são relevantes para adoção da mesma solução jurídica*. Por outras palavras, cabe-lhe verificar a identidade dos elementos relevantes para adoção do precedente e demonstrar que assim procedeu, obviamente, na fundamentação da decisão que proferirá. Precisamente por isso, o art. 489 do CPC/15 qualifica como não motivada a decisão judicial (*de qualquer natureza*) que “*se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos*” (§ 1º, inciso V).

Por sua vez, o § 5º do art. 966, com a redação que lhe foi dada pela Lei 13.256/2016, autoriza o ajuizamento de ação rescisória “*contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado*

23. Da questão, já trataram, com bastante clareza, DIERLE NUNES e ANDRÉ FREDERICO HORTA, ao ressaltarem: “... *jamais o precedente será anunciado de forma completa e única. É a partir das distinções, das ampliações e das reduções que os precedentes são dinamicamente refinados pelo Judiciário (sempre a partir das contribuições de todos os sujeitos processuais), à luz de novas situações e contextos, a fim de se delimitar a abrangência da norma extraída do precedente. Se, de um lado, é verdade que o precedente originário estabelece o primeiro material jurisprudencial (não se ignora o texto legal e a doutrina) sobre o qual se debruçarão os intérpretes dos casos subsequentes, com o passar do tempo, uma linha de precedentes se formará a partir daquele primeiro precedente, confirmando-o, especificando-o e conferindo-lhe estabilidade, e a técnica da distinção (distinguishing) desempenha uma importante função nesse processo de maturação do direito jurisprudencial*” (Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de (org.). **Precedentes jurisprudenciais no NCPC**. Salvador: JusPodivm, 2015).

a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”. E, no § 6º, estabelecendo o ônus, para o autor da rescisória, de “demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica”, o legislador afastou qualquer dúvida que se pudesse ter quanto à possibilidade de se adotar a técnica da distinção, em situações nas quais haja divergência significativa quanto aos fatos considerados (no precedente e no caso concreto posteriormente submetido à apreciação do Poder Judiciário).

A vinculação dos casos concretos às súmulas criadas pelos tribunais também está bem evidenciada na regra do art. 926, § 2º, do CPC/15, que assim prevê: *“Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.*

O quadro que se delineia, a partir dessas reflexões, é bastante simples e claro: em qualquer grau de jurisdição, ordinária ou extraordinária, a decisão de um caso concreto com base em precedente anterior supõe a efetiva semelhança de traços relevantes, que torne imperiosa a adoção da mesma orientação em ambas as situações consideradas. Caso o órgão julgador constate diferenças entre os casos, que impeçam a adoção da mesma solução jurídica, **tem o poder-dever de afastar a aplicação do precedente**, mediante adoção da técnica da *distinção*, expressamente prevista na legislação processual em vigor, sob pena de proferir decisão sujeita a impugnação através dos meios cabíveis (*entre os quais, como se viu, a ação rescisória, após o trânsito em julgado*).

Tecidas tais considerações, analisaremos, em seguida, se é ou não apropriada a adoção da técnica da distinção na situação concreta que nos foi relatada pela Consulente, à luz das peculiaridades ali existentes e dos aspectos considerados pelo STF no julgamento do paradigma (*RE 581.947*).

5. Respostas às questões formuladas

Analisados todos os elementos que extraímos das cópias dos autos que nos foram fornecidas pela Consulente, e alicerçados nos elementos jurídicos examinados nos itens precedentes, aos quais nos reportamos, manifestamos nossa opinião em relação às questões formuladas:

1) Há identidade do contexto fático e jurídico subjacente às decisões proferidas pelo STJ e pelo STF e das questões jurídicas tratadas por esses tribunais (REsp 1677414/SP e no RE 581.947)?

Não. No primeiro caso (REsp 1677414/SP), está em discussão o pagamento de retribuição financeira, pela C, pelo **uso²⁴ de faixas de domínio em rodovias**, sob administração da E, em decorrência de **contrato de concessão de rodovia**, no qual há **previsão expressa para cobrança de receitas alternativas** (como *contraprestação dos serviços prestados em decorrência da concessão*). Nesse contexto, não existe a perspectiva de o valor controverso (*isto é, aquele que a E entende devido e a C não deseja pagar, sob o fundamento de que isso onera o serviço público de fornecimento de energia elétrica, também objeto de contrato de concessão*) reverter em favor dos cofres públicos.

Já no RE 581947, o STF apreciou a possibilidade de um **município** cobrar **tributo** (sob a modalidade da 'taxa'), em decorrência do **uso de bem de domínio público** para instalação de infraestrutura necessária à prestação de serviço público essencial. Ou seja, discutia-se, nesse caso concreto, se o **ente da administração pública direta** tinha o poder de **tributar empresa concessionária de serviço público essencial**, com base, unicamente, **no uso de bem público para sua infraestrutura**.

Rigorosamente, portanto, no julgamento em questão, a **Suprema Corte não analisou, de forma ampla e irrestrita**, se era **possível** a cobrança de valores, **a qualquer título**, pelo uso de bem público por uma concessionária de serviço público, visando à instalação de infraestrutura necessária à prestação de tal serviço, em favor da coletividade. A fundamentação do v. Acórdão proferido, há quase 10 (dez) anos, revela que, nesse julgamento, o STF debruçou-se apenas sobre a viabilidade de tal cobrança ser realizada PELO MUNICÍPIO mediante instituição de um TRIBUTO ESPECÍFICO.

Aqui é importante destacar que o relator, Min. Eros Grau, pode ter avançado sobre a discussão de aspectos mais amplos do que aqueles que realmente importavam para o caso concreto (*de cujas peculiaridades não poderia se dissociar o julgamento, porque ao STF não é dado estabelecer regras abstratas e, portanto, alheias ao que se*

24. Especificamente, a realização de obra de travessia aérea sobre a rodovia SP-55, visando à construção de uma linha de transmissão de energia elétrica na altura do Km 399+783,60m.

discute concretamente no conflito submetido à sua apreciação). Nesse contexto, a boa técnica recomenda considerar como *obiter dicta* tudo o que constou no voto do relator e extrapola o objeto da discussão, o objeto **possível, à luz dos limites do caso concreto e do que foi alegado e pedido no recurso extraordinário então apreciado**.

Aparentemente atentos para essa circunstância, os demais julgadores, embora tenham acompanhado o voto do relator (*e, portanto, a conclusão quanto à inconstitucionalidade da cobrança da taxa pelo Município*), tiveram o cuidado de fundamentar o posicionamento adotado em conceitos elementares de **direito tributário**. Isto é: deixaram claro, de um modo ou de outro, que não admitiram a cobrança de taxa, naquele caso, por entender que não estavam caracterizados os requisitos constitucionais para instituição daquele tributo, mas não excluíram peremptoriamente a cobrança de valores a outros títulos, pelo uso do bem público.

Em que pese estar tudo isso muito claro na fundamentação do v. Acórdão, logo após o julgamento, muitos passaram a afirmar que, para o STF, já não seria cabível a cobrança de qualquer valor pelo uso de bens públicos. Essa interpretação²⁵ parte de equívoco conceitual, a nosso ver, inaceitável – a confusão entre a *ratio* do precedente e

25. Comprovada por manifestação que a T, como *amicus curiae*, apresentou nos autos do RE 581947, alegando (*segundo constou no relatório do v. Acórdão dos embargos de declaração proferido pelo STF*): “i) que o acórdão embargado é firme no sentido de que é inconstitucional toda e qualquer cobrança de valores decorrentes da utilização de bens públicos essenciais à prestação de serviços públicos, pouco importando se a exação foi instituída na forma de taxa ou de preço público, bem como o tipo de serviço público prestado (se de fornecimento de energia elétrica, de saneamento básico e de telecomunicações etc.); ii) que o acórdão embargado possui fundamentação compatível com a sua conclusão, tendo reconhecido que não há fundamento para a cobrança pela utilização dos bens públicos necessários para a prestação do serviço público, porquanto a instalação de dos equipamentos não acarreta a sua inutilização; iii) que o acórdão embargado fixou o entendimento de que a instituição de cobrança pelo município invadiria a competência legislativa da União; iv) que não há razão para se estabelecer qualquer diferença entre taxa e preço público, porquanto o que se pretendeu nesta repercussão geral foi a análise de tema mais amplo, qual seja a constitucionalidade/inconstitucionalidade da cobrança de retribuição pecuniária, e v) que o STF e o STJ já vem reconhecendo, com amparo no que decidido por esta Corte, que a vedação de cobrança pelo uso de espaços públicos não se restringe à taxa”.

as questões tratadas como *obter dicta*. Somente a partir dela, seria possível afirmar que, no precedente, o STF teria ido além de reputar inconstitucional a cobrança de taxa (= *espécie de tributo*) pelo uso de tais bens, proibindo, na verdade, a cobrança de valores sob qualquer fundamento (*inclusive o pagamento preço público*).

Consciente do impacto expressivo dessa afirmação e do equívoco que ela revelava, à luz de adequada análise da tramitação do RE 581947, o Município de Ji-Paraná, que havia promulgado a lei prevendo a cobrança de taxa, declarada inconstitucional pelo STF, no julgamento colegiado do RE 581947, opôs embargos de declaração,²⁶ em que pediu posicionamento expresso do STF quanto ao tema. Agiu com o claro intuito de evitar que a interpretação dissociada do efetivo objeto do julgamento pudesse causar danos expressivos em momento futuro.

Reconhecendo ser razoável essa preocupação, o STF acolheu os embargos opostos pelo Município de Ji-Paraná, reconhecendo que **não era cabível a ampliação** defendida por alguns, visando a se poder afirmar que o julgamento em questão impediria a cobrança de quaisquer valores, sob qualquer fundamento, pelo uso de bens públicos.

26. Segundo constou no relatório do v. Acórdão proferido em seu julgamento, sob a relatoria do Min. Luiz Fux, o Município de Ji-Paraná alegou, nos embargos: “i) que a discussão travada nos autos se referia à possibilidade de cobrança de taxa (*espécie de tributo*) pelo município de Ji-Paraná sobre o uso do solo, subsolo e espaço aéreo pela CERON – Centrais Elétricas de Rondônia S/A. Jamais teria sido abordado o tema da possibilidade de cobrança de tarifa ou preço público em razão do uso de bem municipal por concessionárias de energia elétrica, e nem mesmo a respeito da instituição de servidões administrativas em bens municipais; ii) a necessidade de que a decisão proferida nestes autos fique limitada ao tema da repercussão geral, qual seja, segundo sua ótica, a inconstitucionalidade da incidência da taxa em razão do simples uso ou ocupação de bens públicos por equipamentos afetados aos serviços públicos essenciais prestados por empresa estatal concessionária de energia elétrica. Assim, segundo o Embargante, a matéria debatida nestes autos restringir-se-ia à questão tributária alusiva à cobrança de taxa pelo uso de bem público, e iii) a necessidade da definição do precedente (*holding*), porquanto o tema do preço público não teria sido enfrentado sequer em sede de ‘*obter dictum*’, e já existiriam advogados sustentando, indevida e apressadamente, que, em razão do que restou decidido, não haveria mais qualquer tipo de cobrança pela ocupação de bens públicos”.

Para chegar a essa conclusão, a Suprema Corte, em primeiro lugar, identificou qual foi efetivamente o objeto dos debates, naquele julgamento concluído em 2010. Quanto a isso se posicionou, no trecho da decisão dos embargos, em que constou: *“a leitura detida das manifestações de vários dos ilustres ministros que participaram da votação do acórdão recorrido revela que o tema analisado ficara adstrito à análise da constitucionalidade da cobrança de taxa para a retribuição pelo uso do espaço público por concessionárias fornecedoras do serviço público de energia elétrica”*. **Ou seja, valendo-se de visão retrospectiva, o STF concluiu que não se poderia extrair, do julgamento do RE 581947, as conseqüências pretendidas, porque, repita-se, não houve discussão em torno da cobrança de valores pelo uso de bens públicos, com base em fundamentos diversos.**

Mas também chegou àquela conclusão (= impossibilidade de ampliação do objeto da controvérsia apreciado no RE 581947), a partir de análise prospectiva e, portanto, levando em conta a perspectiva de prejuízo aos princípios que são desdobramento da garantia do processo justo. A esse respeito, manifestou-se o STF, no trecho, da decisão dos embargos de declaração no RE 581947, em que constou:

“A ampliação do objeto da controvérsia dos autos no resultado do julgamento é algo indesejável, mormente porquanto este processo está sob o regime da repercussão geral, o que poderia ofender o devido processo legal, e, em particular, a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa. Vamos supor que, a despeito de o tema controvertido dizer respeito à taxa cobrada de fornecedoras de energia elétrica, esta Corte concluisse, ao final do julgamento, que nenhum tipo de retribuição poderia ser exigida pelos municípios (taxa, tarifa, indenização etc.) de toda e qualquer concessionária prestadora de serviço público pelo uso de áreas públicas. O município recorrente, e também os ‘amici curiae’, não tiveram a oportunidade de expor argumentos e de se manifestar nestes autos contra os demais tipos de cobranças e, nem mesmo, contra a ampliação da proibição da exação em relação a outras concessionárias além das prestadoras de serviços públicos de fornecimento de energia elétrica, tendo em vista que a matéria controvertida se cingia, exclusivamente, à cobrança de uma taxa prevista em lei do município de Ji-Paraná”.

O raciocínio desenvolvido pela Suprema Corte, no trecho supracitado, é irretocável. Não se pode interpretar extensivamente a orientação fixada em um julgamento, por critério de conveniência

das pessoas afetadas, porque lhes é benéfica a adoção daquela orientação para além dos limites do caso concreto em que foi fixada. A legitimidade das decisões judiciais, no Estado de Direito, está intrinsecamente ligada à realização de processo que é justo em si mesmo e, para isso, é fundamental a observância do contraditório, aliás, hoje em dia, em sua máxima dimensão.

Não é minimamente razoável, anos depois da formação do precedente, sustentar que ele se presta a disciplinar as situações não consideradas pelo órgão julgador e, mais do que isso, afirmar peremptoriamente que a apreciação dessas situações estaria vinculada à existência de um precedente anterior.

Ora, as peculiaridades das situações, já se disse, podem impedir – e com alguma frequência impedem – que sejam qualificadas como idênticas – e, por conseguinte, também afastam a adoção da mesma solução jurídica.

Por esse prisma, parece-nos absolutamente acertada a conclusão a que chegou o STF, no julgamento dos embargos de declaração no RE 581947, e que constou na parte dispositiva do v. Acórdão proferido: “o ‘*decisum*’ neste recurso extraordinário em sede de repercussão geral teve o condão de reconhecer a **inconstitucionalidade da cobrança de taxa, espécie de tributo, pelo uso, por concessionárias de fornecimento de energia elétrica, de espaços públicos dos municípios para a instalação de seus equipamentos necessários para a prestação do aludido serviço público**”. (g.n.)

A *ratio* do precedente foi primorosamente descrita pelo próprio STF, ao julgar os embargos de declaração. O precedente criado com o julgamento do RE 581947 impede a cobrança de taxa, por ente da administração pública direta, pelo uso de bem público por concessionária de fornecimento de energia elétrica, uso esse voltado à instalação de equipamentos necessários à prestação desse serviço de utilidade pública. Dito de outro modo: à luz do precedente, as concessionárias de fornecimento de energia elétrica não estão obrigadas a pagar TAXA, pelo uso de espaços públicos municipais visando à instalação de equipamentos necessários ao fornecimento de energia.

Não há identidade entre essa situação e aquela que o STJ voltará a analisar, em sede de juízo de retratação, no REsp 1677414/SP. Nesse caso concreto, não está em discussão a cobrança de taxa por ente da Administração Pública direta, em decorrência do uso de espaço público para instalação de equipamentos.

Constatamos, no contexto amplamente delineado, diferenças que entendemos suficientes para amparar essa conclusão, com relação: **a) ao fundamento da cobrança** (no REsp 1677414/SP, é a autorização dada à E, para obtenção de receita alternativa, em contrato de concessão de rodovias, visando a garantir contraprestação financeira pelo serviço público prestado; no RE 581947, foi a cobrança de taxa, modalidade tributária, pelo uso de espaço público); e, **b) aos credores dos valores eventualmente pagos pela concessionária de fornecimento de energia elétrica** (no REsp 1677414/SP, a concessionária de rodovias, sob a gestão da qual está faixa de domínio público, que atua para satisfação de interesse público, mas tem por objetivo legítimo a obtenção de lucro em suas atividades; no RE 581947, é ente público, que atua com o único objetivo de melhor tutelar o interesse público).

Na tramitação do REsp 1677414/SP, foram criteriosamente analisadas várias outras peculiaridades relevantes. Parte delas concerne à **natureza privada** de ambas as **entidades participantes da relação obrigacional** – a concessionária de rodovias (E) e a concessionária de fornecimento de energia elétrica (C), na condição, respectivamente, de credora dos valores decorrentes do uso das faixas dominiais e de devedora desses valores. De fato, embora ambas atuem em colaboração com o Poder Público, buscam, através de suas atividades, a obtenção de lucros. Pragmaticamente, isso significa que, privando a E da receita alternativa resultante do uso das faixas dominiais, o Poder Judiciário não estará automaticamente beneficiando os usuários do fornecimento de energia elétrica, mas garantindo à C uma margem de lucro maior e injustificada. Porque não há, na legislação constitucional ou infraconstitucional, qualquer justificativa que autorize a redução do custo das concessionárias de energia elétrica, em detrimento da saúde financeira das concessionárias de rodovias. A afirmação em sentido contrário que foi feita pela C se baseia em disposições de lei que estão obsoletas à luz de reiteradas manifestações das agências reguladoras e do próprio Tribunal de Contas da União, que ressaltam a necessidade de rever esse prestígio indevido a determinadas concessionárias de serviços públicos, em detrimento de outras.

Necessidade inexistente de que nos aprofundemos na discussão desses pontos, porque, para resposta à consulta que nos foi formulada, sob a perspectiva do processo civil moderno, nos parece que os aspectos inicialmente tratados (*a que título a cobrança será feita*

e quem é credor do valor pago pela concessionária de fornecimento de energia elétrica pelo uso das faixas de domínio de rodovias) são suficientes para evidenciar a diferença entre os casos – e justificar a adoção da técnica da distinção.

Ressalte-se que o próprio STF, em decisão na qual foi instado a se manifestar sobre os limites do v. Acórdão proferido no RE 581947, expressamente reconheceu que não se poderia ampliar a solução dada para uma hipótese especificamente considerada, de modo a sujeitar a ela outras situações com peculiaridades que não foram consideradas na formação do precedente e que não se submeteram a contraditório prévio.

A decisão dos embargos de declaração opostos no RE 581947 é muito clara. Não dá margem a interpretação diferente, com base em fundamentos minimamente razoáveis e racionais. Evidentemente, a insistência quanto à necessidade de ampliar atende a razões de conveniência das entidades/instituições que podem se beneficiar de interpretação ampliativa.

É relevantíssimo que seja claro o desenho do precedente (= da *holding*) feito pelo **próprio órgão** que **o criou**. Se o STF diz que **não analisou outra questão além da constitucionalidade da cobrança de taxa pelo município**, se afirma que a discussão em relação a **outras formas de remuneração** pelo uso **não passou pelo crivo do contraditório, não pode haver quanto à inaplicabilidade do precedente em questão a situação tratada no REsp 1677414/SP.**

2) A decisão monocrática proferida pelo Min. Edson Fachin, ao determinar a remessa do recurso extraordinário contra a decisão proferida pelo STJ, no REsp 1.677.414/SP, para “adequação ao disposto no art. 1.036”, impede que o STJ, realizando o juízo de retratação, analise se há identidade entre as situações fáticas subjacentes a ambos os casos e as questões jurídicas implicadas em ambos os casos?

Não.

Como já mencionamos, no recurso extraordinário interposto pela C, foi proferida decisão monocrática pelo Min. Edson Fachin, remetendo o processo ao STJ e aludindo à realização de juízo de retratação pelo STJ, sob a premissa de que, à *ratio* do precedente criado com o julgamento do RE 581947, **sujeitar-se-ia**, eventualmente, a situação delineada no REsp 1677414/SP.

No entanto, é evidente que tal decisão não vincula o STJ. Determinado o retorno dos autos do recurso mencionado ao STJ, caberá ao órgão prolator da decisão colegiada impugnada no recurso extraordinário **verificar a possibilidade de sujeição do caso concreto ao que foi decidido no RE 581947**, e, portanto, avaliar se seria (ou não) o caso de se retratar.

E, de acordo com o art. 1.041 do CPC/15, “*mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior [...]*”, com isso deixando claro que, não realizado o juízo de retratação, é cabível o processamento do recurso interposto contra aquela decisão.

Tal solução, se adotada no caso concreto ora examinado, não permitirá a alteração do que foi decidido pelo STJ (*e venha a ser confirmado, nessa nova fase da tramitação processual*). O recurso extraordinário interposto pela C é manifestamente inadmissível. Não há, na fundamentação, um só parágrafo que minimamente evidencie quais normas constitucionais teriam sido violadas em decorrência do posicionamento adotado pelo STJ quanto ao mérito do caso concreto. Obviamente, quando a parte entende que existe um precedente desconsiderado no julgamento realizado pelo órgão *a quo*, não lhe cabe apenas afirmar que o precedente foi desrespeitado, mas demonstrar a ofensa às normas que justificam a interposição do recurso de estrito direito. Talvez, no caso concreto em análise, a C tenha se omitido com relação a esse ônus de fundamentação do recurso extraordinário, pela percepção de que não haveria como demonstrar ofensa às normas constitucionais interpretadas pelo STF, no julgamento do RE 581947. Mas esse elemento subjetivo é irrelevante, para que se possa textualmente afirmar a inépcia da petição recursal. E, portanto, a pouca probabilidade de alteração do que foi decidido pelo STJ no REsp 1677414/SP.

3) Caso, realizando o juízo de retratação em questão, o STJ venha a concluir que não há identidade entre o contexto fático subjacente às decisões citadas, nem entre as teses jurídicas adotadas poderá afastar, no caso concreto (isto é, naquele em que foi interposto o REsp 1.677.414/SP), a orientação firmada pelo STF na análise do Tema 261?

Sim.

A “lógica” do novo sistema de precedentes (que não é propriamente novo, mas, no CPC de 2015 foi abertamente assumido pelo

legislador) impõe a todos os órgãos julgadores, monocráticos e colegiados, em qualquer grau de jurisdição, o dever de analisar as circunstâncias de cada caso concreto, para verificar se o precedente deve ou não ser aplicado.

De fato, o § 1º do art. 489 do CPC/15 textualmente afirma que *“não se considera fundamentada **qualquer decisão judicial**, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”*.

O dispositivo em questão autoriza (*se não impõe!*) a adoção da técnica da distinção por qualquer órgão judicial, colegiado ou monocrático, quando verificar, a partir dessa análise, a inviabilidade de aplicar o precedente a um determinado caso concreto.

Não vemos, portanto, óbice algum a que o STJ, constatando as peculiaridades a que nos referimos na resposta à questão 1, se recuse a adotar, no caso concreto já mencionado (*REsp 1677414/SP*), a orientação fixada no julgamento do RE 581947 pelo STF.

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Curitiba, 08 de maio de 2019.

TERESA ARRUDA ALVIM

15

CONEXÃO – RACIONALIDADE DO JULGAMENTO CONJUNTO – PEDIDO “GENÉRICO” E “PREVENTIVO” – MESMAS PATENTES

PARECER

I. Situação jurídica existente e consulta

Consulta-nos **X**, por meio do seu ilustre advogado Dr. Marcelo Mazzola, sobre a (des)necessidade de reunião, para julgamento em conjunto, das ações em que litiga com **Y**, principalmente, ante a decisão do juízo de determinada Vara Judicial do Foro de Cajamar/SP, que reconheceu a existência de conexão e declinou da competência para o juízo de determinada Vara Empresarial da Capital do Rio de Janeiro.

I.1. Primeira Ação

Trata-se de *ação condenatória* em que a **Y** afirma que a **X** violou direitos decorrentes das patentes de invenção PI9810376-8 (“**P1**”), PI9814565-7 (“**P2**”) e PI9809830-6 (“**P3**”) (em conjunto, “**Patentes**”). A violação à propriedade intelectual teria ocorrido em razão do lançamento, pela **X**, dos aparelhos celulares das séries “A”, “Pixi”, “Idol”, “Pop” e “U”, os quais, de acordo com a **Y**, utilizariam a mesma tecnologia por ela registrada.

Por esses fundamentos, pediu a condenação da **X** a:

- i) abster-se de violar direitos de propriedade industrial, “*consubstanciada na comercialização dos aparelhos das séries ‘A’, ‘Pixi’, ‘Idol’, ‘Pop’ e ‘U’; bem como de qualquer outro produto que faça uso das*

invenções reivindicadas pelas patentes PI9809830-6, PI9810376-8 e PI9814565-7 da Y, incluindo sua fabricação, uso, oferecimento à venda (incluindo qualquer tipo de propaganda), venda e importação sem a devida autorização da Demandante”;

ii) pagar indenização por danos materiais e morais; e

iii) pagar as custas e honorários advocatícios.

Além disso, pediu tutela provisória de urgência, medida que foi deferida, por maioria, pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,¹ para determinar, nos termos do pedido inicial, que a “*agravada que, em 24 horas, cesse imediatamente a comercialização dos aparelhos das séries “A”, “Pixi”, “Idol”, “Pop” e “U”, bem como de qualquer outro produto que faça uso das invenções reivindicadas pelas patentes PI9809830-6, PI9810376-8 e PI9814565-7 da autora, isso implicando o recolhimento, em três dias, desses produtos nas suas revendedoras*”.

Por outro lado, em primeiro grau, o feito está em fase instrutória e aguarda decisão sobre o pedido de suspensão por prejudicialidade externa (art. 313, V, “a”, do CPC)², uma vez que tramita, na Justiça Federal, demanda declaratória de nulidade dessas mesmas **Patentes (infra 3)**.

I.2. Segunda Ação

Trata-se de *ação declaratória negativa*, proposta pela **X** em face da **Y**, visando à declaração de que a produção, o uso e a comercialização dos novos aparelhos celulares modelos T75186D, L95159J, C95199I, C55152D, Alcatel 1066G/1066D, Alcatel 1 5033A/5033J e Alcatel 3C 5026J não infringem direitos protegidos pelas **Patentes (pelas mesmas patentes de que trata a primeira ação)**.

-
1. A medida foi indeferida pelo juízo de primeiro grau, sob o fundamento de que “*a questão é basicamente técnica e a medida bastante drástica. Afinal não basta ter certeza da propriedade das patentes, é necessário ser provável que tal tecnologia esteja sendo utilizada pela parte ré de forma irregular.*”, fl. 674.
 2. Art. 313. *Suspende-se o processo: (...) V – quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;*

Foram formulados, num primeiro momento, os seguintes pedidos:

“a) julgar integralmente PROCEDENTE a presente demanda, declarando que a produção, o uso, a comercialização dos novos aparelhos celulares ‘T75186D, L95159J, C95199I e C55152D’ da X não infringe os direitos patentários da Y, oriundos das patentes de invenção nº PI9810376-8, PI9814565-7 e PI9809830-6, intituladas ‘RECEPTOR DE COMUNICAÇÃO DE BANDA MÚLTIPLA, E, PROCESSO PARA RECEBER UM SINAL DE COMUNICAÇÃO’; ‘RADIOTELEFONE, E, PROCESSO PARA PROVAR UMA ENTRADA DE USUÁRIO EM UM RADIOTELEFONE,’ e ‘RADIOTELEFONE QUE PODE SELETIVAMENTE OPERAR COMO UM RADIOTELEFONE CONVENCIONAL OU COMO UM TELEFONE IP APERFEIÇOADO, E, PROCESSO PARA CONDUZIR’; e

b) condenar a Ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, a serem arbitrados por V.Exa., na forma do artigo 85, § 2º, do CPC.”

Em emenda à petição inicial, requereu-se que os modelos Alcatel 1066G/1066D, Alcatel 1 5033A/5033J e Alcatel 3C 5026J fossem incluídos no pedido declaratório.

Recebida a petição inicial, o juízo reconheceu a conexão entre as ações e declinou da competência para determinada Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro:

“No caso em tela, verifica-se que, conforme narrado na inicial, há 06 processos ajuizados acerca de fatos similares aos dos autos. Ocorre que as referidas ações tramitam na Comarca do Rio de Janeiro, tanto da Justiça Federal (sic), quanto na Justiça Estadual.

A nulidade da patente é o objeto da ação que tramita na Justiça Federal promovida pela autora. Já na Estadual a requerida alega que a autora infringiu os seus direitos patentários (fls. 08/44/167-171).

Assim, conclui-se que eventual decisão proferida nos presentes autos influenciará diretamente nos que tramitam no Rio de Janeiro. Isso porque o que se pretenda na vertente ação é a declaração de não infração de patentes e lá é requerido o reconhecimento de que a autora infringiu a patente, de forma que as ações estão intimamente ligadas e dependentes.

Insta salientar que, apesar da autora pretender evitar o ajuizamento de novas ações pela parte requerida, há processo correlacionado em andamento (fls. 171). Portanto, qualquer decisão independente pode prejudicar o andamento de um ou do outro feito.

Sendo assim, há nítida conexão entre as ações e grande risco de decisões conflitantes, com a ação em andamento no Justiça Estadual [sic].

Desta forma, declino a competência e entendo prudente a remessa dos autos à 2ª Vara de Empresarial [sic] – da Comarca do Rio de Janeiro/RJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em razão da conexão com a ação em tramitação de nº 0301773-09.2017.8.19.0001, a fim de evitar decisões conflitantes quanto ao objeto da ação.”

A X agravou da decisão e o recurso aguarda julgamento pela C. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em contrarrazões, a Y alegou, para aquilo que interessa à presente consulta: *i)* a existência de litispendência ou continência; e, eventualmente, *ii)* a existência de conexão.

I.3. Outros fatos relevantes para o presente parecer

Além das duas demandas mencionadas, a X ajuizou, em determinada Vara Federal do Rio de Janeiro, ação em que pede o **reconhecimento de nulidade das Patentes de Invenção P1, P2 e P3**, ou seja, **as mesmas mencionadas em ambas as demandas** referidas, ajuizadas perante as Comarcas da Capital do Rio de Janeiro e de Cajamar.

Naqueles autos, sob o fundamento de que as **Patentes** não preenchem os requisitos de novidade e de atividade inventiva, requereu-se:

- i)* a concessão de tutela provisória de urgência, para suspender os efeitos das **Patentes**;
- ii)* a procedência da demanda, decretando-se a nulidade das patentes; e
- iii)* a condenação dos Réus (o INPI também é parte) ao pagamento de custas e honorários.

A tutela liminar foi deferida pelo juízo de primeiro grau e mantida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, para o fim de “suspender os efeitos das patentes **PI 9810376-8, PI 9814565-7 e PI 9809830-6, exclusivamente em relação à empresa autora**”. Os autos aguardam o encerramento da fase instrutória.

Nesse contexto fático, indaga-nos, fundamentalmente, acerca:

- i)* da regularidade do pedido formulado na Primeira Ação;
- ii)* de eventual existência de conexão entre as ações que tramitam no Rio de Janeiro e em São Paulo, na justiça estadual;

iii) da eventual ocorrência de influência da primeira ação sobre a segunda; e

iv) se, independentemente da existência, ou não, de conexão entre as ações, há racionalidade jurídica na reunião para julgamento conjunto.

Para resposta à consulta, a Consulente forneceu cópias integrais dos autos.

É o resumo do necessário.

II. Da vedação ao pedido abstrato e condicional

II.1. Considerações iniciais

A finalidade³ do processo é, diante da afirmação de existência de uma lesão ou ameaça de lesão a direito, concretizar o preceito abstrato contido na norma, aplicando-a ao caso concreto. Cândido Rangel Dinamarco sintetiza bem o entendimento de Carnelutti sobre o tema:

*“Quando êle diz que êste existe para a justa composição da lide, pres-supõe naturalmente que as normas jurídicas substanciais contidas na lei não tenham, por si sós, aptidão para compô-la (isto é, para, qual regra concreta, regular o conflito de interêsses). Essa idéia, que está à base de todo o sistema de Carnelutti, foi por êle manifestada num dos seus mais antigos escritos, um trabalho sôbre a sentença condicional. O efeito da sentença, diz êle, é **tornar concreto** ou particular o preceito abstrato ou genérico contido na norma legal; o comando abstrato é representado por um arco, o qual só se fecha em círculo quando houver o comando complementar; êste reside na sentença (não dispositiva) e no negócio jurídico.”⁴ (grifo nosso)*

3. Utilizaremos a denominação condenatória em atenção ao pedido formulado pela Y na Primeira Ação, respeitando, assim, nosso entendimento, no sentido de que *“a classificação das sentenças em condenatórias, constitutivas e declaratórias se liga ao tipo de pedido que se formula. E, por outro lado, quando se pensa em sentença mandamental ou executiva lato sensu, está-se enfocando precipuamente o tipo de eficácia que emana desta sentença.”* (ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do processo e da sentença**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 84).
4. Reflexões sobre direito e processo. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 543-566.

Assim, não basta que o autor alegue ser titular de um direito e peça, ao Judiciário, *genericamente*, que ele seja protegido. Para pedir tutela jurisdicional, o autor deve *afirmar* a existência de lesão, especificamente referida e descrita, ou de ameaça de lesão, da mesma forma, especificamente referida e descrita, justificando, assim, a intervenção estatal.

A sentença não pode ser tão abstrata e genérica quanto a lei, quando julga conflitos entre as partes. Sentença proferida nesses moldes, além de ser de impossível execução, é, também, **inútil**.

Afinal, a presunção é – e sempre será – de cumprimento da norma. O Poder Judiciário intervirá única e exclusivamente quando a norma não for suficiente para manter o estado de pacificidade que decorre da satisfação espontânea de interesses, direitos, obrigações, deveres...

É imprescindível que exista uma **crise**: um dever, uma obrigação, um interesse concreto não satisfeito, cuja satisfação apenas seja possível por meio da movimentação da máquina jurisdicional. Por isso, diz-se que o **interesse de agir** é identificado a partir do binômio necessidade-utilidade. A tutela jurisdicional deve ser necessária, ou pelo menos útil, não sendo admissível que se formulem pedidos abstratos, de cumprimento de normas e preceitos legais, sem apontar especificamente uma lesão ou ameaça.

Na petição inicial, portanto, deverá o autor indicar, com exatidão, o bem jurídico ameaçado ou lesado. O pedido deve ser específico, designando precisa e minuciosamente a conduta que se esperava do réu e de que forma ele teria agido contrariamente a ela. Em outras palavras, o autor deverá apontar quando, como e em qual medida o seu direito foi ameaçado ou lesado. Até mesmo para possibilitar o adequado exercício do direito de defesa.

Em julgado que, embora verse sobre o interesse de agir nas ações declaratórias, é plenamente aplicável ao caso concreto, o STJ decidiu que não cabe ação declaratória para a mera interpretação do direito. É sempre necessário que se aponte a **necessidade concreta** da atuação jurisdicional:

“3. O interesse jurídico-processual, uma das condições do exercício do direito de ação, deflui do binômio necessidade-utilidade da prestação jurisdicional, sendo certo que: O interesse, como conceito genérico, representa a relação entre um bem da vida e a satisfação que o mesmo encerra em favor de um sujeito.

Esse interesse assume relevo quando 'juridicamente protegido' fazendo exsurgir o 'direito subjetivo' de natureza substancial. Ao manifestar seu interesse, o sujeito do direito pode ver-se obstado por outrem que não reconhece aquela proteção jurídica.

Em face da impossibilidade de submissão do interesse substancial alheio ao próprio por via da violência, faz-se mister a intervenção judicial para que se reconheça, com a força da autoridade, qual dos dois interesses deve sucumbir e qual deles deve sobrepor-se.

À negação de submissão de um interesse ao outro, corresponde um tipo de interesse que é o de obter a prestação da tutela jurisdicional, com o fim de fazer prevalecer a aspiração própria sobre a de outrem, definindo o Judiciário qual delas é a que encontra proteção jurídica.

Essa situação que reclama a intervenção judicial sob pena de um dos sujeitos sofrer um prejuízo em razão da impossibilidade de autodefesa é que caracteriza o interesse de agir. Por essa razão, já se afirmou em bela sede doutrinária que a 'função jurisdicional não pode ser movimentada sem que haja um motivo.'

*Destarte, como de regra, o interesse substancial juridicamente protegido nada tem a ver com o interesse meramente processual de movimentar a máquina judiciária. Assim, v.g., não pode o credor mover uma ação de cobrança sem que a dívida esteja vencida, tampouco pode o locador despejar o inquilino antes de decorrido o prazo de notificação que a lei lhe confere para desocupar voluntariamente o imóvel etc. [...] **Assim, na ação declaratória em que a parte pleiteia que o Estado-juiz declare se é existente ou não uma determinada relação jurídica, mister que paire dúvida objetiva e jurídica sobre a mesma, para que o judiciário não seja instado a definir um pseudo litígio como mero órgão de consulta.**"⁵ (grifo nosso)*

O mesmo se dá com relação à ação inibitória, cuja finalidade de prevenção do ilícito não exige a parte de apontar um interesse concreto, que decorra de uma **ameaça objetiva e atual**.

Exemplo interessante, mencionado por Eduardo Talamini, é o mandado de segurança impetrado contra a Caixa Econômica Federal, em razão de, reiteradamente, se ter recusado a cumprir decisões arbitrais, para o fim de movimentação de conta vinculada do FGTS. A câmara arbitral, então, pleiteou, por meio do *writ*, que fosse

5. REsp 1106764/RJ, 1.^a T, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 20.10.2009, DJe 02.02.2010.

determinado à CEF que desse cumprimento a **todas as futuras sentenças por ela proferidas.**⁶

Naqueles autos, decidiu-se que o “**Judiciário somente se manifesta diante de conflitos já instaurados, isto é, de casos concretos.** Aliás, o ordenamento veda expressamente a prolação de sentença de cunho condicional. Nesse sentido registre-se o seguinte julgado: ‘A sentença condicional mostra-se incompatível com a própria função estatal de dirimir conflitos, consubstanciada no exercício da jurisdição’ (STJ-4ª Turma, REsp 164110/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 08.05.2000).”⁷ (grifos nossos)

Da mesma forma, decidiu o TRT-21.ª Reg.:

“[...] o mandado de segurança destina-se a arredar lesões de direito individual perante o fato concreto, não se prestando à **obtenção de ordem definidora da conduta para casos futuros indeterminados.** O provimento normativo é incompatível com a feição desta ação” (grifo nosso).⁸

Também no mesmo sentido, há interessante julgado do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, no qual consignou que “*Não existindo no processo qualquer indício de que a ré pretende, no futuro, violar a lei e reutilizar as cláusulas indicadas (contrárias ao DL nº 240/2006), é evidente que a possibilidade virtual de tal acontecer, porque apenas equacionada pelo MP em termos puramente subjetivos, sem o apoio de qualquer facto exterior (sequer previsível), não pode justificar a necessidade/utilidade de acção inibitória.*”⁹

Ainda o mesmo tribunal, levando ao extremo os efeitos da admissibilidade irrestrita de ações inibitórias, ressaltou que “*ninguém pode dizer que a pessoa demandada não venha a por em perigo ou violar o direito de que o autor se arroga. Na verdade, não se pode dizer, com absoluta segurança, que uma pessoa aleatoriamente*

6. TALAMINI, Eduardo. Sentença incerta, sentença condicional e sentença incompleta. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 1000/2019, p. 397-424, fev./2019.

7. TRF-2R, Apel. e Rem. Nec. 2003.51.01.027015-1, 5ª T., v.u., rel. Des. Fed. Antônio Cruz Netto, j. 10.12.2008, DJU 19.12.2008.

8. TRT-21.ª Reg., MS 061, Ac 5272, j. 27.04.1995.

9. STJ, 1ª Sec., Proc. 684/10, Rel. Moreira Alves, j. 05.02.2013. (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal)

escolhida numa lista telefónica não venha a violar ou a por em perigo o direito de propriedade dum bem que nem sequer sabe que existe”¹⁰.

Ou seja, todos podem pôr em perigo os direitos alheios, sendo certo que esta “mera possibilidade” não é suficiente para que se obtenha tutela jurisdicional.¹¹ Com efeito, caso se admitisse orientação contrária, o juiz estaria substituindo, com sua atividade, aquela destinada pelo sistema jurídico ao legislador.¹²

Na **Primeira Ação**, como será demonstrado a seguir, a **Y**, além de fazer um pedido concretamente ligado a uma ofensa a seu direito, formula também um pedido de **proteção geral, abstrata e indeterminada** das patentes **P1, P2 e P3**, sem apontar qualquer ato da **X** que configure ameaça e muito menos lesão! E o faz partindo da conjectura de que **um dia**, quem sabe, talvez, a Ré venha a violar as **Patentes**, mediante a fabricação, no futuro, de novos aparelhos celulares.

Esse segundo pedido, nos termos em que foi formulado, é vedado pelo ordenamento jurídico, como se passa a demonstrar.

II.2. *Vedação expressa ao pedido abstrato e condicional*

A necessidade de o autor apontar objetivamente a lesão ou a ameaça de lesão a direito pode ser extraída dos arts. 322¹³ e 324¹⁴ do CPC, que impõem que o pedido seja certo e determinado:

“A rigor, ‘certo’ é o pedido elaborado com exatidão acerca da tutela jurisdicional pleiteada. A ausência de precisão relativamente ao

10. STJ, 2ª Sec., Proc. 2839/08. (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal)

11. Esse é o sentido, inclusive, da legislação italiana sobre direitos do autor (Lei n. 633/1941), a qual exige a demonstração da existência de efetiva ameaça de violação ao direito: “Art. 156. 1. *Chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtu’ di questa legge oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazionegia’ avvenuta sia da parte dell’autore della violazione che di un intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione puo’ agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia vietato il proseguimento della violazione. Pronunciando l’inibitoria, il giudice puo’ fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell’esecuzione del provvedimento.”*

12. TRT-21.ª Reg., MS 061, Ac 5272, j. 27.04.1995.

13. Art. 322. *O pedido deve ser certo.*

14. Art. 324. *O pedido deve ser determinado.*

pedido acarreta a inépcia da petição inicial (art. 330, § 1º, II, do CPC); ‘determinado’ é o pedido quando individualizado o bem da vida que será objeto da tutela jurisdicional; genérico, por fim, é o pedido realizado de modo abrangente, impreciso quanto aos seus limites objetivos ou subjetivos.”¹⁵

Por outro lado, considerando que “o pedido tem, em certa medida, a função de delimitar a atividade jurisdicional”¹⁶, é evidente que não se podem formular pedidos impossíveis de serem julgados. A parte não pode elaborar pedidos cuja procedência venha necessariamente a gerar decisões nulas, ou juridicamente inexistentes, ou seja, que levem a sentenças incertas, que não indiquem, claramente, qual exatamente a tutela jurisdicional deferida e os limites da sua abrangência.

Em se tratando de tutela inibitória voltada à proteção da propriedade intelectual, tem-se como pedido certo e determinado aquele que pede a respectiva abstenção na violação das patentes, **indicando de que maneira o direito está sendo lesionado ou ameaçado**.

Não basta, assim, obviamente, que o autor afirme se sentir *psicologicamente* ameaçado. A ameaça, meramente hipotética, não justifica o ajuizamento da ação. É preciso que exista afirmação de ato efetivamente praticado pelo réu (respaldada em provas ou indícios) que indique o risco concreto de violação ao direito.

Isso se dá porque é justamente **sobre esse ato concreto** que incidirá o comando contido na sentença. Afinal, a regra prevista no art. 492, parágrafo único,¹⁷ determina que as sentenças sejam certas, *ainda que resolvam relação jurídica condicional*.

Esse também é o fundamento do art. 497,¹⁸ o qual ressalta que “*Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o*

15. ARRUDA ALVIM, Teresa. **Embargos de declaração**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 113.

16. **Op. cit.**, p. 95.

17. Art. 492. *É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.*

18. Art. 497. *Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará*

*juiz, se procedente o pedido, concederá a **tutela específica** ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.*

De fato, deferir o segundo pedido formulado pela autora **Y**, seria como se proferisse uma sentença acolhendo o pedido de um compositor musical, no sentido de que houvesse uma ordem de abstenção, para que seu “concorrente” nunca plagiasse suas músicas; ou, ainda, conceder pedido a órgão de proteção ao meio ambiente no sentido de que uma determinada empresa, que sequer começou suas atividades, seja condenada a não poluir o meio ambiente. Ora, é obvio que não se pode plagiar a composição alheia ou poluir o meio ambiente. Todas essas regras de conduta estão na lei. É para isso que a norma serve e não é necessária qualquer manifestação do Judiciário para ratificá-las.

No caso sob exame, a bem da verdade, não foi apresentado qualquer indício de que a **X** pretende – no futuro – violar os direitos garantidos pelas **Patentes**.

Apesar disso, ao incluir a parte final do pedido, a **Y**, como ela própria reconhece nas contrarrazões apresentadas no Agravo de Instrumento, tentou abranger “*qualquer produto que implemente as tecnologias reivindicadas por aquelas patentes*”. Isto é, pede que o Judiciário **ratifique** o direito de uso exclusivo, garantido pelas **Patentes**; o que é absolutamente desnecessário, uma vez que já estabelecido pela Lei nº 9.279/96.

Para que seu pedido fizesse sentido, a **Y** deveria, ao menos, ter apontado algum indício de que a **X** pretende produzir aparelhos com base na tecnologia por ela patenteada. O fato de haver uma discussão, sobre produtos já especificados na petição inicial (objeto de pedido condenatório próprio), não é fundamento suficiente para garantir uma tutela inibitória abstrata, voltada a um evento futuro que não se sabe se existirá.

Percebe-se que o pedido formulado, visando à condenação da **X** a abster-se de violar as **Patentes**, de forma indeterminada,

providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

consiste, a bem da verdade, em pedido abstrato e condicional, fundado apenas na **inconsistente presunção** de que, se já houve uma violação, outras poderiam acontecer.

Isto é, eventual sentença de procedência desse pedido apenas surtirá seus efeitos **se e quando** a X decidir produzir celulares que violem as **Patentes**; o que, por sua vez, apenas pode ser demonstrado a partir de produção de prova técnica.

Ora, da mesma forma que são vedadas sentenças condicionais¹⁹, vedam-se também os pedidos condicionais, sendo certo que é possível, por simetria, conceituá-los como pedidos cuja eficácia seja condicionada “à ocorrência (ou inoocorrência) de um evento futuro e incerto.”²⁰

Sobre o tema, já houve manifestação do Tribunal Superior do Trabalho:

“INVIABILIDADE DA CONCESSÃO DA TUTELA INIBITÓRIA. SENTENÇA CONDICIONAL. A pretensão à concessão de tutela inibitória para o caso de a empresa deixar de observar a obrigação cujo cumprimento já foi comprovado, fato que justificou a extinção do feito por perda do objeto, equivale a sentença condicional, isto é, se e quando houver o descumprimento da lei.

Ora, é manifesta a inviabilidade, in casu, da pretensão, porque seu acolhimento consiste em impor obrigação à empresa com fundamento

-
19. Teori Albino Zavascki conceitua a chamada sentença condicional como aquela “que subordina seus efeitos à futura comprovação de determinados pressupostos fáticos. Portanto, é condicional a sentença que julga procedente o pedido; desde que o autor comprove, na liquidação, o fato constitutivo do direito pleiteado, da mesma forma como o é a de improcedência que subordina sua eficácia à posterior comprovação, pelo réu, dos fatos extintivos da obrigação.” (**Título executivo e liquidação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 183). “A sentença condicional é, assim, a que está condicionada a evento externo, da vida, como, por exemplo, a eventual alta do dólar, o casamento de uma filha ou a rescisão – ainda não formalizada – de um contrato de trabalho”. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 880).
20. TALAMINI, Eduardo. Sentença incerta, sentença condicional e sentença incompleta. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 1000/2019, p. 397-424, fev/2019.

*na mera presunção da ocorrência de fato futuro e incerto, que importará na perpetuação do litígio, aparentando um capricho do autor.*²¹

No caso sob consulta, há de se ponderar que, como ocorreu no julgado citado, a **Y** pediu proteção geral, abstrata e indeterminada das suas **Patentes**, as quais já são protegidas pelo comando contido na norma jurídica.

O pedido, condicional e totalmente abstrato, não se amolda à função das sentenças condenatórias. Aliás, à de nenhuma sentença. Com efeito, de acordo com concepção de Enrico Tullio Liebman, bastante difundida entre nós, com a sentença condenatória ocorre a *aplicação da sanção estabelecida pela lei*.²² Ao proferir a sentença, o juiz *atualiza e especifica* o comando normativo genérico.

Assim, um dever geral e abstrato previsto na norma jurídica traduz-se, com a sentença, em identificação precisa do ato consistente em violação à norma jurídica, **delimitando o objeto que, em seguida, será efetivado**.

Por isso, é correto dizer que a sentença não apenas repete a “*vontade da lei*”, mas, como afirma Giuseppe Chiovenda, encerra também um ato de vontade do juiz que tem duas funções no ordenamento jurídico: “(a) *tornar certo o direito, com todas as vantagens decorrentes diretamente dessa certeza; (b) preparar a execução, formando a convicção dos órgãos do Estado sobre a ulterior atuabilidade do direito.*”²³

Caso não torne “certo o direito”, mantendo a situação conflituosa em estado de indefinição, terá o Poder Judiciário ofendido o princípio enunciado por Francesco Carnelutti de que **a sentença deve resolver a lide, jamais permitindo a persistência de alguma pendência entre as partes**:

“Desse modo, é individualizada a figura da sentença condicional como aquela cuja eficácia depende de um evento futuro e incerto

21. TST, Recurso de Revista nº 19397620115090091, Publ. 14.10.2016.

22. **Embargos do executado**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1952. p. 111 e ss., § 10-11; **Processo de execução**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1968. p. 13 e ss., n. 7-8.

23. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998. vol. 1, p. 230-231, n. 43.

*determinado na mesma sentença, a doutrina é unânime quanto a excluir sua admissibilidade; o motivo comumente aduzido e indubitavelmente fundamentado consiste exatamente no conflito entre o estado de pendência e a função de acertamento no processo.*²⁴

II.3. Ausência de interesse de agir e inexistência de eventual sentença condicional

Não se pode²⁵ esquecer, ainda, de que todo aquele que busca tutela jurisdicional o faz afirmando ser motivado por uma razão, que consiste, em geral, em uma lesão ou ameaça de lesão de um direito subjetivo. É a partir da *crise* do direito material que surge, para o titular, um interesse jurídico processual para o ajuizamento da demanda. Sem o interesse, o sujeito não tem ação e, por consequência, não pode pedir tutela jurisdicional.²⁶⁻²⁷

O interesse, por sua vez, reside na conjugação do binômio necessidade-utilidade. Não basta que a tutela jurisdicional seja útil (traga algum tipo de proveito ao autor), é preciso que a parte não consiga obter o mesmo resultado pretendido, sem o ajuizamento da ação. É a afirmação da existência de uma lesão ou de ameaça de lesão a direito que torna a tutela jurisdicional necessária. Afinal, sem

24. CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. vol. 3, p. 659, n. 541.

25. Se prolatada sentença condicional, no caso concreto, em que falta ao autor interesse de agir, o resultado será ainda mais grave que a nulidade: será a inexistência jurídica. Isso não quer dizer, necessariamente, que toda sentença condicional seja inexistente.

26. Nesse sentido, defende Liebman: "*Le condizioni dell'azione, allustrate qui sopra, sono i requisiti costitutivi dell'azione: col loro concorso, l'azione deve essere considerata esistente, come diritto a provocare l'esame del mérito.*" (**Manuale di diritto processuale civile**. 8. ed., Milano: Giuffrè, 2012, n. 75, p. 152).

27. "*Quando, porém, ante o titular do direito - mais rigorosamente, da pretensão-, surge um obstáculo impeditivo do gozo desse direito, ou da satisfação do mesmo, nasce um outro interesse, diverso daquele primário. Trata-se de um interesse dirigido à supressão do obstáculo, de molde a que o direito possa novamente ser objeto de gozo e utilização normal. A este interesse secundário dá-se o nome de interesse processual.*" (ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento**. 17. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 160).

crise, sem interesse material não satisfeito, não há que se falar em intervenção do Estado nas relações entre os indivíduos.

Assim, como diz Pontes de Miranda, a “*decisão sobre a falta de necessidade de tutela jurídica supõe que o demandante possa alcançar a finalidade sem pedido à justiça, ou que a justiça nada possa fazer*”.²⁸ Nesses casos, em que a atividade jurisdicional é pedida por mero capricho da parte, ela não deve ser prestada. Afinal, como se sabe, ela se inspira “*significativamente no princípio da economia processual, segundo o qual deve haver o mínimo de esforço e dispêndio, quer de tempo, quer de dinheiro, para a produção do máximo de trabalho e rendimento*”²⁹.

É por isso que, ainda que seja preenchido o requisito da utilidade, não existindo lesão ou ameaça de lesão a direito, faltará à parte interesse de agir, impondo, assim, a extinção do feito por carência de ação³⁰ (art. 17 c/c 485, VI).³¹⁻³²

No caso cuja apreciação nos foi solicitada, no segundo pedido da Primeira Ação, não há afirmação de lesão ou ameaça a lesão. Apenas de infundada “presunção”, que não decorre de qualquer prova ou indício de que a X vá, realmente, violar os direitos patentários.

28. **Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I: arts. 1º ao 45.** Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 169.

29. ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do processo e da sentença.** 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59.

30. “*Logo, nenhum direito é exercido ao simples talante de seu titular. Cabe-se não só o exercício abusivo ou caprichoso, mas também – em maior ou menor grau, a depender da intensidade da funcionalização do direito – seu exercício inútil ou de modo inadequado. Nos campos de maior funcionalização, o interesse deixa de constituir um pressuposto negativo e excepcional (pode-se exercer o direito, desde que não haja abuso ou desvio de finalidade) para tornar-se um pressuposto positivo e geral (pode-se exercer o direito, desde que ele seja útil e adequado para o suprimento de uma necessidade objetivamente considerada).*” (TALAMINI, Eduardo. Interesse recursal. In: **O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni.** Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, coordenadores; Rogéria Dotti, organizadora. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017).

31. Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

32. Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

Assim, falta interesse de agir ao autor, sendo certo que, se prolatada sentença de procedência, nos estritos moldes do que foi pedido, ela será *juridicamente inexistente*, carecendo de aptidão material para transitar em julgado.³³

A nosso ver, “[t]endo sido movida uma ação, estando ausente uma (ou mais) de suas condições, terá sido exercido direito de petição, e não direito de ação. Ora, inexistente a ação, o mesmo se poderá dizer do processo e, por conseguinte, da sentença”³⁴⁻³⁵

Embora haja polêmicas em torno da figura do ato inexistente em geral, sempre sustentamos que essa categoria é de extrema utilidade no direito público, principalmente no direito processual.

-
33. “Conforme temos sustentado, não estando preenchidas as condições da ação, não pode o juiz decidir o mérito, sob pena de, fazendo-o, proferir simulacro de sentença”. (ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do processo e da sentença**. 9. ed., São. Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, versão digital).
34. ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do processo e da sentença**. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 393.
35. No mesmo sentido, defendendo que a sentença condicional é inexistente: BESSO, Chiara. **La sentenza civile inesistente**. Turim: G. Giappichelli, 1997. cap. 4. n. 10. p. 209. Eduardo Talamini, embora não sustente a inexistência, defende que o resultado será equivalente. Em suas palavras: “A sentença existe, mas nada de concreto extrair-se-á de seu comendo. A sentença será inútil. De duas uma: ou jamais advirão os fatos relevantes (sobre os quais a sentença se pronuncia meramente em tese, pois, então, eles ainda não ocorreram); ou, se eles advierem, permanecerá a necessidade de novo processo, que produza nova sentença, que se pronuncie sobre fatos. E, obviamente, não se poderá dizer que o juiz (ou árbitro) desse novo processo ficará vinculado àquilo que a sentença anterior tenha dito meramente em tese. Não é função, repita-se, da jurisdição ordinária (não-objetiva) emitir comando em tese. A simples solução de questões jurídicas em abstrato não faz coisa julgada.” (TALAMINI, Eduardo. Sentença incerta, sentença condicional e sentença incompleta. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 1000/2019, p. 397-424, fev/2019). Por fim, Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar da sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis, ressaltou que essa “*não se reputa jamais coberta pelas res judicata, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade*”. (Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

A inexistência jurídica decorre de um vício, que, de tão grave, compromete a identidade jurídica do ato. Por isso é que alguns dizem que se trata de um problema de **tipicidade**: é mais grave do que a própria nulidade. O ato deixa de ser aquilo que seria, se o vício não existisse. Uma sentença inexistente é uma não sentença: *Nichturteil*.

É o caso, por exemplo, da sentença de mérito proferida sem a citação do réu revel. E também o da sentença (parcialmente considerada) que seria proferida no caso da Primeira Ação, que corre no Rio de Janeiro.

Essas sentenças, como se observou, que na verdade não são sentenças, não têm nem mesmo aptidão para transitar em julgado.

Concluindo-se, se o pedido é condicional e, portanto, inadmissível,³⁶ só restam duas alternativas:

i) ao juízo da 2ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, indeferi-lo³⁷, sob pena de prolatar uma sentença juridicamente inexistente; e

36. “1. A eficácia da decisão judicial não pode estar condicionada ao cumprimento desse ou daquele requisito pela parte, uma vez que cabe à sentença reconhecer ou não o direito que se pede. 2. O STJ firmou entendimento de que a sentença que sujeita a procedência ou improcedência do pedido a acontecimento futuro e incerto é nula. In casu, a agravante não pode litigar pelo direito à complementação de aposentadoria, quando ainda nem sequer aposentou-se. Precedentes.” (STJ, AgRg no Ag 952.063/SP, 5ª T., j. 26.10.2010, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 26.12.2010). No mesmo sentido: “1. Não é possível formular pedido que dependa da ocorrência de condenações futuras em outros processos, ainda mais quando o autor não indica a existência de eventuais ações judiciais ou de procedência de pedidos em seu desfavor.” (AgRg no AREsp 62.808/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 02/10/2017)

37. “Os casos em que os contornos de interesse como condições da ação e do mérito são menos visíveis são aqueles cujo objetivo do pedido, em si, seria lícito, mas, no caso concreto, é ilícito, por passar a integrar o campo, por exemplo, do abuso de direito, e também aqueles em que o pedido, embora lícito, é infundado, como aquele em que se quer cobrar uma dívida não vencida, exemplo já mencionado. Só por meio do desdobramento do conceito de interesse em utilidade e necessidade é que se pode vislumbrar a separação referida: no primeiro caso, inexistente utilidade; no segundo, necessidade.” (ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do processo e da sentença**. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59).

ii) ao juízo de São Paulo, interpretá-lo, levando-se em consideração o conjunto da postulação e a boa-fé objetiva, na forma determinada pelo art. 322, § 2º.³⁸

É o que passaremos a abordar no próximo item.

II.4. *Necessidade de interpretar-se o pedido de acordo com o conjunto da postulação e a boa-fé objetiva*

A petição inicial da Primeira Ação indica que, a bem da verdade, a lesão a direitos patentários que deu ensejo ao ajuizamento da demanda decorre da produção e da comercialização dos aparelhos celulares das séries “A”, “Pixi”, “Idol”, “Pop” e “U”. **O objeto do processo está, assim, exclusivamente, relacionado aos referidos produtos.**

Esse foi, aliás, o entendimento do Desembargador Peterson Barroso Simão, do TJRJ, ao declarar voto, nos autos do Agravo de Instrumento que deferiu, por maioria, a tutela de urgência à Y:

“A controvérsia da presente demanda diz respeito a três patentes registradas pela empresa Y, que alega que seu direito foi violado por utilização indevida pela empresa TCT, que fabrica e comercializa a baixo custo aparelhos celulares suspostamente desconsiderando aquelas patentes.

Ainda, pelo estágio inicial do processo, não é possível afirmar com veemência que os aparelhos celulares da TCT são similares ou de alguma forma se aproveitam das patentes registradas pela empresa Y. Conforme consignado pelo Juízo a quo, os laudos técnicos trazidos pela autora, de forma unilateral, não são suficientes para concluir que há violação àquelas patentes. Há necessidade de prova técnica produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, em respeito ao devido processo legal.

Os produtos da TCT estão no mercado há muito tempo e não há prova de que a empresa Y está suportando prejuízo em suas vendas, embora afirme ter direito sobre as patentes. Sem a prova do prejuízo, não é possível afirmar que há perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, também pressuposto da tutela de urgência (art. 300, CPC/2015).”

38. Art. 322. (...) § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

E não poderia ser diferente, uma vez que, como dito, não é possível formular pedido de cumprimento de normas ou de respeito a direitos sem que se aponte, especificamente, alguma lesão ou ameaça. Não tem sentido, como se viu antes, pedir que o Judiciário exerça, novamente, a função do legislativo, repetindo a regra legislada. O que cabe ao juiz, é, apenas, ante a lesão ou ameaça de lesão, aplicar a norma ao caso concreto.

Nem se cogite que o pedido, tal como feito, poderia referir-se a todo e qualquer produto já produzido e/ou comercializado no momento em que fora distribuída a petição inicial. Teria sido necessário que fossem apontadas especificamente as condutas ilícitas, ou seja, quais os produtos que a Y entendia que violavam as patentes **P1, P2 e P3**.³⁹

Isso, porque, em se tratando de afirmação de violação à propriedade intelectual, qualquer alargamento da causa de pedir é inviável. As infrações às **Patentes exigem a realização de prova pericial para serem constatadas**,⁴⁰ a qual tem seu espectro de abrangência delimitado pela petição inicial e pelos produtos que o autor indica terem violado seus direitos. Sem apontar expressamente quais aparelhos seriam abrangidos pelo pedido, **inviabiliza-se a defesa, impedindo que o réu exerça, de forma adequada, o contraditório**:

“[U]ma vez consolidada a causa de pedir na fase postulatória e, por via de consequência, delimitado o objeto da prova (geralmente na audiência preliminar – art. 331 do CPC), qualquer tentativa de modificação do núcleo fático em que se funda a demanda corresponde ao “inválido exercício ex novo de um poder de ação diverso daquele verificado na instauração do processo.”⁴¹

39. Apenas foram indicados os aparelhos das séries “A”, “Pixi”, “Idol”, “Pop” e “U”.

40. Em entendimento plenamente aplicável ao caso: “1. A fim de se concluir pela inexistência de concorrência desleal decorrente da utilização indevida do conjunto-imagem de produto da concorrente é necessária a produção de prova técnica (CPC/73, art. 145). O indeferimento de perícia oportunamente requerida para tal fim caracteriza cerceamento de defesa.” (STJ, Resp nº 1.778.910/SP, 4.ªT., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 06.12.2018, Dje 19.12.2018).

41. TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 192.

Além disso, outro ponto deve ser considerado.

Y, ao formular o pedido condicionado a evento futuro e incerto, tenta fazer com que o Judiciário prolate sentença genérica determinando “*o respeito às patentes*”, de forma genérica e sem identificar, especificamente e mediante a produção da respectiva prova pericial, a efetiva violação. Ao assim fazê-lo, pretende transferir para a fase de liquidação toda a cognição relacionada ao desrespeito ao direito garantido pelas **Patentes**.

Ademais, o que se fez foi criar **ARTIFICIALMENTE** uma espécie de **juízo universal**, para discussão de toda e qualquer questão relacionada às **Patentes**, *eternizando, tanto o processo quanto a competência do juízo da 2ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro*. Esse efeito nefasto já começa a ser alcançado pela Y na decisão de que se agravou, e que, a nosso ver, deve ser reformada, que reconheceu a conexão e declinou da competência para juízo da Comarca de Cajamar.

Ora, não se pode admitir que a parte, mediante a formulação de pedido vedado pelo ordenamento jurídico, crie um verdadeiro centro gravitacional (*vis attractiva*), para o qual toda e qualquer violação das **Patentes** seja atraída.

Extremando o raciocínio, vê-se o absurdo da situação: para o reconhecimento de conexão entre causas, bem se sabe, não é necessária identidade de partes. Ou seja, todo e qualquer processo que envolva as **Patentes**, se atingido o objetivo da Y, poderá ser direcionado ao juízo da 2ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro!

Tais consequências, gravíssimas, apontam para a necessidade de se interpretar o pedido (e seus efeitos) sob a perspectiva da boa-fé objetiva e da vedação ao abuso do direito.

O abuso do direito processual apresenta, segundo parte da doutrina, características singulares que o diferenciam do abuso no direito obrigacional. Há quem afirme que, para o processo, a violação à boa-fé objetiva pressupõe, em certa medida, conduta dolosa da parte, isto é, a intenção de protelar a solução do litígio, desviar o juízo da correta apreciação judicial e prejudicar a parte contrária ou terceiros⁴².

42. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro (Relatório Brasileiro). *In: Abuso dos direitos*

Mesmo que se adote esse entendimento e que não se pressuponha o dolo da Y, evidenciada a manifesta inadmissibilidade do pedido, deve-se evitar atribuir-lhe qualquer interpretação que resulte em prática de ato voltado a “*dificultar a atuação da parte contrária, falsear a realidade e comprometer a justa e profícua composição da lide.*”⁴³

Daí por que, ainda que a parte não tenha deduzido a pretensão infundada exatamente para usar/exercer mal seu direito de ação – afastando, aliás, a aplicação do princípio do juiz natural –, nenhuma interpretação que viabilize as possíveis consequências do abuso deve ser admitida.

O que se impõe quando se determina a interpretação do pedido de acordo com a boa-fé objetiva é que, mais do que observar o pedido a partir da presunção de boa-fé de quem pede, ele seja *interpretado de forma a evitar que se alcancem, mediante o abuso do direito de ação, objetivos escusos e subliminares*. Ou, pelo menos, contrários ao direito. Havendo duas interpretações possíveis, deve-se adotar a de boa-fé, afastando-se qualquer risco de ilicitude.

Essa interpretação, em prol da boa-fé, pode e deve ser feita por todo aquele que, por algum motivo, deva interpretar o pedido e a causa de pedir. Deve ser feita, inclusive, pelo juízo competente para julgar a Segunda Ação e definir a existência/inexistência de conexão entre as causas.

O que se quer dizer é que, embora não seja competente para decidir propriamente acerca da viabilidade do pedido formulado na Primeira Ação, o juízo da Segunda Ação é competente para interpretá-lo, naquilo que for necessário para a avaliação da (des)necessidade de reunião das causas.

Assim, ante a sua evidente inadmissibilidade, o pedido genérico, abstrato e condicional não deve ser considerado, para fins de aferição da existência de conexão, devendo-se, tal análise, ser limitada à lesão concreta afirmada, ou seja, à análise das **Patentes em**

processuais / coordenador: José Carlos Barbosa Moreira; Francisco Ramos Médez... [et al.] – Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 113.

43. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro (Relatório Brasileiro). *In: Abuso dos direitos processuais* / coordenador: José Carlos Barbosa Moreira; Francisco Ramos Médez... [et al.] – Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 113.

face dos aparelhos expressamente mencionados na petição inicial, os quais, como é incontroverso, **não são os mesmos relacionados na Segunda Ação.**

III. Da identificação da relação entre as demandas

III.1. Considerações iniciais

Ao propor uma ação, como se sabe, espera-se que parte demonstre o seu interesse de agir, isto é, indique concretamente a fonte do direito que entende ter sido violado ou ameaçado, bem como aponte o ato que deu causa ao pedido de tutela jurisdicional. Nesse binômio, residem as causas de pedir que, nas palavras de Araken de Assis, são “o motivo pelo qual [o autor] almeja o bem da vida perante o adversário”⁴⁴.

Consiste no elemento da demanda que *ilumina e identifica* o pedido, integrando seu objeto. É nela que estão os fatos essenciais de uma ação e, por isso, serve como delimitador do contraditório que será exercido pelo réu.⁴⁵ Isso tem reflexos, por exemplo, para verificação da litispendência, da coisa julgada (como pressuposto processual negativo) e da existência de conexão entre demandas.

III.2. Causa de pedir da Primeira Ação

Com relação à Primeira Ação, as patentes **P1, P2 e P3 (Patentes)** são a causa de pedir remota.⁴⁶ Isso, porque, são elas que contêm a declaração da existência do direito real,⁴⁷ de uso exclusivo, que reserva ao titular “o exercício de atividades referentes à exploração econômica, impondo a terceiros um dever negativo, para evitar a concorrência desleal (princípio norteador do sistema jurídico sob

44. **Cumulação de ações.** 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 122.

45. TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil.** 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 109.

46. Constitui, a causa de pedir remota, a nosso ver, naquela que, no tempo, está mais longe e que deu causa à propositura da ação. O fato ou conjunto de fatos que o autor atribui serem constitutivos do seu direito, que, por sua vez, devem, necessariamente, dar origem a um determinado direito. Devem ser, assim, fatos juridicamente qualificados.

47. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado.** 3. ed., t. XVI, p. 344.

exame) e o uso ilícito de direitos autorais. A tutela, como mostra Ferri, refere-se não ao ter, mas ao fazer"⁴⁸.

Já a causa de pedir próxima, assim identificada como "*acontecimento* [juridicamente qualificado] *afirmado pelo autor e do qual decorre a necessidade da intervenção jurisdicional*",⁴⁹ é a alegada violação ao direito patentário **em razão da fabricação e da venda dos aparelhos celulares "A", "Pixi", "Idol", "Pop" e "U"**. Ou seja, não é qualquer violação: é ***aquela violação***, específica, que ocorreu quando da produção dos **referidos aparelhos celulares**.

A consequência jurídica que se pretende extrair da conjugação entre os dois aspectos da causa de pedir é a determinação de abstenção da prática dos atos lesivos, além, claro, do reestabelecimento do *status quo ante* e o pagamento de indenização por danos materiais e morais. O pedido é, portanto, condenatório (*tutela jurídica condenatória*) e relacionado aos aparelhos celulares especificamente apontados.

III.3. Causa de pedir da Segunda Ação

Com relação à Segunda Ação, pode-se considerar sua causa de pedir remota o direito, constitucionalmente garantido, de criar, produzir e vender os aparelhos celulares T75186D, L95159J, C95199I, C55152D, Alcatel 1066G/1066D, Alcatel 1 5033A/5033J e Alcatel 3C 5026J, nos estritos limites impostos pela legislação vigente.

Aqui se nota a diferença, fundamental, entre as ações: enquanto na Primeira Ação se questiona violação a direitos patentários em razão da produção e da comercialização dos aparelhos celulares das séries "A", "Pixi", "Idol", "Pop" e "U", a Segunda Ação trata de **outros produtos, cuja possibilidade de produção se pretende ver reconhecida em face das mesmas patentes**, aparelhos esses que, até o momento da distribuição da Primeira, não estavam sendo produzidos.

Já a causa de pedir próxima resulta da ameaça a lesão a direito, que decorre da litigiosidade que envolve as partes e da conduta

48. SATO, Priscila Kei. Natureza jurídica do direito referente aos bens incorpóreos e ação judicial para abstenção de uso. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 139/2006, p. 36-73, set/2006.

49. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 122.

reiterada da **Y** em buscar proteção, inclusive judicial, contra produtos produzidos pela **X**, ainda que não violem qualquer dos seus direitos patentários. Ainda que as patentes **P1**, **P2** e **P3** sejam nulas.

O que se pede é a garantia do exercício de um direito, da livre-iniciativa, por meio da declaração de que os direitos de propriedade reconhecidos por **P1**, **P2** e **P3** **não estão sendo violados pela fabricação e pela venda dos aparelhos celulares T75186D, L95159J, C95199I, C55152D, Alcatel 1066G/1066D, Alcatel 1 5033A/5033J e Alcatel 3C 5026J.**

	Natureza da ação	Causa de pedir remota	Causa de pedir próxima
Primeira Ação (Justiça Estadual do Rio de Janeiro)	Condenatória – Inibitória	P1, P2 e P3	Violação de P1, P2 e P3 pela produção dos aparelhos celulares das séries A, Pixi, Idol, Pop e U
Segunda Ação (Justiça Estadual de São Paulo)	Declaratória	Liberdade de fabricar e vender os aparelhos celulares T75186D, L95159J, C95199I, C55152D, Alcatel 1066G/1066D, Alcatel 1 5033A/5033J e Alcatel 3C 5026J	Ameaça (indevidamente) <i>fundamentada em P1, P2 e P3.</i>
Declaratória de Nulidade das Patentes (Justiça Federal)	Declaratória	Livre-iniciativa e livre concorrência	P1, P2 e P3 foram requeridas mediante abuso do direito e não preenchem os requisitos legais

Fonte: elaborado pela autora.

Nota-se, assim, que não há identidade entre as causas de pedir, uma vez que os fatos essenciais de ambas as ações: *i*) fabricação e venda dos celulares das séries **A, Pixi, Idol, Pop e U**, na Primeira; e *ii*) fabricação e venda dos celulares **T75186D, L95159J, C95199I, C55152D, Alcatel 1066G/1066D, Alcatel 1 5033A/5033J e Alcatel 3C 5026J**, na Segunda, são completamente diferentes.

Do mesmo modo, inexistente identidade entre os objetos materiais do processo.

Tampouco dos seus objetos jurídicos.

IV. Relação entre as demandas: reunião de ações para julgamento conjunto

IV.1. Considerações preliminares: ausência de litispendência total ou parcial (continência)

Embora o presente parecer tenha por objeto principal de análise a decisão que reconheceu a existência de **conexão** entre as ações, antes, é necessário realizar, ainda que de passagem, uma ponderação sobre a eventualidade de se estar diante de uma situação de litispendência entre as duas ações, em razão da alegação de “*litispendência ou, no mínimo, continência*”, formulada pela Y, em suas contrarrazões, fls. 159-176.

O art. 337, §§ 1º a 3º⁵⁰ define a litispendência como a reprodução de ação anteriormente ajuizada. Isto é, para que se verifique a identidade entre ações, é preciso que seus elementos sejam idênticos. As partes, a causa de pedir e o objeto devem ser os mesmos.

Arruda Alvim ensina que, para a teoria da litispendência, a identidade do objeto é “*dada pela pretensão processual*”, a qual, por sua vez, é a afirmação do direito de que o autor se diz titular.⁵¹

Na Primeira Ação, a Y pede tutela jurisdicional em razão da violação aos seus direitos, pela fabricação e comercialização, pela X, dos aparelhos celulares das séries “A”, “Pixi”, “Idol”, “Pop” e “U”. Na Segunda Ação, o que se quer é apenas o reconhecimento de não violação das patentes, pela produção de **OUTROS** aparelhos T75186D, L95159J, C95199I, C55152D, Alcatel 1066G/1066D, Alcatel 1 5033A/5033J e Alcatel 3C 5026J. Se são aparelhos diferentes, são, também, óbvia e evidentemente, diferentes as pretensões.

Com relação à continência, como diz Arruda Alvim, essa tem lugar quando “*duas ações têm as mesmas partes, a mesma causa de*

50. Art. 337. (...) § 1º *Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.* § 2º *Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.* § 3º *Há litispendência quando se repete ação que está em curso.*

51. **Manual de direito processual civil**, vol. 1. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 486.

pedir, mas o pedido de uma delas tem conteúdo mais amplo (causa continente), abrangendo o da outra (causa contida).⁵²

Reconhecer-se a continência apenas faz sentido quando a ação continente for distribuída **posteriormente** à contida. Quando, como é o caso, a ação contida for distribuída posteriormente, não há que se falar em continência, para o fim de modificação da competência. **A hipótese é de extinção do processo, em razão da litispendência parcial.**

Pode-se dizer, em sã consciência, que a Segunda Ação, que corre em São Paulo, deveria ser extinta sem julgamento de mérito, por litispendência?

Como largamente demonstrado no capítulo anterior, não há identidade de causas de pedir e objeto. Pelo contrário, os fatos jurídicos que fundamentam cada um dos pedidos são completamente diferentes e inconfundíveis. A diferença é qualitativa e não quantitativa.⁵³ Tanto assim o é que, na absurda hipótese de extinção da Segunda Ação, não haverá declaração, na Primeira Ação, de que os aparelhos celulares T75186D, L95159J, C95199I, C55152D, Alcatel 1066G/1066D, Alcatel 1 5033A/5033J e Alcatel 3C 5026J não violam as **Patentes**.

Assim, não há que se falar em continência, ou litispendência, razão pela qual passa-se a analisar se existe conexão entre as causas ou se, em qualquer caso, seria aconselhável a sua reunião para julgamento conjunto.

52. **Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento.** 17. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 351.

53. "PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EMBARGOS A EXECUÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA EM QUE SE DISCUTE O DÉBITO FISCAL OBJETO DA EXECUÇÃO FISCAL. CONTINÊNCIA ENTRE AS AÇÕES. CONFIGURAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. I - CONFORME PRELEZIONAM OS PROCESSUALISTAS, "HÁ CONTINÊNCIA ENTRE CAUSAS, TODA VEZ QUE O OBJETO DE UMA (CAUSA CONTINENTE), POR SER MAIS AMPLO, ABRANGE O DA OUTRA (CAUSA CONTIDA). A DIFERENÇA ENTRE AS AÇÕES CONTINENTE E CONTEÚDO É, PORTANTO, QUANTITATIVA. A CONTINÊNCIA NÃO DEIXA DE SER UMA ESPÉCIE DE CONEXÃO, SENDO QUE A CONSEQUÊNCIA PROCESSUAL ADVINDA DA EXISTÊNCIA DE UMA OU OUTRA É A MESMA: A MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA." (CC 20.808/MS, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/12/1997, DJ 16/02/1998, p. 4)

IV.2. Conexão

A conexão é, sem sombra de dúvidas, a hipótese clássica que enseja ou pode ensejar reunião de ações para julgamento conjunto e modificação de competência. Sua verificação deve remontar “à origem ou ao fim próprio de cada relação jurídica, é o elemento genético, ou finalístico, a que a mesma relação se prende, para discernir se há fatos comuns, causais ou finalísticos.”⁵⁴

Por isso, afirma-se que a conexão não decorre apenas da identidade entre os elementos, como diz a letra fria da lei (art. 55. *caput*)⁵⁵, mas, sim, dos fatos essenciais (não secundários) que justificaram o pedido de tutela jurisdicional.

Segundo Paulo Henrique dos Santos Lucon, em monografia sobre o tema, é “[a] partir do exame concreto dos fatos essenciais que são base da causa de pedir remota é que se poderá verificar a intensidade do liame apto a determinar a conexão e evitar com isso julgamentos contraditórios ou conflituosos ou mesmo atividades inúteis.”⁵⁶ (grifo nosso)

É preciso que a causa de pedir seja idêntica ou, pelo menos, haja semelhança de fatos essenciais, a ponto de indicar que, a bem da verdade, ambas as demandas possuem o mesmo fim.

Isso, com um único objetivo: “evitar a coexistência de decisões judiciais inconciliáveis sob o ponto de vista prático”⁵⁷. Ou seja, o instituto deve ser aplicado à luz da utilidade da reunião dos processos. Se não há risco de decisões contraditórias, não há conexão.

Como se viu, entre a Primeira Ação e a Segunda Ação não existe tal semelhança de fatos essenciais. Muito pelo contrário. Elas versam sobre **produtos distintos**, embora em face das mesmas patentes, sendo certo que não há que se falar nem conexão, nem, como veremos adiante, da existência de qualquer fundamento que justifique a reunião de processos.

54. PARÁ FILHO, Tomás. **Estudo sobre a conexão de causas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 64.

55. Art. 55. *Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.(...)*

56. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Relação entre demandas**. 2. ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 88.

57. REsp 594.748/RS, 1.ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 17/08/2006, DJ 31/08/2006, p. 201.

O objeto do primeiro processo, que corre no Rio de Janeiro, consiste na verificação da licitude da produção dos telefones das séries “A”, “Pixi”, “Idol”, “Pop” e “U” em face das Patentes de Invenção **P1**, **P2** e **P3**; e o do processo que corre em Cajamar/SP, a verificação da viabilidade de produção dos telefones T75186D, L95159J, C95199I, C55152D, Alcatel 1066G/1066D, Alcatel 1 5033A/5033J e Alcatel 3C 5026J, em face das mesmas **Patentes**. Vê-se, portanto, desde já que: *i*) inexistente possibilidade de haver decisões contraditórias; e *ii*) não se poderá aproveitar nem mesmo a prova produzida de uma, para outra ação.

IV.3. Reunião de ações não conexas (conexão imprópria)

O fundamento da conexão, bem se sabe, é evitar a subsistência de ações arrimadas no mesmo quadro fático, quando essa circunstância puder gerar **decisões contraditórias**. Prestigia-se a segurança jurídica, bem como a economia processual, mediante a unidade da instrução probatória.⁵⁸

Ocorre que há situações em que, apesar da ausência de identidade de fatos essenciais entre as causas, é prudente a reunião por causa do perigo de haver decisões contraditórias. Para esses casos, o CPC prevê, no art. 55, § 3º⁵⁹ a possibilidade de reunião, para julgamento conjunto, de ações não conexas.

A nova lei processual, que sob certo aspecto, de fato, parece reduzir a relevância da precisão com que se aferem os requisitos que ensejam a reunião de ações, deve ser compreendida com cautela. Veja-se que, mesmo quando o novo CPC dispensa a conexão, no sentido técnico, não dispensa o perigo de haver decisões contraditórias para justificar a reunião das causas. **Apenas terá sentido jurídico a reunião de ações não conexas quando dessa reunião resultar empecilho a decisões contraditórias ou pelo menos realizar a economia processual.**

58. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 137.

59. Art. 55. (...) § 3º 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.

Justamente por isso, a decisão que determina a reunião de processos, com fundamento no art. 55, § 3º, sobretudo quando resulta em modificação da competência, deve ser prolatada apenas quando for efetivamente necessária tal reunião. Na verdade, de rigor, quando a lei menciona a conexão, “presume” que, existindo esse liame entre as causas, as duas finalidades estarão sendo alcançadas, com a reunião das ações.

Não é o que se ocorre no caso concreto, como já se adiantou no item precedente.

Primeiro, e acima de tudo, **inexiste risco de decisões conflitantes**, já que o segundo pedido deve ser desconsiderado, uma vez que jamais poderia ter sido formulado. Isso, porque, para verificação da existência (e inexistência) de violação às **Patentes**, naquilo em que o pedido é certo e determinado, **será necessário realizar perícia em cada um dos aparelhos que, repita-se, são diferentes nas duas ações.**

Assim, a conclusão de que os produtos nominados T75186D, L95159J, C95199I, C55152D, Alcatel 1066G/1066D, Alcatel 1 5033A/5033J e Alcatel 3C 5026J não violam a propriedade intelectual da Y não implicará, em nenhuma medida, resultado semelhante quanto aos aparelhos celulares das séries “A”, “Pixi”, “Idol”, “Pop” e “U”, relacionados na Primeira Ação.

As ações são absolutamente independentes, porque geram a necessidade da análise da violação das patentes **P1**, **P2** e **P3** (sim, as mesmas patentes!), mas **em relação a aparelhos celulares DIFERENTES.**

Aliás, ao contrário: concentrar a análise de todos os aparelhos em uma única perícia, especialmente considerando que os produtos contêm tecnologia absolutamente diferente, pode tornar a prova ainda mais complexa, custosa e demorada. Isso sem mencionar que anos separam a primeira “leva” de produtos da segunda e, bem se sabe, a tecnologia utilizada nos celulares evolui rapidamente, de sorte que, dificilmente, a metodologia utilizada na perícia será a mesma nos dois casos.

Outra ponderação deve ser feita. A ação declaratória de nulidade, movida na Justiça Federal, é prejudicial à Primeira Ação. Ou seja, a demanda condenatória deverá ser necessariamente suspensa, especialmente considerando que o TRF2 suspendeu, por meio de decisão liminar, os efeitos das **Patentes**.

Assim, manter a Segunda Ação no juízo de Cajamar, separada, portanto, da Primeira Ação, ao contrário do que foi afirmado na decisão objeto de análise, não só **não** gera qualquer risco de decisões conflitantes como, por outro lado, é a medida que mais atende à necessidade de celeridade e realiza a economia processual.

V. Resposta aos quesitos e conclusão

Analizados todos os dados que nos foram fornecidos pela Consultante, e alicerçados nos elementos jurídicos de que tratamos nos itens precedentes, aos quais nos reportamos, manifestamos nossa opinião em relação às questões que nos foram encaminhadas:

1. O segundo pedido formulado na Primeira Ação é regular?

O segundo pedido, em que se pretende a proteção abstrata e genérica de **P1**, **P2** e **P3**, contra qualquer futuro produto produzido pela **X**, traduz hipótese de pedido condicional, vedado pelo ordenamento jurídico.

No caso, a situação é ainda mais grave: considerando que o pedido é abstrato e genérico, além de não apontar qualquer lesão ou ameaça a lesão concreta, o que se tem é a *falta de interesse de agir* da **Y** e a consequente impossibilidade tanto de julgamento (porque, aí, seria prolatada sentença condicional e abstrata), quanto de produção de efeitos (sem indicar o direito violado ou ameaçado, é impossível, para o juiz, precisar a conduta que o réu deverá cumprir).

Veja-se também que esse pedido burla a lei, criando uma espécie de *vis attractiva*, modificando artificialmente a competência para julgamento de todas as ações em que se afirme ter havido violação àquelas patentes.

2. Há conexão entre as ações que tramitam no Rio de Janeiro e em São Paulo, na Justiça Estadual?

Não há conexão entre a Primeira Ação e a Segunda Ação. Apesar de ambas terem, como pano de fundo, **P1**, **P2** e **P3**, os aparelhos, cuja possibilidade de produção deve ser avaliada em face dessas mesmas patentes, são celulares são distintos, o que é suficiente para afastar a identidade de causas de pedir, essencial para o reconhecimento de conexão.

Da mesma forma e pelo mesmo motivo, nota-se que as ações veiculam pretensões, também, diferentes. São diferentes os objetos de ambos os processos, por isso não há, tampouco, litispendência ou continência.

No ponto, uma última ponderação deve ser feita. Todo aquele que precise, por qualquer motivo, interpretar pedido formulado, deverá fazê-lo como determina o art. 5º do CPC,⁶⁰ ou seja, em prol da boa-fé objetiva. Qualquer risco de deturpação do direito de ação, ainda que não seja comprovado o dolo da parte, deverá ser afastado, evitando-se, assim, o abuso de direito. Por esse motivo, a verificação da existência de conexão entre as ações deverá passar, necessariamente, pelo crivo da boa-fé objetiva, o qual impõe que apenas sejam considerados, para qualquer fim, os pedidos certos e determinados, formulados pela Y, exclusivamente relacionados aos aparelhos celulares das séries “A”, “Pixi”, “Idol”, “Pop” e “U”.

3. Há alguma influência da primeira ação sobre a segunda?

Não. Considerando que as ações versam sobre aparelhos celulares diferentes, não há influência alguma da primeira sobre a segunda. Apenas a ação movida na Justiça Federal poderá, se procedente, tornar inúteis as decisões de mérito em ambas.

4. Independentemente da existência de conexão entre as ações, haveria racionalidade jurídica na reunião para julgamento conjunto?

Não. Por duas razões:

A. Como as ações giram em torno de aparelhos celulares diferentes, não há risco de prolação de decisões contraditórias.

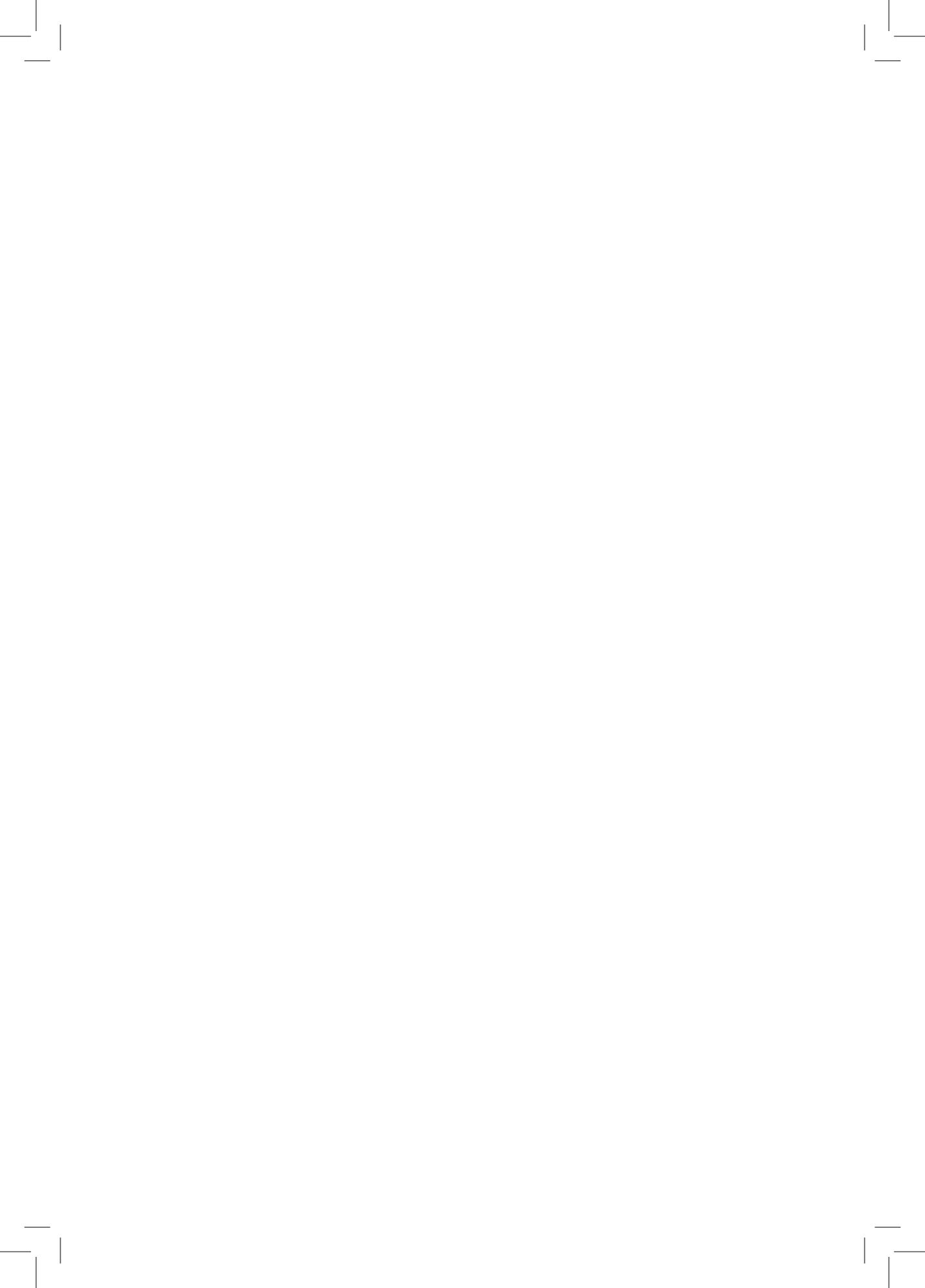
B. Ademais, a prova pericial, a ser produzida sobre cada um dos aparelhos *sub judice*, identificará, caso a caso, se houve ou não violação das **Patentes**. É o resultado da perícia que, possivelmente, direcionará o julgamento dos pedidos. Além disso, considerando que são muitos aparelhos celulares, com tecnologia diferente e há anos de diferença entre as datas de fabricação, a reunião da análise de todos em uma única perícia poderá, pelo contrário, ser prejudicial, tornando a prova mais complexa, custosa e demorada.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Curitiba, 27 de maio de 2019.

TERESA ARRUDA ALVIM

60. Art. 5º *Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.*



16

PROVAS – HIERARQUIA LEGAL
É DIFERENTE DE RELEVÂNCIA
NATURAL DE ALGUMAS ESPÉCIES DE
PROVA, QUE PREVALECEM SOBRE
OUTRAS – PROVA EM SEGUNDO
GRAU DE JURISDIÇÃO – DEVER DE
FUNDAMENTAÇÃO – ALUSÃO A TODOS
OS ELEMENTOS CONSTANTES DOS
AUTOS? – HIPÓTESE DE NULIDADE?

PARECER

I. Situação jurídica existente e consulta

Consulta-nos **X**, por meio do seu ilustre advogado Dr. Marco Antonio Rodrigues, sobre a validade da sentença prolatada nos autos das ações originárias da Y Vara Cível do Foro Regional da Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, em que litiga com **Z** e **W**, principalmente, sob o enfoque dos poderes instrutórios do juiz, do livre convencimento motivado e do dever de fundamentação.

II. Resumo do essencial

X ajuizou uma ação declaratória contra as empresas Z1 e Z2, com o intuito de obter a *declaração de inexistência de obrigação de pagar indenização securitária*, relativamente a um sinistro ocorrido, em março de 2013, no porto localizado em Santana, no Amapá (“Porto”).

Conforme relatado na inicial, o acidente consistiu em deslocamento/movimentação de massas, resultando na submersão de uma grande área do Porto. Alega que o contrato de seguro, além de não garantir eventos previsíveis e ocasionais, exclui, expressamente: (i) deslizamento, acomodação e movimentação do solo; (ii) a estocagem acima dos limites de segurança; (iii) a negligência e a falta de habilidade; e (iv) o desmoronamento por aumento do volume de rios, por falha de construção e má conservação do imóvel onde localizado o estabelecimento, e pela queda de taludes.

Na inicial, sustenta que a apólice securitária exclui, também, a cobertura de eventos se o segurado: (i) intencionalmente, agravar o risco segurado; e se (ii) deixar de cumprir as normas técnicas ABNT e/ou outros órgãos oficiais.

Segundo foi relatado, desde a autorização para funcionamento do Porto de Santana pela I (a primeira empresa a operar o Porto), houve um absurdo aumento das operações portuárias, pela Z, com a multiplicação, em dezenas de vezes, da atividade originária do Porto. Tal fato, de acordo com a inicial, além de agravar o risco segurado, teria demonstrado uma atuação consciente e intencional, por parte da Z, relativamente ao agravamento do risco segurado.

Diversos foram os aspectos apontados, pela Apelada, no tocante aos problemas existentes com o Porto, desde o ano de 1953. Destaca-se, inclusive, projetos estruturais que foram desenvolvidos e respectivas sugestões, com o intuito de se tentar resolver, ou, ao menos, minimizar os riscos já, então, existentes.

Apesar disso, segundo narra a petição inicial, o que se buscou foi, exclusivamente, o aumento da produtividade e da rentabilidade das instalações, em detrimento da melhoria da segurança do Porto e dos trabalhadores.

Com a compra do Porto pela W (sucessora da Z), em 2008, a Apelada informa ter havido um aumento expressivo da comercialização de produtos, sem qualquer preocupação com a segurança do local.

Conforme destacado na petição inicial, a W sempre teve conhecimento do histórico de problemas e limitações do Porto. Seja porque, à época da aquisição, procedeu a um detalhado estudo, seja porque foi devidamente informada de todas as fragilidades do terreno.

Quando da ocorrência do sinistro, diversos exames periciais foram realizados, por exemplo, o laudo preparado pela Polícia Técnico Científica do Departamento de Criminalística de Santana, tendo-se identificado que parte do minério estava despejada sobre o rio e ultrapassava o limite seguro de estocagem.

Além disso, o mesmo laudo indica o tráfego de veículos de grande porte, atribuindo, como causa do evento, a sobrecarga produzida nas operações de transporte, em vista da baixa capacidade de resistência do solo, nas margens do rio Amazonas.

Também o Instituto de Meio Ambiente do Estado do Amapá (IMAP) elaborou vistoria e laudos, concluindo, entre outros aspectos, que “*a empresa assumiu o risco de um possível acidente quando não realizou estudos sobre a capacidade de suporte do solo e ao armazenar carga excessiva sobre o mesmo, em área muito próxima à margem do rio*” (fls. 669) e, em virtude do grave impacto causado ao meio ambiente, impôs milionária multa.

A Apelada sustenta, com base nas diversas provas que junta à inicial – entre as quais documentos que não foram apresentados pela Apelante quando do sinistro¹ –, não ser devida a cobertura securitária, em vista das exclusões contratadas.

Antes de apresentarem contestação, as Apelantes distribuíram, por dependência à ação ajuizada pela Apelada, uma segunda ação ordinária baseada no contrato firmado e em alegados ilícitos extracontratuais.

Na inicial, requereram a declaração da existência da cobertura de seguro para o acidente ocorrido em seu Porto, com o pagamento de indenizações por danos emergentes e lucros cessantes, conforme valores a serem apurados “*em perícia de engenharia e contábil financeira*”, além dos prejuízos que alegam ter sofrido em virtude da mora da Apelada, e danos morais.

As Apelantes sustentam que, quando da contratação do seguro, a Apelada, juntamente com a reguladora internacional, inspecionaram o Porto e que, durante a “*due diligence feita pelo Grupo Z American, na época em que foi adquirida a operação do Sistema Amapá, as coautoras jamais foram alertadas sobre qualquer fato geológico ou geotécnico digno de atenção*”.

1. O que, inclusive, acarreta infração ao contrato de seguro.

Em contestação à ação ajuizada pela Apelada, a Z informa ter ajuizado ação de exibição de documentos, na qual foi deferida liminar, tendo sido exibidos dois relatórios produzidos pela Crawford.

Sustenta que, no primeiro desses documentos, já constaria indicação para que a Apelada efetuasse provisão técnica para fazer frente à indenização a ser paga pelo sinistro. Por outro lado, no segundo, teriam sido analisados diversos documentos e relatórios técnicos, concluindo-se, ao final, pela existência de cobertura securitária do sinistro.

Informa, também, ter ajuizado medida de justificação, na qual, em audiência, foi colhido o depoimento de ex-superintendente de sinistros da Apelada. Naquele ato, a testemunha teria esclarecido inexistir anormalidade a justificar a contratação de nova reguladora de sinistros, para atuar ao lado da Crawford, e que alguns envolvidos no processo de pagamento do prêmio se posicionaram favoravelmente à cobertura do seguro.

A Z – fazendo menção a provas documentais apresentadas com sua defesa – afirma o desconhecimento de qualquer problema anterior em relação ao local onde situado o Porto, assim como a ausência de responsabilidade, seja por ação, seja por omissão, em relação ao sinistro ocorrido.

A contestação da Z faz, além disso, menção aos documentos elaborados pelas reguladoras C e U, além de apresentar laudo do *expert*, Dr. Sandro Salvador Sandroni, o qual impugna o laudo previamente elaborado pela Polícia Civil.

Com o propósito de demonstrar seu direito, apresenta laudo de engenharia especializada sobre aspectos geotécnicos relacionados ao acidente, elaborado por *equipe multidisciplinar* composta por engenheiros civis/geotécnicos.

Em sua contestação, a W, com vistas a tentar demonstrar ausência de responsabilidade das Apelantes quanto ao sinistro, sustenta que, com base nas “*conclusões de acurados estudos técnicos realizados ao longo dos meses que se seguiram ao sinistro de março de 2013, hoje se pode afirmar que a forte onda que atingiu o terminal de minérios foi consequência de uma **abrupta ruptura de solo por ação de um raro material identificado como argila sensível (até então com existência desconhecida no território nacional), atingindo uma parte da faixa de terras do terminal portuário situada na***

margem esquerda do Rio Amazonas, à qual se fixava o pier flutuante, bem como parte da correia transportadora de minério (ship loader), ambos destruídos, além de outras instalações, equipamentos e veículos de serviço que ali se encontravam” (fls. 812) (grifos nossos)

Ao final de sua peça de defesa, ressalta que: “*a conclusão mais importante a que se chegou foi a **descoberta da verdadeira causa do acidente**. Ao concluir o seu estudo, o Professor Sandro Sandroni afirma, peremptoriamente, que o **acidente foi provocado em razão da consistência do solo daquela região**, isto é, por se tratar de **solo argiloso mole, incomum** – sem que se tenha notícia de outro deste tipo no País – e **especialmente sensível, que possui a peculiaridade de se romper, de forma abrupta, independente de qualquer sinal prévio**” (fls. 825), a caracterizar a ocorrência de força maior. (grifos nossos)*

A Apelada, ao apresentar réplica (fls. 2239/2330), refutou as alegações das Apelantes, sustentando que as empresas de grande porte do ramo da mineração tinham conhecimento das condições (fragilidades) do solo local, situação não inédita no país – conforme laudos apresentados. Ressaltou que as empresas tinham conhecimento dos problemas anteriormente havidos naquele Porto e de quais as implementações que seriam necessárias, de molde a minimizar riscos de novos acidentes.

A Apelada laborou sobre o laudo preparado pelo Prof. Marcos Massao Futai, no sentido de que as causas do sinistro foram a sobrecarga na borda do talude, resultando no escorregamento do solo. Em réplica, foram mencionadas, também, as conclusões dos Professores Roberto Francisco de Azevedo, Eduardo Gomes Marques e Izabel Duarte Azevedo, de que a fragilidade do solo, somada ao excessivo esforço sobre ele, acarretaram o sinistro.

Após a tréplica das Apelantes, veio o *laudo pericial*, preparado pelo *expert* indicado pelo juiz, juntamente com dois auxiliares, que é composto de *220 laudas* e *9 anexos*: (i) Relatório Fotográfico; (ii) Relatórios de sondagem da P pós-acidente (2013); (iii) Relatórios de Sondagem da Lenan pós-acidente (2013); (iv) Planta de Locação dos furos de sondagem executados pela P; (v) Relatórios de Sondagem realizados pela empresa P (2015); (vi) Relatório dos ensaios geofísicos realizados pela perícia (2015); (vii) Relatórios de embarque da Z; (viii) Projeto do Porto da Info Design; e (ix) Projeto do carregador de navios (fls. 3945/4164).

Para a elaboração do *laudo pericial*, o perito realizou diversas vistorias, *in loco*, sempre juntamente com os assistentes técnicos das partes – dias 26 a 30 de outubro de 2015; dias 10 de novembro a 5 de dezembro de 2015 e dias 21 e 22 de dezembro de 2015 –, bem como recebeu diversos documentos e informações das partes.

Uma extensa gama de documentos foi analisada pelo perito (fls. 4019 e seguintes), **inclusive relatórios de entidades governamentais e relatórios elaborados por técnicos contratados pelas Apelantes**: (i) Parecer Técnico R nº 001/2013 – R – 06/2013; (ii) Aspectos Geotécnicos do evento de movimentação de massa na margem do Rio Amazonas – VB – 07/2013; e (iii) Aspectos geotécnicos do acidente ocorrido em 28 de março de 2013 – G (Sandro Sandroni) – 08/2013.

Após extensíssima análise, bem como as respostas aos 27 quesitos elaborados pela Apelada e aos 62 quesitos elaborados pelas Apelantes, a conclusão adotada pelo perito judicial e seus assistentes foi:

“Por tudo que foi exposto, concluímos que os estudos e análises desenvolvidos no presente Laudo evidenciam falta de cautela da empresa ré – Z na operação portuária, principalmente no tocante ao estoque de minério em área marginal, fora dos pátios de armazenamento projetados, em solo de baixa capacidade de carga, ficando evidenciado que uma pilha de minério de, aproximadamente, 15.000 (quinze mil) toneladas, localizada no lado leste do Porto, pelos cálculos demonstrados no corpo do laudo, foi o fator deflagrador do acidente.”
(fls. 4124)

As partes manifestaram-se sobre o laudo pericial.

Em sua petição, a Z, apresentando laudos de técnicos estrangeiros, informa, às fls. 5.070, que: *“Por essa razão é que, embora absolutamente decepcionada com o Laudo oficial, a Z não postulará a realização de nova perícia”*. E, ao fim (fls. 5.102), pleiteia que: *“Se não sentir Vossa Excelência necessidade de nova perícia, porque a feita não se remenda, o que somente avolumará o custo extraordinário desta demanda aventureira, nem ouvir os testemunhos dos que sentiram o sinistro e vivenciaram a grotesca farsa regulatória e liquidatória, o processo está maduro para ser julgado, com a improcedência do pedido e a aplicação, à autora Itaiú, de pena de litigância de má fé”* (g.n.).

Foram juntados pareceres elaborados pelos Assistentes Técnicos, o da Z (fls. 5.104/5.207), **divergente**, e o da X (fls. 5.650/5.698) anuindo com as conclusões do perito.

Posteriormente, “*Convidado a prestar esclarecimentos a respeito da radical divergência dos assistentes da ré Z American e da multidão de consultores geotécnicos brasileiros e estrangeiros com seu laudo, o Perito Judicial*” **apresentou esclarecimentos (fls. 5.761/5.815), rebatendo, ponto a ponto, o quanto foi objeto de laudo divergente dos Assistentes Técnicos das Apelantes.**

O perito, em seus esclarecimentos, manteve, integralmente, sua posição inicial: “*Por todo o exposto, este Perito mantém todo o conteúdo do seu Laudo Pericial, estando devidamente pautado nas Normas Técnicas e na boa prática da engenharia, sendo esclarecidos todos os pontos apresentados pelas partes, ficando à disposição deste Juízo para prestar outros esclarecimentos, se necessário.*” (fls. 5.815).

A Z, ao se manifestar (fls. 5837/5850) acerca dos esclarecimentos dos peritos judiciais, apresenta suas respectivas impugnações, requerendo, ao fim: “*a juntada desta e dos documentos anexos, que reforçam a necessária conclusão de que a perícia judicial conclui pela existência de seu direito à indenização securitária, apesar de graves erros conceituais e metodológicos, ao reconhecer (i) que não há prova nem sequer indícios de pilhas gigantesca de 120 mil toneladas de minério na parte baixa do porto e (ii) que não houve qualquer alteração nas condições de operação da Z que há anos utilizava as áreas para operação e estocagem, ou seja, também é impossível falar em agravamento das condições originais do risco garantido pela autora.*”

Foram apresentados pareceres, elaborados pelos Assistentes Técnicos das partes, acerca dos esclarecimentos realizados pelo perito: Apelada (fls. 6101/6160) e Z (fls. 5851/5869).

A Z postulou produção de prova testemunhal complementar, requerimento esse em relação ao qual o Juiz entendeu que: “*A matéria probatória debatida nos autos está relacionada diretamente à prova pericial, sendo prescindível, para a formação do convencimento do Juízo, a realização de prova oral. Por outro lado, depois de concluída a prova pericial, foram juntados novos documentos sobre os quais devem se manifestar as partes. Sendo assim, venham as alegações finais no prazo comum de vinte dias para ambos os feitos e, após, conclusos para sentença.*” (fl. 7574). Dessa decisão, não se recorreu.

Posteriormente, as partes protocolaram suas Alegações Finais (Apelada: fls. 7864/7927; Z: fls. 7639/7699 e W: fls. 8029/8035), momento em que lhes foi possível, mais uma vez, esmiuçar todas as provas que tiveram a oportunidade de produzir: (i) documentos, (ii) relatórios técnicos elaborados por entidades privadas (nacionais e estrangeiras) e governamentais: federais, estaduais e municipais, (iii) perícia judicial e pareceres de assistentes técnicos; e (iv) pareceres encomendados, por ambas as partes, perante juristas nacionais e estrangeiros.

Às fls. 8046/8067 da ação proposta pela Apelada, foi proferida sentença (replicada na ação proposta pelas Apelantes), julgando procedente aquela ação e improcedente esta.

A sentença, em sua fundamentação, é bastante elucidativa a respeito das provas que foram objeto de instrução e base para a prolação do julgado:

“No curso da instrução de ambos os processos, notadamente do excelente trabalho pericial, a determinação das causas do evento contou com o exame de nada menos que dezenove pareceres, gerados por entidades públicas e privadas, número que se explica pelas proporções que o fato assumiu, inclusive com a perda de vidas humanas. Todos integram o rol de fls. 4.019/4.021 do laudo pericial juntado às fls. 3.945/4.163 do processo nº 16360-72; são eles: (1) Laudo Técnico do Instituto Estadual do Meio Ambiente do Amapá – IMAP (abril de 2013); (2) Laudo de Exame Pericial da Capitania dos Portos (abril de 2013); (3) Laudo de Exame Pericial da Polícia Técnico-Científica – POLITEC (junho de 2013); (4) Relatório do Inquérito Administrativo de Acidentes e Fatos Náuticos (IA-FN) – Capitania dos Portos (novembro de 2013); (5) Parecer Técnico R nº 001/2013 (entidade privada contratada pela Segurada – junho de 2013); (6) Aspectos Geotécnicos do evento de movimentação de massa na margem do Rio Amazonas – VB (entidade privada contratada pela Segurada – julho de 2013); (7) Relatório Preliminar – CRAWFORD (Relatório Preliminar da Regulação do Sinistro – julho de 2013); (8) Aspectos geotécnicos do acidente ocorrido em 28 de março de 2013 – G 8051 Estado do Rio de Janeiro Poder Judiciário Tribunal de Justiça Regional da Barra da Tijuca Cartório da 1ª Vara Cível Av. Luiz Carlos Prestes, s/nº 2º andar CEP: 22775-055 – Barra da Tijuca – Rio de Janeiro – RJ Tel.: 3385-8700 e-mail: btj01vciv@tjrj.jus.br 110 ARTHURFERREIRA (entidade privada contratada pela Segurada – agosto de 2013); (9) Relatório Interino I – CRAWFORD (Regulação do Sinistro – novembro de 2013); (10) Relatório Interino II – CRAWFORD

(Regulação do Sinistro – abril de 2014); (11) Relatório Interino III – CRAWFORD (Regulação do Sinistro – maio de 2014); (12) Parecer sobre a ruptura do talude do Porto de Santana – Amapá – Prof. Marcos Pacheco – UERI – (Relatório contratado pela Seguradora – maio de 2014); (13) Relatório de Regulação do Sinistro – UON (maio de 2014); (14) Laudo Técnico do Eng. Ismar Ferrari (Consultor contratado pela Seguradora – maio de 2014); (15) Estudos de Estabilidade dos solos moles do depósito Aluvionar do Eng. Ismar Ferrari (Consultor contratado pela Seguradora – junho de 2014); (16) Acidente Porto Santana – Universidade Federal de Viçosa (Estudo contratado pela Seguradora – junho de 2014); (17) Avaliação das informações existentes sobre as causas do escorregamento do Porto de Santana – Marcos Futai – USP (estudo comparativo contratado pela Seguradora, elaborado com base nas análises e documentos até então produzidos sobre o evento – agosto de 2014); (18) Parecer Técnico sobre o movimento de massa ocorrido no porto de embarque de minérios da empresa Z AMERICAN Brasil LTDA. em Santana – Universidade Federal de Pernambuco (contratado pela Seguradora – agosto de 2014); (19) Avaliação do processo de ruptura do Porto de Santana, Amapá, a partir dos documentos fornecidos, relatórios e reconstrução do cenário geotécnico – Eng. Luiz A. Bressani (contratado pela Seguradora – setembro de 2014).” (g.n.).

No bojo da sentença, o juiz entendeu que as Apelantes não foram surpreendidas com a negativa de pagamento do seguro, tanto que contrataram consultores *privados* para buscar base à justificativa do pagamento da indenização securitária pretendida.

Nota-se uma análise cuidadosa, por parte do juiz, do laudo pericial, assim como dos relatórios produzidos no curso da regulação do sinistro, sendo seu entendimento no sentido de que tais relatórios ainda não eram conclusivos. Decidiu que “*não foi surpresa o resultado final do relatório final de regulação do sinistro, que deu pela negativa do pagamento de indenização securitária*”.

O juiz entendeu que a alegação das Apelantes, de que não tiveram conhecimento de outro deslizamento, em 1993, assim como sobre a fragilidade do solo, a requerer medidas de reforço do talude, não se sustenta, com base em toda a documentação coligida, durante a instrução probatória.

Para tanto, o juiz faz menção a diversas respostas elaboradas pelo perito aos quesitos apresentados pelas partes, baseando a conclusão da sentença, também, no relatório de sondagem realizado

pela empresa Geoforma, em 2007 (fls. 1708/1763), juntado com a contestação da Z.

Além disso, continua o juiz, a atividade portuária desenvolvida pelas Apelantes ocorreu conforme o projeto elaborado pela InfoDesign, o que foi objeto de comentário do perito, também, em seu laudo.

A fim de fundamentar a procedência da ação declaratória ajuizada pela Apelada e de improcedência da ação de cobrança ajuizada pelas Apelantes, o juiz consignou na sentença que ficou constatada “a existência de operação de estocagem e carregamento de minério, através de equipamento carregador de correis móvel, na parte marginal oeste do porto, e, portanto, fora do pátio de estocagem previsto no projeto da InfoDesign (Anexo 8)”² (fls. 8060).

O juiz esclareceu, também, que “ficou constatada a existência de camada de aterro de minério de ferro na parte superior do solo, depositada em toda a extensão da área acidentada, com espessura variável em cada trecho (fls. 4084/4085)”.

Para chegar às conclusões de sua sentença, o juiz analisa, também, imagens de satélite (fls. 4086/4100) e, quanto ao suposto fato de a Apelada ter conhecimento das condições de operação do Porto, o juiz afasta tal alegação, transcrevendo, para tanto, a resposta do perito aos quesitos 30 a 36, formulados pelas Apelantes.

Com base em todo o contexto probatório analisado e mencionado, em sentença, o juiz deu por “Muito bem configurada a perda do direito à indenização securitária, seja por terem as Seguradas negligentemente concorrido para a ocorrência do sinistro, seja também, especialmente, por terem culposamente incrementado sobremaneira o risco segurado, excedendo os limites do pátio de estocagem e depositando quantidades significativas de minério de ferro e maquinário pesado em desconformidade com o projeto do porto e o memorial trazido às fls. 3.332/3.353 do processo nº 16360-72.” (fls. 8064).

As Apelantes, então, apresentaram seu recurso de apelação (Z: fls. 8156/8298 e W: fls. 8365/8388)

Em suas razões recursais, a Z, entre outros pontos, constantes das 143 laudas de sua petição, sustenta a ocorrência de cerceamento

2. Isso a demonstrar que o minério de ferro estava estocado fora da área definida para tal, conforme definição do projeto do porto, perigosamente próximo à margem do rio.

de defesa, apesar de ter, às fls. 5070, expressamente, informado não pretender a realização de nova perícia, e não tenha recorrido da decisão que indeferiu a prova oral.

Tal alegação baseia-se no entendimento da Z de que as conclusões equivocadas da perícia, assim como a omissão quanto ao exame de 38 documentos, vídeos e maquetes, apresentados por ela, afrontariam o contraditório substancial, a demandar a conversão do julgamento em diligência, no Tribunal, ou a realização de uma segunda perícia.

Sustenta que seu pleito para a ampla produção de prova complementar (fls. 7.019/7.020), foi indeferido pelo juiz, tendo havido pedido de reconsideração, o qual, também, foi indeferido.

O pedido da Z é de reforma da sentença e, se não for esse o entendimento do Tribunal, requer: (i) a anulação da sentença por ofensa ao art. 489, § 1º, inciso IV, do CPC, diante das omissões apontadas, tanto em relação às provas produzidas quanto em relação àquelas requeridas, cuja produção foi indeferida; e (ii) a anulação da sentença em razão de cerceamento do direito de defesa, com o retorno do processo à origem; ou (iii) a conversão do julgamento em diligência.

A W também interpôs apelação, pleiteando: (i) a nulidade da sentença, por inobservância das regras dos arts. 489, § 1º, inciso IV e 1022, parágrafo único, inciso II, do CPC; (ii) a reforma da sentença em decorrência da necessidade de produção de prova oral e da realização de segunda perícia; e, por fim, (iii) a reforma da sentença, ante a incorreta apreciação dos fatos.

A X respondeu aos recursos de apelação.

III. Quesitos

Os quesitos que nos foram formulados são os seguintes:

1) Ficou comprometida a sentença, no caso dos autos, por que o juiz, no curso do procedimento em primeiro grau, indeferiu provas? O fato de não ter havido recurso da decisão que indeferiu essas provas é relevante?

2) Podem, certas provas, ser consideradas **mais relevantes** que outras, independentemente de haver previsão legal expressa a respeito? No caso dos autos, ao laudo pericial e aos laudos oficiais, produzidos por órgãos técnicos governamentais, pode-se atribuir maior força probante?

3) Pode, a parte, requerer produção de provas, em segundo grau de jurisdição? Há preclusão? O fato de a parte requerente ter aberto mão do direito à produção de uma segunda perícia influi na resposta a este quesito?

4) Há *error in procedendo*, quando o juiz indefere uma prova e julga com base nas demais?

5) Caso se admita que a prova pleiteada pela segurada seja produzida, estando o processo em segundo grau de jurisdição, essa produção deve ocorrer em primeiro ou em segundo grau?

6) O juiz deveria ter se pronunciado, especificamente, a respeito de todos os elementos de fato e de direito constantes dos autos, sob pena de a sentença dever ser considerada nula?

IV. Liberdade do juiz no campo probatório

IV.1. *A percepção do juiz – O conjunto probatório – As provas individualmente consideradas*

Questões relativas às provas, ao deferimento delas, à sua apreciação, consistem num dos campos mais delicados e difíceis do processo. Isso, porque **as provas são a realidade trazida para dentro dos autos**. As provas são o veículo que traz, para dentro do processo os *atos da vida*, subjacentes à lide.

Se no que tange, por exemplo, aos recursos ou às formas de resposta do réu, é possível que se criem regras absolutas, já não se pode dizer o mesmo no contexto das provas. Não há *regras absolutas* no mundo real e é esse mundo que as provas carregam para o universo fechado do processo.

Isso é ainda muito mais verdadeiro quando se trata de processos que nasceram num contexto em que os *atos* são *complexos*, não podem ser compreendidos a olho nu, mas devem sê-lo, necessariamente, através de trabalhos de natureza técnico-pericial.

Em contextos como esses, “incide em grave erro metodológico quem pretende construir, por via dedutiva, a partir de qualquer princípio, ou de quaisquer princípios, um sistema processual completo e fechado, que fosse desdobramento de um rígido encadeamento lógico, até as últimas consequências”³

3. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, p. 283, 1984.

Todavia, alguns parâmetros mínimos podem (e devem) ser adotados na análise das versões dos fatos e das provas, evitando-se, assim, de um lado: *i*) o exercício abusivo do direito à prova e *ii*) de outro lado, o cerceamento de defesa. É na ponderação entre esses dois valores, fundamentais ao ordenamento jurídico brasileiro, que a atuação do juiz deve se desenvolver em casos complexos.

O juiz recebe a petição inicial e a contestação que, quando apresentem versões diferentes, projetam, cada qual, uma tela. Uma *imagem* do que seria o quadro fático subjacente ao processo.

Munido dessas projeções, o juiz passa a exercer função semelhante à de um historiador:⁴ analisando os detalhes que compõem cada versão, elege aquela que, a partir das provas produzidas nos autos, considera mais próxima à realidade.

Em casos mais complexos, geralmente, o que se tem é um verdadeiro **mosaico**, em que cada prova ocupa uma pequena parte do conjunto que, visto como um todo, permite que o observador identifique o cenário completo, a imagem final e mais rente aos fatos ocorridos.

Por isso é que se diz que a atenção do juiz se volta ao conjunto probatório, para eleger qual das versões mais se aproxima à realidade dos fatos subjacentes à demanda. Deve ser feita a análise do *quadro geral*, a partir de uma visão global dos elementos presentes nos autos, que possam indicar, ao juiz, a melhor versão dos fatos:⁵

*“Se as provas e as presunções permitem a elaboração de duas ou mais versões, cabe ao juiz estabelecer a melhor entre elas, ou, como escreve TARUFFO, a ‘melhor’ narração possível entre aquelas que parecem sensatas em relação ao caso concreto.”*⁶

Assim, especialmente em casos complexos, que comportam versões opostas, dadas por cada uma das partes, o juiz escolhe a versão, a melhor imagem, aquela que contém um número mais expressivo

-
4. CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XVII, p. 105-128, 1939.
 5. DÖHRING, Erich. *La prueba*. Buenos Aires: Valetta, 2003, p. 34.
 6. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convencção*. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 334-335.

de elementos que representam os fatos, tais como, efetivamente, ocorreram, e que serão a base das conclusões da sentença.⁷⁻⁸

É importante que fique claro, porém, que “o Juiz nunca tem diante de si vários caminhos dentre os quais pode, indiferentemente, escolher um, sendo, todos, juridicamente lícitos e ‘queridos’ pela norma, embora uns possam ser ‘melhores’ que outros. Para o Magistrado há uma solução, que há de ser tida como a correta: a desejada pelo legislador e ‘determinada’ pela norma, ainda que o caminho para que se chegue até ela possa não ser dos mais fáceis.”⁹ Ou seja, a escolha da melhor versão dos fatos, mesmo que esteja no âmbito da liberdade do juiz, não é discricionária.

O juiz é, no nosso ordenamento, o responsável pelo acerto dos fatos. Afinal, “ninguém dispõe de melhores elementos que ele para atribuir a cada prova o justo valor.”¹⁰ As partes apresentam suas versões; o juiz, analisando as provas, notadamente em seu conjunto, elege a versão que considera ser a mais correta e, a partir disso, resolve o conflito à luz do direito.

“A questão fica mais interessante quando se constata que no mesmo fenômeno ocorre no momento em que o juiz interpreta (talvez fosse

7. HARMAN, Gil. The inference to the best explanation. *Philosophical Review*, 1965.

8. “O julgamento da maior parte dos litígios, ninguém o ignora, implica necessariamente a solução de questões de fato: as partes apresentam, em regra, versões não coincidentes dos acontecimentos que deram origem ao pleito, e o órgão judicial, para aplicar as normas de modo correto, precisa averiguar como foi que realmente se passaram as coisas. Se parece impróprio enxergar na descoberta da verdade o fim último do processo, é sobretudo porque, em relação ao ato de julgar, ela desempenha papel instrumental: a função cognitiva do juiz não se esgota com a exposição daquilo que, a seu ver, aconteceu, mas vai além, para determinar as respectivas conseqüências jurídicas – ou, de acordo com fórmula clássica, enunciar a ‘regra jurídica concreta’ que deve disciplinar aquela determinada situação. Reconhecê-lo de modo algum importa relegar a plano secundário, na atividade jurisdicional, o momento da apuração da realidade fática.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 53, p. 122-133, 1989).

9. ARRUDA ALVIM, Teresa. Existe a “discricionarietà” judicial? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 70, p. 232-234, 1993.

10. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 53, p. 122-133, 1989.

melhor dizer aprecia) não o direito objetivo, mas o contexto probatório constante nos autos. Diante dos caminhos possíveis a serem seguidos, o juiz opta, escolhe, decide por um deles. Com isso ele cria a versão definitiva dos autos, excluindo todas as demais.”¹¹

Nada mais racional, portanto, que o ordenamento lhe permita *deferir* ou *indeferir* provas, a partir dos fatos que considera relevantes e que entende devam ser demonstrados, e, ainda, lhe conceda poderes instrutórios amplos, autorizando que determine a produção de provas de ofício.¹² Como afirma Taruffo, “*a determinação de provas pertence à dimensão epistêmica do procedimento, ou seja, à técnica do processo, e não ao princípio dispositivo em sentido próprio.*”¹³

Egas Dirceu Moniz de Aragão ensina que o juiz tem o “*poder de controlar a pertinência dos fatos a cujo respeito versa a prova*”¹⁴

Toda essa atividade é permeada pelo princípio do (livre) convencimento motivado. O juiz tem liberdade para apreciar o conjunto probatório e eleger, fundamentadamente, a melhor versão dos fatos, endossando o conjunto probatório que o embasa.

O juiz, assim, precisa justificar a escolha de determinada versão e indicar os elementos do “mosaico” que o conduziram à tela final.

Assim, o que se tem, é que o juiz não precisa, necessariamente, analisar, uma a uma, as provas apresentadas pelas partes. Pelo

11. FILHO, Walter Cameja. Juízo de admissibilidade e juízo de valoração das provas. In: OLIVEIRA, G. A. Alvaro de (Org). *Prova Cível*. Rio de Janeiro: Forense, p. 17, 1999.

12. “*Certa ‘margem de liberdade’ indubitavelmente existe, para o Juiz (que acaba por se confundir com o grau de dificuldade de interpretação, criado pelos termos vagos da lei), quando o Magistrado, v.g., considera ser a prova pleiteada útil, oportuna, viável, etc., de molde a que seja conveniente que passe a integrar o quadro de elementos de que disporá para proferir uma decisão de mérito, conforme a verdade. Indeferido o pedido de prova, isto significa ter o Magistrado considerado inconveniente a sua produção.*” (ARRUDA ALVIM, Teresa. Existe a “discricionariedade” judicial? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 70, p. 232-234, 1993).

13. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012. p. 204.

14. MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Direito à prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, p. 98-118, 1985.

contrário, muitas vezes, como afirma Susan Haack, a observância das provas por um “viés atomista” acaba por dificultar a tomada de decisão correta.

Nem sempre **uma** prova é capaz de, *sozinha*, conduzir à escolha de determinada versão. Aliás, normalmente o que ocorre é o contrário. Se observadas, no conjunto, a partir dessa perspectiva holística, conduzem à percepção de que uma das versões é melhor que a outra.¹⁵

Evidentemente, é possível que o juiz indefira a produção de determinada prova, mesmo que, isoladamente, ela possa ser considerada relevante. *Isso, porque, observado o conjunto, a prova pode se revelar desnecessária.* Seja porque não agregará vantagem substancial para a escolha da versão dos fatos pelo juiz (quando já for possível pelos elementos presentes nos autos), seja porque não será apta a, *de per si*, desconstruir a versão construída (como um mosaico) pela outra parte.

No mesmo sentido, Michele Taruffo:

“Pode-se excluir, assim, a produção de uma prova que isoladamente considerada é relevante, quando restar evidente que essa resultará supérflua porque redundante, ou seja, se quando produzida não fizer outra coisa senão produzir ulteriores elementos de confirmação de conclusões já alcançadas e adequadamente justificadas por outras provas.

A prova supérflua é inútil porque não acrescenta novidade alguma àquilo que já se conhece; portanto, as atividades necessárias para sua produção não são oportunas. Esse critério pode ser aplicado, por exemplo, para interpretar corretamente o art. 209 do Código de Processo Civil italiano, que permite que o juiz exclua a produção de provas já admitidas, quando a julgar supérflua, com base nas provas já produzidas. Esse é utilizado pela Rule 403 das Federal Rules

15. “The epistemological argument is that, under certain conditions, a congeries of evidence warrants a conclusion to a higher degree than any of its components alone would do; the legal argument, interlocking with this, is that our evidence law imposes a kind of atomism than can actually impede the process of arriving at the conclusion most warranted by the evidence – the effects of which have been especially salient to causation evidence in toxic-tort cases.” (HAACK, Susan. Proving Causation: The Holism of Warrant and the atomism of Daubert. *Journal of Health & Biomedical Law*, IV (2008): 253-289 C 2008 Journal of Health & Biomedical Law Suffolk University Law School (p. 253).

*of Evidence norte-americanas, na qual se confere ao juiz o poder de excluir provas que pareçam puramente cumulative.*¹⁶

Nesse sentido, aliás, já decidiu o STJ:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO. IMPROCEDÊNCIA. JULGAMENTOS QUE SE APOIARAM NA PROVA PRODUZIDA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE.

1. A preferência do magistrado por determinada prova está inserida no âmbito do seu livre convencimento motivado. Isso porque vigora, no direito processual pátrio, o sistema de persuasão racional, adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, não cabendo compelir o magistrado a acolher com primazia determinada prova, em detrimento de outras pretendidas pelas partes, **se pela análise das provas em comumhão estiver convencido da verdade dos fatos.**

2. A improcedência do pedido deduzido pelo autor – seja no que concerne à inexistência do atropelamento, seja no que tange à responsabilidade dos réus – apoiou-se exclusivamente nas provas produzidas nos autos. Assim, a solução a que chegaram as instâncias locais não se desfazem sem o reexame de provas, providência vedada pela Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.¹⁷ (g.n.).

16. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons. 2012. p. 167-168. No mesmo sentido: “*Aunque los testigos no deban ser excluidos, hay casos en que el testimonio debe eliminarse. Esto tiene lugar: 1º cuando nos es pertinente; 2º cuando es superfluo. Decir de un testimonio que nos es pertinente, es tanto como decir que resulta extraño a la causa, que no tiene ninguna vinculación con ella, que no sirve para probar el hecho en cuestión; en una palabra: que no es un testimonio. Decir de un testimonio que es superfluo, es tanto como decir que, si fuese admitido, no añadiría nada al efecto de los otros testimonios y no podría contribuir en nada al descubrimiento de la verdad. Los testimonios impertinentes son más nocivos que los testimonios superfluos. Éstos producen al juez una pérdida de tiempo, y las partes una cantidad proporcional de gastos, de vejámenes y de dilaciones; pero aquéllos, además de esos inconvenientes, tienen el de cubrir de nubes el proceso, de crear incidentes que siembran la confusión, de llevar la duda y la vacilación al espíritu de los jueces*”. (BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Librería “El foro”. 2003. Obras selectas: Tomo I. p. 364).

17. AgRg no REsp 1251743/SP, 4.ªT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 16/09/2014, DJe 22/09/2014.

Por outro lado, há situações fáticas menos complexas em que a abordagem holística é desnecessária. As partes não apresentam uma pluralidade de elementos para o juiz compor um mosaico. Apresentam determinada prova que, por si mesma, pode conduzir o juiz à versão dos fatos que corresponde à realidade, de forma segura: por exemplo, a prova do pagamento, da prescrição ou da decadência.

Embora não haja, no direito brasileiro, propriamente hierarquia entre os meios de prova, algumas, em certos contextos, são suficientes a, sozinhas, permitirem a percepção nítida dos fatos subjacentes à demanda.

É o caso, por exemplo: (i) da prova testemunhal em situações que envolvam relações familiares; (ii) do depoimento da vítima, em casos de abuso sexual; (iii) da prova documental, para a demonstração da existência de determinado contrato. É o caso, principalmente, da prova pericial quando a questão a ser decidida for eminentemente técnica.¹⁸

IV.2. Ausência de hierarquia entre as provas – Status diferenciado de certos meios de prova

Não há hierarquia entre as provas. Provas não vinculam o juiz, com exceção das provas ditas *legais*.

Isso se extrai do próprio ordenamento. Entretanto, é evidente que, mesmo em tese, algumas provas têm *status* diferenciado. Veja-se, por exemplo, que, embora o juiz possa afastar as conclusões do laudo pericial, ele deverá indicar, como determina o art. 479, “[...] os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”.¹⁹

Isto permite, pelo menos, duas conclusões: (1) o “normal”, é que o laudo pericial seja aceito como base da sentença. Se isso não ocorre,

18. “Deixe-se claro, porém, que a prova pericial, por ser uma prova técnica e, nesse sentido, objetiva, possui maior possibilidade de convencer o juiz do que a prova testemunhal.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 381 ao 484*. São Paulo: RT, 2016, p. 523).

19. No CPC/73 não havia tal obrigatoriedade. O art. 436 apenas ressaltava que “o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”.

diz a lei, deve haver justificação; (2) por outro lado, essa necessidade não existe, ou não é tão expressiva, a ponto de o legislador se ter manifestado, expressamente, sobre ela, quando de outras provas se tratar.

Assim, deve o juiz, necessariamente, **enfrentar** o laudo pericial, seja para adotá-lo, seja para, afastando-o, basear sua decisão em outras provas. Note-se que não há previsão expressa nesse sentido para qualquer outro meio de prova! O que o Código fez foi, ao mesmo tempo que informou a ausência de hierarquia entre provas, afirmando no art. 479 que o juiz “*apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371 [...]*”, ressaltar que o laudo pericial será, necessariamente, enfrentado pelo juiz. Nesse sentido, já nos manifestamos em outra oportunidade:

“De toda forma, uma vez que o perito está mais habilitado para esclarecer os pontos controvertidos na área técnica ou científica de sua expertise, o magistrado não poderá simplesmente rejeitar suas conclusões, devendo expor os motivos que o levaram a tanto (art. 479 do NCPC). Em verdade, suas razões deverão ser muito fortes para repelir o parecer do perito, que estará embasado em demonstrações lógicas, ou científicas.”²⁰

O STJ, na mesma linha, já teve oportunidade de decidir pela **imprescindibilidade** da produção²¹ de prova pericial, em situações complexas e técnicas. Veja-se o ilustrativo voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, nos autos do REsp 1778910/SP:

“O conjunto-imagem é complexo e formado por diversos elementos. Dados a ausência de tipificação legal e o fato de não ser passível de registro, a ocorrência de imitação e a conclusão pela concorrência desleal deve ser feita caso a caso. Imprescindível, para tanto, o auxílio de perito que possa avaliar aspectos de mercado, hábitos de consumo, técnicas de propaganda e marketing, o grau de atenção do consumidor comum ou típico do produto em questão, a época em que o produto foi lançado no mercado, bem como outros elementos que confirmam identidade à apresentação do produto ou serviço.”²²

20. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 842.

21. O que não tem relação com o acolhimento do resultado da perícia.

22. REsp 1778910/SP, 4.ªT., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 06/12/2018, DJe 19/12/2018.

Não é incomum que, nessas situações, se afastem as provas documentais juntadas pelas partes, mesmo que tenham natureza técnica, porque produzidas unilateralmente. Isso, porque, embora se reconheça o valor de documentos elaborados por profissionais especializados, no processo de valoração das provas, é evidente que a prova pericial, elaborada por profissional de confiança do juiz e mediante contraditório, tem diferente peso ou estatura:

*APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO - VALOR DA JUSTA INDENIZAÇÃO - PROVA PERICIAL - LAUDO PERICIAL OFICIAL - PROVA DOCUMENTAL - LAUDO TÉCNICO EXTRAJUDICIAL - CONFRONTO PROBATÓRIO - JUROS COMPENSATÓRIOS - SÚMULA 618 DO STF - **Não há como dar prevalência a prova documental consistente em parecer dito técnico trazido unilateralmente pela parte, em confronto com laudo pericial oficial, que é elaborado por profissional da confiança do Juízo, mediante a ritualística prevista para a produção da prova pericial e sob o crivo imediato do contraditório, com ampla possibilidade, assim, de participação das partes, seja oferecendo assistente técnico, seja apresentando quesitos.** De acordo com a súmula 618, do STF, “na desapropriação direta ou indireta a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano.”²³ (grifos nossos)*

-
23. TJ-MG - AC: 10470110059289001 MG, Relator: Valéria Rodrigues Queiroz, Data de Julgamento: 04/07/2019, Data de Publicação: 16/07/2019. No mesmo sentido: “APELAÇÃO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO. LICENÇA SAÚDE. Objeto da ação. Reconhecimento do direito à licença saúde. **Prevalência do meio de prova pericial produzido em juízo.** Laudo informa a incapacidade laborativa no período em que reivindica o afastamento. **A prova técnica obtida sob o domínio do contraditório e da ampla defesa afasta o laudo emitido pelo órgão médico oficial do Estado (DPME).** A atribuição de competência ao DPME para verificação da capacidade laborativa, por força do que estabelece o artigo 191 do Estatuto dos Servidores (Lei nº 10.261/68), diz respeito aos meios de prova na esfera administrativa, sem que se possa cogitar que a norma confira ao órgão do Estado competência absoluta para determinar se o servidor tinha, ou não, condições de comparecer ao posto de trabalho. A demonstração de que o servidor não podia trabalhar no período em que reivindica o afastamento desconstitui o motivo do ato administrativo e, por isso, torna ilícita a recusa da Administração de anotar o regular afastamento. Os meios de prova reúnem aptidão para formar convencimento seguro acerca do quadro de incapacidade laborativa. Relevância da informação técnica prestada pelo IMESC. Precedentes. A prova dos autos permite a formação de convencimento seguro de que a ausência

Essa diferença de peso, relevância ou *status* de uma prova existe, em tese, e, *a fortiori*, nos casos concretos! O juiz poderá considerar uma prova, em certo contexto, *mais relevante que outras*, para a sua escolha da *versão dos fatos*, sem que disso resulte qualquer espécie de vício. *Sobretudo, quando essa prova for pericial e estiver expressivamente corroborada por outros elementos constantes dos autos.*

IV.3. *Produção de prova quando o processo está no 2º grau de jurisdição*

Justamente porque o juiz, ao julgar, deverá construir, ele próprio, a versão que considerou mais correta dos fatos, a partir dos elementos probatórios constantes dos autos, o ordenamento lhe concede poderes instrutórios, *que não têm relação com o direito das partes de pleitearem a produção das provas.*²⁴

De fato, no nosso ordenamento jurídico, o juiz não fica adstrito à vontade das partes, sendo legítimo que, independentemente do direito de essas requererem provas, ele próprio assuma a iniciativa da atividade instrutória.²⁵ O juiz, como se sabe, não é mais um mero espectador. A respeito, ensina Barbosa Moreira:

à perícia agendada na via administrativa se deu em função do grave quadro de saúde do servidor. Precedentes. Sentença reformada para julgar integralmente procedente o pedido mediato. CRITÉRIO DE INCIDÊNCIA DOS CONECTIVOS LEGAIS. Reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 11.960/09. Incidência de correção monetária e juros de mora de acordo com A Tese n. 810 da repercussão geral. Correção monetária pelo IPCA-E e juros de mora da caderneta de poupança. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA FAZENDA. RECURSO DO AUTOR PROVIDO.” (TJ-SP 10445524920158260053 SP 1044552-49.2015.8.26.0053, Relator: José Maria Câmara Junior, Data de Julgamento: 04/06/2018, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/06/2018).

24. *“Ninguém melhor do que o juiz, a quem está afeto o julgamento, para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova. Como ele é o destinatário dela, pode avaliar quais os meios de que necessita para formação de seu convencimento. Nessa medida, e considerando o escopo da atividade jurisdicional, a colheita de elementos probatórios interessa tanto ao juiz quanto às partes.”* (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 17).
25. *“No que concerne aos atos inerentes à instrução da causa (que preparam o julgamento), a preclusão incide para as partes mas não, como visto, para o juiz, por se tratar do exercício de poderes ordinatórios instrumentais, destinados a serem empregados com o fim de melhor esclarecer os fatos*

“Tentar de novo reduzir o juiz à posição de espectador passivo e inerte do combate entre as partes é anacronismo que não encontra fundamento no propósito de assegurar aos litigantes o gozo de seus legítimos direitos e garantias. Deles não de valer-se as partes e seus advogados, para defender os interesses privados em jogo. Ao juiz compete, sem dúvida, respeitá-los e fazê-los respeitar; todavia, não é só isso que lhe compete. Incumbe-lhe dirigir o processo de tal maneira que ele sirva bem àqueles a quem se destina servir. E o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade.”²⁶

Como explica José Roberto dos Santos Bedaque, *“nada indica tenha o sistema optado por inibir a iniciativa probatória oficial em razão da perda, pela parte, da faculdade de produzir determinada prova.”²⁷*

Isso não equivale, em absoluto, a afirmar-se que, na fase recursal, será reaberta para as partes a oportunidade de requerer produção de provas. O direito à prova **não renasce** com a instauração do recurso. *Está, ao contrário, sujeito à preclusão.* A modificação legislativa constante do art. 938, § 3º, de modo algum quer dizer que, hoje em dia, não mais exista preclusão do direito à prova.

necessários à prolação da sentença.” (MONIZ DE ARAGÃO, Egas. Sentença e Coisa Julgada: exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 a 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 323).

26. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo, as partes e a sociedade. *Temas de direito processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 33-36 e 40.
27. *“Diante da omissão da parte a quem competia a providência, deve o magistrado valer-se dos demais elementos constantes dos autos para formar sua convicção. Todavia, se forem eles insuficientes, pode e deve o juiz, justificadamente, determinar a produção de outras provas, ouvindo até mesmo as testemunhas não arroladas em momento adequado. Em outras palavras: as regras processuais referentes à preclusão destinam-se apenas a possibilitar o desenvolvimento normal da relação processual. Não podem prevalecer, porém, sobre o poder-dever do juiz de tentar esclarecer os fatos, aproximando-os o quanto possível da verdade, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente ocorrerá se a decisão resultar da atuação da norma a fatos efetivamente verificados. A preclusão faz com que a parte não mais possa exigir a produção da prova por ela desejada. Mas não afasta o poder conferido ao juiz de determinar, de ofício, a realização das provas que, a seu ver, possam contribuir para a justiça do provimento a ser por ele proferido.”* (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013, pp. 24 e 157).

Nesse sentido, aliás, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*“APELAÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO. CERCEAMENTO DE DEFESA. Não configuração. Preservação da marcha processual sob o domínio do contraditório e da ampla defesa. Efetiva e concreta participação das partes para o julgamento antecipado dos pedidos mediatos. O julgador registra os meios de prova produzidos para formar convicção segura e convincente sobre a matéria controvertida. **Prevalência do regime preclusivo. As partes apenas indicaram interesse na produção de prova oral. Não cabimento do pedido produção de prova pericial apenas em fase recursal.** Prova pericial prescindível para o julgamento da causa diante da robusta prova documental e da prova oral produzida nos autos.”²⁸ (grifos nossos)*

IV.4. Preclusão do direito à produção da prova

A produção de provas é um direito umbilicalmente ligado ao contraditório. Esse princípio abrange a *“oportunidade de que as partes se manifestem e produzam provas sobre o direito que afirmam ter; de que se manifestem sobre as alegações e sobre o material probatório produzido pela outra parte.”*²⁹

Fazer alegações de direito e comprová-las são atividades que se consubstanciam em ônus processuais. Isso, porque, como já afirmamos em outra oportunidade, *“se concretizada ou realizada, terá (provavelmente) seus resultados revertidos em benefício daquele que*

28. Consta no voto do des. Relator: *“Não prospera a aludida objeção processual arguida pelo apelante, na medida em que este, no momento processual oportuno, deixou de manifestar a intenção de produção de prova pericial, limitando-se a postular a produção de prova oral (fls. 1.783). À luz do fenômeno da preclusão consumativa, bem como de acordo com os princípios da lealdade, corolário da boa-fé, e da cooperação processual, incorporados pelo Código de Processo Civil, em seus artigos 5º e 6º, respectivamente, não pode o recorrente em sede de apelação requerer a nulidade do processo com base no suposto cerceamento de defesa”.* (TJ-SP – AC: 10015206220168260407 SP 1001520-62.2016.8.26.0407, Relator: José Maria Câmara Junior, Data de Julgamento: 26/06/2019, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 28/06/2019).

29. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo.* 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 709.

a desempenhou. Por outro lado, as consequências danosas decorrentes da omissão com relação à atividade consubstanciada num ônus devem atingir aquele que se omitiu, aquele que deveria ter realizado a atividade, e não a realizou”³⁰

Sendo ônus, está sujeito à preclusão, que ocorre quando se perde³¹ o prazo, se pratica o ato ou se pratica outro ato com aquele incompatível.

Como já dissemos em outro espaço, “*esta é a razão de ser do regime de preclusões: escoado o prazo concedido à parte para a prática de atos processuais, o procedimento segue adiante, tenha ou não o litigante se desincumbido do que lhe cabia desempenhar*.”³²

Arruda Alvim ensina que “*Ela é a espinha dorsal do processo, no que respeita ao seu andamento, pois é o instituto através do qual, no processo, superam-se os estágios procedimentais, e não deixa de ser também um instituto propulsor da dinâmica processual, na medida em que for acatada pela legislação positiva*.”³³

Por isso, “*da preclusão não se pode prescindir, sob pena de não se poder conceber o processo*.”³⁴

No caso concreto, ainda que se pudesse cogitar da obrigatoriedade de o magistrado admitir toda e qualquer prova requerida pela parte, a qualquer tempo, o *direito* que a Z e a W afirmam ter de produzir novas provas em segundo grau e de ver produzidas as provas

30. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 474-475.

31. “[a] perdita, o estinzione, o consumazione d’una facoltà processuale che si subisce per il fatto: a) o di non aver osservato l’ordine assegnato dalla legge al suo esercizio, come i termini perentorii o la successione legale della attività e delle eccezioni (...); b) o di aver compiuto un’attività incompatibile coll’esercizio della facoltà, come la proposizione d’un’eccezione incompatibile con altra (...), o il compimento d’un atto incompatibile con l’intenzione d’impugnare una sentenza (...); c) o di avere già una volta validamente esercitato la facoltà.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Cosa giudicata e preclusione. Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, v. III, p. 231-283).

32. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 441.

33. Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1. 2. ed. São Paulo: RT. Versão digital. Capítulo 16.7.

34. Teresa Arruda Alvim Wambier. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 474.

requeridas e indeferidas pelo juízo de primeiro grau não existe: foi fulminado pela preclusão.

No caso, a possibilidade de o tribunal produzir provas está direta e exclusivamente relacionada aos *poderes instrutórios* do juiz. Não implica, por isso, que, em fase recursal, a parte possa requerer provas, requeridas ou não requeridas ao juízo de primeiro grau.

O direito de as partes produzirem provas, nesse processo, além daquelas já produzidas, está fulminando por duas espécies de preclusão.³⁵

Preclusão lógica:

Tendo sido dada oportunidade, às partes, pelo juízo de origem, depois de apresentadas contestação e réplica, com farta prova documental, que se manifestassem sobre as provas que pretendiam produzir, a Z peticionou às fls. 3.276/3.277, nos seguintes termos:

“Como demonstrado naquela fala processual, as fartas provas constantes dos autos por si bastam para o julgamento de improcedência de todos os pedidos formulados na inicial. Não apenas isso, mas também a aplicação de pena de litigância de má fé, tal a escalada de imoralidades e ilicitudes perpetradas contra a segurada quando esta mais precisou do serviço securitário.” (g.n.).

35. “ADMINISTRATIVO – PROCESSO CIVIL – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – PRECLUSÃO DO DIREITO DE REQUERER PROVAS – IMPROVIMENTO DO RECURSO. I – A apelante alega que não teve oportunidade de produzir nos autos prova pericial que demonstrasse o recolhimento das contribuições relativas às faturas cobradas, defendendo a nulidade da sentença por cerceamento de defesa. II – Contudo, à fl. 190, verifica-se que foi determinado às partes que especificassem as provas a serem produzidas. Conforme se vê da certidão de fl. 190v., a parte autora deixou transcorrer o prazo sem requerer a produção de qualquer prova. Logo, não há que se falar em cerceamento de defesa, mas, sim, em preclusão do direito de realizar a prova pericial. III – Por fim, tal como explicitado na sentença, ressalte-se que a autora poderia ter juntado documentos que comprovassem o recolhimento das contribuições, conforme exigência constante do termo de convênio firmado com o extinto INAMPS (item III de fl. 23), e não o fez. IV – Apelação improvida.” (TRF-2 – AC: 199350010013685 RJ 1993.50.01.001368-5, Relator: Juiz Federal Convocado MAURO SOUZA MARQUES DA COSTA BRAGA, Data de Julgamento: 12/05/2010, QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R – Data:20/05/2010 – Página: 222).

Apenas esse trecho da manifestação já seria suficiente, a nosso ver, para que se considerasse que a **empresa abriu mão do direito de produzir qualquer prova suplementar**, uma vez que ressaltou, expressamente, que, em sua opinião, o processo estava pronto para julgamento. **Em seguida, são requeridas provas**, o que evidencia comportamento que beira a má-fé, pois consiste em *venire contra factum proprium*.

O laudo pericial foi concluído e apresentado às fls. 3.944/4.472, tendo sido, as partes, intimadas a se manifestarem sobre a prova, conforme decisão de fl. 5.004, publicada em 22.03.2016.

Esse seria o momento para, na forma do art. 435 do CPC/73³⁶, *“A parte, que desejar esclarecimento do perito e do assistente técnico, requererá ao juiz que mande intimá-lo a comparecer à audiência, formulando desde logo as perguntas, sob forma de quesitos”*.

A Z impugnou as conclusões do Laudo Pericial (fls. 5035/5103), oportunidade em que foi expressa ao informar que não postularia pela realização de uma nova perícia: *“Por essa razão é que, embora absolutamente decepcionada com o Laudo oficial, a Z não postulará a realização de nova perícia.”* (fls. 5070 – g.n.). Além disso, no mesmo ato, ressaltou o seguinte:

“Se não sentir Vossa Excelência necessidade de nova perícia, porque a feita não se remenda, o que somente avolumará o custo extraordinário desta demanda aventureira, nem ouvir os testemunhos dos que sentiram o sinistro e vivenciaram a grotesca farsa regulatória e liquidatória, o processo está maduro para ser julgado, com a improcedência do pedido e a aplicação, à autora Itaú, de pena de litigância de má fé.” (g.n.).

Mais uma vez, como se nota, asseverou que, a seu ver, *o feito poderia ser imediatamente julgado*.

Diante da nova manifestação do perito, que prestou esclarecimentos às fls. 5.761/5.815, a Z, às fls. 5.837/5.850, apenas formulou requerimento de juntada de novos documentos aos autos, não tendo requerido, em nenhum momento, a realização de nova perícia. O mesmo se deu com relação à manifestação da W, juntada

36. Aplica-se, à prova pericial, o regime do CPC/73, vigente à época do início da sua produção.

às fls. 6.938/6.945. Deixaram precluir (e aqui se trata de preclusão temporal), assim, o direito previsto no art. 437 do CPC/73.³⁷⁻³⁸ (grifos nossos)

Preclusão temporal:

O mais óbvio deve ser reafirmado: a fase de produção de provas ocorre no primeiro grau de jurisdição. Durante essa fase, há preclusões. Inclusive, obstáveis pela via recursal. Afinal, era cabível a interposição de agravo contra todas as decisões prolatadas até 15.03.2016. Após o início da vigência do CPC/15, passou a ser cabível a impugnação das decisões em preliminar de apelação, na forma do art. 1.009, § 1º. As Apeladas não recorreram, nem em um,

37. Art. 437. O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.

38. “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA COMBINADA COM INDENIZATÓRIA. 1. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 1.022 DO CPC/2015. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. 2. **PRODUÇÃO DE PROVAS. PRECLUSÃO.** SÚMULA N. 83/STJ, POR AMBAS AS ALÍNEAS DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. 3. PEDIDO DE NOVA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE. VERBA QUE JÁ FOI CONTEMPLADA NA DECISÃO MONOCRÁTICA. 4. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Não ficou caracterizada a violação dos arts. 489, § 1º, e 1.022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou de forma fundamentada sobre todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia. O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional. 2. **É sabido que “esta Corte já firmou entendimento que preclui o direito à prova se a parte, intimada para especificar as que pretendia produzir, não se manifesta oportunamente, e a preclusão ocorre mesmo que haja pedido de produção de provas na inicial ou na contestação, mas a parte silencia na fase de especificação.”** (AgRg no AREsp 645.985/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 16/06/2016, DJe 22/06/2016).” Incidência da Súmula n. 83/STJ, por ambas as alíneas do permissivo constitucional. 3. Fixados os honorários recursais no primeiro ato decisório, não cabe novo arbitramento nas demais decisões que derivarem de recursos subsequentes, apenas consecutórios do principal, tais como agravo interno e embargos de declaração. 4. Agravo interno desprovido.” (STJ – AgInt no AREsp: 1127166 MG 2017/0157063-0, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 06/02/2018, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/02/2018).

nem em outro caso, já que sua apelação não contém impugnação específica das decisões interlocutórias prolatadas após o início da vigência do CPC/15.

Toda e qualquer prova produzida depois dessa fase é possível por causa do (livre) convencimento motivado, de que tratamos acima.³⁹

Em conclusão: *i-*) o modo como o juiz valora a prova pode variar em função do caso concreto. Em casos complexos, as provas podem ser valoradas em grupos, devendo haver valoração individual, necessariamente, das provas, que, *de per se*, podem embasar a procedência/ou a improcedência da ação; *ii-*) embora não haja tarifação de provas, no ordenamento vigente, o laudo do perito do juiz, para casos complexos e de natureza técnica, tem *status* diferenciado; *iii-*) o fato de o CPC/15 autorizar a produção de prova em segundo grau é decorrência da *ampliação dos poderes instrutórios dos julgadores*, a respeito do qual o CPC de 73 não era expresso, e não significa o “ressurgimento” do direito à prova da parte, no segundo grau; *iv-*) o direito à prova está sujeito à preclusão; *v-*) no caso

39. Nesse sentido, já houve decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “AGRAVO INTERNO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO UNIPESSOAL DA RELATORA, QUE CONHECEU DOS APELOS INTERPOSTOS POR AMBAS AS PARTES E DETERMINOU QUE AUTORES E RÉU, NO PRAZO DE 30 DIAS, FIZESSEM PROVA DO DIREITO ESTRANGEIRO DISCUTIDO NESTES AUTOS, NA FORMA DO ARTIGO 376, DO CPC/15. - [...] Ausência, também, de preclusão [para o juiz] no que se refere à produção de prova, pois, de acordo com o artigo 370, do CPC/15, pode o magistrado, de ofício, determinar a produção das provas que entender necessárias ao deslinde da controvérsia, fato esse que se aplica não apenas ao juízo a quo, mas, também, à instância revisora (juízo ad quem), nos exatos termos do artigo 938, § 3º, do CPC/15. - Questão relativa ao ônus da inércia probatória que não pode ser considerada como sendo prejudicial exclusivamente ao réu, pois, se é certo que cabe à parte autora comprovar os fatos constitutivos de seu direito, na forma como exige o artigo 373, inciso I, do CPC/15, também compete ao réu fazer prova de fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito autoral, na forma como dispõe o inciso II, do mesmo dispositivo legal acima mencionado. - Decisão vergastada que, portanto, se mantém, tal como lançada. - Ausência de manifesta conduta abusiva da parte recorrente, sendo descabido o pedido dos agravados para que seja aplicada a multa prevista no artigo 1.021, § 4º, do CPC/15. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (Ap. 0054971-97.2018.8.19.0001. Des. Rel. Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio. Vigésima Sétima Câmara Cível. J. 26.06.2019).

concreto, vê-se que, em razão de várias omissões das Apelantes, e da sua própria conduta, ao afirmar, em mais de uma oportunidade, que o processo estava pronto para julgamento, operou-se a preclusão lógica e temporal quanto aos direitos de: *v.1-*) requerer nova perícia; *v.2-*) requerer exibição de documentos; *v.3-*) requerer prova documental superveniente.

V. Boa-fé objetiva

A teoria da boa-fé objetiva, como ensina António Manuel da Rocha e Menezes de Cordeiro, surgiu a partir da necessidade de controlar práticas abusivas que, **embora lícitas**, porque não violavam, diretamente, dispositivo de lei algum, eram, na realidade, **uma forma de não se sujeitar ao ordenamento**. Trata-se, assim, de instituto de natureza juscultural, nascido na jurisprudência, *a partir da análise de situações concretas e da necessidade de vê-las solucionadas*.⁴⁰ Por esse motivo, a boa-fé objetiva se manifesta – e apenas pode se manifestar – diante da necessidade de solucionar *questões concretas*, exigindo uma detida e apurada análise da conduta das partes envolvidas no contexto geral.

A boa-fé objetiva surge, para o direito civil, como uma resposta aos atos de abuso de direito que, por sua natureza, não poderiam, até então, ser enquadrados nos ilícitos “gerais”, normatizados e abstratos. “A” não viola determinada cláusula contratual. Quando abusa do direito, “A” viola a cláusula geral de boa-fé objetiva, *ainda que esteja cumprindo integralmente o contrato* e fazendo uso dos direitos que nele estão disciplinados.

Por isso, fala-se, com certa frequência, no caráter subsidiário da boa-fé objetiva. Ela se manifesta, enquanto cláusula geral, *nas situações em que o direito objetivo não é suficiente para constatar e punir as condutas abusivas praticadas pelo contratante*. Essa prática abusiva, por sua vez, nem sempre, adequa-se às condutas de má-fé ou exige a demonstração de dolo:

40. “Torna-se, nessa medida, impraticável locubrar sobre os textos que a consagram [a boa-fé objetiva]. O estudo do litígio concreto, a comparação de casos similares, a sua dogmatização e a sistematização subsequente formam a base essencial duma a investigação sobre a boa fé.” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Edições Almedina, 2011, p. 43).

“Diga-se, por ora, tão somente que a expressão boa-fé objetiva não traduz um estado de fato (o estar de boa-fé) que afasta a culpa ou gera determinadas pretensões aquisitivas (e.g., a aquisição da posse) ou salvaguarda posições jurídicas (como ao credor de boa-fé). Diferentemente, o sintagma, quando adjetivado como objetiva ou obrigacional, aponta um modelo ou instituto jurídico indicativo de (i) uma estrutura normativa dotada de prescritividade; (ii) um cânone de interpretação dos contratos e (iii) um standard comportamental.”⁴¹

Essa tríade de aplicação da boa-fé objetiva permite afirmar que, além da responsabilidade extracontratual, *a prática de ato abusivo*, como explica Judith Martins-Costa, *tem eficácia no plano hermenêutico* e serve para melhor *iluminar outros fatos e negócios que envolvam a relação jurídica*.⁴² A conduta abusiva poderá, assim, ser utilizada como fundamento na interpretação de outros negócios jurídicos firmados entre as partes.

Evidentemente, essa noção se aplica, também, ao processo. No âmbito do processo, em que a boa-fé objetiva, como cláusula geral, foi expressamente prevista, no CPC/15, como cânone de interpretação dos atos processuais,⁴³ é, principalmente, na dimensão da sua *eficácia hermenêutica* que encontra maior campo de aplicação.

Abandonamos, neste momento, as limitações impostas pela cláusula geral da má-fé e pelas condutas previstas no art. 80. Para que haja violação à boa-fé objetiva, não há necessidade de que se demonstre ter havido violação à lei, ou que a conduta se adeque aos tipos expressamente previstos na lei. Isso, porque, como explica Menezes Cordeiro, *“A litigância de má-fé surge, [...], como um instituto processual, de tipo público e que visa o imediato policiamento do processo. Não se trata de uma manifestação de responsabilidade civil, que pretenda suprimir danos, ilícita e culposamente causados a outrem, através de atuações processuais. Antes corresponde a um subsistema sancionatório próprio, de âmbito limitado e com objetivos práticos e restritos.”*⁴⁴

41. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 42.

42. Código Civil. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

43. Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

44. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. 3. ed. Grupo Almedina, livro eletrônico, § 6º Configuração, regime e natureza, item 28.

No campo do processo, o abuso do direito e a boa-fé objetiva se prestam a permitir “*ao próprio tribunal, sancionar as condutas que, embora legitimadas pelo exercício de direitos, se apresentem, todavia, como disfuncionais, isto é, contrárias aos valores fundamentais do sistema. Tais valores, por tradição, são figurados pela locução boa-fé, concretizando-se através dos princípios mediante a tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente.*”⁴⁵ **Servirá, como elemento interpretativo de toda a conduta do sujeito.** Todos os atos por ele praticados serão considerados a partir do conjunto das suas práticas no curso da relação existente entre as partes.

O que se quer dizer é que a *eficácia hermenêutica da boa-fé objetiva* permite que a *boa* ou *má-fé* [em sentido lato] do litigante seja usada como *elemento interpretativo de todo e qualquer ato praticado no processo*. Sobre o sujeito que agiu sem boa-fé durante o procedimento, deverá recair o peso da sua conduta, quando da interpretação dos seus atos e postulações. Há uma presunção de abuso, que, embora possa ser afastada (como qualquer presunção), *deverá ser considerada por todo aquele que interprete os atos praticados pela parte*.

Interpretar a cláusula geral da boa-fé objetiva dessa forma serve, inclusive, como uma resposta legítima à hesitação dos tribunais em impor multas aos litigantes de má-fé. Como sinaliza Menezes Cordeiro, essa se dá apenas quando a prática ilícita é “*evidentíssima*”⁴⁶

Não é outra a essência do artigo 1.026, § 3º, do CPC, que ressalta a perda do direito de praticar o ato, em razão do abuso e independentemente de qualquer outra sanção, e dos artigos 321, § 2º e 489, § 3º, que impõem sejam os atos das partes interpretados de acordo com a boa-fé objetiva e a partir do conjunto da postulação.

Uma última ponderação deve ser feita. É, também, no campo da boa-fé objetiva que o dever de lealdade e princípio da cooperação

45. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. 3. ed. Grupo Almedina, livro eletrônico, § 18º. Quadro geral, item II. (g.n.)

46. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. 3. ed. Grupo Almedina, livro eletrônico, § 5º, O liberalismo e as codificações, item III.

se manifestam de modo mais expressivo e evidente.⁴⁷⁻⁴⁸ A parte desleal ou a que deixa de cooperar, em última análise, acaba por agir com abuso do direito, o que autoriza a incidência de todos os efeitos que decorrem da má-fé.

Sobre o que se espera, por outro lado, de um litigante leal e cooperativo, merece ser trazida a lição de Liebman:

“[...] embora no processo se trave uma luta em que cada um se vale livremente das armas disponíveis, essa liberdade encontra limite no dever de respeitar as ‘regras do jogo’; e estas exigem que os contendores se respeitem reciprocamente na sua qualidade de contraditores em juízo, segundo o princípio da igualdade e suas respectivas posições.”⁴⁹

Assim, veda-se a chicana, estimula-se a de cooperação e se obsta toda tentativa de “*dificultar a atuação da parte contrária, falsear a realidade e comprometer a justa e profícua composição da lide.*”⁵⁰

V.1. A boa-fé e o caso dos autos

Arruda Alvim ensina que “é elemento indicativo da boa-fé de que, todo aquele que se comportar congruentemente com uma dada conduta socialmente, aceitável, estará de boa-fé.⁵¹ Também a coerência de atitudes tem sido considerada como indicativo de boa-fé.⁵²

47. Arruda Alvim, inclusive, afirma haver íntima correlação entre o princípio (ou dever) de lealdade e o abuso do direito. (Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro (a lealdade no processo). *Revista de Processo*, São Paulo, ano 18, n. 69, 1993, p. 11).

48. No direito português, de onde, indiscutivelmente, o legislador brasileiro buscou inspiração para a redação do art. 6º, a violação ao dever de cooperação é tipificada como litigância de má-fé (art. 545.º, 2, c).

49. LIEBMANN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. por Cândido Rangel Dinamarco. vol. 1, 3. ed., 2005, p. 124.

50. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro (Relatório Brasileiro). In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos; MÉDEZ, Francisco Ramos [et al.] (coords.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 113.

51. ARRUDA ALVIM. Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro (a lealdade no processo). *Revista de Processo*, São Paulo, ano 18, n. 69, 1993, p. 11.

52. DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Edutiram 2010, p. 79-97.

O que nos cabe analisar é se, no caso concreto, é possível identificar alguma conduta da Z e da W que possa ser tida como incongruente (configurando o venire contra factum proprium) ou “socialmente inaceitável”.

a) Comportamento socialmente inaceitável da Z – a linguagem

A boa-fé, como se observou antes, analisa-se a partir do caso concreto.

Como consignado na sentença, o evento objeto das ações sob análise, consistiu na submersão de boa parte do aterro que compunha as instalações do Porto de Santana, “*arrastando consigo seis trabalhadores, um prédio, maquinário e minério de ferro*” (que, muito provavelmente, poluiu, em alguma medida, o rio Amazonas). Ou seja, as ações dizem respeito a uma situação em que houve seis mortes, um terrível acidente que, certamente, causou sérios prejuízos econômicos, bem como a poluição do Rio Amazonas.

Qualquer processo, seja qual for o tema discutido, especialmente em razão da sua relevância e natureza pública, é ambiente em que deve reinar dose saudável de seriedade e sobriedade. É preciso que a postura dos litigantes esteja envolvida e comprometida com a seriedade que se espera de condutas havidas em ambiente público, respeitando-se todos os atores envolvidos, especialmente considerando que há, independentemente do pagamento de custas pelas partes, investimento de dinheiro público, em todo processo.

Assim, o comportamento socialmente aceitável, em um ambiente como esse, não se compraz com qualquer tipo de humor de gosto duvidoso, de palavras de baixo calão, de expressões que, no máximo, devem ser reservadas para ambientes privados e particulares.

A situação se agrava quando o processo envolve seis vidas perdidas, como decorrência de um devastador acidente.

Infelizmente, apesar disso, a Z, pelo que se viu da análise detida das cópias dos autos, em muitas oportunidades, usou linguagem imprópria para defender suas teses.⁵³

53. Apenas exemplificativamente, veja-se a manifestação de fls. 6.963, em que, além de gravuras duvidosas, com a exposição, certamente, não autorizada da imagem de uma criança, usou-se expressões como: “*mentir como a careca mente ao pente*” e “*escreveu não leu, o pau comeu*”.

Ainda, em inúmeros momentos, comportou-se de forma inadequada, articulando argumentos desconexos, sustentando a existência de um complô de proporções internacionais e articulando suas manifestações de forma desnecessariamente agressiva. A situação foi devidamente consignada pela sentença.⁵⁴

54. *“Em outra frente, em ambos os processos as Seguradas procuraram envolver a regulação do sinistro numa bruma de segredo e má-fé, asseverando que os trabalhos desempenhados pela respeitada reguladora de seguros Crawford tendiam ao pagamento da indenização, quando, de inopino, foi nomeada uma assistente à regulação, a desconhecida UON, cujas conclusões ao final prevaleceram, para afastar a cobertura securitária.*

Novamente a versão apresentada pelas Seguradas entra em confronto com os documentos constantes dos autos. Antes de mais nada, é importante frisar que os relatórios produzidos no curso da regulação são parciais; suas conclusões pendem, como é evidente, do conhecimento de novos fatos e da obtenção de novos documentos, sendo os relatórios, portanto, passíveis de modificação. No mais, o resumo elaborado pelo Perito do Juízo no laudo trazido ao processo nº 16360-72 é bastante elucidativo quanto ao curso tomado pela regulação do sinistro.” (fl. 8.053)

“Com base nas citadas evidências, não pode prosperar a versão apresentada pelas Seguradas no sentido de que se estabeleceu um verdadeiro pacto de silêncio entre a anterior operadora do porto, as autoridades ambientais locais, a Capitania dos Portos, a Companhia Docas de Santana (gestora do porto vizinho) e até mesmo a própria Seguradora e o IRB, voltado a lhes sonegar informações quanto às reais condições do solo na área em que operavam. Tão evidente o contorno romanceado do argumento que, quanto ao ponto, as Seguradas perigosamente tangenciaram a litigância de má-fé.

E já que os argumentos das Seguradas enveredaram pela ficção, muito pior foi constatar sua tentativa de reputar a negativa do pagamento da indenização securitária a um suposto complô urdido entre Seguradora e resseguradoras internacionais parcialmente identificadas, conluio que teria mesmo levado à demissão do Superintendente de Sinistros da Seguradora.” (fl. 8.058)

“As Seguradas se valeram de tudo o quanto a imaginação permite para sustentar suposto direito à indenização securitária e à compensação dos danos advindos do pagamento tardio: do pacto de silêncio das autoridades ambientais e portuárias do Estado do Amapá ao complô capitaneado por resseguradoras internacionais, passando pela inusitada existência de argila raríssima no subsolo do porto, argila essa encontrada, segundo os experts, apenas no extremo norte do planeta e que teria, sozinha, sido a responsável pelo colapso do talude e do aterro, vertendo ao rio Amazonas seis seres humanos, além de toneladas de máquinas, terra e minério de ferro na madrugada do dia 28.3.2013.” (fl. 8.059)

Como se não bastasse, as seguradas usam imagens (desnecessárias) como a das cabras ou a das pirâmides para ilustrar sua percepção no que tange à atitude da seguradora (fls. 7008). Esse tipo de conduta, alheio à boa-fé, à cooperação e ao comportamento respeitoso que se espera exista em ambientes públicos, como um processo judicial, apenas corrobora para a percepção da Z como litigante de má-fé.

b) Comportamento contraditório da Z e da W

Melhor sorte não socorre a ambas as Apelantes, quanto à *vedação à incongruência* e ao comportamento contraditório. Mais uma vez, ainda que não se cogitasse da existência da preclusão,⁵⁵ tanto Z quanto W deixaram transcorrer *in albis* o prazo para impugnar as decisões que indeferiram a produção das provas documental superveniente e oral. Já trouxemos esses fatos para embasar na afirmação de que houve preclusão temporal.

Perderam, igualmente, o prazo para impugnação ao perito escolhido pelo juízo. Por fim, não requereram nova perícia, o que era direito garantido pelo ordenamento jurídico e poderia ter sido objeto de decisão no momento oportuno.

Apresentar, agora, tais requerimentos, alegando *cerceamento de defesa*, configura evidente *venire contra factum proprium*, não sendo possível cogitar que a sentença desfavorável aos seus interesses seja considerada um “*fato novo*”, a justificar tal constatação e os requerimentos formulados, por exemplo, o da realização de uma segunda perícia.

A verdade é que as Apelantes, por toda a instrução, demonstraram concordar com a escolha do perito e com a prova em si, dado que, em momento algum, solicitaram fosse repetida. **Da mesma forma, não recorreram das decisões que indeferiram o requerimento de provas.**

Não podem, agora, em grau recursal e diante da sua derrota, sustentar *cerceamento de defesa* e nulidade da sentença quando, elas próprias, contribuíram efetivamente para o resultado.

As partes (inclusive as apelantes) consideraram a prova suficiente, ou seja, entenderam que havia elementos suficientes para

55. Que, como se viu, existe, na modalidade temporal e lógica.

que o juiz pudesse – como de fato o fez – decidir a lide. Como o conflito não foi decidido a favor das apelantes, essas, com o olhar “retroativo”, **passaram a enxergar insuficiência no quadro probatório produzido**. Essa conduta não está evidentemente alinhada com comportamento de boa-fé.

O que se tem, a bem da verdade, é a apresentação de uma “nulidade” de algibeira que, de acordo com a jurisprudência pacífica do STJ, não pode ser admitida em um processo pautado pela lealdade e pela boa-fé.⁵⁶ (grifos nossos)

Indubitavelmente, abrir-se mão da produção de uma prova, de modo expresse, e depois voltar a pleitear sua realização configura *venire contra factum proprium*, que, se no caso em tela não gera consequências autônomas, tem eficácia hermenêutica⁵⁷ em relação à conduta das Apelantes.

56. “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO PARA SEU EXAME NESTA CORTE SUPERIOR. JULGADOS DO STJ E DO STF. NULIDADE DE ALGIBEIRA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Segundo o acórdão objeto da divergência, oriundo da Primeira Seção, os ora agravantes tiveram, por mais de uma vez, a oportunidade de alegarem a intempestividade dos declaratórios interpostos pela União na instância ordinária. 2. Contudo, não suscitaram tal questão, seja no Tribunal Regional Federal da 5ª Região por meio de embargos declaratórios, seja nas contrarrazões do recurso especial interposto pela União, somente vindo alegar o suposto vício após o provimento monocrático do recurso especial da agravada, conforme assinalado no voto condutor do julgado da Primeira Seção. 3. Em recurso especial, a matéria de ordem pública somente pode ser examinada quando prequestionada pela Corte de origem e invocada no recurso especial ou nas contrarrazões do recorrido. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. **4. Não cabe aos agravantes imputar a esta Corte o dever de sanear questão de ordem pública ocorrida na instância de origem, se optaram por não suscitá-la no momento oportuno. Tal conduta se equipara às hipóteses nas quais esta Corte Superior reconheceu a denominada nulidade de algibeira ou de bolso, que ocorre justamente quando a parte deixa para arguir o vício apenas em momento posterior, dada a conveniência para a sua defesa, e em afronta ao princípio da boa-fé processual, norteador do atual processo civil.** 5. Agravo interno desprovido.” (AgInt nos EREsp 582.776/AL, Rel. Ministro JORGE MUSSI, CORTE ESPECIAL, julgado em 11/06/2019, DJe 14/06/2019).

57. V. item V acima.

Ademais, de certo modo também é contraditória a conduta das Apelantes quando asseveraram ser nula a sentença por falta de fundamentação, *porque não teriam sido analisados elementos de prova relevantes por elas trazidos aos autos*, que teriam o condão de alterar a conclusão da sentença. Ou seja, a sentença teria sido desfavorável às Apelantes porque tais documentos não teriam sido analisados.

Se bastasse o exame desses documentos para “virar o jogo”, seria suficiente apenas o exame da prova já produzida. No entanto, o que se fez, foi pleitear **outra perícia**, agora em segundo grau de jurisdição.

c) O plantado cerceamento de defesa – Sobre a forma de se requererem as provas

A parte não pode pretender *aprisionar* o juiz, a partir de uma formulação precoce do juízo de valor acerca da procedência ou improcedência da demanda, como pré-requisito para a concessão/não concessão da prova pleiteada.

Quando uma prova é deferida, a decisão que o faz não tem como fundamento: defiro a prova, porque ela é imprescindível para julgar improcedente o pedido do autor.

Apesar disso, usando de um artifício comum, embora reprovável, da prática do foro, a Z assim afirmou que:

“Caso assim não entenda Vossa Excelência, [caso o juiz não entenda que vá julgar em meu favor, com as provas já constantes dos autos] a Z pretende a produção da prova oral, inclusive depoimento pessoal do presidente da ITAÚ, oitiva de testemunhas a serem oportunamente arroladas e a expedição de ofícios requisitórios de autoridades e informações a serem especificados, o exame dos documentos eletrônicos cuja exibição já foi determinada (...).

Pretende, finalmente, a realização de prova documental e pericial sobre os fatos de engenharia atinentes ao sinistro, para rechaçar a tese adrede arquitetada pela seguradora com o fim de negar cobertura para o sinistro.”

Não se aplica ao requerimento de provas a eventualidade, ainda mais esta eventualidade deturpada. Ou a parte quer a prova, ou não quer. No caso concreto, abriu mão do direito e lançou um ardid, travestido de eventualidade, no sentido de que “*caso eu vá perder, que me permita produzir provas*”.

Isso é inadmissível e consiste em evidente **abuso do direito** que, por si, já justificaria fosse esse trecho da manifestação desconsiderado,

sem que, por isso, haja qualquer cerceamento de defesa. Não se pode admitir que a parte jogue com o resultado do processo e que crie – e foi o que fez – nulidades de algibeira, para serem utilizadas, posteriormente, caso seja sucumbente na lide.

Já a W, peticionou às fls. 3.280/3.281 para requerer: (i) prova documental suplementar; (ii) depoimento pessoal da Autora e produção de prova testemunhal; e (iii) “*direito de fazer a contraprova quanto às medidas de instrução que sejam deferidas*”.

Não há que se falar em cerceamento de defesa.

O juízo, na decisão saneadora, fls. 3.389, deferiu a prova pericial e nomeou perito. Afirmou, também, que a necessidade de produção da prova oral seria, posteriormente, avaliada.

A decisão, publicada em 26.02.2015, foi objeto de Embargos de Declaração, que impugnaram, apenas, a omissão do juízo de origem, quanto a anterior pedido de sobrestamento do feito. *Nada foi dito quanto às provas “eventualmente”* requeridas de modo eventual e eventuais omissões do magistrado.

A decisão que julgou os embargos de declaração, por sua vez, não foi objeto de recurso (*cabível, à época, recurso de agravo*). Precluiu, assim, o direito da Z e da W de insistirem na produção das provas requeridas e não deferidas pelo juízo de origem.

Aliás, também a conduta do juiz sempre demonstrou sua abertura no que tange à recepção de elementos de prova, o que revela seu interesse em saber como os fatos ocorreram, *mesmo tendo havido preclusão para as partes*.

VI. Fundamentação das decisões – argumentos do sucumbente (= elementos trazidos aos autos)

As regras constantes do art. 489 do CPC são relevantíssimas para o sistema e são aplicáveis, em sua literalidade, quando se trata de processos que envolvem situações simples. Imagine-se, por exemplo, uma ação de cobrança em que o réu apresenta prova de que houve prescrição ou pagamento, ou, ainda, alega a incidência da teoria da imprevisão. Evidentemente, o juiz não pode decidir, se julgar procedente o pedido, sem levar em conta esses elementos que poderiam, alegados pela parte contrária, **POR SI SÓS**, ter levado a um resultado diferente daquele a que o juiz chega, na sentença.

Quando se trata de uma situação complexa, como a dos autos, o art. 489 há de ser interpretado *cum granu salis*. A quantidade de provas produzidas é imensa e o mérito envolve questões, de fato, complexas. A regra do art. 489 deve ser compreendida de modo adaptado a essa realidade.

Em contextos como o dos autos, acolher a argumentação de uma das partes, e a versão dos fatos que fica estampada pelas provas que essa parte produziu (principalmente se reforçadas pelo laudo pericial), afastando, não de modo genérico, mas com referência a grupos de provas, os elementos trazidos pela outra parte, é perfeitamente possível e não desrespeita o art. 489, notadamente se, no *próprio laudo*, que serviu de base à sentença, o perito rebate os argumentos da parte que não foi beneficiada pela conclusão.

Quando se trata, pura e simplesmente, de partes que alegam duas versões a respeito dos fatos, o juiz pode, sem ofender regra processual alguma, convencer-se de que uma delas é a verdadeira. E afastar a outra, refutando todo o conjunto de provas que constitui a outra versão.

Entretanto, se a outra parte (aquela cuja versão foi rejeitada) alega e prova (traz ao processo algum elemento) que poderia, apesar de mantida a convicção judicial a respeito da veracidade da versão A, alterar a conclusão a que a versão aceita levava, aí sim não pode furtar-se, o juiz, de se manifestar *especialmente* e quanto a esse elemento.

Assim, por exemplo, se numa ação de cobrança, as partes dão duas versões do caso dos autos e o juiz se convence de ser verdadeira a do autor, alegando o réu - e provando - a prescrição, é vedado, ao juiz, furtar-se a analisar esse elemento, não podendo refutar os argumentos do réu, de modo genérico. Não se trata, apenas, de uma outra versão de como os fatos ocorreram.

O que é absolutamente vetado pelo art. 489 é que o juiz deixe de considerar elemento que, se fosse mencionado, teria o condão de, por si só, levar a decisão diferente daquela que foi tomada, se colocado ao lado daquele conjunto probatório que já o convenceu, e que retrata uma das duas possíveis versões dos mesmos fatos. Não foi isso que ocorreu na sentença apontada como nula.

Já dissemos, em outro espaço, que o § 1.º do art. 489, com certeza, é inovação digna de nota, pois diz que a garantia da fundamentação das decisões judiciais, de índole constitucional, não se tem por

satisfeita, se a fundamentação não atender a certos parâmetros de qualidade. Ou seja, não é *qualquer* fundamentação que satisfaz. Essas regras dizem respeito, não só à sentença, mas a **quaisquer decisões judiciais**.

Quando se estuda a **motivação da decisão**, na verdade, o que se estuda é o que *aparece* na decisão, que seria uma espécie de “fachada”, mas, mesmo assim, é interessante estudar esse fenômeno, já que representa, pelo menos, o que é compreendido como satisfatório para figurar como fundamento da decisão, em face das exigências do dado sistema.

Dissemos, também, que “*De especial interesse é o art. 489, § 1.º, IV, em que se estabelece a regra no sentido de se considerar como não motivada a decisão, se não forem enfrentados todos os argumentos deduzidos no processo – e esta expressão abrange argumentos de fato e de direito que teriam o condão de levar o magistrado a decidir de outra forma. Estes argumentos, se não acolhidos, têm de ser afastados*”⁵⁸

Tendo sustentado essa posição, acima transcrita, que nos parece correta, parece-nos, entretanto, que, diante destes autos, e de todas as situações cuja complexidade seja expressiva, não há como exigir do juiz a manifestação sobre *todo e qualquer elemento de prova* constante do processo: sobre cada um dos quesitos, sobre cada uma das respostas da testemunha, sobre todos os fatos juntados aos autos e assim por diante. Voltamos a insistir: são relevantes os elementos que teriam condições de “virar o jogo”, de, por si só, desmanchar ou comprometer a versão pela qual optou o juiz.

São nuances dos casos concretos que a lei não capta, mas de que deve tratar a doutrina: há fatos que seriam, em tese, provados por *uma prova*; outros, por um *conjunto de provas*. Portanto, há circunstâncias em que o juiz tem de rebater *uma prova*; outros em que deve refutar um *conjunto de provas*.

VI.1. Sobre a fundamentação da sentença no caso concreto

Foi justamente o que aconteceu no caso sob análise. O juiz enfrentou os dezenove pareceres gerados por entidades públicas

58. ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração*. 4. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 254-257.

e privadas, tendo ressaltado, expressamente, que o Instituto Estadual do Meio Ambiente do Amapá (IMAP), a Capitania dos Portos e a Polícia Técnico-Científica (POLITEC) concluíram que a Z e a W “concorreram com negligência e imprudência para o colapso da área portuária que estava sob sua exploração”, fl. 8.052.

Abordou, ainda, de forma expressa, as manifestações dos consultores privados R, VB e G, contratados pela Z e pela W, “para buscar base científica que justificasse o pagamento da indenização securitária”.

Ressaltou que, embora a G tenha concluído pela existência de um “solo argiloso muito especial, do tipo denominado ‘sensível’”, que não se sabia existir no Brasil e de “tipo raríssimo em escala mundial”, tal circunstância “foi refutada por todos os laudos que sucederam esse estudo, inclusive os produzidos pela UERJ (fls. 4.042), pela Universidade Federal de Viçosa (fls. 4.050/4.051), pela USP (fls. 4.053), pela Universidade Federal de Pernambuco (fls. 4.055), além do próprio relatório de regulação do sinistro (fls. 4.045) e do laudo apresentado pelo Perito do Juízo”, fl. 8.053.

Ou seja, optou por julgar *procedente a ação declaratória* ajuizada pela Apelada, com fundamento nas *conclusões do perito*, corroboradas por *inúmeros pareceres*, de entidades públicas e privadas, mas, *sem deixar de considerar o conjunto probatório* carreado aos autos, para o qual, obviamente, contribuíram tanto a Apelada quanto as Apelantes.

A possibilidade que decorre do (livre) convencimento motivado, foi, ainda, mencionada na própria sentença, em que, citando, o juiz, as palavras de Moacyr Amaral Santos, consignou que “*Em toda perícia palpita um elemento, que lhe é essencial: a verificação, certificação ou comprovação de fatos, quer para carrear a prova deles para o processo, quer para interpretá-los e torna-los inteligíveis ao juiz. Todavia, a verificação dos fatos, sob qualquer dos seus aspectos – percepção, observação, apreciação ou interpretação – não constitui elemento característico do conceito de perícia, pois que também o testemunho ou o depoimento pessoal são declarações sobre a existência de fatos. O que caracteriza a perícia é a qualidade da declaração tradutora da verificação: trata-se de declaração de caráter técnico, isto é, de declaração técnica sobre um elemento de prova.*”⁵⁹ (g.n.).

59. SANTOS, Moacyr Amaral. *A Prova Judiciária no Cível e Comercial*, vol. V. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 29-30.

De fato, a boa doutrina não se descola da realidade, sem deixar de lado exigências de índole processual-constitucional:

Têm variado no tempo e no espaço as idéias sobre o que há de conter uma sentença para que se possa reputar cumprido o dever de motivá-la. Aqui nos importam as razões de fato, que, em regra, noutra coisa não consistem senão no resultado da valoração dos elementos probatórios, escassas que são, para o juiz, as possibilidades de utilizar conhecimentos fáticos adquiridos por meios diferentes. A tal respeito não nos podemos concentrar, hoje, com simples referências genéricas e vagas às “provas dos autos”: fórmulas desse teor cingem-se a homenagear ritualisticamente o dever de motivação, ao mesmo tempo que o eludem na substância. Necessidades de ordem prática, relacionadas acima de tudo com o volume de trabalho, forçam-nos a renunciar à exposição pormenorizada das impressões do julgador acerca de cada frase constante de um documento ou de um laudo pericial; as opções valorativas básicas, no entanto, essas têm de ser explicitadas e justificadas em termos cabais: não bastará, p. ex., dizer que as declarações da testemunha X pareceram mais dignas de crédito que as da testemunha Y, mas será mister esclarecer o asserto pelo confronto das características pessoais dos depoentes, pelo exame da forma como se expressaram, da coerência interna dos depoimentos, e da respectiva concordância ou discordância com outras peças de informação.

Evitando embora o excesso de rigidez, que seria absurdo, cumprir estabelecer critérios para determinar o “conteúdo mínimo necessário” da motivação, sem o qual não se há de ter por observado o dever correlato.

A questão é de grande importância prática nos sistemas jurídicos em que, com cominação expressa ou sem ela, se consideram inválidas as sentenças não motivadas.

(...)

Uma advertência final, contudo, afigura-se indispensável. A fiel reconstituição dos fatos relevantes é, normalmente, pressuposto essencial de uma decisão justa. A justiça, por sua vez, constitui o maior dos valores a que deve servir o processo – melhor dizendo: a que deve servir o direito. O maior, repita-se: não o único.

A insistência do juiz em esclarecer cabalmente ponto a cujo respeito lhe pareçam faltar informações completas nos autos, levada às últimas conseqüências, pode acarretar demora excessiva na solução do litígio.⁶⁰

60. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 53, p. 122-133, 1989. (g.n.).

A jurisprudência é, majoritariamente, nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. JUROS COMPENSATÓRIOS. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. PERÍODO DE APURAÇÃO E ÍNDICE APLICÁVEL. PRECEDENTES. SÚMULAS 7.

Inicialmente, constato que não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentada. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.8.2007; e, REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28.6.2007.⁶¹

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente *mandamus* e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

61. REsp 1719020/GO, 2.ªT., Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 08/05/2018, DJe 21/02/2019.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquirir tal decisum.

5. Embargos de declaração rejeitados.⁶²

VII. Resposta aos quesitos e conclusão

Analizados todos os dados que nos foram fornecidos pela Consultante e alicerçados nos elementos jurídicos de que tratamos nos itens precedentes, aos quais nos reportamos, manifestamos nossa opinião em relação às questões que nos foram encaminhadas:

1) Ficou comprometida a sentença, no caso dos autos, por que o juiz, no curso do procedimento em primeiro grau, indeferiu provas? O fato de não ter havido recurso da decisão que indeferiu essas provas é relevante?

Não. O fato de ter havido indeferimento de provas, mesmo que essas tenham sido requeridas pela parte sucumbente, não gera, por si só, vício da sentença. O juiz tem o poder de preparar o quadro, a partir do qual formará sua convicção a respeito de como os fatos ocorreram, e poderá, assim, proferir decisão resolvendo o conflito à luz do ordenamento jurídico.

Esse controle se exerce a começar pela seleção dos fatos reputados importantes para a solução da lide, passando pelas provas deferidas com objetivo de demonstrá-los e, finalmente, com a valoração dessas. Todo esse caminho é percorrido, pelo juiz, evidentemente, com a colaboração de ambas as partes, embora seja sua a palavra final.

Não tendo havido recurso das decisões que indeferiram as provas, perde a parte o direito de insistir na produção delas, em segundo grau (tema tratado com mais vagar na resposta ao quesito nº 3), assim como a alegação de nulidade da sentença, tendo como fundamento esse indeferimento, configura *venire contra factum proprium*.

2) Podem, certas provas, ser consideradas **mais relevantes** que outras, independentemente de haver previsão legal expressa a

62. EDcl no MS 21.315/DF, 1.ª Seção, Rel. Min. Diva Malerbi (Des. Convocada TRF 3.ª Região), j. em 08/06/2016, DJe 15/06/2016.

respeito? No caso dos autos, ao laudo pericial e aos laudos oficiais, produzidos por órgãos técnicos governamentais pode-se atribuir maior força probante?

Embora não haja, no ordenamento jurídico brasileiro, hierarquia entre as provas, é evidente que, mesmo em tese, algumas têm *status* diferenciado, por exemplo, o laudo pericial, que foi exatamente a prova tida como principal no caso dos autos, por ser a controvérsia eminentemente técnica. Então essa diferença existe em tese e pode tornar-se ainda mais expressiva em um caso concreto.

3) Pode, a parte, requerer produção de provas, em segundo grau de jurisdição? Há preclusão? O fato de a parte requerente ter aberto mão do direito à produção de uma segunda perícia influi na resposta a este quesito?

De rigor, a parte não tem o direito de requerer produção de provas, em segundo grau de jurisdição, já que esse direito terá sido fulminado pela preclusão temporal. O fato de ter havido diversas manifestações da parte no sentido de que o processo estava maduro para ser julgado e outra, bem específica, no sentido de que se abriria mão de uma segunda perícia gera preclusão lógica. Isso, evidentemente, sem se falar na possibilidade de se interpretar a conduta da parte como um *venire contra factum proprium*, isto é, como comportamento de má-fé.

4) Há *error in procedendo*, quando o juiz indefere uma prova e julga com base nas demais?

Evidentemente, indeferir uma prova e julgar com base nas outras não configura nem *error in procedendo* nem *error in iudicando*. Afinal, em primeiro lugar, não é possível identificar qualquer vício de forma, ligado ao processo, sob o aspecto procedimental. Não há, no caso, qualquer erro de atividade do juiz, ao organizar a marcha processual, uma vez que ele age dentro dos limites do seu (livre) convencimento motivado.

Por outro lado, também não é possível afirmar a existência de equívoco quanto à análise das provas, relativo ao direito ou quanto às consequências jurídicas atribuídas aos fatos provados.⁶³⁻⁶⁴ Cogi-

63. ALVIM, Teresa Arruda. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e nova função dos tribunais superiores*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018, p. 457.

tar que exista *error in procedendo* ou *error in iudicando* quando o juiz indefere determinada prova, para ele, inútil, seria desconsiderar o que afirma o art. 371, desrespeitando, assim, o (livre) convencimento motivado.

5) Caso se admita que a prova pleiteada pela segurada seja produzida, estando o processo em segundo grau de jurisdição, essa produção deve ocorrer em primeiro ou em segundo grau?

Tratando-se de prova que poderia (na verdade deveria) ter sido produzida no primeiro grau de jurisdição, já que relativa aos fatos da causa ocorridos anteriormente à propositura da ação, essa produção se, eventualmente deferida, o que admite apenas *ad argumentandum*, deve ocorrer em primeiro grau de jurisdição, devendo o Tribunal valorá-la, em conjunto com as demais.⁶⁵ (grifos nossos)

64. “*La función jurisdiccional muestra dos aspectos perfectamente separables. Uno, que se refiere a la instrucción del proceso, cuyo impulso queda a cargo de las partes – sistema dispositivo – bajo la dirección del juez que preside el debate. En esta etapa, el juez aplica las leyes de procedimiento que garantiza el ataque y la defensa, de modo que cada parte pueda exponer libremente sus razones, dentro del orden y oportunidad que marca la ley, sin perturbar la instrucción del proceso. El otro aspecto de la función jurisdiccional es la decisión o facultad de juzgar propiamente dicha, con la que el juez definiendo la contenda, pone punto final al juicio. En este momento es el derecho substancial el que está en juego y lo que se decide son las pretensiones que las partes han hecho valer. El error del juez puede tocar uno o los dos aspectos señalados. Cuando viola las reglas de instrucción del proceso, por desidia propia o de las partes, incurre en error in procedendo. En el outro caso, el desacierto en la decisión misma, por mala aplicación o interpretación del derecho o desviada apreciación de los hechos, importa un error in iudicando.*” (COSTA, Agustín A. El recurso ordinario de apelacion en el proceso civil. Buenos Aires: Asociacion de Abogados de Buenos Aires, 1950, p. 27-28).

65. “**APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – CONTRATOS BANCÁRIOS – CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LI-DE – PROVA PERICIAL – Necessidade da produção de prova pericial, que demonstre se, de fato, houve cobrança indevida de juros mensalmente capitalizados – Hipótese, porém, em que, como a não produção da prova não impediu o magistrado de proferir sua decisão, não se anula, por ora, a r. sentença – Converte-se o julgamento em diligência, para o fim de ser produzida a prova pericial, postergando-se a apreciação da correção ou não da sentença proferida, para depois da análise da prova – Art. 938, § 3º, do NCPC – Preliminar acolhida.**” (TJSP; Apelação Cível 1004316-61.2016.8.26.0266; Relator (a): Salles Vieira; Órgão

6) O juiz deveria ter se pronunciado, especificamente, a respeito de todos os elementos de fato e de direito constantes dos autos, sob pena de a sentença dever ser considerada nula?

A regra é a de que o juiz deve manifestar-se sobre os elementos que tomou por base de sua decisão e também sobre outros que afastou, mas que poderiam ter levado a uma conclusão diferente daquela adotada. Entretanto, essa regra deve ser lida *cum grano salis*, quando se trata de casos que envolvem fatos complexos. Normalmente, em casos assim, os fatos são provados por um conjunto de provas e a contraprova se produz, também, por meio de um conjunto de provas. Integram, esses conjuntos, inúmeros elementos que não têm sentido, isoladamente, pois não são capazes, por si sós, de gerar uma decisão de procedência ou de improcedência do pedido.

Portanto, em casos como o dos autos, não se pode tachar de nula a sentença, porque não se tenha manifestado, de forma analítica, sobre todo e qualquer elemento constante dos autos, como pretendem as Apelantes. Até por que, de rigor, nem mesmo os elementos tomados por base para julgar a ação procedente foram analisados de forma analítica e exauriente, mas, exclusivamente, em conjunto.

Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itanhaém – 1ª Vara; Data do Julgamento: 03/07/2017; Data de Registro: 03/07/2017). Consta no voto do relator: “*É cediço que as questões que envolvem o direito bancário são tormentosas, e que, não raro, exigem a produção de prova pericial, para o fim de comprovar excessos cometidos, mormente na hipótese dos autos – onde existe alegação da apelante neste sentido – em que a lide foi julgada, sem que fosse produzida prova pericial. Ante o exposto, necessária a produção de prova pericial, com a juntada do contrato nº. 181074429, que demonstre se, de fato, houve indevida cobrança, sob pena de evidente cerceamento de defesa da apelante. Considerando-se, porém, que a não produção da prova não impediu o magistrado de proferir sua decisão, não se anula, por ora, a r. sentença. A solução que se impõe é a de converter-se o julgamento em diligência, para o fim de ser produzida a prova pericial. Somente após a análise da prova é que se mostrará possível a apreciação da correção ou não da sentença proferida. Ressalte-se, por oportuno, que referida determinação não importa em supressão de instância, uma vez que, como já mencionado, para o ilustre magistrado ‘a quo’ o julgamento prescinde de instrução probatória. Outrossim, prevê o art. 938, § 3º, do NCPC, a possibilidade da diligência determinada. Postas estas premissas, de ofício, converte-se o julgamento em diligência, para o fim de determinar a realização de prova pericial. Realizada a diligência, devem os autos retornar ao Tribunal, para prosseguimento do julgamento do recurso”.*

Ademais, quando se trata de prova técnica, o juiz acolhe alguns laudos/estudos em detrimento de outros laudos/estudos. O juiz não tem conhecimento técnico para rebater com argumentos de sua autoria intelectual, estudos técnicos: o que faz é endossar/adotar as conclusões de certos estudos/laudos, como se suas fossem. Melhor ainda se, como ocorre nos autos, os laudos/estudos adotados já contenham contra-argumentação em relação às provas afastadas.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Curitiba, 28 de agosto de 2019.

TERESA ARRUDA ALVIM

17

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – TESE INÉDITA – ATINGE TERCEIROS? – ADSTRIÇÃO ÀS PARTES E AO OBJETO DO PROCESSO

PARECER

I. Objeto da consulta

Dá-nos a honra da consulta X, por meio de sua ilustre advogada, Dra. Heloísa Scarpelli, a respeito (i) dos requisitos para a aplicação da penalidade prevista no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (devolução em dobro do excesso cobrado ao consumidor), que é objeto do julgamento em cinco recursos de embargos de divergência no âmbito da Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça; (ii) e da perspectiva de julgamento dos embargos de divergência.

As questões que nos foram postas são as seguintes: (i) se é possível fixar tese inédita em julgamento de embargos de divergência, diferente das que já compõem as correntes jurisprudenciais da Corte; (ii) se a decisão proferida nos embargos de divergência pode atingir terceiros, que não são parte no processo; (iii) e se é possível aplicar a penalidade prevista no art. 42, parágrafo único do CDC, de forma objetiva.

Para melhor compreensão da situação objeto do Parecer, a Consulente nos narrou os votos já proferidos nas sessões de julgamento e nos forneceu cópia das principais peças dos autos de: *i)* EAREsp nº. 676.608/RS, da relatoria do Exmo. Ministro Og Fernandes; *ii)* EAREsp nº. 622.897/RS, da relatoria do Exmo. Ministro Raul

Araujo; *iii*) EAREsp nº. 600.663/RS, da relatoria da Exma. Ministra Maria Thereza de Assis Moura; *iv*) EREsp nº. 1.413.542/RS, da relatoria da Exma. Ministra Maria Thereza de Assis Moura; e *v*) EAREsp nº. 664.888/RS, da relatoria do Exmo. Ministro Herman Benjamin.

II. Resumo do Essencial

Há cinco recursos de embargos de divergência¹, em trâmite na Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça, que tratam dos requisitos para a devolução em dobro do valor cobrado em excesso nas relações de consumo – sanção da prevista no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo dispõe o art. 42, parágrafo único, do CDC, “*o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável*” (g.n.).

A divergência ocorre porque a jurisprudência consolidada da 2ª Seção adota o entendimento de que o *engano injustificável*, que determina a aplicação da sanção, seria equivalente ao comportamento de **má-fé**. Isto é, a devolução em dobro dos valores pagos em excesso pelo consumidor somente seria possível quando presente o **ânimo abusivo** na conduta do fornecedor².

De outro lado, a jurisprudência consolidada na 1ª Seção tem se posicionado no sentido de que, havendo cobrança indevida, o engano é injustificável se decorrer de **dolo** ou **culpa** (negligência, imprudência ou imperícia) do fornecedor do produto ou serviço³. Ou

1. EAREsp nº. 676.608/RS, da relatoria do Exmo. Ministro Og Fernandes; EAREsp nº. 622.897/RS, da relatoria do Exmo. Ministro Raul Araujo; EAREsp nº. 600.663/RS, da relatoria da Exma. Ministra Maria Thereza de Assis Moura; EREsp nº. 1.413.542/RS, da relatoria da Exma. Ministra Maria Thereza de Assis Moura; e EAREsp nº. 664.888/RS, da relatoria do Exmo. Ministro Herman Benjamin.
2. REsp 1626275/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 07/12/2018; AgInt no AREsp 1124791/MG, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 18/12/2017; AgInt no REsp 1.449.237/PR, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 4/5/2017; AgRg no REsp 1.498.617/MT, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 29/8/2016; AgRg no AREsp 15.707/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 22/8/2011; REsp nº 1.032.952/SP Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 26/3/2009.
3. AgInt no REsp 1605448/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 13/12/2017; AgRg no AREsp 327.606/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia

seja, bastaria a configuração de **culpa** (por exemplo, uma falha no sistema de cobrança) para aplicar a sanção de devolução em dobro dos valores pagos indevidamente pelo consumidor.

A divergência foi, inicialmente, levada à Corte Especial do STJ por meio do EAREsp nº. 600.663/RS, da Relatoria do Ministra Maria Thereza de Assis Moura. No caso, um consumidor do serviço de telefonia buscava a condenação da Y, empresa prestadora do serviço, ao pagamento em dobro de valores cobrados, supostamente, em excesso na fatura.

No acórdão recorrido, proferido pela 4ª Turma do STJ, consignou-se que a devolução dobrada seria incabível porque não haveria *má-fé* da empresa. O consumidor, então, interpôs embargos de divergência, indicando acórdãos paradigmas da 1ª e 2ª Turmas do STJ, segundo os quais a cobrança também seria injustificável se decorresse de **falha na prestação do serviço** (comportamento meramente culposo).

O julgamento teve início em 02/09/2015, com o voto da Min. Maria Thereza de Assis Moura, dando provimento ao recurso, para fazer prevalecer o entendimento firmado na 1ª Seção, de que bastaria a culpa do fornecedor para determinar a devolução em dobro. O julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista do Min. João Otávio de Noronha.

Em 04/05/2016, a Corte Especial do STJ levou a julgamento o EAREsp nº. 676.608/RS, que trata de questão idêntica, isto é, da devolução em dobro de valores supostamente cobrados em excesso pela Y, em razão de falha na prestação do serviço. O Relator, Min. Og Fernandes, deu provimento ao recurso seguindo o entendimento da 1ª Seção, de que a culpa do fornecedor seria suficiente para determinar a devolução em dobro. Em seguida, pediu vista o Min. João Otávio de Noronha.

O julgamento continuou na sessão do dia 07/12/2016, tendo os Ministros João Otávio de Noronha e Luis Felipe Salomão apresentado

Filho, DJe 05/04/2017; AgRg no AREsp. 642.115/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 10.10.2016; EDcl no AgInt no AgRg no REsp. 1.577.008/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 10.10.2016; AgRg no REsp. 1.203.426/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 28.11.2014; AgRg no Ag 1.404.268/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 14.2.2012 e AgRg no AREsp 34.224/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 28.10.2011.

votos, inicialmente, para não admitir o recurso dos embargos de divergência. O Ministro Mauro Campbell Marques votou acompanhando o Min. Og Fernandes, assinalando que bastaria a culpa do fornecedor para aplicar a sanção prevista no art. 42 do CDC. Houve, em seguida, pedido de vista do Min. Raul Araújo.

Na sessão do dia 20/09/2017, o Min. Raul Araújo proferiu voto para fazer prevalecer o entendimento da 2ª Seção, no sentido que a devolução em dobro depende de má-fé. Pediu vista, então, o Min. Herman Benjamin.

Durante o ano de 2018, a Corte Especial do STJ deu início ao julgamento de outros três recursos de embargos de divergência sobre a mesma matéria: EAREsp nº. 622.897/RS, da relatoria do Exmo. Ministro Raul Araujo; EREsp nº. 1.413.542/RS, da relatoria da Exma. Ministra Maria Thereza de Assis Moura; e EAREsp nº. 664.888/RS, da relatoria do Exmo. Ministro Herman Benjamin.

Em todos esses recursos as questões de fato e de direito são as mesmas: a condenação da Y à devolução em dobro de valores cobrados, supostamente, em excesso na fatura em razão de falha na prestação do serviço de telefonia. **Por essa razão, passaram a tramitar de forma conjunta.**

Em 20/02/2019, os julgamentos tiveram prosseguimento com o voto do Min. Herman Benjamin. Embora tivesse consignado que seguiria o entendimento da 1ª Seção (ou seja, que os requisitos para a devolução em dobro são o dolo ou, pelo menos, a culpa), externou seu entendimento pessoal, no sentido de que a sanção prevista no art. 42 do CDC deveria ser aplicada de forma **objetiva**.

De acordo com o Min. Herman Benjamin, especialmente nos contratos de índole pública, como aqueles decorrentes da prestação de serviços públicos, a responsabilidade seria *objetiva*, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal⁴. Também observou que o próprio Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade *objetiva* dos prestadores de serviço (art. 14) e a presunção *iure et de iure* de hipossuficiência do consumidor, que é a parte mais fraca da

4. Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

relação de consumo (art. 4º, I). Portanto, em interpretação sistemática da legislação, a devolução em dobro prevista no art. 42 também deveria ser aplicada de forma **objetiva**.

Assinalou, de outro lado, que o art. 42 do CDC nada diz a respeito da exigência de culpa. Assim, o entendimento firmado na 1ª Seção já seria um **privilegio** concedido aos fornecedores que, a rigor, deveriam estar sujeitos à responsabilidade objetiva. Ainda segundo o voto do Min. Herman Benjamin, se prevalecer a jurisprudência da 2ª Seção, que exige a demonstração de má-fé, o STJ estaria criando **dificuldade excessiva à defesa do consumidor**.

Também consignou que a decisão a ser proferida nos embargos de divergência serviria de paradigma para os casos futuros, inclusive aqueles relacionados às instituições financeiras.

Por fim, reconheceu que a jurisprudência da 1ª Seção (que julga questões de direito público) e da 2ª Seção (que julga questões de direito privado) já estaria consolidada, em sentidos divergentes, há muitos anos. Dessa forma, ao se unificar o entendimento do STJ no âmbito da Corte Especial, deveria haver **modulação**, de modo a não prejudicar os jurisdicionados que se pautaram em uma das correntes de jurisprudência do Tribunal.

Em outras palavras, se se entender que a devolução em dobro seria aplicada de **forma objetiva**, deveria haver modulação em relação aos fornecedores que estão sujeitos à Jurisdição da 1ª Seção (i.e., empresas de telefonia, saneamento, distribuição de energia elétrica) e da 2ª Seção (i.e., instituições financeiras e planos de saúde), uma vez que todos seriam afetados pela mudança no entendimento.

Todavia, se se entender que a sanção prevista no art. 42 dependeria de **culpa**, deveria haver modulação, ao menos, para os Jurisdicionados da 2ª Seção, cuja jurisprudência consolidada é no sentido da exigência da demonstração da má-fé.

O julgamento dos recursos teve continuidade em 07/08/2019, com o Min. Luis Felipe Salomão apresentando voto conforme o entendimento da 2ª Seção, no sentido de que a devolução em dobro depende da má-fé do fornecedor. A Min. Nancy Andrighi e o Min. João Otávio de Noronha proferiram votos em sentido diverso, seguindo o entendimento da 1ª Seção. Em seguida, pediu vista o Min. Ministro Raul Araújo, com quem os autos estão conclusos até a presente data.

Em síntese, os votos dos Ministros que compõem a Corte Especial são no seguinte sentido:

Ministro	Voto
João Otávio de Noronha	Basta culpa (conforme entendimento da 1ª Seção).
Maria Thereza de Assis Moura	Basta culpa (conforme entendimento da 1ª Seção).
Felix Fischer	Não votou.
Francisco Falcão	Não votou.
Nancy Andrighi	Basta culpa (conforme entendimento da 1ª Seção).
Laurita Vaz	Não votou.
Humberto Martins	Não votou.
Herman Benjamin	Basta culpa (conforme entendimento da 1ª Seção), ressaltando o seu entendimento pessoal de que a responsabilidade seria objetiva.
Napoleão Nunes Maia Filho	Não votou.
Jorge Mussi	Não votou.
Og Fernandes	Basta culpa (conforme entendimento da 1ª Seção).
Luis Felipe Salomão	Depende de má-fé (conforme entendimento da 2ª Seção).
Mauro Campbell Marques	Basta culpa (conforme entendimento da 1ª Seção).
Benedito Gonçalves	Não votou.
Raul Araújo	Não votou.

Ocorre que o voto do Min. Herman Benjamin tem gerado dúvidas dentro e fora do STJ. Na sessão de julgamento do dia 20/02/2019, o Min. Luis Felipe Salomão demonstrou dúvida a respeito do posicionamento do Min. Herman Benjamin, indagando se não estaria sendo proposta uma nova tese. Também a imprensa ampliou o estado de incerteza, divulgando que o Min. Herman Benjamin teria apresentado uma “terceira via” em seu voto, com base na responsabilidade objetiva, diferente do posicionamento já adotado pela 1ª e pela 2ª Seção do STJ⁵.

5. JOTA, Edição de 20/02/2019. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/stj-repeticao-de-indebito-ma-fe-20022019>. Acesso em: 03 set. 2019;

Em razão da situação criada e da relevância da matéria, a X nos questiona a respeito da possibilidade de se aplicar a sanção prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC de forma objetiva se o STJ adotar esse entendimento no julgamento dos embargos de divergência.

III. Premissas Necessárias

III.1. Embargos de divergência – É permitida a terceira via?

O recurso de embargos de divergência, em tese, se presta a neutralizar a contraposição entre duas teses jurídicas que servem de base a tendências consubstanciadas em decisões que já existiam previamente, no âmbito de um mesmo Tribunal Superior. Assim, e por isso, o órgão julgador deve *optar* por uma das tendências antes existentes, que constam dos acórdãos, postos lado a lado: um, o recorrido; outro, o paradigma, e *não* decidir a questão de maneira *inovadora*, de molde a surpreender o jurisdicionado.⁶

Assim como nos antigos embargos infringentes, o tribunal não podia fazer outra coisa senão fazer prevalecer o *voto vencido* – ou seja, o recorrente não podia obter nada além disso no julgamento de procedência do recurso, do mesmo modo, não pode o recorrente de embargos de divergência ser surpreendido com uma posição diferente daquela que consta do paradigma.⁷ Isso, porque a função des-

MIGALHAS, Edição de 20/02/2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI296686,31047-STJ+Corte+Especial+decidira+se+devolucao+em+dobro+prevista+no+CDC>. Acesso em: 03 set. 2019.

6. “Isso quer dizer que os embargos de divergência só terão sentido a partir do momento em que houver reconstrução discursiva dos casos e decisões interpretativas que suportam as decisões divergentes, tendo o colegiado o dever de analisar as diferentes interpretações *refazendo o percurso justificativo* de ambas. Os embargos de divergência não constituem palco em que o discurso interpretativo tem início, mas sim o palco de sua reconstrução. Decisões divergentes abrem oportunidade para que as diferentes justificativas sejam comparadas a fim de que se defina qual é a que encontra maior suporte na ordem jurídica”. (MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016, versão eletrônica – g.n.).
7. Vale ressaltar que a fundamentação pode ser distinta, contudo, **a matéria a ser apreciada nos embargos de divergência deve manter-se**. Vejamos: “AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **EMBARGOS INFRINGENTES. FUNDAMENTAÇÃO DO VOTO VENCIDO**.”

se recurso é a de *dissipar a insegurança e não a de potencializá-la*; é a de corrigir a desarmonia que existe, *interna corporis*, no tribunal, fazendo prevalecer uma das posições já existentes e não, é natural, optando por uma terceira (nova!). Se assim fosse, a finalidade desse recurso ficaria gravemente comprometida.⁸

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. 1. Os Embargos de Divergência devem indicar, com clareza e precisão, as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, a teor do disposto no art. 1.043, § 4.º, do Novo Código de Processo Civil e no art. 266, § 4.º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. 2. **Ressalta-se ainda que a finalidade dos Embargos de Divergência é a uniformização da jurisprudência do Tribunal, não se apresentando como um recurso a mais nem se prestando para a correção de eventual equívoco ou violação que possa ter ocorrido no julgamento do Agravo em Recurso Especial.**” (g.n.)⁹

“AGRAVO INTERNO. PROCESSUAL CIVIL. INDEFERIMENTO LIMINAR DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ENDOSSO DE DUPLICATA MERCANTIL. INEXISTÊNCIA DE APURAÇÃO DE MÁ-FÉ POR PARTE DO ENDOSSATÁRIO. SABER SE APENAS POR ENVOLVER OPERAÇÃO DE *FACTORING* OCORRE A TRANSMUTAÇÃO DO INSTITUTO DE DIREITO CAMBIÁRIO PARA O CIVILISTA DA CESSÃO DE CRÉDITO. QUESTÃO EXCLUSIVAMENTE JURÍDICA.

AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR DOS EMBARGOS. 1. O art. 530 do CPC disciplina o cabimento de embargos infringentes e seu efeito devolutivo, que deve ser restrito à matéria objeto da divergência apresentada pelo voto vencido, sem, contudo, impor limites à fundamentação do acórdão a ser neles proferido. 2. Agravo interno a que se nega provimento.” (STJ, AgInt no AREsp: 952044/RS 2016/0185553-0, 4.ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJ: 27/02/2018, DJe 09/03/2018 – g.n.).

8. “A devolutividade dos embargos se restringe à matéria objeto de divergência entre a Turma e os demais órgãos do STJ ou STF. Matéria não decidida no acórdão embargado não pode constituir objeto de embargos de divergência.” (NERY JR. Nelson. *Teoria Geral dos Processos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 426).
9. AgInt nos EAREsp 862.496/MG, Corte Especial, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 16/11/2016, DJe 30/11/2016.

DIVERGÊNCIA ENTRE O ACÓRDÃO EMBARGADO E ENTENDIMENTO ORA PERFILHADO PELA QUARTA TURMA. CONSTATAÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 168/STJ. INVIABILIDADE. **1. O escopo dos embargos de divergência é a uniformização de teses jurídicas divergentes em relação à matéria de mérito, de modo que, ante a natureza vinculada de sua fundamentação, é vedado analisar qualquer outra questão que não tenha sido objeto de dissídio entre os acórdãos em cotejo, ainda que se trate de matéria de ordem pública. 2. Consoante precedente da Corte Especial, ‘no exame de admissibilidade dos embargos de divergência, pela sua especificidade, o que cumpre apreciar e decidir é se o acórdão embargado atrita, na esfera jurídica, com a tese do acórdão paradigma trazida a confronto.’** (g.n.)¹⁰

“AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO. AGRAVO INTERNO CONTRA ACÓRDÃO DA SEGUNDA SEÇÃO. RECURSO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. ERRO GROSSEIRO. AGRAVO NÃO CONHECIDO. (...) 2. É certo o descabimento dos embargos de divergência para análise de regras técnicas de admissibilidade do recurso especial, como sói ser a alegada violação à Súmula 7 do STJ, haja vista que o **escopo deste recurso é a uniformização de teses jurídicas divergentes em relação à matéria de mérito, de modo que, ante a natureza vinculada de sua fundamentação, é vedado analisar qualquer outra questão que não tenha sido objeto de dissídio entre os acórdãos em cotejo, ainda que se trate de matéria de ordem pública.** 3. Agravo interno não conhecido”. sujeitando-se às regras de direito cambial. 4. Agravo interno provido para admitir o regular prosseguimento dos embargos de divergência, com posterior julgamento meritório.”¹¹ (g.n.)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. REGRA TÉCNICA DE ADMISSIBILIDADE (SÚMULA 315/STJ). MÉRITO RECURSAL NÃO ENFRENTADO. SÚMULAS 7 E 211/STJ. SÚMULA 284/STF. (...) 4. Este Relator rejeitou monocraticamente os Embargos de Divergência por entender aplicável a Súmula 315/STJ no caso concreto. 5. Os Embargos de Divergência não são cabíveis para análise de regras técnicas de admissibilidade do recurso especial, como ocorre quando o não se conhece do Recurso Especial, ou não é provido, pela aplicação das Súmulas 7

10. STJ, AgInt nos EREsp: 1482089/PA 2014/0234884-9, 2.^a Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ: 12/12/2018, DJe 01/03/2019.

11. STJ, AgInt nos EDcl nos EAREsp: 401633/RJ 2013/0328153-1, 2.^a Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ: 13/09/2017, DJe 29/09/2017.

e 211/STJ e Súmula 284/STF, haja vista que o **escopo deste recurso é a uniformização de teses jurídicas divergentes em relação à matéria de mérito recursal, de modo que, ante a natureza vinculada de sua fundamentação, é vedado analisar qualquer outra questão que não tenha sido objeto de dissídio entre os Acórdãos em cotejo. Precedentes: AgInt nos EREsp 1.443.973/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 11/4/2018, DJe 19/4/2018; AgInt nos EAREsp 780.004/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe 15/12/2017; AgInt nos EAREsp 722.987/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 13/12/2017, DJe 1/2/2018.** 6. Assim, em razão da impossibilidade de comparar acórdãos quando ao menos um deles não enfrenta o mérito da controvérsia, é inafastável a aplicação da Súmula 315/STJ, que dispõe ‘não cabem Embargos de Divergência no âmbito do Agravo de Instrumento que não admite recurso especial’. 7. Agravo Interno não provido.”¹² (g.n.)

Além disso, seria ferido o princípio do devido processo legal, já que, a respeito dessa nova tese, diferente do que ocorreu com as que constam do acórdão recorrido e do paradigma, não teria havido o imprescindível *contraditório*.¹³ O que haveria, seria a decisão surpresa, sobre a qual as partes nada disseram, não tiveram oportunidade de se manifestar.¹⁴

12. STJ, AgInt nos EREsp: 1368018/DF 2013/0055911-0, Corte Especial, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ: 29/06/2018, DJe 27/02/2019.

13. “[...] Naturalmente, se esses sujeitos tiveram condição de influenciar na prolação da decisão judicial, indubitavelmente devem se sujeitar-se à resposta jurisdicional oferecida.

[...] Parte no processo é quem pede e contra quem se pede tutela jurisdicional. Essa condição pode ser adquirida por força da propositura de ação, pela sucessão processual (arts. 108 e ss.) ou pela intervenção de terceiro em um processo já pendente – afora o assistente simples e o *amicus curiae*, os demais terceiros intervenientes adquirem a qualidade de parte no processo de que passam a participar. O litisconsórcio constitui uma pluralidade de partes com interesse comum no mesmo polo do processo, de modo que o litisconsorte também é parte no processo. Saber quem é parte ou não é fundamental, na medida em que a coisa julgada não pode jamais prejudicar terceiros (art. 506)”. (MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2017. Vol. 2.)

14. “ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. CERTAME

Portanto, se em um dos acórdãos se decidiu no sentido de que o *engano injustificável*, que determina a aplicação da sanção prevista do art. 42 do CDC, seria equivalente ao comportamento de **má-fé** e, no outro, que bastaria o comportamento **culposo**, não pode o tribunal decidir, em embargos de divergência, pela responsabilização **objetiva** do fornecedor.

DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE. PROCESSO SELETIVO INSTAURADO PARA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. PRETERIÇÃO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO COM PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PROVIMENTO DO MESMO CARGO EM QUANTIDADE SUFICIENTE A ALCANÇAR A CLASSIFICAÇÃO DA IMPETRANTE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DECISÃO SURPRESA OU DE TERCEIRA VIA NÃO CONFIGURADA. PROVIMENTO JURISDICIONAL PREVISÍVEL E COMPATÍVEL COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. RESULTADO OBJETIVAMENTE PREVISTO NO ORDENAMENTO LEGAL. SOLUÇÃO DENTRO DO DESDOBRAMENTO CAUSAL, POSSÍVEL E NATURAL, DA CONTROVÉRSIA. APLICAÇÃO DOS BROCARDOS *IURA NOVIT CURIA* E DA *MIHI FACTUM, DABO TIBI IUS*. 1. O Mandado de Segurança foi impetrado objetivando a nomeação e posse da recorrente no cargo de Professora de Língua Portuguesa do quadro efetivo da Secretaria de Estado da Educação e Cultura – SEDUC. Sustenta, em apertada síntese, que foi aprovada em 19º lugar para concurso com 19 vagas, mas que foi preterida na assunção do cargo em favor do preenchimento do quadro com profissionais temporários mediante processo seletivo instaurado durante a validade do concurso. 2. O Tribunal de origem extinguiu o feito sem resolução do mérito, por entender carentes os autos de prova pré-constituída do direito líquido e certo da impetrante. 3. Insurge-se a impetrante recorrente contra a decisão do TJPI alegando violação ao art. 10 do CPC/2015 e que a simples abertura de novo concurso para o mesmo cargo cria para ela direito subjetivo à nomeação. 4. Não há violação ao art. 10 do CPC/2015 pelo aresto impugnado. **5. O referido dispositivo estabelece que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, no caso de não se ter dados às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.** 6. **Trata-se de proibição da chamada decisão surpresa, também conhecida como decisão de terceira via, contra julgado que rompe com o modelo de processo cooperativo instituído pelo Código de 2015 para trazer questão aventada pelo juízo e não ventilada nem pelo autor nem pelo réu.** (RMS 54.566/PI, 2.ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 19/9/2017, DJe 9/10/2017 – g.n.).

III.2. Limites do tribunal ao decidir recursos

Quando se julga *qualquer* recurso, devem-se respeitar os elementos fixados na propositura da ação: a *perpetuatio libelli*, a *perpetuatio legitimationis* e a *perpetuatio jurisdictionis*.¹⁵

De fato, no julgamento de recurso algum pode o Tribunal alterar o pedido – a lide – ou *estender* os *limites* do que se decidirá àqueles que não eram partes no início do processo¹⁶.

Ademais, também como decorrência do *efeito devolutivo*,¹⁷ caberá ao órgão *ad quem* decidir *apenas* (*apenas!*) o que tenha sido *impugnado* na decisão de que se recorreu.¹⁸⁻¹⁹ Nesse sentido, a jurisprudência:

-
15. Reconhecidamente, diversos pedidos podem se originar ou derivar de uma mesma relação jurídica. O juiz deve decidir a *res in judicium deducta* e nada mais. No Brasil, os elementos de uma ação são fixados na petição inicial e não podem ser alterados posteriormente: *causae petendi*, *petita* e partes. As partes não podem ser modificadas (*perpetuatio legitimationis*), o pedido e as causas de pedir não podem ser modificados (*perpetuatio libelli*). (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 230, p. 75-89, abr./2014).
 16. “De fato, com a introdução em sede recursal, seja pelas partes, seja ainda por terceiro que recorre, de debates de natureza processual, que se afeiçoam ao exercício do juízo rescindente no apelo, seguramente ocorrerá a ampliação do objeto do conhecimento, ou seja, da cognição judicial, visto que o órgão ad quem poderá e deverá tomar conhecimento de termos relativos à regularidade procedimental e processual, para aferir a existência ou não de error in procedendo. Se tais discussões vêm a ocorrer de forma inédita em superior instância, por não terem tido lugar em primeiro grau, estará ocorrendo a ampliação do objeto de cognição, mas não do objeto litigioso do processo que permanece inalterado”. (TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002, p. 403-404).
 17. “O objeto da devolutividade constitui o mérito do recurso, ou seja, a matéria sobre a qual deve o órgão *ad quem* se pronunciar, provendo-o ou improvidando-o [...] somente se devolve ao tribunal a matéria que o recorrente efetivamente impugnou e sobre a qual pede nova decisão”. (NERY JR. Nelson. *Teoria Geral dos Processos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 403).
 18. “A interposição do recurso transfere ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria impugnada. Podem variar, de recurso para recurso, a extensão e profundidade do efeito devolutivo; aquela, porém, não ultrapassará os limites da própria impugnação: no recurso *parcial* a parte não impugnada pelo recorrente escapa ao conhecimento do órgão *ad quem*.”

“Estabelece o art. 515 do CPC que a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. Trata, portanto, de seu efeito devolutivo. Segundo o dispositivo, em sua dimensão horizontal, não pode o órgão colegiado julgar matéria estranha ao recurso, seja pelo princípio dispositivo e da inércia, seja pela preclusão ou coisa julgada que recai sobre os pontos da sentença que não foram devidamente impugnados. Pode o órgão julgador, no entanto, dentro das limitações e exceções legais conhecer das questões suscitadas em sua dimensão vertical, isto é, em sua profundidade, desde que dentro da matéria debatida ou que seja passível de conhecimento *ex officio*.”²⁰

“O recurso de embargos infringentes possui efeito devolutivo limitado ao voto vencido. Portanto, o que não foi objeto de divergência não poderá ensejar a interposição dos embargos. Porém, não se há olvidar que o efeito devolutivo de todo recurso é de ser entendido sob o ângulo de extensão e profundidade. A extensão diz acerca da análise horizontal da matéria posta em juízo, ao passo que a profundidade é a verticalização da cognição do julgador. Tal verticalização, por muitos considerada como efeito translativo dos recursos, consiste na possibilidade de o Tribunal, ultrapassada a admissibilidade do apelo, decidir matéria de ordem pública, sujeita a exame de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição, como é o caso das nulidades absolutas, das condições da ação, dos pressupostos processuais e das demais matérias a que se referem o § 3º do art. 267 e § 4º do art. 301.”²¹

Mais recentemente:

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. ART. 544, § 4º, I, DO CPC/1973. ENTENDIMENTO

(BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, Vol. V, p. 123).

19. “Efeito dos mais característicos do sistema recursal, o efeito devolutivo é o que atribui ao juízo recursal o exame da matéria analisada na decisão recorrida e *expressamente impugnada* pelo recorrido. Por depender de expressa impugnação da parte, diz-se que constitui uma manifestação do *princípio da demanda* no âmbito dos recursos”. (MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2017. V. 2. p. 532.)
20. REsp 1.130.118/SP, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15/05/2014.
21. REsp 304.629/SP, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 16/03/2009.

RENOVADO PELO NOVO CPC, ART. 932. 1. No tocante à admissibilidade recursal, é possível ao recorrente a eleição dos fundamentos objeto de sua insurgência, nos termos do art. 514, II, c/c o art. 505 do CPC/1973. (...) O âmbito de devolutividade dos recursos é delimitado pela parte recorrente ao destacar a matéria objeto de sua irresignação. É o que se denomina efeito devolutivo horizontal ou extensão do efeito devolutivo. Somente a matéria expressamente impugnada pode ser objeto de cognição pelo órgão recursal, exceção feita às matérias que lhe são trasladadas por força de lei, àquelas de que o Judiciário deve conhecer em qualquer tempo ou grau de jurisdição, mesmo que sem expressa manifestação das partes. Coisa diversa é a profundidade do efeito devolutivo, que autoriza o órgão *ad quem* a examinar todos os fundamentos relativos à questão impugnada, ainda que não tenham sido expressamente referidos nas razões recursais. É o que se denomina efeito devolutivo vertical”.²²

Nenhum tribunal, ao julgar recurso (qualquer recurso) pode alterar os limites subjetivos da demanda,²³ ou seja, aqueles que, desde o início, seriam atingidos pela decisão²⁴ e muito menos de

22. STJ, EAREsp: 746775/PR 2015/0175762-6, Corte Especial, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ: 19/09/2018, DJe 30/11/2018 – g.n.

23. “Mas o principal fundamento para a restrição da coisa julgada às partes é a de *índole política*: quem não foi sujeito ao *contraditório*, não tendo a possibilidade de produzir suas provas e suas razões e assim influir sobre a formação do convencimento do juiz, não pode ser prejudicado pela coisa julgada *conseguida ‘inter alios’*”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 311).

24. Nesse sentido, a jurisprudência: “Processual Civil. Recurso Especial. Ação de compensação por danos morais. Extinção do processo sem a resolução do mérito. Inépcia da inicial. **Impossibilidade de emenda após a contestação**. Inaplicabilidade do art. 515, § 3º, do CPC. Revisão do valor fixado a título de honorários advocatícios. Incidência da Súmula 7/STJ. (...) **É vedado emendar a inicial após o oferecimento da contestação, salvo em hipóteses excepcionais – isso para atender os princípios da instrumentalidade das formas, da celeridade, da economia e da efetividade processuais. Precedentes (...) Com a estabilização da demanda, é inaplicável o art. 284 do CPC, quando a emenda implicar a alteração da causa de pedir ou do pedido, ou violar os princípios do contraditório e da ampla defesa**”. (STJ, REsp: 1074066/PR 2008/0148189-2, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ: 04/05/2010, DJe 13/05/2010 – g.n.).

julgar questão que não tenha sido posta, pela parte, à sua apreciação, pela via recursal.

“AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.089.036 – PR (2017/0089754-6) RELATORA: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI AGRAVANTE: EASY INCORPORAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS LTDA ADVOGADOS: MÁRCIO RODRIGO FRIZZO – PR033150 MARCIO LUIZ BLAZIUS E OUTRO (S) – PR031478 AGRAVADO: CATARINENSE ADMINISTRADORA DE BENS LTDA ADVOGADOS: NELCIDES ALVES BUENO – PR019043 JOSÉ DA PAIXÃO JUNIOR E OUTRO (S) – PR059956 DECISÃO. (...) No que se refere à sucessão universal, o art. 41 do CPC/73 estabelece que, no curso do processo, só será permitida a sucessão de partes nos casos expressos em lei. E no art. 42, *caput*, do mesmo diploma legal, há determinação no sentido de que a negociação sobre o direito em litígio, com a mudança de titularidade, não alterará a legitimidade das partes no respectivo processo; é o que, em doutrina, se **denomina princípio da estabilização subjetiva da relação jurídico-processual (*perpetuatio legitimationis*)**. Destarte, somente se permite a alteração dos pólos ativo e passivo da lide quando ainda não ocorreu a citação válida. **Depois de citado o réu, com a angularização da relação processual, a lide se estabiliza, não sendo mais permitida a sucessão de partes, salvo nos casos expressamente previstos em lei.** Nelson Nery Júnior leciona que ‘o princípio da estabilidade subjetiva da lide (*perpetuatio legitimationis*) se aplica a todos os tipos de processo. Quando a lei fala em vedação da sucessão processual no curso do processo quer significar que esta proibição atinge os processos de conhecimento, de execução e cautelar. (...) É com a citação válida (CPC 219) que a coisa se torna litigiosa, de sorte que, citado o réu validamente, não pode mais haver alteração subjetiva do processo, ocorrendo a *perpetuatio legitimationis*. Antes da citação, pode o autor fazer-se suceder por outrem no pólo ativo, bem como dirigir sua pretensão em face de outro réu, que não o mencionado originariamente na petição inicial’ (Nelson Nery Jr. e Rosa M. A. Nery, Código de Processo Civil Comentado, 3ª Ed., RT, p. 319). **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que ‘por força do princípio da estabilização subjetiva do processo, prestigiado nos arts. 41 e 264 do CPC, feita a citação validamente, não é mais possível alterar a composição dos pólos da relação jurídica processual, salvo as substituições permitidas por lei’ (RESP. 151877, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/2/1999).** A propósito: PROCESSUAL CIVIL. SÚMULA N. 284/STF. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. CITAÇÃO REALIZADA. ESTABILIZAÇÃO DA LIDE. INCLUSÃO DE RÉU NO PÓLO PASSIVO. VEDAÇÃO. 1. ‘É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia’ (Súmula n. 284/STF). 2. **Após a estabilização da lide, com a fixação dos seus elementos objetivos e subjetivos, é vedada a modificação do juízo, do pedido ou causa**

Portanto, a referência feita pelo Min. Herman Benjamin à aplicabilidade da tese a ser fixada nos embargos de divergência **também às instituições financeiras** não tem, senão, valor de *obiter dictum*.

Fenômeno diverso é o que diz respeito à carga normativa das decisões judiciais. Por essa via, pode a decisão “atingir” casos análogos, que corram entre partes diversas.

Nos últimos tempos, tem-se dado a devida atenção à *carga normativa* da jurisprudência. Tem-se reconhecido que decisões judiciais são mais do que *fonte* do direito: são o próprio direito.²⁵

de pedir se não houver acordo com o réu e das partes litigantes, salvo as substituições permitidas por lei. 3. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 875.696/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe de 8/3/2010)”. (STJ, AREsp: 1089036/PR 2017/0089754-6, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJ 01/08/2017 – g.n.).

25. Rebatendo o argumento de que admitir-se que o Judiciário crie direito seria transformá-lo em legislador, ofendendo a regra da tripartição de poderes, Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone explicam que: “Afirma-se, igualmente, que as decisões aditivas e substitutivas correspondem à produção de norma geral pelo Judiciário, equiparável a uma lei. Ainda que a parte ablativa da decisão pudesse configurar mera atuação como legislador negativo, amplamente aceita pela doutrina, a parte reconstrutiva de tais decisões, que adiciona ou substitui conteúdos, configuraria inequívoca atuação como legislador positivo. Haveria, nesse caso, usurpação dos poderes do Legislativo, violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da legalidade.

Esses argumentos são rebatidos pela alegação de que, ainda que o Judiciário inove ao proferir decisões manipulativas, o conteúdo decorrente da componente reconstrutiva da decisão deve sempre equivaler à única solução constitucional possível. O juiz não produz um ato puro de vontade, tal como faria o legislador, mas explicita uma solução que já estava imanente no sistema. Essa atuação se dá dentro dos limites do exercício da jurisdição: depende de provocação por aqueles que detenham legitimidade para tal, tem por limite os termos em que a demanda é formulada e seu alcance e segue um processo em que se observam contraditório, ampla defesa e devido processo legal. A decisão deve ser fundamentada e, ao se desincumbir de tal fundamentação, o magistrado tem um ônus reforçado de demonstrar a existência de uma resposta obrigatória à luz da constituição. A constituição, a seu turno, também é lei, inclusive de hierarquia superior, razão pela qual uma decisão proferida com base nela não pode ser considerada, tampouco, como violadora do princípio da legalidade.

Se são o próprio direito, é natural que se reconheça que, além de resolver a controvérsia entre A e B, as decisões judiciais, *em diferentes medidas*, significam algo para o sistema normativo, podendo ser invocadas, em casos posteriores, idênticos ou análogos, como base da decisão.

Reconhecer, na decisão judicial, a função de *precedente* – e, portanto, a capacidade de orientar e mesmo determinar decisões posteriores sobre casos iguais ou semelhantes – transforma-a em norma jurídica.²⁶ Como norma, deve ser *a mesma para todos*, sob pena de se ver ignorada ou menosprezada a necessidade de *isonomia*.²⁷

Por outro lado, argumenta-se, o juiz, uma vez provocado, e diante de uma violação constitucional, ainda que por omissão, não pode pronunciar um *non liquet*” (BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos Tribunais. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; DINAMARCO, Cândido Rangel; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FUX, Luiz (Coord.). *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo César Pinheiro Carneiro*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019. p. 722).

26. “Toda decisão tomada pelas Cortes Superiores em casos individuais projeta o entendimento do Tribunal, atuando como paradigma para casos idênticos futuros”. Essa função paradigmática e natural é tendência dos países de *civil law*, diz Nelson Nery Jr. (NERY JR., Nelson. Boa-fé e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 79). A relevância dessas decisões transcende à situação individual e está no quadro da fundamentação do acórdão, prossegue o autor.
27. Ana Paula de Barcellos, em primoroso texto, ao discorrer sobre a técnica da ponderação observa: “A solução a que chega o intérprete deve poder ser generalizada para todas as outras situações semelhantes ou equiparáveis e, para isso, deve ser submetida ao teste da universalização: é possível e adequado aplicar a decisão a que se chegou a todos os casos semelhantes? Essa exigência decorre naturalmente do dever de isonomia aplicado à prestação da jurisdição, pelo qual todos aqueles que se encontrem em situação equivalente devem receber a mesma resposta do Poder Judiciário. Além disso, assim como se passa com a ampliação de uma imagem qualquer, ao se formular como regra geral a solução apurada para um determinado caso, será mais fácil visualizar eventuais distorções ou vícios nela contidos. Vale dizer: além de empregar argumentos que possam transitar livremente no espaço público, e que façam

É inegável que a força que o CPC/2015 dá aos elementos oriundos do labor do Judiciário garante a isonomia, gera previsibilidade, incrementa a segurança jurídica. Ademais, racionaliza o trabalho do Poder Judiciário, gerando mais tempo para que os juízes decidam, com vagar e de modo artesanal, os casos mais complexos.²⁸

Além da carga normativa *natural* que caracteriza certas decisões judiciais, notadamente as dos tribunais de cúpula, e a jurisprudência consolidada num certo sentido, há, hoje, no direito brasileiro, precedentes ditos *vinculantes*.²⁹

As decisões de **recursos especiais** não repetitivos, proferidas pelo STJ, **não têm força de precedente vinculante**, no sentido forte

sentido para todos os indivíduos independentemente de suas convicções individuais, a decisão proposta ao fim da ponderação deve poder ser validamente universalizada para os demais casos equiparáveis. Embora essas diretrizes lógicas não forneçam ao intérprete critérios materiais para orientar suas decisões, elas funcionam como controles nessa fase decisória" (BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 130-132).

28. Nesse sentido, Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso: "Três valores principais justificam a adoção de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. A obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e pré-determinado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia." (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul.-set. 2016, especialmente p. 23)
29. Nesses casos, não há lugar para interpretação pessoal do juiz. Nada há de negativo nisso. A liberdade e a independência são do Judiciário e não de cada juiz, individualmente considerado. Observa Evaristo Aragão Santos: "Num regime democrático, constitucional e com instituições consolidadas, pretender que a sua interpretação pessoal prevaleça contra o entendimento consolidado da maioria, essa sim é postura que flerta com a arbitrariedade" (SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012 p. 193).

da expressão, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. Isso, porque o desrespeito àquilo que o STJ decide em recursos avulsos não gera a possibilidade de manejo da reclamação. Mas nada impede que sejam usadas como **precedentes relevantes** em casos posteriores, semelhantes.

O CPC/2015 prestigia *precedentes* proferidos em certas e determinadas situações que justificam, segundo o legislador, sejam eles tidos *de antemão* como precedentes vinculantes no sentido forte da expressão. Sim, porque há decisões que se tornam, naturalmente, *precedentes a posteriori*: ou seja, são densas, convincentes, com excelentes fundamentos, que passam a ser respeitadas, naturalmente, em casos posteriores, idênticos ou semelhantes.³⁰

De acordo com a sistemática do CPC/2015, todavia, há decisões que *já nascem* como precedentes *obrigatórios*, no sentido forte da expressão, e que devem ser paradigma para as posteriores, em casos normalmente idênticos e, às vezes, apenas semelhantes.

É que se podem conceber, principalmente à luz do atual CPC, *três graus de obrigatoriedade*. Essa classificação da obrigatoriedade dos precedentes, em *três graus de intensidade*, a partir de critério ligado, fundamentalmente, à *consequência* que decorre do seu *descumprimento*, parece-nos adaptada à nossa cultura.³¹

30. Aproximadamente nesse sentido, Eduardo Talamini, fazendo referência a uma vinculação (= obrigatoriedade) fraca (TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira*: repercussão geral, força vinculante, modulação de efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto. Tese apresentada para o curso de livre docência, Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 92 – não publicada). Essa é a vinculação (= obrigatoriedade) “normal” dos precedentes que tem caráter cultural e ocorre nos países de *civil law*.

31. A obrigatoriedade do respeito aos precedentes é “sentida” de modo diferente nos países de *common law*. Veja-se, a esse respeito, primoroso texto de Evaristo Aragão Santos, do qual extraímos o trecho abaixo transcrito: “Mas a força do precedente não é apenas persuasiva na *Louisiana*. As decisões da Suprema Corte Estadual são consideradas como *obrigatórias* para os juízes de Cortes inferiores. Essa obrigatoriedade, por sua vez (como, aliás, de maneira geral ocorre no *common law*) *não foi imposta pela legislação*. Mesmo tendo a lei como fonte primeira, o respeito *obrigatório* aos precedentes da Suprema Corte Estadual não foi imposto pela legislação, mas, sim, *decorreu de posicionamento fixado pela própria Corte*. Foi a *Louisiana Supreme Court* quem decidiu que os

A obrigatoriedade será tida como *forte* quando o respeito a um precedente é exigido, sob pena do manejo de medida ou ação *especialmente concebida para esse fim, a reclamação*.³² São *precedentes obrigatórios*, no sentido *forte*, à luz do CPC/2015, por exemplo, as decisões proferidas em recursos repetitivos, no regime do art. 1.036 e ss. do CPC/2015.

A aplicação de um precedente, vinculante ou não, a casos análogos, se dá quando o juiz do 2.º caso, analisando a decisão anterior (precedente), avalia se a *ratio decidendi* é a mesma e se, apesar de os fatos envolvidos na causa não serem idênticos, seria a hipótese de decidir o seu caso (o 2.º caso) à luz da decisão anterior.

Não é, portanto, na *decisão originária* sobre o caso, entre A e B, que o tribunal determinará a que casos aquela decisão deverá aplicar-se como precedente (não obrigatório no sentido forte, i.e., sob pena de reclamação).

demais órgãos jurisdicionais cujas decisões lhe estivessem submetidas ao controle ficavam *obrigados* a seguir seus posicionamentos, por mais que deles discordassem. Caberia apenas àquela Corte Suprema revê-los, eventualmente. Até lá, os demais níveis da hierarquia judiciária regional a estes ficariam vinculados.

Por essa razão, no âmbito da Suprema Corte a formação do precedente não depende da prévia consolidação do entendimento numa linha de julgados anterior. A primeira decisão já terá força de precedente obrigatório.

Em termos muito resumidos, as Cortes inferiores não apenas entendem como um *princípio básico e elementar do Direito* a obediência à orientação fixada por aqueles que lhe são hierarquicamente superiores, como, também, têm consciência de que se assim não agirem, no mínimo suas decisões serão revistas pela instância superior, gerando a atuação desnecessária do próprio sistema” (SANTOS, Evaristo Aragão. Por que os juízes (no *common law*!) se sentem obrigados a seguir precedentes? In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2014. v. II, p. 506).

32. “Há, no outro polo, os *precedentes normativos* em sentido forte, correspondentes aos julgados e entendimentos que devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias e cujo desrespeito enseja reclamação” (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, jul.-set. 2016, p. 20).

Isso só ocorre quando se decidiram recursos afetados *no regime dos repetitivos*, em relação a casos *idênticos*, cujo processamento tenha sido previamente suspenso, para o fim de haver posteriormente adequação das decisões dos tribunais inferiores.

Em decisões de recursos avulsos, que podem ser tidos como precedentes em casos posteriores, quem faz essa IDENTIFICAÇÃO é o tribunal que vai julgar o outro caso, posteriormente. Portanto, na decisão, qualquer texto que se refira a outros casos a que o precedente deverá aplicar-se, só pode ser tido como *obiter dictum*.

III.3. *Obiter dicta – não integram a essência da decisão, nem a parcela da decisão que pode ser tida como precedente*

Conforme sustentamos nos itens anteriores, qualquer tribunal, ao julgar recurso, *não* pode alterar os limites fixados na inicial, que são habitualmente referidos por uma expressão latina: *perpetuatio libelli* (causa de pedir e pedido), *perpetuatio legitimationis* (quem são as partes, quem será atingido pela coisa julgada) – que dizem respeito ao caso dos autos.

Também não pode decidir fora dos limites, do que tenha sido impugnado, nem aquém desses. De acordo com a doutrina:

“Nem tudo que está na justificação é aproveitado para formação do precedente. Existem várias proposições que não são necessárias para solução de qualquer questão do caso. Nessa hipótese, todo esse material judicial deve ser qualificado como *obiter dictum* – literalmente, dito de passagem, pelo caminho (*saying by the way*). *Obiter dictum* é aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução.”³³

Portanto, tudo o que está fora ou dos limites da causa ou dos limites do que foi impugnado é *OBITER DICTA*.

Como observamos antes, qualquer texto da decisão em que conste a que casos a decisão do recurso deve se aplicar enquanto precedente (por exemplo, situações envolvendo outras partes,

33. MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2017. V. 2. p. 532.

como instituições financeiras), deve ser tido como *obiter dictum*, não como *parte integrante e essencial à decisão*, muito menos como *ratio decidendi*³⁴.

III.4. Modulação – Alcance possível

A modulação é instituto cuja existência decorre do reconhecimento de que as decisões judiciais, em variadas dimensões, têm autêntica carga normativa. De acordo com o rol constante do art. 927, § 3º, do CPC, que, a nosso ver, não é exaustivo:

“Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

Evidentemente, o art. 927, § 3º, diz menos do que quer dizer. A razão de ser do dispositivo, no entanto, é clara. Trata-se de instituto que revela preocupações de direito intertemporal, para o caso de se alterar posição de tribunal cujas decisões tenham carga normativa expressiva.

Decisões que podem ter seus efeitos modulados são aquelas dotadas de expressiva *carga normativa*, no sentido de serem pauta de conduta do jurisdicionado. É esse o critério.³⁵ O artigo, portanto, é meramente exemplificativo.³⁶

34. Sabe-se se uma proposição é *ratio decidendi* (ou *holding*) se a conclusão se altera quando esta é retirada da decisão. É o chamado teste de Eugene Wambaugh (WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests*. Boston: Little, Brown, and company, 1892, p. 6).

35. Marinoni e Mitidiero também observam que a modulação dos precedentes não ocorre apenas nos casos referidos no art. 927, § 3º. Basta que seja, o precedente alterado, “digno de confiança” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao Jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 280).

36. Nesse sentido: ZANETI JR., Hermes. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.) *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1330.

Precedentes, sobretudo dos Tribunais Superiores, jurisprudência consolidada e súmulas podem ser considerados uma espécie de *direito vigente*³⁷ ou *diritto vivente*.³⁸

Por diversas razões, deve considerar-se, à luz do direito em vigor, poder haver modulação dos efeitos de uma decisão do STF tomada ao julgar um RE avulso, não repetitivo, em controle difuso. A primeira delas é a de que, à luz do CPC/2015, decisões de recursos extraordinários avulsos, i.e., não repetitivos, são *precedentes vinculantes* (art. 927, inciso III). Portanto, têm carga normativa absolutamente diferenciada.

Na verdade, mesmo antes de haver lei expressa transformando o julgamento de um recurso extraordinário avulso em precedente vinculante no sentido forte, a modulação já era feita nesses casos, e, a nosso ver, acertadamente, pois decisões do Supremo Tribunal Federal têm, evidentemente, *carga normativa expressiva*.

A qualificação das decisões de recurso extraordinário como precedente vinculante no sentido forte *não* é a única razão em virtude de que nesses casos também pode haver modulação.

Há quem diga que até lei expressa, que fosse interpretada de modo extensivo, seria desnecessária, pois que a possibilidade de que haja modulação dos efeitos dos atos do Judiciário está *no sistema*.³⁹⁻⁴⁰

37. FERRAZ, Tercio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed., Barueri: Manole, 2009, p. 13.

38. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 11, *in verbis*: “D'altra parte, è la giurisprudenza che costituisce il contenuto effettivo del c.d. *diritto vivente*, il quale rappresenta in molti casi il solo diritto di cui disponiamo”.

39. NERY JR., Nelson. Boa-fé e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009, p. 101.

40. KIM, Richard Pae; BARREIRO, Camila da Silva. Supremo Tribunal Federal e a modulação dos efeitos de suas decisões. In: FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira (Coord.). *A Constituição da República, segundo ministros, juízes, auxiliares e assessores do STF*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 265.

Podem (e sempre puderam, a nosso ver) ser modulados efeitos de decisões do STJ,⁴¹ tanto as dos recursos avulsos quanto as proferidas em repetitivos, que são vinculantes no sentido forte.

É conhecido o julgamento do STJ, ocorrido antes de o CPC/2015 entrar em vigor, (STJ, 1ª Seção, Emb. Div. no REsp 738.689, rel. Min. Teori Zavascki, pub. em 22.10.2007), em que o Min. Herman Benjamin, acertadamente, votou no sentido de que a decisão não deveria ter efeito retroativo, tese essa que acabou por não prevalecer, por ter o relator, e aqueles que o acompanharam, entendido que o STJ não poderia “modular” efeitos de suas decisões, por não haver previsão legal que o autorizasse.⁴²

-
41. Nesse sentido, Ravi Peixoto: “O STJ é o tribunal constitucionalmente competente à uniformização da legislação infraconstitucional, consoante se infere do art. 105 da CRFB, e os seus precedentes devem servir de molde à resolução de casos semelhantes pelos tribunais e à conduta dos jurisdicionados. Cabe-lhe fixar o significado, no direito brasileiro, da legislação infraconstitucional. Ao recursar a modulação de efeitos, o STJ simplesmente ignora o seu papel de Corte de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, desconsiderando a importância de suas decisões como órgão de cúpula e de fixação dos precedentes em matéria infraconstitucional. O caráter orientador dos precedentes como base para a construção da confiança dos jurisdicionados não pode ser ignorado pelo STJ. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança impõem a sua tutela por meio da modulação de efeitos. A autorização à realização da modulação de efeitos advém da própria Constituição. Sua inserção em texto legal atua apenas no sentido de facilitar aos jurisdicionados o conhecimento das hipóteses em que poderá ser utilizada” (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 281-282).
42. O acórdão foi assim ementado: “Tributário. IPI. Crédito-prêmio. Dec.-lei 491/1969 (art. 1º). Vigência. Prazo. Extinção. ‘Modulação temporal’ da decisão. Impossibilidade. O crédito-prêmio do IPI, previsto no art. 1º do Dec.-lei 491/1969, não se aplica às vendas para o exterior realizadas após 04.10.90, seja pelo fundamento de que o referido benefício foi extinto em 30.06.83 (por força do art. 1º do Dec.-lei 1.658/1979, modificado pelo Dec.-lei 1.722/1979), seja pelo fundamento de que foi extinto em 04.10.1990, (por força do art. 41 e § 1º do ADCT). 2. *Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/1999, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a ‘modulação temporal’ de suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados*. 3. Embargos de divergência improvidos” (grifo nosso).

Tratava-se de decisão em que se alterava entendimento daquela Corte, inteiramente pacificado anteriormente, cujos efeitos, a nosso ver, deveriam ter sido modulados.

Hoje, o art. 927, § 3º, resolve expressamente essa situação, pois a lei é expressa nesse sentido.

Também no sentido de que o art. 927, § 3º, do CPC não é *numerus clausus*, é a opinião de Ricardo Villas Bôas Cueva.⁴³ Na verdade, como se disse, inexistente até mesmo a necessidade de se tratar de precedente vinculante em sentido forte. Tanto é que o STJ muito frequentemente vinha discutindo a possibilidade de modular seus precedentes e muitas vezes os modulava, mesmo antes do advento do CPC/2015.

Os efeitos normativos das decisões do STJ podem ser modulados, já que se trata de um dos tribunais de cúpula do país, que *desempenha relevante função na criação do direito*, no estabelecimento de *pautas de conduta* para o jurisdicionado, dando a *versão final da norma* (= a interpretação que deve prevalecer) no que diz respeito ao plano do direito federal.

Entretanto, **a modulação só pode dizer respeito àquilo que foi objeto do recurso e que, por consequência, poderia ter sido objeto de decisão**. A modulação dos efeitos normativos de uma decisão na parte em que desborda os limites do objeto da causa e do mérito do recurso é parcela do acórdão que deve ser considerada sem efeito ou mero *obiter dictum*. Isso significa, portanto, dizer que a modulação da parte da decisão que, de rigor, consubstancia-se em algo dito “*en passant*” (*obiter dictum*) não tem aptidão para gerar efeito algum.

III.5. Art. 42 do CDC – Sanção Aflitiva

As sanções jurídicas podem ser divididas em duas categorias fundamentais: **punitivas** e **reparatórias**. Enquanto a sanção punitiva prevê um **castigo, aflição, ou repreensão**, àquele que viola o

43. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A modulação dos efeitos das decisões que alteram a jurisprudência dominante do STJ (art. 927, § 3º do NCPC). In: ARAUJO, Raul; LIMA, Tiago Asfor Rocha; SOUZA, Cid Marconi Gurgel de (Org.). *Temas atuais e polêmicos na Justiça Federal*. Salvador: JusPodivm, 2018 p. 117.

ordenamento, a sanção reparatória tem por finalidade a **recomposição** do dano causado, se necessário, com a privação forçada do patrimônio do responsável⁴⁴.

A sanção punitiva visa, especialmente, à **proteção de valores caros** ao ordenamento e está, mais proximamente, ligada ao Direito Penal. A sanção reparatória, de outro lado, visa ao **equilíbrio patrimonial dos sujeitos** e está, tradicionalmente, vinculada ao Direito Civil. Esse foi, aliás, o critério utilizado por Augusto Teixeira de Freitas na Consolidação das Leis Civas brasileiras, de 1858, que inspirou o Código Civil 1916 e, posteriormente, o Código Civil de 2002⁴⁵.

As sanções punitivas e reparatórias, contudo, não se encontram repartidas, de forma rígida, entre as codificações do Direito Civil e do Direito Penal. O Código Civil prevê diversas sanções aflitivas, também chamadas de “sanções civis”, que vão além da mera recomposição do dano, impondo verdadeira **punição** ao infrator. São, por exemplo, as hipóteses de exclusão do herdeiro por indignidade (art. 1.814), de revogação da doação por ingratidão do donatário (art. 555) ou, ainda, a obrigação de devolver em dobro àquele que cobrar dívida paga (art. 940).

Também o Código de Processo Civil prevê sanções civis, como a multa por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 77), a multa cominada ao litigante de má-fé (art. 81) ou a multa em razão da interposição de recurso protelatório (art. 1.026). Embora o valor das multas processuais possa ser transmitido à parte inocente, não se trata de compensação dos prejuízos sofridos. Tanto é que o pagamento da multa não afasta eventual responsabilidade por perdas e danos (art. 79).

Além disso, com a profusão dos microssistemas, cujas normas gravitam em torno de um tema comum (como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de

44. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 72.

45. “As diferenças inalteráveis das relações jurídicas determinarão as naturais divisões da legislação. A distinção das personalidades, e sua razão de existência, assinalam os limites do Direito Público e do Direito Privado. A sanção da pena no Direito Privado extrema as Leis Criminais das Leis Civas”. (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Ed. fac-similar, Brasília: Senado Federal, 2003, p. LXII).

Direitos Autorais, a Lei de Defesa do Meio Ambiente), as duas espécies de sanções encontram-se, frequentemente, **mescladas** em um mesmo texto legislativo. Exemplo mais expressivo dessa interligação é a Lei de Improbidade Administrativa, que, juntamente com o dever de reparação do erário (sanção reparatória) prevê diversas sanções punitivas no âmbito administrativo (perda do cargo), eleitoral (suspensão dos direitos políticos), civil (multa civil) e penal (pena restritiva da liberdade).

Justamente por estarem, muitas vezes, previstas lado a lado, a distinção entre as duas espécies de sanções é **relevante**, uma vez que têm **regimes jurídicos distintos**. Enquanto a sanção reparatória decorre da responsabilidade civil, das obrigações contratuais ou da vedação ao enriquecimento sem causa, a sanção afliitiva está sujeita a princípios punitivos gerais, como tipicidade, irretroatividade e **presunção de inocência**.

Confundir os regimes próprios de cada uma dessas espécies de sanção pode levar a situações iníquas, como a **penalização de comportamentos lícitos**. Com efeito, as sanções reparatórias sofreram importantes modificações nas últimas décadas, especialmente, para poder dar respostas às situações de difícil resolução na sociedade contemporânea, em que as pessoas podem sofrer danos em razão de **atividade lícitas** das indústrias ou prestadores de serviços.

Como a circulação de bens e serviços gera riscos aos consumidores, ao meio ambiente e a terceiros, o legislador acabou **mitigando os filtros tradicionais da reparação civil** (culpa, nexos de causalidade e dano), para evitar que a vítima venha a arcar sozinha com o infortúnio sofrido. Por meio da teoria da responsabilidade objetiva, eliminou-se a necessidade de demonstração da culpa. Com as teorias do fortuito interno e da causalidade alternativa, ampliou-se o nexo de responsabilidade. Por fim, a própria noção de dano foi alargada, passando a abranger, além dos danos patrimoniais individuais, os danos morais e coletivos.

Todas essas modificações acabaram por **facilitar** a reparação de danos. Para impedir que o consumidor arque com o prejuízo decorrente de um evento danoso, os Tribunais têm atribuído responsabilidade aos fornecedores, mesmo em situações nas quais a sua conduta não tenha contribuído em qualquer medida para o dano, por exemplo, na responsabilização da agência de viagem em caso

de cancelamento de voo⁴⁶ ou de instituição financeira em caso de abertura de conta-corrente mediante utilização de documentos falsos⁴⁷. Como observa a doutrina:

“(...) a erosão dos filtros da responsabilidade civil explica-se, em larga medida, por uma sensibilidade crescente dos tribunais à necessidade de assegurar alguma reparação às vítimas de um dano. A transferência ou eliminação do peso da prova da culpa e a relativa desimportância da prova do nexa causal diante da sua flexibilização vêm acolhidas na prática jurisprudencial justamente com a finalidade, ideologicamente legítima, de garantir ao ofendido alguma indenização. É evidente que, com isto, não se cancela a importância da culpa e do nexa causal na estrutura elementar da responsabilidade civil, mas tem-se, no âmbito desta mesma estrutura, um gradual deslocamento de foco – que deixa a culpa e o nexa causal em direção ao dano. É sobre este último elemento que as atenções dos tribunais vêm se concentrando, podendo se afirmar que, hoje, o objetivo das cortes, na aplicação da responsabilidade civil, tem sido menos o de identificar um responsável que se vincule (pela sua culpa ou pela sua atividade) ao dano, e mais o de assegurar, por qualquer meio disponível, a integral reparação dos prejuízos sofridos pela vítima.”⁴⁸

Evidentemente, as transformações pelas quais passou a responsabilidade civil não atingem a atuação punitiva do Estado, que permanece sendo governada por **princípios próprios**, mais próximos do Direito Penal (por exemplo, tipicidade, anterioridade, proporcionalidade, presunção de inocência, interpretação em favor do acusado e “*non bis in idem*”).

Para se garantir os direitos dos acusados, parte da doutrina propõe, até mesmo, a construção de uma **teoria unitária** das sanções afitivas (teoria do *ius puniendi* estatal), orientada a partir de um regime jurídico comum⁴⁹.

46. AgRg no Ag 1319480/RJ, 4.^a T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 18/02/2014, DJe 14/03/2014.

47. REsp 1197929/PR, 2.^a Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 24/08/2011, DJe 12/09/2011.

48. SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil* 22/2005, 45-69.

49. Rafael Munhoz de Mello, por exemplo, afirma que o poder punitivo estatal é uno, o chamado “*ius puniendi*”, de modo que a aplicação das

Todavia, independentemente da aceitação da teoria unitária, é certo que existe, ao menos, um espaço comum às atividades sancionadoras do estado, na qual incidem as garantias previstas no art. 5º da Constituição, como: *i*) o princípio da tipicidade (inc. XXXIX); *ii*) o princípio da irretroatividade (inc. XL); *iii*) o princípio da presunção de inocência (inc. LVII); e *iv*) o princípio do contraditório e da ampla defesa (inc. LV)⁵⁰.

No caso, cuja apreciação nos foi solicitada, o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor prevê, ao mesmo tempo, as **duas espécies** de sanção ao prestador de serviços que cobrar o consumidor em valor indevido: “*o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável*” (g.n.).

Há uma sanção **reparatória** (repetição do indébito) e uma sanção **punitiva** (pagamento do valor em dobro). A primeira pode ser aplicada de forma objetiva, nos termos do art. 14 do CDC ou do art. 37, § 6º, da CF. A segunda, somente pode ser aplicada de **forma subjetiva**, respeitando, ainda, o princípio da presunção de inocência e a interpretação mais favorável ao acusado.

A doutrina, aliás, é uníssona ao classificar a devolução em dobro como sanção punitiva, sanção pedagógica ou, simplesmente, **sanção civil** (para diferenciá-la da reparação civil):

“REPETIÇÃO DE INDÉBITO NO CASO DE COBRANÇA ABUSIVA (...). A repetição em dobro representa uma punição contra o fornecedor ou prestador, independente da prova de prejuízo para a sua aplicação. Por essa sua natureza, a repetição em dobro não afasta o direito de o consumidor pleitear outros prejuízos do pagamento do indevido, caso de danos materiais e morais, premissa retirada do princípio da reparação integral do dos danos.”⁵¹

sanções afilativas deve ser orientada por um mesmo regime jurídico (MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 45).

50. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 80.

51. TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2018, p. 424.

“A REPETIÇÃO DO INDÉBITO. O parágrafo único do art. 42 traz sanção civil para aquele que cobrar dívida em valor maior que o real. Regra parecida – com traços distintos – encontra-se no art. 940 do Código Civil.”⁵²

“SANÇÃO DA DEVOLUÇÃO EM DOBRO DO INDEVIDAMENTE COBRADO AO CONSUMIDOR (...) Prevista como uma sanção pedagógica e preventiva, a evitar que o fornecedor se ‘descuidasse’ e cobrasse a mais dos consumidores por ‘engano’, que preferisse a inclusão e aplicação e cláusulas sabidamente abusivas e nulas, cobrando a mais com base nestas cláusulas, ou que o fornecedor usasse de métodos abusivos na cobrança correta do valor, a devolução em dobro acabou sendo vista pela jurisprudência, não como uma punição razoável ao fornecedor negligente ou que abusou de seu ‘poder’ na cobrança, mas como uma fonte de enriquecimento ‘sem causa’ do consumidor.”⁵³

No mesmo sentido é o entendimento da doutrina a respeito da devolução em dobro prevista no art. 940 do Código Civil:

“Trata-se de pena civil imposta ao credor que exerce o seu direito de forma abusiva. (...) As penas previstas nesse dispositivo são devidas independentemente de qualquer prova de prejuízo, e não excluem indenização complementar por perdas e danos se o devedor, comprovadamente, os tiver suportados.”⁵⁴

Nem poderia ser diferente. A sanção reparatória, no ordenamento brasileiro, **mede-se pela extensão do dano** (art. 944 do Código Civil)⁵⁵. O valor da indenização deve abranger o dano em sua integralidade, mas não pode ultrapassá-lo. Ou seja, indeniza-se **todo o dano, mas somente o dano**. A jurisprudência do STJ, inclusive,

52. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 406.

53. MARQUES, Cláudia Lima et al. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1099.

54. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentário ao novo Código Civil, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégio creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 300.

55. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

afastou a aplicação, no direito nacional, da teoria dos *punitive damages*, uma vez que a indenização tem por finalidade restaurar o dano, não punir o culpado⁵⁶.

Havendo cobrança indevida, o dano é reparado pela devolução do excesso. Feito isso, **não há mais prejuízo a ser reparado**.

A devolução em dobro também não pode ser considerada uma **prefixação de “danos adicionais”** sofridos pelo consumidor. Se for demonstrado que o consumidor teve algum prejuízo além do valor cobrado em excesso (por exemplo, o dano moral decorrente da inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito), cabe a ele pedir a indenização do dano correspondente, que será apurada de acordo com o regime da reparação civil.

Demais, a jurisprudência reconhece a possibilidade de cumular **a sanção prevista no art. 42 do CDC com a indenização por perdas e danos**, o que não seria possível se a devolução em dobro tivesse natureza de prefixação do dano “suplementar” sofrido pelo consumidor⁵⁷.

A obrigação de devolver em dobro o valor correspondente ao excesso cobrado do consumidor é, portanto, **sanção punitiva** e não se confunde com a reparação dos prejuízos eventualmente sofridos pelo consumidor.

III.6. *A devolução em dobro depende da demonstração da má-fé*

Como ninguém pode sofrer pena antes de ser reconhecido culpado (princípio da presunção de inocência⁵⁸), a sanção civil de

56. “A aplicação irrestrita das ‘punitive damages’ encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.” (AgRg no Ag 850.273/BA, 4.^a T., Rel. Min. Honildo Amaral de Mello, DJe 24/08/2010).

57. AgInt no AREsp 1110103/DF, 4.^a T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 19/04/2018; AgInt no AREsp 1240834/SC, 3.^a T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 06/12/2018; AgInt no AREsp 1304909/MS, 4.^a T., Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 10/10/2018.

58. O princípio da presunção da inocência foi primeiramente positivado na Declaração do Homem e do Cidadão de 1789, enunciada durante

devolução em dobro do valor cobrado em excesso é **incompatível com a responsabilidade objetiva**. A aplicação da sanção, nesse caso, depende da responsabilidade subjetiva do fornecedor, que exige a demonstração de má-fé ou, pelo menos, da culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia).

Mesmo nos contratos de índole pública, como aqueles decorrentes da prestação de serviços públicos, a sanção punitiva continua dependendo do elemento **subjetivo**. Até por que a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal diz respeito, exclusivamente, à **reparação de danos**:

Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos **responderão pelos danos** que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (g.n.).

Da mesma forma, a responsabilidade objetiva dos prestadores de serviço prevista no art. 14, *caput* do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela **reparação dos danos causados** aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (g.n.).

Portanto, mesmo que se faça a interpretação sistemática do Código de Defesa do Consumidor com a Constituição, a devolução em dobro prevista no art. 42 também continua sendo **subjetiva**. A interpretação sistemática, aliás, reforça a tese da responsabilidade subjetiva, uma vez que o art. 5º da CF consagrou os princípios da **presunção de inocência** e da **tipicidade** em matéria punitiva.

O reconhecimento da responsabilidade subjetiva é importante no caso, uma vez que os Tribunais já consideram indevidos valores

a Revolução Francesa. De acordo com o artigo 9º da Declaração, “Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi”.

de serviços regulados ou tabelados pelo poder público, como nos casos de tarifas de assinatura básica de telefonia ou de tarifas bancárias. Fosse objetiva a responsabilidade, a devolução em dobro seria devida mesmo diante do **comportamento lícito do prestador de serviço**, que apenas seguiu as determinações do poder público – o que, evidentemente, vai de encontro à natureza punitiva do instituto.

Além disso, a aplicação da sanção punitiva orienta-se pelo princípio da **tipicidade**, não sendo permitido ao magistrado impor a sanção sem que estejam presentes **todos os requisitos** previstos na norma. Segundo a doutrina, a pena do art. 42, parágrafo único, do CDC, rege-se por três pressupostos objetivos (relação de consumo + débito extrajudicial + cobrança indevida) e um pressuposto subjetivo (o engano injustificável):

“No plano objetivo, a multa civil só é possível nos casos de cobrança de dívida; além disso, a cobrança deve ser extrajudicial; finalmente, deve ela ter por origem uma dívida de consumo. (...) [No plano subjetivo], o engano é justificável exatamente quando não decorre de dolo ou de culpa. É aquele que, não obstante todas as cautelas razoáveis exercidas pelo fornecedor-credor, manifesta-se.”⁵⁹

Dessa forma, se o engano na cobrança é **justificável**, não cabe a aplicação da sanção em dobro, pela ausência de um dos elementos do tipo. Em outras palavras, o tipo é incompatível com a responsabilização objetiva.

Em verdade, a questão que gera mais dificuldade na interpretação é saber se o engano injustificável é aquele decorrente do comportamento de **má-fé** ou se bastaria a **culpa** do fornecedor.

A doutrina e a jurisprudência civilista entendem que só a **má-fé** permite a aplicação da sanção de devolução em dobro prevista no art. 940 do Código Civil de 2002, correspondente ao art. 1.531 do Código Civil de 1916, uma vez o dispositivo visa à punição do **abuso de direito**:

“A questão mais relevante neste dispositivo é a que diz respeito ao elemento subjetivo do credor. Bastará mero engano ou descuido,

59. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 411.

por parte do credor, para que tenha lugar a responsabilidade pelo excesso de pedido, simples culpa, ou terá que haver a malícia, verdadeira má-fé? A questão já estava sumulada no Supremo Tribunal Federal (Súmula 159), quando a matéria era ainda da sua competência, no sentido de ser necessária a má-fé: 'Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil'. O Superior Tribunal de Justiça adotou a mesma posição."⁶⁰

O STJ, em Recurso Repetitivo julgado em 25/11/2012 (REsp nº 1.111.270/PR), também entendeu que a aplicação da sanção civil do pagamento em dobro por cobrança de dívida já adimplida, prevista no Código Civil, depende da demonstração de má-fé do credor:

"1.1. Controvérsia submetida ao rito dos recursos repetitivos (artigo 543-C do CPC): A aplicação da sanção civil do pagamento em dobro por cobrança judicial de dívida já adimplida (cominação encartada no artigo 1.531 do Código Civil de 1916, reproduzida no artigo 940 do Código Civil de 2002) pode ser postulada pelo réu na própria defesa, independentemente da propositura de ação autônoma ou do manejo de reconvenção, sendo imprescindível a demonstração de má-fé do credor. 1.2. Questão remanescente. **Apesar do artigo 1.531 do Código Civil de 1916 não fazer menção à demonstração da má-fé do demandante, é certo que a jurisprudência desta Corte, na linha da exegese cristalizada na Súmula 159/STF, reclama a constatação da prática de conduta maliciosa ou reveladora do perfil de deslealdade do credor para fins de aplicação da sanção civil em debate. Tal orientação explica-se à luz da concepção subjetiva do abuso do direito adotada pelo Codex revogado. Precedentes.**"⁶¹ (g.n.)

O mesmo raciocínio se aplica à previsão do art. 42, parágrafo único do CDC, que também trata do **abuso do direito de cobrança**. Abuso que somente ocorre se o excesso é cobrado com quebra da confiança nas relações de consumo e, portanto, com a intenção de lesar, fraudar ou enganar a outra parte (má-fé).

Demais, as normas punitivas se interpretam **restritivamente**, de modo que, se a aplicação do dispositivo enseja dúvida, deve-se adotar

60. DIREITO, Carlos Alberto Menezes, CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentário ao novo Código Civil, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégio creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 300.

61. STJ, REsp nº 1.111.270/PR, 2.^a Seção, Rel. Min. Marco Buzzi, j. em 25/11/2015, DJe 16/02/2016.

a interpretação mais favorável ao acusado. Como observa a doutrina, “*estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana, ou afetam a propriedade; conseqüentemente, com igual reserva se aplicam os preceitos tendentes a agravar qualquer penalidade*”⁶².

Alargar, excessivamente, as hipóteses de aplicação da sanção civil seria o mesmo que tornar regra geral aquilo que é exceção, a punição. Com efeito, presume-se a boa-fé, não a má-fé das pessoas.

Note-se que não se está, aqui, sustentando que o consumidor pode ser prejudicado pela cobrança indevida (não o será, porque terá o direito à repetição do indébito), ou criando dificuldade excessiva à defesa do consumidor (não o está, porque a repetição do indébito continua sujeita à responsabilidade objetiva). Apenas que a penalidade (devolução em dobro do excesso) deve incidir quando houver um *plus*, o comportamento malicioso, que merece a reprimenda do ordenamento.

Em síntese, a sanção civil de devolução em dobro do valor cobrado em excesso é incompatível com a responsabilidade objetiva. A aplicação da sanção do art. 42 do CDC depende da responsabilidade subjetiva, baseada na demonstração de má-fé, uma vez que o dispositivo visa a punir o abuso de direito do fornecedor.

IV. Resposta aos quesitos

1. É possível fixar tese inédita em julgamento de embargos de divergência, diferente das que já compõem as correntes jurisprudenciais da Corte?

Não. Os embargos de divergência têm em vista gerar segurança jurídica, dissipando a desarmonia. A possibilidade de se encampar uma 3.^a tese, diferente da que consta do acórdão recorrido e do acórdão paradigma não se coaduna com essa finalidade. Ademais, haveria flagrante desrespeito ao contraditório.

2. A decisão proferida nos embargos de divergência pode atingir terceiros, que não são parte no processo?

Não. *Nenhum recurso* (nem avulso, nem repetitivo) tem o condão de alterar os limites do que foi impugnado, gerados pelo seu *efeito devolutivo*, e muito menos os elementos fixados *com a inicial*.

62. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 290.

Entre esses elementos, estão tanto o mérito da ação (*libelo: causa petendi* e pedido) quanto as partes que serão atingidas pela decisão e pela coisa julgada.

Isso não impede que a decisão venha, posteriormente, a ser aplicada a casos cujos fatos não são idênticos, por meio do raciocínio analógico. Mas essa consequência decorre de sua força enquanto precedente, ainda que não vinculante.

Embora as decisões do STJ, proferidas em recursos (especiais) avulsos, ou seja, não repetitivos, não sejam, segundo o direito positivo, precedentes vinculantes em sentido forte (que devem ser respeitados, sob pena de reclamação) têm, indubitavelmente, *expressiva força normativa*.

Por isso é que nos parece que também nesses casos pode haver modulação. Entretanto, o valor das decisões do STJ como *precedentes* persuasivos fortes só se liga ao *decisum*, que deve necessariamente, ser proferido em relação ao que foi pedido no recurso, que não pode estar fora do que foi discutido na ação, entre as partes originais.

3. É possível aplicar a penalidade prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, de forma objetiva?

Não. Trata-se de sanção afliativa, cuja aplicação segue o regime jurídico das penas em geral (responsabilidade subjetiva, irretroatividade e presunção de inocência). A devolução em dobro, sendo sanção *punitiva* ou *afliativa*, nunca poderia decorrer de conduta havida independentemente de culpa ou dolo ou má-fé.

V. Conclusão

No nosso entender, não é possível que o STJ firme entendimento inovador do julgamento do recurso de embargos de divergência, devendo, apenas, optar entre uma das teses já existentes. Também não é possível que a decisão proferida no acórdão atinja terceiros, que não integram a lide. Por fim, entendemos que a devolução em dobro prevista no art. 42, parágrafo único do CDC, não pode ser exigida a partir de critérios objetivos, uma vez que se trata de sanção punitiva, cujos requisitos de aplicação são diferentes da sanção reparatória.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Curitiba, 11 de setembro de 2019.

TERESA ARRUDA ALVIM

18

MODULAÇÃO DE EFEITOS – IMPRESCINDIBILIDADE – PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA – INCOMPATIBILIDADE DE POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STJ E STF) – ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

PARECER

I. Situação jurídica existente e a Consulta

Consulta-nos a X, por intermédio de sua ilustre advogada, Priscila Faricelli, sobre aspectos de direito processual relacionados à exigência, pelo Município de Santos/SP, do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, no que tange a imóveis portuários de propriedade da União, que, por sua vez, são arrendados a particulares para a exploração de atividades portuárias.

A Consulente é pessoa jurídica prestadora de serviços portuários. Por intermédio de sua matriz, localizada em Santos/SP, realiza, na condição de operadora portuária, atividades ligadas à infraestrutura e à logística em terminal alfandegado, tais como movimentação e armazenagem de contêineres e cargas especiais nas correntes de importação e exportação.

Para o exercício de sua atividade econômica, X utiliza área de propriedade da União, localizada junto ao Porto de Santos/SP, que lhe foi cedida pela Companhia Docas do Estado de São Paulo –

CODESP¹ mediante *contrato de arrendamento para a exploração de instalação portuária*.

O instrumento contratual que materializa o arrendamento (contrato DP/16.2000) foi celebrado entre a Consulente e a CODESP em 09/05/2000, com prazo de vigência de 20 anos para exploração de área portuária – prazo esse prorrogável, uma única vez, por igual período, se atendidas as disposições contratuais.

Essa modalidade de negócio (=arrendamento) é fruto da implementação do Projeto “Santos 2000”², que, fundamentado na Lei 8.630/1993, conhecida como “Lei de Modernização dos Portos” (ou, simplesmente, “Lei dos Portos”)³, teve como principal iniciativa o “Programa de Arrendamentos e Parcerias” (PROAPS), através do qual, após a segunda metade da década de 1990, se deu início à transferência, a arrendatários particulares, da chamada *operação portuária*.

No entanto, o ingresso de particulares (como a X) na exploração de atividade portuária, na condição de arrendatários, motivou a instauração de controvérsias sobre a possibilidade, ou não, de cobrança do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU sobre a área objeto de arrendamento.

Isso, porque:

i) o perímetro territorial no qual estão situados os portos (inclusive o Porto de Santos, no qual está compreendida a área que a Consulente explora por meio de arrendamento) é de propriedade da União;

ii) nos termos do art. 156, I, da Constituição, a tributação, pela via do IPTU, está relacionada com a “...*propriedade predial e territorial urbana*”; e

-
1. Sociedade de economia mista responsável pela administração da referida região alfandegária, e que tem a União como sua acionista majoritária.
 2. O Projeto “Santos 2000” foi um programa de transformação no sistema de gerenciamento das operações realizadas no Porto de Santos, com vistas à redução dos custos e à melhoria na eficiência.
 3. A Lei 8.630/1993, que tratou do regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, foi posteriormente revogada pela Lei 12.815/2013, que *dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários*.

iii) a União, na condição de proprietária de bem imóvel urbano, não pode ser compelida a recolher o IPTU, em virtude da **imunidade tributária recíproca** prevista no art. 150, VI, “a”, da CF⁴ – *incompetência* tributária esta que se estende, também, aos arrendatários de áreas localizadas nos portos.

Fundamentados, portanto, na tese de que os imóveis portuários, arrendados para a exploração de atividades portuárias sob o regime de concessão (nos termos das Leis 8.630/1993 e 12.815/2013), não podem ser alcançados pelas normas relativas ao IPTU, em virtude da existência de norma constitucional imunizante (item “iii”, supra), arrendatários passaram a discutir, em juízo, cobranças realizadas a este título por municípios como o de Santos e Rio de Janeiro – ou seja, pessoas políticas que contam com a instalação, em seus respectivos territórios, de portos alfandegados.

A questão foi analisada pelo STF no ano de 2003, quando do julgamento do **RE 253.394-7/SP**, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão (**DJ 11/04/2003**), com acórdão que restou assim ementado: “**TRIBUTÁRIO. IPTU. IMÓVEIS QUE COMPÕEM O ACERVO PATRIMONIAL DO PORTO DE SANTOS, INTEGRANTES DO DOMÍNIO DA UNIÃO. Impossibilidade de tributação pela Municipalidade, independentemente de encontrarem-se tais bens ocupados pela empresa delegatária dos serviços portuários, em face da imunidade prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal**”⁵.

Esse entendimento direcionou a formação, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de uma jurisprudência consolidada no sentido de que **os imóveis integrantes do acervo patrimonial do Porto de Santos são imunes à incidência do IPTU**, em virtude da imunidade tributária recíproca prevista na alínea “a” do inciso VI do art. 150 da CF (uma vez que são bens integrantes do domínio da União). Confira-se:

- **RE 265.749-2/SP**, Rel. Ministro Maurício Corrêa, **DJ 12/09/2003**: “(...) **IPTU. IMÓVEIS DO ACERVO PATRIMONIAL DO PORTO DE SANTOS. IMUNIDADE RECÍPROCA.** (...). 1. *Imóveis*

4. “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros”

5. 1. RE 253.394-7/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 11/04/2003.

situados no porto, área de domínio público da União, e que se encontram sob custódia da companhia em razão de delegação prevista na Lei de Concessões Portuárias. Não-incidência do IPTU, por tratar-se de bem e serviço de competência atribuída ao poder público (artigos 21, XII, “f” e 150, VI, da Constituição Federal)”.

- **AgR no RE 357.447-7/SP**, Rel. Ministra Ellen Gracie, **DJ 26/03/2004**: “(...) IPTU. PORTO DE SANTOS. IMUNIDADE RECÍPROCA. (...) 2. Os imóveis integrantes do acervo patrimonial do Porto de Santos são imunes à incidência do IPTU, pois integram o domínio da União e se encontram ocupados pela agravada apenas em caráter precário. Precedentes: **RE 253.394** (Primeira Turma, DJ de 11/04/2003) e **RE 265.749** (Segunda Turma, DJ 12/09/2003)”.

- **RE 318.185-8/SP**, Rel. Ministro Nelson Jobim, **DJ 07/05/2004**: “Tributário. IPTU. Acervo Santos. Impossibilidade de cobrança. Precedentes. Regimental não provido”, tendo constando no voto condutor o seguinte: “decisão que se fundamentou na orientação do STF, sintetizada nos seguintes julgados: **RE 265.749**, MAURÍCIO, DJ 12.09.2003; **RE 253.394**, ILMAR, DJ 11.04.2003; **RE 357.447 AgR**, ELLEN, julgado em 2.3.2004”.

- **AgR no AI 458.856-4/SP**, Rel. Ministro Eros Grau, **DJ 20/04/2007**: “(...) IPTU. PORTO DE SANTOS. IMUNIDADE RECÍPROCA. (...). 1. Imóveis situados no porto, área de domínio público da União, e que se encontram sob custódia da companhia, em razão de delegação prevista na Lei de Concessões Portuárias. Não-incidência do IPTU, por tratar-se de bem e serviço de competência atribuída ao poder público (artigos 21, XII, “f” e 150, VI, da Constituição Federal)”.

- **RE 508.709-3/SP**, Rel. Ministro Eros Grau, **DJ 27/06/2008**: “(...) IPTU. PORTO DE SANTOS. IMUNIDADE. 1. A jurisprudência deste Tribunal fixou entendimento no sentido de que os bens imóveis que compõem o acervo patrimonial do Porto de Santos são imunes à incidência do IPTU, vez que integram o domínio da União. Precedentes”.

- **RE 451.152-5/RJ**, Rel. Min. Gilmar Mendes, **DJ 27/04/2009**: “IPTU. Imóvel da União destinado à exploração comercial. 3. Contrato de concessão de uso. Posse precária e desdobrada. 4. Impossibilidade de a recorrida figurar no pólo passivo da obrigação tributária. Precedente”.

- **RE 599.417-0/RJ**, Rel. Ministro Eros Grau, **DJ 23/10/2009**: *“IPTU. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DA UNIÃO. CONTRATO DE CONCESSÃO DE USO. POSSE PRECÁRIA. PÓLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, “A”, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. IMPOSSIBILIDADE DA TRIBUTAÇÃO. 1. O Supremo Tribunal Federal, em caso análogo ao presente, o **RE n. 451.152**, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 27.4.07, fixou entendimento no sentido da impossibilidade do detentor da posse precária e desdobrada, decorrente de contrato de concessão de uso, figurar no pólo passivo da obrigação tributária. Precedentes. 2. Impossibilidade de tributação, pela Municipalidade, dos terrenos de propriedade da União, em face da imunidade prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição. Precedentes”*.

- **AgR no AI 738.332/SP**, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, **DJ 26/11/2010**: *“(…) IMÓVEIS DO ACERVO PATRIMONIAL DO PORTO DE SANTOS. ABRANGIDOS PELO ART. 150, VI, A, DA CONSTITUIÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Plenário desta Corte, no recente julgamento do **RE 253.472/SP**, Red. para o acórdão o Min. Joaquim Barbosa, reconheceu o direito à imunidade de imóvel pertencente à União, mas afetado à CODESP, quanto ao recolhimento do IPTU (**Informativo 597 do STF**). II – O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que os imóveis componentes do acervo Patrimonial do Porto de Santos são abrangidos pela imunidade prevista no art. 150, VI, a, da Constituição por comporem domínio da União. Precedentes. III – Agravo regimental improvido”*.

- **RE 253.472/SP**, Rel. Ministro Marco Aurélio, **DJ 01/02/2011**: *“TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONTROLADA POR ENTE FEDERADO. CONDIÇÕES PARA APLICABILIDADE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (CODESP). INSTRUMENTALIDADE ESTATAL. ARTS. 21, XII, f, 22, X, e 150, VI, a DA CONSTITUIÇÃO. DECRETO FEDERAL 85.309/1980. 1. IMUNIDADE RECÍPROCA. CARACTERIZAÇÃO. Segundo teste proposto pelo ministro-relator, a aplicabilidade da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a da Constituição) deve passar por três estágios, sem prejuízo do atendimento de outras normas constitucionais e legais: 1.1. A imunidade tributária recíproca se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado,*

cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em conseqüência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em circunstâncias mais vantajosas, independentemente do contexto. 1.2. Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política. 1.3. A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja favor preponderante. 2. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. CONTROLE ACIONÁRIO MAJORITÁRIO DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE INTUITO LUCRATIVO. FALTA DE RISCO AO EQUILÍBRIO CONCORRENCIAL E À LIVRE-INICIATIVA. Segundo se depreende dos autos, a Codesp é instrumentalidade estatal, pois: 2.1. Em uma série de precedentes, esta Corte reconheceu que a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres caracteriza-se como serviço público. 2.2. O controle acionário da Codesp pertence em sua quase totalidade à União (99,97%). Falta da indicação de que a atividade da pessoa jurídica satisfaça primordialmente interesse de acúmulo patrimonial público ou privado. 2.3. Não há indicação de risco de quebra do equilíbrio concorrencial ou de livre-iniciativa, eis que ausente comprovação de que a Codesp concorra com outras entidades no campo de sua atuação. 3. Ressalva do ministro-relator, no sentido de que “cabe à autoridade fiscal indicar com precisão se a destinação concreta dada ao imóvel atende ao interesse público primário ou à geração de receita de interesse particular ou privado”.

- AgR no AI 351.888/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, **DJ 22/08/2011**: “CODESP - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA INCUMBIDA DE EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO DE PORTO MARÍTIMO - MATÉRIA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE MONOPÓLIO ESTATAL (CF, ART. 21, XII, “f”) - POSSIBILIDADE DE A UNIÃO FEDERAL OUTORGAR, A UMA EMPRESA GOVERNAMENTAL, O EXERCÍCIO DESSE ENCARGO, SEM QUE ESTE PERCA O ATRIBUTO DE ESTATALIDADE QUE

LHE É PRÓPRIO – OPÇÃO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMA – CODESP COMO INSTRUMENTALIDADE ADMINISTRATIVA DA UNIÃO FEDERAL, INCUMBIDA, NESSA CONDIÇÃO INSTITUCIONAL, DE EXECUTAR TÍPICO SERVIÇO PÚBLICO – CONSEQÜENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA GOVERNAMENTAL, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, “a”) – O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL, QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO POSTULADO DA FEDERAÇÃO – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA CODESP, EM FACE DO IPTU, QUANTO ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO, QUE, A ELA OUTORGADO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AGRAVO IMPROVIDO. – A CODESP, que é sociedade de economia mista, executa, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de administração de porto marítimo constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII, alínea “f”, da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, “a”), do poder de tributar dos entes políticos em geral, inclusive o dos Municípios. Conseqüente inexigibilidade, por parte do Município tributante, do IPTU referente às atividades executadas pela CODESP na prestação dos serviços públicos de administração de porto marítimo e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim.”

– AgR no RE 462.704, Rel. Ministro Luiz Fux, **DJ 01/02/2013**: “(...) IPTU. IMÓVEIS DO ACERVO PATRIMONIAL DO PORTO DE SANTOS, INTEGRANTES DO DOMÍNIO DA UNIÃO. CODESP – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA INCUMBIDA DE EXECUTAR, COMO ATIVIDADE-FIM, EM FUNÇÃO DE SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO INSTITUCIONAL, SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO DE PORTO MARÍTIMO (ART. 21, XII, “F”, DA CF). IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, “A”, DA CF). ACÓRDÃO RECORRIDO EM DISSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DESTA CORTE (**RE N. 253.472**). AGRAVO IMPROVIDO. 1. No julgamento do RE n. 253.472, Redator para o acórdão o Ministro Joaquim

*Barbosa, DJe de 01.02.11, o Plenário do STF reconheceu, por efeito da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, “a”, da CF), a inexecutabilidade, por parte do Município tributante, do IPTU referente às atividades executadas pela CODESP – entidade delegatária de serviços públicos a que se refere o art. 21, XII, “f”, da CF –, na prestação dos serviços públicos de administração de porto marítimo e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. (Precedentes: **RE n. 253.394**, Relator o Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ de 11.4.03; **AI n. 458.856**, Relator o Ministro Eros Grau, 1ª Turma, DJ de 20.4.07; **RE n. 265.749-Ed-Ed**, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 22.08.11; **AI n. 738.332-AgR**, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 26.11.10, entre outros)”.*

– **AgR na AR 1.950**, Rel. Ministro Dias Toffoli, **DJ 20/06/2014**: “(...) *Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP). Delegatária de serviço portuário. IPTU. Imunidade recíproca. Possibilidade. Não configuração de violação literal à dispositivo ou de erro de fato. Jurisprudência pacífica da Suprema Corte. (...) o entendimento firmado no acórdão rescindendo foi reafirmado pelo Plenário desta Suprema Corte no julgamento do RE nº 253.472/SP, ocasião em que se manteve o entendimento a respeito da imunidade do imóvel pertencente à União afetado à CODESP. Precedentes”.*

Passados 14 anos, o STF, contrariando jurisprudência amparada em julgados proferidos desde 2003, mudou integralmente sua posição. E assim o fez por ocasião do julgamento de dois recursos extraordinários, submetidos ao rito da repercussão geral: **RE 594.015/SP** e **RE 601.720/RJ**.

Quanto ao **RE 594.015/SP**, cumpre registrar o seguinte:

No ano de 2004, a Petrobras ingressou com embargos à execução fiscal contra o Município de Santos, objetivando afastar a cobrança de IPTU e taxas (ano-calendário de 2000), incidentes em relação a imóvel localizado no Porto de Santos que, por sua vez, havia sido arrendado pela CODESP para que a companhia realizasse o armazenamento e movimentação de petróleo (e seus derivados) e demais combustíveis correlatos.

Na referida ação, a companhia sustentou que a “(...) *nos termos do art. 177 da Constituição Federal, executa Serviço de Interesse Público no cumprimento do mister de manter o abastecimento nacional, conforme se infere dos artigos 3º e 4º, da lei 9.478/97*”. Assim, o “...*imóvel arrendado pela Petrobras é considerado como de utilidade*

*pública, dada a peculiar natureza de seu uso...”, razão pela qual haveria que se reconhecer a “..**imunidade constitucional** incidente sobre o total de área arrendada” (g.n.).*

Em primeiro grau, **os embargos foram julgados improcedentes**, por se entender que *“Embora a área do Porto pertença à União Federal, a embargante é pessoa jurídica de direito privado e detém a posse, a guarda e a exploração econômica do imóvel que ocupa, realizando operações comerciais e obtendo riquezas para o seu patrimônio exclusivo”, e que “A **imunidade constitucional deve ser interpretada literalmente**, ou seja, apenas será aplicada a regra imunizante quando a União estiver de posse do imóvel. Portanto, se o arrendador não goza de imunidade tributária, esta também não será possível ao arrendatário, pois esse benefício não se prorroga, nem se transfere a terceiros” (g.n.).*

A Petrobras apelou, e **o TJSP negou provimento ao recurso** (quanto à parte em que se discutia a imunidade relativa ao IPTU⁶), em acórdão que contou com a seguinte ementa: *“(...) Execução fiscal – Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) – Petrobrás – Arrendatária de terreno em área portuária pertencente à União – Imunidade – Não configuração – **Inteligência do disposto no artigo 150, VI, “a”, da Constituição Federal**” (g.n.).*

Naquela ocasião, entenderam os integrantes da 14ª Câmara de Direito Público do TJSP que *“As hipóteses de imunidade tributária não podem ser estendidas às sociedades de economia mista, como é o caso da Codesp, exploradora, mediante contrato de concessão, de atividade econômica como qualquer empresa privada, **face o que dispõe o artigo 173, §2º, da Constituição Federal**” (g.n.).*

Contra o acórdão da apelação foram opostos **embargos de declaração** pela Petrobras, no qual se destacou o viés constitucional da discussão travada naquele feito. Segundo a companhia, o acórdão embargado havia sido omissivo, pois *“..não houve pronunciamento objetivo acerca do **artigo 150, inciso IV, “a”, da Constituição Federal**, bem como do art. 9º, inciso IV, “a”, do Código Tributário*

6. A apelação na Petrobras foi parcialmente provida apenas para reconhecer a impossibilidade de cobrança da Taxa de Remoção de Lixo Domiciliar – tributo que não está compreendido no escopo deste parecer, e que, por essa razão, não será objeto de análise mais criteriosa.

*Nacional, que tratam da imunidade recíproca entre as pessoas políticas*⁷ (g.n.). Os referidos embargos, no entanto, foram **rejeitados** pelo TJSP.

Em seguida, a Petrobras interpôs recursos especial e extraordinário⁸.

No **REsp**, alegou-se violação ao art. 267, VI, do CPC, diante da ilegitimidade passiva da sociedade, bem como **afrenta ao art. 9º, IV, “a”, do CTN**⁹; já no RE, sustentou-se a inconstitucionalidade da tributação, pela via do IPTU, dos bens públicos da União, e, nesse sentido, a violação ao art. 150, VI, “a”, da CF, cometida pelo tribunal *a quo*.

O recurso extraordinário foi admitido pelo TJSP, em sede de exame prévio de admissibilidade; já o especial teve seguimento negado.

Houve agravo de instrumento contra a decisão denegatória de seguimento do REsp. O recurso, porém, não foi conhecido, por deficiência na formação do instrumento¹⁰, operando-se o trânsito em julgado da decisão do STJ em 07/10/2008.

No STF, o RE da Petrobras foi distribuído ao Min. Marco Aurélio, que submeteu o julgamento do feito ao rito da repercussão geral – proposta acolhida no âmbito do Supremo, e que originou o **tema 385**. Nas palavras do Min. Relator, “*Há de definir-se a espécie, valendo notar o grande número de sociedades de economia mista – pessoas jurídicas de direito privado – que ocupam bens de pessoa jurídica de*

7. Trecho extraído do relatório do acórdão que julgou os embargos declaratórios.

8. O Município de Santos interpôs recurso extraordinário quanto à parte do acórdão da apelação que havia reconhecido a impossibilidade de cobrança da Taxa de Remoção de Lixo Domiciliar – recurso esse que foi admitido quando a realização do exame prévio de admissibilidade. No STF, o RE da municipalidade foi provido “(...) *para declarar a exigibilidade da cobrança da taxa de coleta domiciliar de lixo*”, conforme decisão monocrática proferida pelo Min. Marco Aurélio em 27/08/2010.

9. “Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) IV – cobrar imposto sobre: a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros”.

10. Ausência do acórdão proferido nos embargos de declaração, a respectiva certidão de intimação e as contrarrazões ao recurso especial inadmitido.

direito público. A imunidade subjetiva desta última estende-se à sociedade de economia mista? A resposta advirá do julgamento deste recurso extraordinário, com fidelidade absoluta à Constituição Federal” (g.n.).

O Ministério Público Federal emitiu parecer pelo **provimento do recurso extraordinário**, haja vista que o STF “(...) *já se manifestara, tendo como objeto a não incidência do IPTU e como parte a CODESP, acerca da imunidade recíproca concedida a sociedades de economia mista em que a atividade fim constitui monopólio da União na prestação de serviço público, restando, portanto, garantido o direito à imunidade tributária recíproca (...)*” (g.n.).

Em 06/04/2017, o STF, em sessão plenária, surpreendentemente, ao julgar o RE 594.015/SP, decidiu **negar provimento ao recurso da Petrobras**, tendo a maioria dos ministros acompanhado o voto proferido pelo Min. Marco Aurélio, relator daquele feito.

Para o **Min. Marco Aurélio (Relator)**, “*O argumento de ser o imóvel pertencente à União utilizado para a perseguição de interesse público não atrai a imunidade quanto a Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU. Isso porque a recorrente é sociedade de economia mista com capital social negociado na bolsa de valores. Cuida-se de pessoa jurídica de direito privado com claro objetivo de auferir lucro e, posteriormente, distribuí-lo aos acionistas*”. O reconhecimento da imunidade, naquela ocasião, também significaria, sob a perspectiva do **Min. Marco Aurélio**, “*...verdadeira afronta ao princípio da livre concorrência versado no artigo 170 da Constituição Federal, por estar-se conferindo a pessoa jurídica de direito privado vantagem indevida, não existente para os concorrentes*”.

Afastada a incidência da imunidade prevista no art. 150, § 4º, da CF, à Petrobras, o **Min. Relator** passou à análise do conteúdo e alcance dos arts. 32 e 34 do CTN, que tratam, respectivamente, do **fato gerador** e dos **contribuintes do IPTU**¹¹⁻¹²; e, ao fazê-lo, registrou que “*A hipótese de incidência do Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU*

-
11. “Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município”.
 12. “Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título”.

não está limitada à propriedade do imóvel, incluindo o domínio útil e a posse do bem. O mesmo entendimento vale para o contribuinte do tributo, que não se restringe ao proprietário do imóvel, alcançando tanto o titular do domínio útil quanto o possuidor a qualquer título”, concluindo, assim, que “Não há falar em ausência de legitimidade da recorrente para figurar no polo passivo da relação jurídica tributária”.

O **Min. Roberto Barroso** acompanhou o relator, destacando que a imunidade recíproca não se aplicaria ao caso por questões relacionadas à: **i) finalidade lucrativa** da arrendatária; **ii) necessidade de observância ao princípio garantidor da livre concorrência e da capacidade contributiva;** e **iii) caracterização do fato gerador do IPTU**, uma vez que “(...) *o particular tem quase todas as prerrogativas do proprietário, não havendo precariedade da posse*”¹³ – entendimento que, nas palavras do próprio Ministro Barroso, implicaria o estabelecendo de uma nova visão sobre do tema relativo à imunidade recíproca¹⁴ (ou seja, diversa da jurisprudência até então consolidada).

O **Min. Alexandre de Moraes** também votou de acordo com o relator. Após tratar dos “(...) *pressupostos dogmáticos que determinaram a positivação das normas de imunidade nos ordenamentos constitucionais*”¹⁵, conferiu destaque à necessidade de preservação

-
13. Passagem do voto proferido pelo Min. Roberto Barroso: “Entender que os particulares, que utilizam os imóveis públicos para exploração econômica lucrativa, não devem pagar IPTU significa colocá-los em vantagem concorrencial em relação a outras empresas. Isso porque a finalidade do bem é a geração de lucro à recorrente, que, portanto, possui capacidade contributiva para sofrer a tributação”. Quando ao preenchimento dos pressupostos relacionados ao fato gerador e à sujeição passiva da norma atinente ao IPTU, se fez constar que “...o bem é formalmente público e materialmente privado, uma vez que o particular tem quase todas as prerrogativas do proprietário, não havendo precariedade da posse. Nesses casos, resta caracterizado o fato gerador do IPTU e a sujeição passiva, que permite ao Município de Santos efetuar cobrança em face da recorrente”.
 14. Trecho extraído do voto do Min. Roberto Barroso: “Eu costumo dizer, acho que o respeito à jurisprudência e aos precedentes é um valor jurídico em si, independentemente do mérito do precedente. Porém, em situações-limite, em que mudam os fatos ou a percepção do direito, é o caso, sim, de se proceder à superação do precedente e o estabelecimento de uma nova visão”.
 15. Min. Alexandre de Moraes: “Os fatores subjetivo e finalístico, apesar de relevantes, não são os únicos a condicionar a incidência da norma constitucional de imunidade. É preciso considerar que há estratégias

do “(...) *equilíbrio concorrencial típico da livre iniciativa*”, e, ainda, ao art. 173, § 2º, da CF, segundo o qual “*As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado*”, concluindo, por fim, que pode “*..haver tributação caso pessoas de direito privado constituídas com capital público se dediquem à exploração de atividade econômica*”¹⁶.

Esse mesmo Ministro também fez referência ao **significado do termo “propriedade”**, para fins de interpretação do **fato gerador do IPTU**, ao registrar que “*A desafetação do imóvel de suas finalidades públicas, além de implicar estreitamento da cobertura da imunidade recíproca, faz surgir, no quadro territorial das cidades, uma nova plataforma de riqueza que antes não existia, e que é compatível com a noção de propriedade embutida na norma do art. 156, I, da CF, cuja amplitude não é prisioneira do purismo conceitual do termo no direito civil*”¹⁷ (g.n.).

Também acompanharam o relator:

– o **Min. Luiz Fux**, que analisou a questão sob o ângulo da **justiça fiscal**¹⁸⁻¹⁹, da **finalidade lucrativa**²⁰ e do **art. 34 do CTN**, que dispõe sobre a sujeição passiva no âmbito do IPTU²¹;

de organização administrativa do Estado que podem implicar consequências prejudiciais para o equilíbrio econômico. Quando, além da desassociação às finalidades públicas, houver risco de perturbação para a realidade econômica, a subsistência da norma de imunidade tornar-se-á bastante criticável, ante a necessidade de preservar o equilíbrio concorrencial típico da livre iniciativa”.

16. Min. Alexandre de Moraes: “O que se depreende, da leitura contextualizada dos arts. 150, IV, e §§ 2º e 3º; e 173, § 2º, da Constituição Federal, é que nem todo patrimônio titularizado pelos entes federativos está compreendido na norma de imunidade recíproca, podendo haver tributação caso pessoas de direito privado constituídas com capital público se dediquem à exploração de atividade econômica.”
17. Para confirmar sua tese, o Ministro cita a seguinte passagem do voto proferido pelo Min. Cezar Peluso no julgamento do RE 434.251: “(...) o **Código Tributário Nacional** prevê exatamente a hipótese em que, não obstante o imóvel seja de ente federado, por algum destes títulos jurídicos, comodato, locação, até poderíamos pensar eventualmente em imóvel desafetado, promissário comprador etc, nesses casos, **a posse direta exclusiva é o fato gerador e, por via de consequência, esse possuidor direto tem que pagar o imposto**” (g.n.).
18. Min. Luiz Fux: “Então, no tocante à **justiça fiscal**, **não é justo para com o Município que ele não possa tributar essas entidades** – tanto mais

- o **Min. Ricardo Lewandowski**, para quem “(...) *seria profundamente injusto, permitir que uma empresa como a Petrobras, que age sob regime de concorrência, distribua lucros, subtraia-se ao*

que essa é uma **fonte de receita importante à luz das dificuldades por que passam as unidades federadas**” (g.n.).

19. O **Ministro Luiz Fux** fez referência, também, ao acórdão proferido no 253.472, nos quais foram estabelecidos parâmetros para a identificação de casos que admitem tributação e de situações que atraem a norma constitucional de imunidade. São eles: “**1) a imunidade é subjetiva**, aplicando-se à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais, imanescentes do ente federado, cuja a tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política, daí porque não se pode permitir que a imunidade sirva de instrumento apenas para proporcionar ao ente federado a possibilidade de contratar em condições mais vantajosas independentemente do contexto; **2) as atividades de exploração econômica** destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares **devem ser tributadas** por representarem **manifestação de riqueza, cuja tributação não afeta a autonomia política** e revela capacidade contributiva; e **3) a tributação não deve ter**, como **efeito colateral** relevante, a **quebra dos princípios da livre concorrência e do exercício da atividade profissional e econômica lícita**” (g.n.).
20. **Min. Luiz Fux**: “(...) no ARE nº 638.315 e nos REs nºs 253.394, 265.749 e 253.472, o Supremo Tribunal Federal interpretou a imunidade tributária recíproca com verdadeira garantia institucional para preservação do sistema federativo, motivo pelo qual se assentou que a extensão da imunidade tributária recíproca a empresas que, embora possuam personalidade jurídica de Direito Privado, qualifiquem-se tão somente apenas como **prestadoras de serviço público, sem intuito lucrativo**” (g.n.).
21. **Min. Luiz Fux**: “Então, verificando-se que essas atividades econômicas, exploradas por uma arrendatária, por uma concessionária, não são absorvíveis pela imunidade concedida ao ente concedente, nós chegamos à conclusão de que, segundo o artigo 146: ‘Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] 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.’ E o que fez a Lei Complementar, que é o Código Tributário Nacional, recepcionado, à saciedade, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal? O Código Tributário Nacional estabeleceu que o IPTU é devido: ‘Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio útil,’ - porque não se pode alienar bens públicos, mas o domínio útil é usocapível - ‘ou o seu possuidor a qualquer título.’ Então, o artigo 34 do Código Tributário Nacional está em consonância com a Constituição Federal”.

pagamento deste imposto importante para as comunidades locais, que é o IPTU”; e, por fim

– a **Min. Rosa Weber**, que se ateuve aos limites da “(...) *ratio essendi, justamente da imunidade tributária recíproca*” sob o viés da **finalidade lucrativa** – ou seja, sem adentrar nos aspectos relativos ao fato gerador e à sujeição passiva do IPTU, disciplinados, respectivamente, nos arts. 32 e 34 do CTN –, decidindo, assim, que “(...) *não há extensão da imunidade recíproca para empresa privada que explora atividade econômica com fins lucrativos (...)*”²².

-
22. O voto proferido pela Min. Rosa Weber merece especial referência porque, ao contrário dos pronunciamentos dos demais Ministros do STF, nele consta que, **sob a óptica do CTN** (arts. 32 e 34), o Município de Santos não teria razão para cobrar o IPTU, porque “(...) *a posse capaz de configurar um fato gerador do IPTU é apenas aquela que decorre de um direito real ou que se exerce com animus domini (...)*”; porém, **à luz da Constituição**, precisamente da regra que estipula a imunidade tributária recíproca – a verdadeira matéria em discussão no recurso extraordinário da Petrobras –, a tributação seria admissível. Confira-se: “(...) **de uma visão infraconstitucional, entendo eu, com todo respeito, que não seria o caso de acolher a tese do Município.** A tese do Município, na verdade, invocando os preceitos do **Código Tributário Nacional – arts. 32 e 34, no caso do IPTU** –, esteia-se na possibilidade de considerar esse possuidor a qualquer título, inclusive o locatário ou arrendatário detentores de posse fundada em direito pessoal, como sujeitos passivos do IPTU. E, aí, **a jurisprudência sedimentada em torno do tema**, como trazida pelo eminente Ministro Fachin, esposou o entendimento de que **a posse capaz de configurar um fato gerador do IPTU é apenas aquela que decorre de um direito real ou que se exerce com animus domini**, vale dizer, com a **pretensão de adquirir por usucapião a propriedade do bem imóvel localizado em perímetro urbano**. Então, essa vinculação entre o fato gerador do IPTU e a titularidade do direito real explicaria o caráter *propter rem* do tributo. **Ocorre, Senhora Presidente, que eu entendo que a questão há de ser analisada, e, por isso, chegou aqui ao Supremo, sob a ótica constitucional. E, pela ótica constitucional, o que interessa é definir a ratio essendi, justamente da imunidade tributária recíproca**, na linha que agora foi desenvolvida pelo Ministro Luís Roberto no seu voto-vista e referendada pelo Ministro Alexandre de Moraes. Por isso, pedindo toda a vênua à divergência aberta pelo Ministro Fachin, eu acompanho o voto do Relator, que assim sinalizou, endossando a tese de que não há extensão da imunidade recíproca para empresa privada que explora atividade econômica com fins lucrativos; ou seja, na compreensão de que é constitucional a cobrança do IPTU nesta específica hipótese” (g.n.).

O **Min. Edson Fachin** inaugurou a divergência no sentido de que “(...) o imóvel qualificado como bem público federal, ainda que destinado à exploração de atividade dotada de utilidade pública, remanesce imune aos tributos fundiários municipais, por força do art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal de 1988”, haja vista que “(...) o contrato de arrendamento de área portuária, firmado entre a CO-DESP e sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, não possui o condão de tornar o arrendatário sujeito passivo de obrigação tributária referente ao IPTU, nem converter o domínio patrimonial da estatalidade em regime atinente aos direitos reais de propriedade, pelo menos, para fins tributários”.

O Ministro também teceu considerações a respeito do **art. 34 do CTN**, consignando, quanto a esse dispositivo, que “...parece-nos majoritária na doutrina tributária e na jurisprudência pátria a interpretação de que a liberdade de conformação legislativa do ente tributante está adstrita à posse que, per se, possa conduzir à propriedade, haja vista que é incompatível com a Constituição Federal de 1988 a eleição de meros detentores de terras públicas, isto é, desprovidos de posse ad usucapionem, como contribuintes de IPTU”.

Votaram com o **Min. Edson Fachin** – ou seja, pela extensão da imunidade recíproca à Petrobras, na condição de arrendatária de área portuária de propriedade da União, arrendada pela CODESP –, a **Min. Cármen Lúcia**²³ e o **Min. Celso de Mello**²⁴.

Os Ministros **Dias Toffoli** e **Gilmar Mendes** não participaram do julgamento.

Ao final, fixou-se a seguinte tese quanto ao tema 385 da repercussão geral: “**A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a,**

23. A **Min. Cármen Lúcia** fez referência ao acórdão proferido pelo STF por ocasião do julgamento dos embargos de declaração nos embargos de declaração no recurso extraordinário n. 265.749, no qual se decidiu pela “Inexigibilidade por parte do município tributante do IPTU, referente às atividades executadas pela Codesp, na prestação dos serviços públicos de administração de porto marítimo e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim”.

24. **Min. Celso de Mello**: “Peço vênia, Senhora Presidente, para acompanhar o dissenso iniciado pelo eminente Ministro EDSON FACHIN, dando provimento, em consequência, ao presente recurso extraordinário, em ordem a reconhecer inexigível, no caso em exame, o IPTU objeto do litígio ora em julgamento”.

da Constituição não se estende a empresa privada arrendatária de imóvel público, quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos. Nessa hipótese é constitucional a cobrança do IPTU pelo Município”.

Em 19/04/2017, o STF, ao julgar o **RE 601.720/RJ** (tema **437 da repercussão geral**), decidiu, por maioria e pelos mesmos fundamentos que foram apresentados nos votos proferidos quando do julgamento do RE 594.015/SP (ocorrido poucos dias antes – 06/04/2019), fixar a seguinte tese: ***“Incide o IPTU, considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo”.***

Houve, portanto, drástica, integral e surpreendente alteração da orientação do STF, que decidiu, antes, de modo inteiramente diverso, tendo criado, para o jurisdicionado, pauta de conduta confiável.

Digno de nota, entretanto, é que em nenhum dos casos houve modulação de efeitos.

Informa a Consulente que, após as decisões proferidas nos recursos extraordinários acima referidos, o Município de Santos, que antes exigia o IPTU apenas da sociedade arrendadora – Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP –, passou a exigir das arrendatárias – como a X – o imposto em questão – **inclusive em relação a exercícios anteriores ao de 2017**, ano em que foram julgados os temas 385 e 437 da repercussão geral.

II. Quesitos

Diante do contexto relatado no item precedente, **a Consulente nos indaga:**

1) O fato de alguns Ministros do STF terem analisado, quando do julgamento do RE 594.015 e do RE 601.720/RJ (*leading cases*), o conteúdo e o alcance dos arts. 32 e 34 do Código Tributário Nacional (não obstante o tema central da discussão fosse “imunidade recíproca”), impede que o STJ, no cumprimento de sua função constitucional, mantenha o entendimento veiculado no REsp repetitivo 1.110.551, no REsp 1.758.594/MG e em tanto outros julgados formados à luz do art. 32 do CTN?

2) O fato de o julgamento do STF ter abordado a tributação de arrendatários sob a perspectiva da “imunidade recíproca” impede a prevalência de fundamento infraconstitucional, distinto e

autônomo – no caso, violação a critérios relacionados à base de cálculo do IPTU, nos termos do art. 33 do Código Tributário Nacional?

3) Caso o STJ altere sua jurisprudência em virtude da mudança de posição do STF (Temas 385 e 437 da repercussão geral), será o caso de modulação dos efeitos, *pro futuro*, pelo próprio STJ, dos efeitos da sua nova orientação?

III. Pontos cuja análise é necessária para responder à Consulta

III.1. *Sobre o modo como se identificam as ações e as decisões judiciais (de mérito)*

É na petição inicial que o autor formula seu(s) pedido(s). Expõe seus fundamentos de fato e de direito (=causa de pedir), delimitando o âmbito de atuação do juiz, que, vislumbrando a existência de interesse processual e legitimidade das partes, e, sendo preenchidos os demais pressupostos processuais, deverá se pronunciar sobre todos os pedidos formulados – e apenas sobre os pedidos formulados (art. 141 do CPC/15) – para acolhê-los ou não.

O juiz não pode, como se sabe, sob pena de nulidade da decisão, atribuir ao autor mais do que pediu (sentença *ultra petita*), ou coisa diversa do que pediu (sentença *extra petita*), ou deixar de se pronunciar sobre o que foi pedido (sentença *citra petita*). Essa é a expressão do *princípio da congruência ou correspondência* entre o pedido formulado pelo autor e a sentença proferida pelo juiz²⁵.

Portanto, a petição inicial, ao fixar os limites da lide, da cognição e da decisão do juiz, por intermédio das *causas de pedir* e dos *pedidos*, *identifica a ação* e *delimita o âmbito de atuação do Poder Judiciante*.

O pedido formulado pela parte na inicial é *qualificado/identificado* pela *causa de pedir* assim como, correlatamente, o comando que consta da parte decisória da sentença é *qualificado/identificado* pela *razão de decidir*.

Assim, por exemplo, fulano **não** vai ser **despejado** porque não teria pagado o aluguel, já que **provou que o pagou**. Mas esse mesmo fulano **será despejado** porque deu ao imóvel **finalidade distinta**

25. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 9. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 250.

daquela **combinada** no **contrato**. São duas razões que poderiam, independentemente uma da outra, ter levado ao despejo.

A interpretação do dispositivo deve levar em conta todos os demais elementos contidos na demanda, retratados nos fundamentos de fato e de direito que constam na sentença, como etapas lógicas anteriores à conclusão, haja vista que a sentença nada mais é que uma resposta do juiz ao que foi deduzido pelas partes²⁶.

Tanto é assim que se diz que a coisa julgada não pode ter seus limites objetivos identificados a partir de uma perspectiva meramente formal²⁷, pois o julgado é, antes de tudo, “...um texto que deve ser interpretado de forma que suas premissas se mostrem, o mais possível, um conjunto coerente e harmonioso, inclusive com eventuais decisões anteriores proferidas ao longo do processo. Sobre esta temática, como se observa, há entendimento uníssono, no sentido de que, para a interpretação das decisões, o método sistemático é o mais indicado, segundo o qual os argumentos expendidos, especialmente na motivação do pronunciamento, têm como finalidade última tornar compreensíveis os horizontes da parte dispositiva”²⁸. Assim era no CPC/73 (art. 469), e assim continua a ser no CPC/15 (art. 504).

No âmbito do STJ, esse é o entendimento prevalecente: “Para interpretar uma sentença, não basta a leitura de seu dispositivo. O dispositivo deve ser interpretado de forma **integrada** com a **fundamentação**, que lhe dá o **sentido** e o **alcance**”²⁹ – ou seja, a interpretação (do dispositivo) deve ser feita de “...forma lógica, de acordo com as premissas que lhe conferem alicerce”³⁰.

26. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed., v. III, p. 380.

27. Como destaca Eduardo Talamini, “a limitação da coisa julgada ao dispositivo não afasta a necessidade de consideração dos motivos da sentença para o fim de determinar o exato sentido e alcance do decisum”. (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005. p.82).

28. TUCCI, José Roberto Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coord. Marinoni; Arenhart; Mitidiero, Vol. VIII, São Paulo: RT, versão digital.

29. REsp 1653151/SP, 3.ª T., Rel. Min Nancy Andrighi, j. em 06/06/2017, DJe 12/06/2017.

30. AgInt no REsp 1333200/MS, 4.ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 14/08/2018, DJe 21/08/2018.

Para extrair o exato sentido e o alcance do *decisum* (com base no que se acaba de dizer), o pedido assume papel especialmente relevante, pois é ele que define a modalidade e a extensão da atividade jurisdicional a ser desenvolvida (art. 492 do CPC/15). É a partir do pedido, portanto, por exemplo, que se verificará se se trata de ação de execução, de conhecimento ou de pedidos de tutela provisória, capazes, estes últimos, de gerar a concessão de medidas com base em cognição sumária (arts. 294 a 311 do CPC/15).

O pedido, porque tem de ser compreendido enquanto **atrelado** a uma determinada *causa petendi*, leva a que essas, também, delimitem a atividade jurisdicional, justamente porque identificam o pedido. Conforme já se destacou nas linhas anteriores, o *princípio da congruência* liga o pedido inicial à sentença, de modo que essa não pode resolver nem aquém, nem além, nem fora do que foi pedido³¹⁻³²⁻³³. E o seu sentido é extraído da conjugação entre a **razão de decidir** e do *decisum*.

Tendo em vista que: **(i)** as ações são identificadas pelos pedidos, que, por sua vez, são qualificados pelas causas de pedir a eles relacionados; e **(ii)** as decisões (que julgam o mérito) são determinadas pelo modo como os pedidos são formulados; **(iii)** a fundamentação do juiz, confere o sentido e o alcance à sua parte dispositiva. Então, é possível afirmar que **(iv) duas decisões serão diferentes desde que seus fundamentos sejam distintos**.

31. ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração*. 4. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 100-101.

32. Conforme Egas Moniz de Aragão, o princípio da congruência também apresenta um aspecto hermenêutico: *i*) de um lado, impõe ao juiz decidir a causa de modo lógico e racional, partindo dos fatos narrados até a sua conclusão (do juiz); e *ii*) de outro, informa a interpretação do julgado, que corresponde às premissas enunciadas na fundamentação, que, por sua vez, decorre dos fatos narrados pelas partes (ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 104-105).

33. Essa é a jurisprudência do STJ sobre o assunto: "...para a interpretação de decisão judicial, não basta o exame de seu dispositivo, integrado que está à fundamentação que lhe dá sentido e alcance; havendo dúvidas na interpretação, deve ser adotada a que seja mais conforme à fundamentação e aos limites da lide, em harmonia com o pedido formulado na inicial. Precedentes" (AgRg no AREsp 645.491/SC, 4.^a T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 14/04/2015, DJe 20/04/2015).

III.2. Competências do STF e do STJ

Sabe-se que até a edição da Constituição de 1988, o STF era responsável pela manutenção da inteireza de todo o direito federal (constitucional e infraconstitucional). Após a promulgação da atual Constituição, que previu a criação do Superior Tribunal de Justiça, essa competência foi “fracionada”, de modo que ao STJ foi atribuída a função de zelar pelo direito federal infraconstitucional, ao passo que, ao STF, ficou a missão de velar pela Constituição³⁴⁻³⁵.

Essa divisão de competências foi motivada pelo problema relacionado ao excesso de processos submetidos ao exame do STF. Numa tentativa de superação dessa crise³⁶, recortaram-se, do *recurso extraordinário*, as funções não relacionadas a questões constitucionais; paralelamente, surgiu a figura do *recurso especial*, que, nas palavras de Barbosa Moreira, revelou-se como “...*instrumento essencialmente destinado a proteger a integridade e a uniformidade de interpretação do direito federal infraconstitucional*”³⁷⁻³⁸.

-
34. Lembremos, aqui, da redação do art. 101, III, “a”, da Constituição de 1946: “Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III – julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes: a) quando a decisão fôr contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal”.
 35. Sobre a função que o STJ desempenha contemporaneamente, merecem destaque as lições de Arruda Alvim: “A função jurisdicional exercida pelo Superior Tribunal de Justiça representa a culminância e o fim da atividade judicante em relação à inteligência de todo o direito federal de caráter infraconstitucional. Significa sempre a última e definitiva palavra sobre o seu entendimento e a sua aplicação. O conhecimento do direito positivo federal infraconstitucional, na sua percepção final e última, é indissociável da casuística em que se estampa a interpretação do STJ” (*A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões*. Coleção Doutrinas Essenciais de Processo Civil. Vol. 7, São Paulo: RT, p. 625).
 36. Infelizmente, a criação do STJ não resolveu a crise do recurso extraordinário; se antes tínhamos apenas um tribunal abarrotado pelo volume de processos, agora temos dois sofrendo do mesmo mal.
 37. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. vol. 5, p. 583.
 38. Por se reconhecer que a missão de uniformizar a jurisprudência respeitante ao direito federal infraconstitucional seria quantitativamente mais trabalhosa, dotou-se o STJ de, no mínimo, 33 membros, mantendo-se o

Os arts. 102, III, alíneas *a, b, c e d*³⁹, e 105, III, alíneas *a, b e c*⁴⁰, da CF, estipulam as regras de competência jurisdicional do STF e do STJ, respectivamente. E da leitura desses dispositivos extrai-se que ***a última palavra sobre a Constituição é do STF***; por outro lado, se a questão controvertida depender da atribuição de ***significado aos termos da lei federal*** (âmbito infraconstitucional, portanto), ***a palavra final será a do STJ, ainda que com esta não concorde o Supremo***⁴¹.

STF com os mesmos 11 de que dispunha desde o advento do Ato Institucional 6, de 1969.

39. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.
40. “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.
41. Nesse sentido, já defendeu Mitidiero: “Assim como cabe ao Supremo Tribunal Federal a *guarda da Constituição*, cabe ao Superior Tribunal de Justiça a *guarda da legislação infraconstitucional federal*. Como Cortes Supremas, responsáveis por outorgar adequada interpretação da legislação com o fim de dar unidade ao Direito mediante a *formação de precedentes sobre as matérias que devem interpretar*, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça tem um *âmbito de atuação bem marcado* pela Constituição. A última palavra a respeito do sentido da Constituição deve ser dada pelo Supremo Tribunal Federal, ao passo que a última palavra a respeito do sentido da legislação infraconstitucional federal deve ser dada pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso quer dizer duas coisas: a primeira, que o *Supremo Tribunal Federal deve acatar a interpretação dada à legislação infraconstitucional federal pelo Superior Tribunal de Justiça*, ressalvadas as hipóteses em que a legislação infraconstitucional federal se encontre sob controle de constitucionalidade. Isto é, quem tem competência para dar a última palavra sobre o sentido com que deve ser entendida a legislação infraconstitucional federal é o Superior Tribunal de Justiça. Dito de outro modo, o Superior Tribunal de Justiça é a Corte Suprema de guarda da legislação

Em suma: ao STF compete a guarda da Constituição⁴², ao passo que ao STJ cumpre vigiar e proteger, no âmbito infraconstitucional, leis federais (=legislação federal)⁴³.

O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966) tem a função de regulamentar, por intermédio de um conjunto de *enunciados normativos gerais*, o Sistema Tributário Nacional, sendo que o cumprimento de tal desígnio – conferido pelo art. 146, III, da CF – se dá, por exemplo: – pelo estabelecimento dos contornos da competência tributária (*v.g.*, pela identificação dos fatos geradores dos impostos e das taxas); – pela identificação das bases de cálculo possíveis dos tributos; – através da identificação dos sujeitos passivos possíveis (contribuintes e responsáveis); – pelo estabelecimento de prazos de prescrição e decadência; etc.

Consistindo o **Código Tributário Nacional** em diploma normativo inserido no âmbito da **legislação federal**, é certo que a competência para analisar o conteúdo normativo dos seus dispositivos é exclusiva do STJ, que, nesse caso, figurará como última instância e dará a palavra final.

Essa conclusão é reforçada pelo art. 1.033 do CPC, que tem a seguinte redação: “*Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de*

infraconstitucional federal no Brasil. *É o Superior Tribunal de Justiça a corte responsável por formar precedentes a respeito do sentido que deve ser outorgado à legislação infraconstitucional federal brasileira*”. (MITIDIEIRO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas* [livro eletrônico]. – 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, Parte IV, item 2.2).

42. Nas palavras de Nery Jr., “A CF 102 *caput* atribui ao STF a função precípua de guardião da Constituição. Isto quer significar que o órgão máximo do Poder Judiciário do Brasil tem o dever de dedicar sua atividade à proteção da Constituição, o que pressupõe as tarefas de cumpri-la, de respeitá-la e de aplicá-la” (NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro: curso completo* [livro eletrônico] – 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, Item 5.8).
43. Ainda Nery Jr. assevera: “o STJ, como tribunal nacional, posto acima dos Tribunais Federais e dos Tribunais dos Estados, exerce a guarda da legislação federal infraconstitucional nos casos previstos na Constituição”. (NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro: curso completo* [livro eletrônico] – 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, Item 5.25).

tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial” (g.n.).

Do mesmo modo deverá proceder o STJ, caso verifique que o recurso especial verse sobre questão constitucional, conforme o art. 1.032 do CPC⁴⁴.

Nesses dispositivos do CPC fica claro que as competências do STJ e do STF estão muito bem delimitadas na CF, e que não se admite a usurpação de atribuição de uma Corte superior em relação à outra.

III.2.1. No caso da Consulente, compete ao STJ dar a palavra final sobre as questões relativas ao fato gerador e à base de cálculo do IPTU, à luz das disposições do Código Tributário Nacional

Fixados os contornos das competências do STJ e do STF, cumpre registrar que, no nosso sistema jurídico processual, é comum que o exame de *questões autônomas* relativas a um *mesmo tributo* seja feito pelo STF e pelo STJ – cada qual atuando nos limites de suas atribuições. Isso se deve ao fato de a nossa Constituição ser *analítica* em matéria de tributação⁴⁵. No Brasil, o Poder Constituinte Originário optou por conferir, ao legislador infraconstitucional, o *menor grau de liberdade possível*, estabelecendo cada passo a ser seguido no caminho voltado ao exercício da competência tributária.

O IPTU é típico exemplo que permite a análise de **questões autônomas**, tanto de viés *constitucional* como *infraconstitucional*.

A Constituição confere competência tributária às pessoas políticas, que consiste na atribuição de capacidade para que União,

44. “Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o *caput*, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça”.

45. Diversamente do que ocorre em outros países em que a Constituição estabelece, apenas, diretrizes a serem seguidas pelo legislador (como na Itália, em que a tributação é regida, no âmbito constitucional, pelo princípio da capacidade contributiva).

Estados, DF e Municípios instituíam, por meio de lei, tributos (impostos, taxas contribuições etc.).

No caso do IPTU, essa prerrogativa foi concedida aos Municípios, nos termos do art. 156, I, da CF: “*Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I – **propriedade predial e territorial urbana***” (g.n.).

Como se pode perceber, a Constituição define, de modo expresso, tanto a **materialidade possível** quanto o aspecto **espacial** da norma jurídica relativa ao IPTU, que consistem, respectivamente, no fato de:

*i) uma pessoa física ou jurídica **ser proprietária de bem imóvel;***

*ii) o imóvel ser localizado **na zona urbana** de um dado Município.*

Portanto, compete ao STF a análise de questões relacionadas à propriedade (no sentido *constitucional* do termo⁴⁶) como fato gerador do IPTU, e outras conexas, por exemplo, as imunidades que alcançam o imposto (como é o caso da imunidade recíproca, positivada no art. 150, VI, “a”, da CF).

Por outro lado, há matérias ligadas ao fato gerador e à obrigação tributária do IPTU em que a competência para análise é exclusiva do STJ.

Vejamus: o Texto Constitucional não discrimina – pelo menos não expressamente – alguns aspectos essenciais da norma tributária, como o **pessoal**, que identifica os sujeitos *ativo* e *passivo* da obrigação tributária, permitindo, assim, o reconhecimento do **contribuinte** da relação jurídica; e o **quantitativo**, formado pela *alíquota* e pela **base de cálculo** – sendo esta última um dos elementos normativos mais importantes⁴⁷. E não o faz porque a própria Lei Maior determi-

46. Veja-se, sobre esse tema, digressões feitas com mais vagar, à frente.

47. A natureza jurídica de um tributo é determinada pela comparação do aspecto material da hipótese de incidência normativa, que revela a conduta juridicamente relevante para fins tributários – *v.g.* auferir renda, prestar serviços, vender mercadorias etc. –, com a **base de cálculo**, que, por sua vez, corresponde à grandeza econômica apta a medir, em termos econômicos, a conduta prevista no aspecto material. A união desses dois elementos configura o *binômio identificador do tributo*.

nou que tal providência ficasse à cargo do legislador infraconstitucional – mais precisamente o **legislador complementar**.

É o que se observa da leitura do art. 146, III, “a”, da CF: “Art. 146. Cabe à **lei complementar**: (...) 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 [definição] dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes**” (g.n.).

Em suma: a CF identifica a *materialidade básica do tributo*, ao passo que a LC define os *contornos jurídicos da norma tributária de incidência*, agregando conteúdo normativo àquilo que foi estabelecido em *linhas gerais* pela Constituição.

Quanto ao IPTU, a lei complementar referida no art. 146, III, da CF, é o **CTN (Lei n. 5.172/1966)**⁴⁸, que necessariamente deve ser observado pelos Municípios no momento do exercício de suas respectivas competências tributárias. Com isso se objetiva conferir um *mínimo* de previsibilidade num contexto de tributação que compreende mais de 5.500 pessoas políticas⁴⁹.

Os **arts. 32, 33 e 34, do CTN**, conferem, aos Municípios, as *diretrizes gerais* a serem observadas quando da edição das leis municipais instituidoras do imposto predial e territorial urbano:

1º) Quanto ao **fato gerador**, dispõe o art. 32 do CTN, que: “O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a **propriedade, o domínio útil ou a posse** de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município” (g.n.).

Vê-se que o CTN, ao regulamentar a materialidade do IPTU, prevista no art. 156, I, da CF, **incrementou a materialidade da**

48. Recepcionado com *status* de LC pela CF/88.

49. O STF já decidiu que “A observância de normas gerais em matéria tributária é imperativo de segurança jurídica, na medida em que é necessário assegurar tratamento centralizado a alguns temas para que seja possível estabilizar legitimamente expectativas. Neste contexto, ‘gerais’ não significa ‘genéricas’, mas sim ‘aptas a vincular todos os entes federados e os administrados’” (AgR no RE 433.352/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 20/04/2020, DJe 28/05/2010).

norma jurídica tributária, que passou a consistir *i)* no fato de uma pessoa física ou jurídica ***ser proprietária, ter o domínio útil ou ser possuidora de bem imóvel***; *ii)* localizado ***na zona urbana*** de um Município⁵⁰.

2º) No que tange à **base de cálculo**, o art. 33 do CTN, dispõe, de modo bastante objetivo, que “*A base do cálculo do imposto é o valor venal do imóvel*”⁵¹ (g.n.).

Também nesse ponto, o CTN agregou conteúdo normativo à *norma-padrão constitucional do IPTU*, explicitando a base de cálculo do imposto que, no art. 156, I, da CF, estava apenas subentendida.

3º) Finalmente, o art. 34 do CTN dispõe sobre o **sujeito passivo** do IPTU: “*Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título*” (g.n.), o que atende à previsão contida no art. 121, parágrafo único, I, do CTN⁵², e, ao mesmo tempo, cumpre a função de regulamentar o art. 156, I, da CF/88 (que não identifica – ao menos não de modo explícito – o devedor do IPTU).

50. O território urbano do município compreende o aspecto espacial da norma tributária, que foi regulamentado pelos §§ 1º e 2º do art. 32 do CTN, que prevê o seguinte: “§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público: I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; II - abastecimento de água; III - sistema de esgotos sanitários; IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado. § 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior”.

51. E conforme o parágrafo único desse mesmo dispositivo (art. 33), “Na determinação da base de cálculo, não se considera o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade”.

52. “Art. 121. (...) Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador”.

No caso da Consulente, o Município de Santos passou a lhe exigir o IPTU após o julgamento, no STF, dos recursos extraordinários 594.015/SP e 601.720/RJ (ambos com repercussão geral), e em razão de a Lei Municipal 3.750/1971 – que instituiu o Código Tributário Municipal (CTM) -- prever o seguinte:

a) que o IPTU tem como **fato gerador** “...a propriedade, o domínio útil ou a **posse** de bem imóvel não construído, localizado na zona urbana do Município...” (art. 28 – g.n.);

b) que o imposto é apurado com **base de cálculo** correspondente ao seu **valor venal**, com incidência de “.. alíquota de 2,5% (dois vírgula cinco por cento)...” (arts. 36, 36-A e 37); e

c) que são **contribuintes** do imposto “...o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu **possuidor a qualquer título**” (art. 38 – g.n.), sendo que, a critério do Poder Executivo Municipal, o imposto poderá ser exigido do “...possuidor de imóvel não construído, **arrendatário de área e instalações portuárias**, dentro ou fora do porto organizado, no regime jurídico da exploração do porto e das operações portuárias previsto na Lei Federal nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, sem prejuízo da responsabilidade solidária do contribuinte e possuidor indireto” (art. 39, III – g.n.)⁵³.

Ocorre que a X não é possuidora (com *animus domini*) de imóvel de propriedade da União, não se enquadrando, portanto, em nenhuma das categorias jurídicas que constituem o fato gerador do IPTU previstos no art. 32 do CTN. E como a última instância competente para analisar e julgar questões relativas ao Código Tributário Nacional (inclusive o conceito de “posse”) é o Superior Tribunal de Justiça, é dessa Corte a atribuição de dar a palavra final sobre o tema (e não do STF).

Isso se deve ao fato de que a discussão começa no âmbito da lei municipal (na análise dos dispositivos do Código Tributário

53. Como o contribuinte é o possuidor “a qualquer título”, nos termos do art. 38 do CTM, nos parece claro que o “arrendatário de área e instalações portuárias”, a que se refere inciso III do art. 39 do CTM é, também, contribuinte, e não responsável tributário à luz do art. 121, parágrafo único, II, e 128, do Código Tributário Nacional, haja vista que o arrendatário, como mero possuidor (pouco importa a que título), tem relação pessoal e direta com a situação que, à luz do art. 32 do CTN e do art. 28 do CTM, configuram a posse como fato gerador do IPTU.

Municipal de Santos) e termina no Código Tributário Nacional, notadamente no art. 32, que trata da posse como elemento relacionado ao fato gerador do IPTU.

Eventual recurso extraordinário relacionado aos aspectos da posse prevista na legislação municipal e no art. 32 do CTN, estaria fadado à inadmissibilidade, pois a ofensa à Constituição seria, quando muito, reflexa. De fato, para o Supremo analisar se a lei municipal viola, ou não, o art. 156, I, da CF (que trata do IPTU), seria necessário o exame prévio do art. 32 do CTN, *precisamente na parte que agregou a posse ao fato gerador do IPTU*.

A nosso ver, a competência do STF para a análise da matéria, em sede de recurso extraordinário, ocorreria apenas em duas hipóteses:

1) em ação com *pedido* voltado à declaração de inconstitucionalidade do art. 32 do CTN, sendo a *causa de pedir* relacionada ao argumento que o legislador do CTN, ao incluir a posse como elemento do fato gerador do IPTU, teria ultrapassado sua competência regulamentar prevista no art. 146, III, “a”, da CF, uma vez que o inciso I do art. 156 da Lei Maior, dispõe apenas da *propriedade em sentido estrito*⁵⁴.

2) em demanda judicial que tivesse por objetivo discutir os aspectos da hipótese de incidência da norma jurídica relativa ao IPTU à luz do *conceito constitucional propriedade*, sob a perspectiva exclusiva do art. 156, I, da CF⁵⁵.

Um último aspecto é digno de nota.

Há casos em que a lei complementar apenas repete aquilo que está estabelecido na Constituição. Por exemplo, o art. 97, I, do CTN, ao dispor que “*Somente a lei pode estabelecer: I – a instituição de tributos...*”, limita-se a reproduzir aquilo que está positivado no art. 150, I,

54. Não é essa, porém, a situação da Consulente, que, ao contrário, pretende ver aplicado o art. 32 do CTN, em conformidade com a jurisprudência do STJ – que é o Tribunal competente para dar a última palavra quando se trata da análise das disposições do Código Tributário Nacional.

55. Essa hipótese também não se aplica à Consulente, pois, no seu caso, a propriedade é exercida pela União; a X é, apenas, possuidora de terreno portuário, por força de contrato de arrendamento firmado com a Companhia DOCAS do Estado de SP.

da CF, que trata do princípio da estrita legalidade tributária, segundo o qual “...é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Suponhamos que um prefeito de um município tenha majorado a alíquota do IPTU por intermédio de decreto. Restará caracterizada, nesse caso, violação direta ao princípio da legalidade, competindo ao STF reconhecer e julgar, em sede de RE, esse ato como contrário à Constituição. Tal análise não competirá, em regra, ao STJ, porque o CTN, nesse ponto, não exerceu o papel de regulamentar aquilo que está na Constituição (conferindo contornos mais precisos ao exercício da competência tributária); limitou-se, apenas, a repetir, quase que *ipsis litteris*, o comando constitucional.

Assim, parece-nos correta a jurisprudência formada no âmbito do STJ, no sentido de que “...não cabe Recurso Especial fundado em violação a dispositivo infraconstitucional que repete preceito constitucional”⁵⁶.

Há situações, porém, em que o legislador complementar (do CTN), no exercício da atribuição *regulamentar* que lhe conferida pelo art. 146, III, da CF, potencializa o grau de normatividade de uma disposição constitucional.

É justamente o que ocorre com o art. 32 do CTN, que, ao dispor das situações que configuram a ocorrência do fato gerador do IPTU, agregou normatividade à competência tributária extraível do art. 156, I, da CF; assim, como esse dispositivo do CTN **não é mera reprodução de texto constitucional, permanece hígida a competência do STJ para a análise do seu conteúdo e alcance.**

E sendo do STJ a competência para dar a palavra final sobre o sentido e alcance do art. 32, do CTN, há que se levar em consideração:

- o precedente criado no âmbito daquela Corte superior, no sentido de que “Quando o CTN considera contribuinte do IPTU o possuidor a qualquer título, refere-se às hipóteses de relações de direito real...”⁵⁷; e

56. REsp 1.593.992/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 14/06/2016, DJe 05/09/2016.

57. REsp 1.110.551, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10/06/2009, DJe 18/06/2009 – acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

– a jurisprudência pacífica do STJ a respeito do tema – ou seja, que “...somente a posse com **animus domini** é apta a gerar a exação predial urbana”⁵⁸.

III.3. *A amplitude da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, “a”, da CF) é tema jurídico distinto daqueles relacionados ao fato gerador e à base de cálculo do IPTU (arts. 32 e 33, respectivamente, do CTN)*

Destacou-se, ao longo deste Parecer, que o STF, ao julgar o **Tema 385 da repercussão geral**, reconheceu que “*A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição não se estende a empresa privada arrendatária de imóvel público, quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos. Nessa hipótese, é constitucional a cobrança do IPTU pelo Município*” (g.n.).

Também registramos que o mesmo Supremo, ao tratar do **Tema 437 da repercussão geral**, fixou a seguinte tese: “*Incide o IPTU, considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo*”.

Esses precedentes foram firmados em processos com **causa de pedir e pedidos** relacionados à seguinte temática constitucional: *extensão da imunidade tributária recíproca, prevista no art. 150, VI, “a”, da CF, às sociedades privadas arrendatárias de bens imóveis pertencentes à União*.

Se, por um lado, a Constituição confere às pessoas políticas (União, Estados, DF e Municípios) competência tributária, ou seja, “...*aptidão jurídica para criar, in abstracto, tributos*”⁵⁹, de outro proíbe o exercício de tal atribuição (em determinadas circunstâncias); e o tema das “imunidades” está compreendido justamente no âmbito da “proibição”, configurando verdadeira limitação constitucional ao poder de tributar.

Conforme Paulo de Barros Carvalho, “imunidade” diz respeito ao conjunto de normas constitucionais que estabelecem “...*a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno*”

58. REsp 1.758.594/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 20/09/2008, DJe 04/02/2019.

59. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 425.

*para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas...*⁶⁰, conceito esse que se coaduna com a noção adotada pelo STF por ocasião do julgamento do RE 385.091/DF: “A regra de imunidade compreende o reverso da atribuição de competência tributária”, pois “...a imunidade é uma regra de supressão da norma de competência”⁶¹.

No que interessa à situação da Consulente, cumpre registrar que os **Temas 385 e 437 da repercussão geral** foram julgados à luz de uma das categorias de **imunidade** previstas na CF/88, especificamente a **imunidade recíproca**, prevista no art. 150, VI, “a”, da CF: “...é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI – instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros”⁶².

Fundamentalmente, discutiu-se, no STF, se a imunidade da União à exigência do IPTU sobre imóveis de sua propriedade *seria extensível* a entes privados, que utilizam tais bens na exploração de atividades econômicas.

É fácil perceber que esse tema é completamente diverso daquele relacionado ao exame dos elementos do fato gerador do IPTU, que estão previstos no art. 32 do CTN.

Dizer que uma empresa privada arrendatária de imóvel público não se beneficia da imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, “a”, da CF) **não é o mesmo que afirmar que a posse sem animus domini é fato gerador do IPTU**. São coisas totalmente distintas: uma, *sob a óptica constitucional*, diz respeito à análise de uma norma que impede o exercício da competência tributária; outra, *exclusivamente no plano infraconstitucional*, dispõe sobre os elementos que compõem o fato gerador do IPTU (art. 32 do CTN) que devem ser levados em conta no momento do exercício da competência tributária.

60. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 205.

61. RE 385.091/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 06/08/2013, DJe 18/10/2013.

62. Imunidade que, como bem observa Roque Antonio Carrazza, “...decorre naturalmente seja do princípio federativo, seja do princípio da isonomia (igualdade formal) das pessoas políticas” (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 619).

Em outras palavras: o STF tratou de *hipótese de não incidência constitucionalmente qualificada* (=imunidade tributária)⁶³, e o STJ, no REsp repetitivo 1.110.551, no REsp 1.758.594/MG e em tantos outros casos, analisou o sentido do termo “posse”, que, à luz do art. 32 do CTN, configura *hipótese de incidência* do IPTU. São decisões distintas, que podem conviver harmonicamente.

Outra discussão que não tem relação alguma com o que decidiu o Supremo sobre os Temas 385 e 437 da repercussão geral diz respeito à **base de cálculo do IPTU**.

No entender da Consulente, mesmo que a posse sem *animus domini* pudesse configurar hipótese de incidência do IPTU, não haveria base de cálculo *in concreto* (também chamada de base de cálculo fática ou, simplesmente, de base calculada), pois os bens da União não têm valor venal (=valor de venda/valor de mercado), justamente por serem inalienáveis. Essa discussão compreenderia a análise do art. 33 do CTN, que, logicamente, passa longe daquela relacionada ao tema das imunidades.

Em suma: **(i)** “imunidades”; **(ii)** “o sentido de *posse* como elemento do fato gerador do IPTU”; e **(iii)** “a inexistência de valor venal quanto aos imóveis da União” **são temas jurídicos distintos**, e as decisões tomadas sobre cada uma dessas questões não interferem umas nas outras (no sentido de uma neutralizar/inutilizar a outra), pois todas têm fundamentos diversos – por isso, podem coexistir harmoniosamente.

E se são distintos os julgados do STF relacionados ao item (i), *supra*, é certo que eles não poderão interferir nas decisões relativas aos itens (ii) e (iii), notadamente porque, quanto a esses dois últimos, a solução da controvérsia termina no âmbito infraconstitucional (CTN), ou seja, no STJ. **Isso significa que o STJ não está obrigado a se curvar aos precedentes do STF relativos aos Temas 385 e 437 da repercussão geral, pois o teor das decisões nada tem a ver com os temas infraconstitucionais para os quais só o STJ tem competência.**

É bem verdade que, ao julgarem os recursos extraordinários vinculados aos Temas indicados acima, alguns ministros do STF

63. BORGES, José Souto Maior. *Teoria Geral da Isenção Tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

chegaram a se pronunciar sobre o sentido do termo “posse”, previsto no art. 32 do CTN. **Porém, o pronunciamento do STF sobre matéria infraconstitucional não afasta a situação de preponderância da posição do STJ quando à análise desta mesma matéria**⁶⁴. Os fundamentos apresentados pelos ministros do Supremo servem, no máximo, como “norte” ou “diretriz” daquela Corte; a palavra final, contudo, é única e exclusiva do STJ, pois o art. 105, III, da CF, assim determina.

Nesse sentido decidiu o STJ – inclusive após o julgamento, pelo STE, dos temas de repercussão geral acima referidos:

(...) IPTU. EMPRESA ARRENDATÁRIA DE ÁREA NO PORTO DE SANTOS. PROPRIEDADE DA UNIÃO. ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA. ACÓRDÃO A QUO PROFERIDO COM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. (...). INVIABILIDADE DE ANÁLISE NO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL. NO QUE SE REFERE À MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL, A JURISPRUDÊNCIA DO STJ É PELA ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA, ANTE A AUSÊNCIA DE *ANIMUS DOMINI*. AGRAVO REGIMENTAL DO MUNICÍPIO DE SANTOS/SP A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Tal como consignado na decisão agravada, a questão relativa à imunidade de que tratam os autos foi solucionada pelo Tribunal de origem por meio de fundamento eminentemente constitucional. A argumentação recursal inclusive corrobora tal assertiva, razão pela qual a decisão não merece alteração.

2. De outro vértice, extrai-se da jurisprudência desta Corte Superior o entendimento de que é indevida a cobrança de IPTU das sociedades empresárias arrendadoras de áreas no Porto de Santos, haja

64. Afinal, em matéria infraconstitucional, o STJ não está vinculado à interpretação ou ao pronunciamento do STF, pois, o Supremo, tem competência específica restrita às matérias jurídico-constitucionais; não pode, portanto, vincular os demais tribunais em matérias que não se prendem diretamente à questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma interpretação ou de diversas interpretações da lei. Permitir ao Supremo impor aos demais tribunais sua interpretação da lei comprometeria todos os quadros da Justiça, principalmente porque essa interpretação vincularia o Superior Tribunal de Justiça, que é responsável pela interpretação final da legislação ordinária (NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro: curso completo* [livro eletrônico] – 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, Item 5.17.4.1).

vista tratar-se de posse fundada em direito pessoal, exercida, portanto, sem *animus domini*.

3. Agravo Regimental da Municipalidade a que se nega provimento.⁶⁵

E mesmo após a afetação dos recursos extraordinários à sistemática da repercussão geral, o STJ já decidia no sentido de que:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IPTU. CONCESSIONÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO. IMUNIDADE RECÍPROCA. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE ESPECIAL. ARTIGOS 32 E 34 DO CTN. IMÓVEL PERTENCENTE À CONCESSIONÁRIA. CONTRIBUINTE DO IPTU. DISCUSSÃO ACERCA DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. SÚMULA 7/STJ.

1. A controvérsia referente à existência ou não de imunidade tributária de imóvel pertencente à concessionária de serviço público, quanto à cobrança de IPTU incidente sobre imóvel afetado à prestação de serviço público, foi dirimida, pelo Tribunal a quo, com base na interpretação do art. 150, VI, a, da CF. Nesse contexto, é inviável reformar o acórdão recorrido, no STJ, sob pena de usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, III, da CF/88).

2. No tocante à suposta violação aos arts. 32 e 34 do CTN, que disciplinam as hipóteses de incidência e a sujeição passiva do IPTU, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que o IPTU é inexigível da cessionária de imóvel pertencente à União, quando esta detém a posse direta mediante relação pessoal, sem *animus domini*. (...)

65. Constatou no voto do Ministro relator que: “(...) o acórdão recorrido decidiu a controvérsia relativa à imunidade tributária de que tratam os autos com base em fundamento de índole eminentemente constitucional, consoante se pode aferir do seguinte excerto do julgado: É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios instituir impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros, nos termos do artigo 150, VI, a, da Constituição Federal. (...) Nesse aspecto, mostra-se inviável o exame da questão no âmbito do Recurso Especial, sob pena de invadir a competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da CF. De outro vértice, no que remete à análise do tema sob a ótica infraconstitucional, o entendimento desta Corte é no sentido de ser indevida a cobrança de IPTU das sociedades empresárias arrendadoras de áreas no Porto de Santos (...)” (AgRg no AREsp 190.959/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 23/09/2019, DJe 25/09/2019).

3. No caso, o acórdão concluiu que o bem imóvel, utilizado pela Cemig, na execução do serviço de fornecimento de energia elétrica, está registrado em seu nome e não era de propriedade de qualquer pessoa jurídica de direito público⁶⁶.

No mesmo sentido: AgRg no AREsp 452.349/MG⁶⁷, EDcl no AgRg no AREsp 301.488/MG⁶⁸ e REsp 1.261.848/MG⁶⁹.

66. AgRg no AREsp 845.159/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 17/03/2016, *DJe* 22/03/2016.

67. "PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE RECÍPROCA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA. ACÓRDÃO EMBASADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DA SUPREMA CORTE. 1. O Tribunal de origem negou a imunidade recíproca da agravante, embasado em fundamento eminentemente constitucional. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial, analisar eventual contrariedade a preceito contido na CF/88, tampouco uniformizar a interpretação de matéria constitucional. 2. O IPTU é inexistente de concessão de imóvel pertencente à União, quando esta detém a posse mediante relação pessoal, sem *animus domini*. Precedentes do STJ. 3. Na espécie em análise, o acórdão concluiu que o bem imóvel utilizado pela Cemig, na execução do serviço de fornecimento de energia elétrica, está registrado em seu nome e não era de propriedade de qualquer pessoa jurídica de direito público. 4. Agravo Regimental não provido". (AgRg no AREsp 452.349/MG, 2.^a T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 20/05/2014, *DJe* 20/06/2014).

68. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IPTU. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. IMUNIDADE RECÍPROCA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DISCUSSÃO INVIÁVEL NA INSTÂNCIA ESPECIAL. ARTS. 32 E 34 DO CTN. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC. EMBARGOS DA CEMIG REJEITADOS. 1. A teor do disposto no art. 535, incisos I e II do CPC, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, o que não se verifica na hipótese. 2. Excepcionalmente o Recurso Aclaratório pode servir para amoldar o julgado à superveniente orientação jurisprudencial do Pretório Excelso, quando dotada de efeito vinculante, em atenção à instrumentalidade das formas, de modo a garantir a celeridade e a eficácia da prestação jurisdicional e a reverência ao pronunciamento superior, hipótese diversa da apresentada nos presentes autos. 3. Os Embargos de Declaração não se prestam à finalidade de sustentar eventual incorreção do decisum hostilizado ou propiciar novo exame da própria questão de direito material, de modo a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido. 4. No caso, o Tribunal a quo decidiu a controvérsia

O que aqui se sustenta não é, obviamente, que o STJ jamais deva se submeter ao entendimento do STF. O que se sustenta é que as Cortes superiores devem exercer a função judicante de modo pleno,

com base em fundamento de índole eminentemente constitucional, atinente à inexistência de imunidade em favor da recorrente em relação ao IPTU sobre o imóvel de propriedade da concessionária de serviço público federal, por força do art. 150, VI, a da Constituição. Por tal motivo, a matéria tem fundo estritamente constitucional, exigindo a análise da interpretação da Constituição, o que não é viável em sede de Recurso Especial. 5. No que diz respeito aos arts. 32 e 34 do CTN, que disciplinam as hipóteses de incidência e a sujeição passiva do tributo, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que somente é inexigível o IPTU da concessionária de imóvel pertencente à União, quando esta detém a posse mediante relação pessoal, sem *animus domini*. 6. Ainda, concluiu-se que o bem imóvel utilizado pela Cemig na execução do serviço de fornecimento de energia elétrica está registrado em seu nome e não era de propriedade de qualquer pessoa jurídica de direito público, além de poder ser onerado, conforme a disposição do art. 242 da Lei das Sociedades Anônimas, o que atrai a incidência da Súmula 7 do STJ. 7. Embargos de Declaração da concessionária rejeitados, por ausente qualquer dos pressupostos de sua aceitação. (EDcl no AgRg no AREsp 301.488/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 17/09/2013, DJe 07/10/2013).

69. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. ACÓRDÃO ASSENTADO EM FUNDAMENTOS EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAIS. ARTIGOS 32 E 34 DO CTN. IMÓVEL PERTENCENTE À CONCESSIONÁRIA. CONTRIBUINTE DO IPTU. 1. Não se pode conhecer da apontada violação ao art. 535 do CPC, pois as alegações que fundamentaram a pretensa ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros ou sobre os quais tenha ocorrido erro material. Incide, no caso, a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia. 2. Não há como apreciar o mérito da controvérsia com base na dita malversação dos artigos 29, incisos VIII e IX, 31, incisos II e VII, e 35, §§ 1º e 3º, da Lei 8987/95, dos artigos 63 e 89 do Decreto nº 41.019/57, do at. 14, inciso V, da Lei 9.427/96 e dos artigos 1228, 1196 e 1197 do Código Civil, uma vez que não foram objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do especial no ponto por ausência de prequestionamento. Incide ao caso a súmula 282 do STF. 3. O Tribunal a quo, ao decidir acerca da imunidade tributária, dirimiu a controvérsia com base em matéria constitucional, notadamente os artigos 150, inciso VI, alínea “a”, 170, 173, §1º, incisos I e II, e 175 da Constituição Federal. Refoge da competência desta Corte a apreciação de matéria de cunho eminentemente constitucional, por meio de recurso especial, cabendo, tão-somente, ao STF o exame de eventual ofensa. 4. No que diz respeito aos arts. 32 e 34 do CTN, que

porém, dentro dos limites constitucionais. Isso confere maior seriedade ao Poder Judiciário e confiança numa prestação jurisdicional adequada.

A divergência interpretativa existe. Porém, nos casos em que houver conflito de interpretações entre o STJ e o STF, a que deverá prevalecer será aquela tomada nos exatos limites dos arts. 102, III, e 105, III, da CF.

Se o STJ tiver que se curvar ao STF quando este último transbordar os limites de sua competência, será, o STJ, um mero tribunal de passagem para discussões de ordem tributária, ao passo que o STF se tornará uma Corte de revisão das decisões relativas à legislação infraconstitucional, fazendo desaparecer a própria razão de existir do Superior Tribunal de Justiça⁷⁰.

Sobre o assunto, merece destaque a ementa do seguinte julgado do STJ:

disciplinam as hipóteses de incidência e a sujeição passiva do tributo, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que somente é inexigível o IPTU da cessionária de imóvel pertencente à União, quando esta detém a posse mediante relação pessoal, sem *animus domini*. 5. Ocorre que, no presente caso, o imóvel em discussão é de propriedade da recorrente e, não da União, conforme se verifica pela leitura do acórdão recorrido: “o terreno responsável pelo fato gerador do IPTU pertence exclusivamente à embargante, conforme se extrai do documento de f. 96/99” (fl. 377). Assim, a parte recorrente é contribuinte do IPTU. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1261848/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 14/02/2012, DJe 24/02/2012)

70. Vale pontuar, a esse respeito, a fundada opinião de Augusto Jorge Cury: “Sendo o Superior Tribunal de Justiça o órgão que ostenta a aptidão constitucional para determinar o conteúdo, o sentido e a abrangência das normas infraconstitucionais federais, conferindo a última palavra acerca de sua interpretação, é mister que seus entendimentos, sobre referida matéria, revistam-se de respeitabilidade perante os demais órgãos do Judiciário brasileiro. Fórmula diversa, reitera-se, tornaria ineficientes as essenciais funções que lhe são conferidas pela própria Constituição Federal”. (CURY, Augusto Jorge. *Limites do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto ao juízo de revisão dos recursos extraordinários lato sensu - Breve análise*. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR. Fredie. *Processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais* [livro eletrônico] - 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, Item 53.2).

PROCESSUAL – STJ – JURISPRUDÊNCIA – NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA.

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciais façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la⁷¹.

Nós mesmos já tivemos a oportunidade de sustentar, em trabalho recentemente publicado, que “a alteração frequente da jurisprudência gera efeitos negativos, de toda sorte”⁷².

71. AgRg nos EREsp 228.432/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 01/02/2002, DJ 18/03/2002.

72. Há interessante texto, de autoria de José Augusto Delgado, em que este autor critica com veemência as alterações da jurisprudência, bem como sua desuniformidade, além de dar incontáveis exemplos de situações em que isto acontece: “A acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático. A presença da não uniformidade das decisões judiciais, por inexistência de causas jurídicas justificadoras para a mudança de entendimento por parte dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, gera intranquilidade, tornando-se causa aumentativa dos conflitos. Ofende, de modo fundamental, aos princípios do regime democrático, do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições. (...)”

Citação: A imprevisibilidade das decisões judiciais, ao atingir níveis críticos, pode desequilibrar a economia de um país.

Reduzir o grau de imprevisibilidade das decisões judiciais e, com isso, contribuir para a maior estabilidade do marco institucional é tarefa principalmente dos profissionais do direito – os juízes, em particular. Essa responsabilidade não pode ser transferida a ninguém mais: economistas, legisladores ou mesmo o governo pouco ou nada podem fazer a respeito.

No Brasil, diz, com razão, Ronaldo Cramer, parecer que se considera “normal” entender que a jurisprudência não é do *tribunal*, mas da *atual composição* de magistrados do tribunal. Logo, mudando a composição humana da Corte, altera-se a jurisprudência: altera-se o direito.⁷³

O mesmo autor afirma, com veemência, que a jurisprudência de um tribunal, na verdade, não deveria alterar-se só porque mudaram os seus componentes.

Na verdade, a jurisprudência só deveria mudar se o objetivo da alteração fosse promover a adaptação do direito à nova realidade moral/ética/social etc. ou correção de erro.⁷⁴

Nem sempre é fácil separar-se a *correção de erro* da *mudança de opinião*. Como também é difícil se dizer que, quando muda a composição humana de uma Corte, os novos juízes (Ministros ou Desembargadores) não considerem, com a nova posição adotada, que estariam corrigindo *erro* anterior.

O art. 926, *caput*, do CPC/15, é claro ao criar esse dever para a magistratura: gerar estabilidade.

O mesmo se pode dizer do art. 927, § 4º – diz o legislador acerca da necessidade da mudança de orientação do Tribunal: deve-se levar em conta “os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

Lamentavelmente, contudo, ainda é pequena a percepção entre os profissionais jurídicos acerca da relevância da questão. Treinados para focarem os litígios em sua individualidade, esses profissionais raramente notam os efeitos macro-institucionais que os cercam.

A reversão desse quadro também é tarefa exclusiva dos advogados, juízes, promotores de justiça e demais profissionais do direito. Estimulá-los a se preocuparem com as repercussões das decisões judiciais na criação de um ambiente institucional que atraia os investimentos produtivos de longo prazo é o primeiro desafio a enfrentar, se quisermos que, no Brasil, a Justiça não desequilibre a economia” (DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciárias e seus reflexos na segurança jurídica. *BDJur*, p. 4; 74-75. Disponível em: [<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74120>]. Acesso em: 05.06.2019).

73. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 147

74. *Ibidem*, p. 150.

Qualquer alteração de rumos da jurisprudência relevante (= que tem carga normativa) abala a segurança jurídica, trai a confiança do jurisdicionado e ofende a necessidade de igualdade. Por isso, devem-se ponderar valores, colocando-se a questão: vale a pena a mudança? (art. 927, § 4º).⁷⁵

Portanto, de rigor, o que deve prevalecer é o quanto decidido no Recurso Especial julgado no regime dos repetitivos, cujo relator foi o Min. Campbell Marques.⁷⁶

E há mais uma razão para que deva prevalecer a tese lá adotada: trata-se de **direito tributário**. Temos dito repetidamente existirem certos ramos do direito, em que as alterações feitas pela jurisprudência não são desejáveis, principalmente porque, nesses campos, há regras e princípios que privilegiam, de forma evidente, valores como a segurança jurídica, a previsibilidade, a isonomia etc., de molde a que o jurisdicionado possa se planejar com antecedência, de acordo com as regras existentes.

Exatamente isso é o que ocorre no direito tributário, ramo do direito em que se procura prestigiar a necessidade de o contribuinte *planejar a sua vida*, de acordo com regras preexistentes. A mudança da jurisprudência, geralmente, tende a significar a mudança das regras no “meio do jogo”, já que a **mudança de jurisprudência**, não havendo modulação, tem **efeitos retroativos**, isto é, acaba colhendo situações que ocorreram à luz da orientação anterior.

Do que se disse, decorrem três consequências: (i) a jurisprudência deve ser estável; (ii) essa necessidade se agrava quando se trata de direito tributário; (iii) havendo alteração, deve haver **modulação**, de molde a que o particular não seja prejudicado.

Abaixo, tecemos algumas observações sobre a necessidade de modulação.

75. ARRUDA ALVIM, Teresa. Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 127-128.

76. REsp 1.110.551, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10/06/2009, DJe 18/06/2009 – acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

III.4. Sobre a modulação

Foi no contexto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que, no direito brasileiro, cogitou-se, pela primeira vez, da possibilidade de que houvesse modulação dos efeitos da decisão de procedência, para, de certo modo, minimizar a abrangência e o alcance da retroatividade dos efeitos da sentença de procedência, que, de rigor, *apagariam* do mundo jurídico todo ato baseado na norma tida como inconstitucional ou na interpretação de inconstitucionalidade qualificada.

Há, hoje, previsão expressa no CPC/15 a respeito da possibilidade de modulação dos efeitos das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, quando esses alteram posições anteriormente adotadas, para preservar a situação daqueles que seriam afetados pela mudança da jurisprudência consolidada (art. 927, § 3º, do CPC/15).

Isso, porque a doutrina contemporânea tem reconhecido que as decisões judiciais, em determinadas circunstâncias, por exemplo, justamente a de terem sido proferidas por Tribunais Superiores, consistem na **pauta de conduta** do jurisdicionado, que, de forma confiante, a obedece. O jurisdicionado planeja sua conduta, seus negócios e sua vida a partir das decisões firmes e constantes dos Tribunais Superiores, a respeito do sentido do direito.

A tarefa de criar **pautas de conduta** para o jurisdicionado não é fruto apenas da atividade do *legislador*, mas também da do *Judiciário*. Pode haver alguma variação de país para país, de sistema para sistema, e essa cooperação pode ocorrer em diferentes medidas ou dimensões, mas existe *sempre* a participação do que *faz a lei* e do que *interpreta*, na criação da **pauta de conduta**. Apesar das diferenças, que podem decorrer do fato de, em alguns países, existirem precedentes vinculantes (ou não), do grau de liberdade que têm os juízes para interpretar e mesmo de haver (ou não) leis escritas, certamente o fato de se imprimirem efeitos prospectivos a mudanças de orientação dos tribunais faz com que a posição do juiz chegue bem perto da do legislador, o que é inevitável.

Assim, se, em alguma medida, decisões judiciais são normas jurídicas, espraiando seus efeitos para além do caso concreto que decidem, devem-se reconhecer e estudar as consequências desse fenômeno. Entre elas está a necessidade de, sob certas condições, e, muitas vezes, se modularem seus efeitos normativos, ou seja, em relação aos outros processos ainda não julgados, à conduta das pessoas...

Quando nos referimos, aqui, a efeitos normativos (= **pauta de conduta**), queremos significar que o direito é a lei, interpretada pelos tribunais, de acordo com a doutrina. É o que já sustentamos: *o direito se baseia num tripé: lei, doutrina e jurisprudência*.⁷⁷ A pauta de conduta do jurisdicionado nasce de uma combinação entre esses três elementos. Mudando um deles, a pauta de conduta do jurisdicionado pode mudar. Só que a mudança da lei tem efeitos prospectivos: não se legisla sobre o passado. O mesmo não corre quanto à mudança da jurisprudência, que é vocacionada a atingir situações ocorridas com base na orientação anterior.

Por isso, a modulação, na modalidade prevista hoje pelo CPC, se traduz, em regra, na possibilidade de os tribunais decidirem a respeito de aspectos temporais ligados à “eficácia normativa” da decisão que altera a orientação jurisprudencial antes seguida. Com isso, quer-se dizer que os Tribunais podem determinar, por exemplo, que o novo entendimento somente seria aplicado a partir do ano seguinte ou apenas a processos derivados de fatos que ocorreram já à luz do novo entendimento.

Mas não é só o novo CPC que trata da modulação.

A Lei Federal 13.655/18, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, trata, também, desse tema e traduz, uma vez mais, a intensa preocupação do legislador com os efeitos deletérios da oscilação jurisprudencial, que elevam o grau insegurança jurídica e, portanto, repercutem até mesmo no ambiente de negócios do País.

O art. 23 da LINDB estabelece que a decisão a respeito do tema X, que adota orientação diferente daquela que vinha sendo adotada pelas decisões anteriores do mesmo órgão, deve conter, em si mesma, **regime de transição** quanto à incidência dos efeitos que dela decorrem, quando isso for indispensável para concretização do princípio da confiança e da segurança jurídica⁷⁸.

77. Já escrevemos sobre o tema em *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 347.

78. “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o

O art. 24 da mesma lei, por sua vez, tem o alcance que, a nosso ver, deve ser efetivamente atribuído ao instituto da modulação. Estabelece que, quando o Judiciário revê certo ato que tenha se completado à luz de “**orientações gerais da época**”, para se verificar da sua validade, **devem ser levadas em conta, como parâmetro, exatamente as orientações vigentes à época da ocorrência do ato e não aquelas decorrentes de mudança de posicionamento posterior**⁷⁹.

Isso significa que aquele que agiu com base em orientação pacificada dos tribunais, a respeito do sentido de certa regra (**pauta de conduta**), quando tem seus atos avaliados pelo Judiciário, faz jus à apreciação de seu caso à luz dos parâmetros **existentes à época em que a conduta se realizou**, ainda que a orientação desse mesmo tribunal tenha sido alterada.

Destacamos, ao longo deste Parecer, que a competência para a análise dos critérios legais relacionados ao *fato gerador* e à *base de cálculo* do IPTU é privativa do STJ.

Registramos, também, que o STJ já decidiu, inclusive em recurso repetitivo, sobre o sentido do termo “posse” como hipótese de incidência do IPTU (art. 32 do CTN): “Quando o CTN considera contribuinte do IPTU o possuidor a qualquer título, refere-se às hipóteses de relações de direito real...”⁸⁰, razão pela qual “...somente a posse com animus domini é apta a gerar a exação predial urbana”⁸¹.

O STF, ao julgar os Temas 385 e 437 da repercussão geral, decidiu que a imunidade tributária recíproca não alcança as empresas

novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

79. “Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

80. REsp 1.110.551, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10/06/2009, DJe 18/06/2009 – acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

81. REsp 1.758.594/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 20/09/2008, DJe 04/02/2019.

privadas que exploram, em caráter econômico, imóveis públicos da União. Muito embora o entendimento manifestado em tais precedentes configure mudança abrupta da jurisprudência do próprio Supremo, fato é que não houve modulação dos efeitos *pro futuro* (embora, a nosso ver, a modulação fosse imprescindível).

Ocorre que, se a competência para a análise do sentido do art. 32 do CTN – e, também, do art. 34, que dispõe a respeito do *possuidor* como sujeito passivo da obrigação tributária relativa ao IPTU – é exclusiva, sob esse aspecto, do STJ, fato é que **as teses fixadas pelo Supremo quanto aos Temas 385 e 437 não devem repercutir nos casos em que a discussão estiver adstrita ao elemento “posse” como fato gerador do IPTU**, ou, ainda, nas situações em que se discutir a **base de cálculo** desse imposto municipal.

O fato de ter havido mudança jurisprudencial no STF não significa de modo algum que a mesma alteração deva ocorrer no âmbito do STJ. O que o Supremo decidiu sobre o conceito de “posse” (arts. 32 e 34 do CTN), por ocasião do julgamento de tema relativo à “imunidade tributária recíproca”, **não vincula o STJ** – pelas razões que já foram expostas nos itens anteriores.

Portanto, a jurisprudência do STJ, calcada inclusive em precedente (REsp 1.110.551), não deve mudar, apenas porque o STF alterou sua posição, já que a competência para dar a última palavra sobre direito infraconstitucional é do STJ e não do STF.

Como observamos antes, a alteração da jurisprudência em matéria tributária pode ter efeitos extremamente nocivos para o direito e para a sociedade. Dissemos antes e agora voltamos a insistir nesse tema que as normas e princípios do direito tributário têm muito frequentemente a inspiração gerada pela necessidade de proteger o contribuinte de alterações de regra enquanto o “jogo” está ocorrendo. Quando a jurisprudência muda a nova regra acaba colhendo aqueles que agiram confiando na pauta de conduta anterior.

Portanto, se percebe com clareza que, se há um ramo do direito em que a alteração das regras deve preferencialmente se dar por obra do legislador e não por obra do Judiciário, já que a lei tem efeitos apenas para o futuro, é justamente o direito tributário.

Havendo precedente do STJ em determinado sentido, ainda mais exarado no regime dos repetitivos, é, se dúvida alguma, esse que deve prevalecer.

Todavia, se o STJ for rever seu posicionamento – o que, a nosso ver, é indesejável, *pois se deve evitar, ao máximo, alterações da jurisprudência em matéria de tributação, haja vista se tratar de um ambiente decisional rígido* –, não temos dúvidas que a **modulação** deveria ser adotada.

Ambientes jurídicos rígidos, ou ambientes decisoriais, a nosso ver, são aqueles formados por normas e princípios que privilegiam valores, por exemplo, a segurança jurídica, a previsibilidade, tendo princípios como o da anualidade. Tudo para que o contribuinte possa se planejar, não seja surpreendido pela mudança da regra no meio do jogo.

Em nosso entender, alteração de orientações adotadas por Tribunais Superiores, deve ocorrer de forma extremamente lenta, porque a principal razão que pode levar legitimamente a essas mudanças é a necessidade de se adaptar o direito às mudanças que ocorrem na sociedade. Essas mudanças jamais são bruscas: a sociedade é organismo vivo e, portanto, as mudanças que nela ocorrem são graduais e jamais instantâneas.

A mudança da **pauta de conduta** nesses ambientes mais rígidos, quando necessária, deve fazer-se pela lei, justamente por que se trata de ambiente rígido.

A alteração da jurisprudência é bem-vinda quando se trata de ambientes mais frouxos ou menos duros, como, por exemplo, o direito de família ou a área dos direitos fundamentais, que evoluem pela mão e pela obra do Judiciário.

Mas, em todos os casos, mudanças devem ser suaves. Deve haver *estabilidade* no direito, portanto **pautas de conduta** não devem ser alteradas com frequência e, muito menos, em curtos espaços de tempo. É o dever mencionado pelo art. 926, *caput*, do CPC/15.⁸²

82. Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr. usa a expressão “grave” para qualificar a situação de um Tribunal Superior alterar sua própria jurisprudência: “(...) Portanto, com relação à regra da irretroatividade e ao princípio da segurança jurídica e seus subprincípios da previsibilidade, da não surpresa, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, o mais grave é quando os tribunais superiores criam *precedente revogador ou modificador de anterior orientação jurisprudencial*, surpreendendo a todos aqueles que confiaram em sua própria jurisprudência” (ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do*

Como dissemos, quando a posição pacificada ou predominantemente adotada por um tribunal se altera, os efeitos serão, naturalmente, *ex tunc*: o tribunal passará a decidir de acordo com a nova orientação e, evidentemente, os casos ocorridos, antes da mudança, quando chegarem ao Tribunal, *serão decididos à luz da nova pauta de conduta, da nova orientação*. A não ser, é claro, que haja **modulação**.

Em trabalho recentemente publicado⁸³, tivemos a oportunidade de sustentar que a identificação dos casos em que deve haver modulação deve ser feita com **três critérios**.

O **primeiro critério** que aparece como fundamental para identificar casos em que a modulação deve haver é o de que, com ela, se estará *protegendo a confiança que teve o jurisdicionado na orientação anterior*.⁸⁴

Um segundo critério, que nos parece capaz de auxiliar na identificação de casos em que deve haver modulação, é o de se tratar de situação em que o *ambiente decisional seja rígido*⁸⁵ e que, por isso, a nosso ver, em tese, não se recomendaria que a alteração do direito (= da pauta de conduta) se desse por obra do Poder Judiciário.⁸⁶ Se aconteceu, em princípio deve haver modulação.

direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012. p. 183).

83. ALVIM, Teresa Arruda. *Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2019.

84. Por isso é que aludem Marinoni e Mitidiero à necessidade, para que haja modulação, de que em tese existam soluções distintas para o mesmo caso: circunstâncias fáticas idênticas e mais de uma solução possível (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao Jus constitutionis*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 281).

85. Exatamente nesse sentido, Eva Steiner: “As indicated above, a first attempt towards systematization consists in distinguishing between different fields of law. Three relevant areas have been generally identified in the foreign material under review: criminal law, civil law and tax law. They are now considered in turn” (STEINER, Eva. *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*. Springer International Publishing Switzerland, 2015. (Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law 3). p. 18).

86. Inegavelmente, no direito tributário: “Ora a mesma técnica, os mesmos critérios de segura aplicação do princípio da irretroatividade das leis

Deve haver modulação, e este é um terceiro critério que deve ser conjugado com os demais, quando a mudança de orientação *prejudica o particular*.⁸⁷ Esse é um terceiro critério, que deve ser utilizado quando se trata de caso que envolva, direta ou indiretamente, o Estado.⁸⁸ Se a nova posição prejudicar o particular, deve haver modulação. Não deve o particular arcar com os ônus decorrentes da incoerência da conduta dos representantes do Estado.

A modulação, de rigor, é um instrumento para que o particular possa defender-se contra o Estado. Quando a jurisprudência muda,⁸⁹ o Estado (o Judiciário) está incorrendo em conduta encartável na má-fé objetiva: é um *venire contra factum proprium*.

Alteram-se as regras segundo as quais deve pautar-se a conduta dos indivíduos, o que já é indesejável; alteram-se, e, a nova regra, ainda por cima, prejudica o particular! **É evidente que esse não pode ser duplamente prejudicado.**

devem reger a irretroatividade das modificações jurisprudenciais. É evidente que a confiança está pressuposta, como confiança sistêmica, difusa. Todos devem acreditar, crer, confiar honestamente nos comandos do legislador e dos tribunais superiores. E isso se protege. E se protege de modo tão intenso, que a responsabilidade pela confiança não emerge, nem precisa ser percebida, está lá onde a segurança reina absoluta” (DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 595).

87. Ravi Peixoto faz menção ao requisito genérico do *prejuízo* que adviria a parte pela adoção da nova regra, que veio com a alteração do entendimento adotado (PEIXOTO, Ravi. A superação prospectiva de precedentes: em busca de fundamentos e dos requisitos materiais para a sua utilização na sistemática de precedentes adotada pelo CPC 2015. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; GONZAGA JAYME, Fernando (Coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 948).

88. Inevitável a analogia com a anulação dos atos administrativos. Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: atos restritivos da esfera jurídica dos administradores, se eram inválidos, o ato que declara essa invalidade deve produzir efeitos retroativos. Ao contrário, efeitos apenas prospectivos devem ser dados à declaração de invalidade de ato administrativo ampliativo da esfera jurídica do administrado – efeito *ex nunc* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 472).

89. Salvo quando estiver adaptando o direito às alterações da sociedade.

De fato, esse terceiro critério é para indicar dever haver modulação: a nova posição ou o novo entendimento do tribunal é *desvantajoso para o particular*,⁹⁰ quando se tratar de hipótese que envolva o Estado.⁹¹

Os três critérios estão presentes no caso destes autos, recomendando, a toda evidência, que haja modulação, caso venha o STJ a alterar sua posição.

Caso haja mudança da jurisprudência do STJ sobre o sentido do termo “posse” e “possuidor”, previstos, respectivamente, nos arts. 32 e 34 do CTN, **a situação da Consulente se enquadrará nos três critérios acima referidos.**

90. No âmbito tributário, isso é comum. Jeferson Teodorovicz, em denso artigo, trata da indesejável instabilidade da jurisprudência brasileira no campo tributária, observando que, já que o legislador não pode impedir tais mudanças, devem-se fixar limites aos efeitos de tais mudanças, protegendo a segurança jurídica. Devem ter efeitos prospectivos as mudanças que prejudicam o contribuinte, sendo lícita a argumentação consequencialista, ao lado da jurídica em sentido estrito (TEODOROVICZ, Jeferson. Segurança jurídica no direito tributário e modulação de efeitos em decisões de inconstitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 131, p. 65-126, nov.-dez. 2016).

91. Nesse sentido, Antonio Alves Pereira Netto: “Essas opiniões se alinham no sentido de que a modulação dos efeitos, além de ser instrumento de cunho excepcional, deve se dar somente em favor do contribuinte, aquele que é o protegido pelo primado da segurança jurídica” (PEREIRA NETTO, Antonio Alves. *Modulação de efeitos em matéria tributária: análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 140). Entretanto: “A prática do STF, todavia, tem apontado no sentido oposto, deixando de aplicar a modulação de efeitos quando tal providência se mostraria favorável aos contribuintes e utilizando essa ferramenta para impossibilitar a repetição de indébito decorrente da inconstitucionalidade de norma tributária, como pode ser visto a partir dos RE 556.664, 559.882, 560.626 e 559.943 (julgados conjuntamente), do RE 353.657 e dos RE 377.457 e 381.964” (...) “Quando se trata da inconstitucionalidade de normas tributárias, é certo que as questões acima ganham maior complexidade. Por ser característico pela sua maior rigidez, o Direito Tributário traz nos dois polos de qualquer litígio interesses de peso para o sistema jurídico: de um lado, as razões do Estado; de outro, os direitos dos contribuintes, aos quais já foi reconhecido o *status* de direito fundamental, conforme exposto” (ibidem, p. 143).

Assim, deverá ocorrer a modulação temporal *pro futuro*, pois:

1) estar-se-á **protegendo a confiança** que teve o jurisdicionado na orientação anterior, no sentido de que a sua posse, por não ter *animus domini*, não configuraria fato gerador do IPTU; de fato, do jurisdicionado não pode ser exigido cumprir uma norma que não existia à época de sua conduta, que, então, era lícita.

2) trata-se de **ambiente decisional rígido**, que compreende o **direito tributário**. Há princípios inerentes à tributação (legalidade, anterioridade, capacidade contributiva, isonomia, não confisco etc.) que privilegiam a previsibilidade e a segurança jurídica. Se o juiz pudesse decidir **causando surpresa ao contribuinte**, de molde a prejudicá-lo, estaria comprometendo os princípios de direito material que regem o direito tributário e a própria natureza *rígida* das normas que o compõem; e

3) a mudança de orientação do STJ **prejudicaria o particular**, pois o novo posicionamento teria os mesmos efeitos de uma lei instituidora de um tributo com efeito retroativo. Alteram-se as regras segundo as quais deve pautar-se a conduta dos indivíduos, o que já é indesejável; e a nova regra, ainda por cima, prejudica o particular. É evidente que esse não pode ser duplamente prejudicado; por isso, a necessidade de modulação de efeitos *pro futuro*⁹²⁻⁹³.

Finalmente, merece registro a preocupação do Min. Humberto Gomes de Barros com situações que compreendem mudança de jurisprudência do STJ em matéria tributária:

92. “Uma modificação na jurisprudência em matéria tributária, por exemplo, poderia acarretar, indevidamente, a necessidade de pagamento de um tributo por um particular que, em razão de um entendimento anterior, não era considerado sujeito passivo tributário. Uma alteração jurisprudencial dessa maneira pode, portanto, prejudicar um particular com a mesma gravidade que uma alteração promovida por uma lei”. (ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 227).

93. Nesse sentido, Antonio Alves Pereira Netto: “Essas opiniões se alinham no sentido de que a modulação dos efeitos, além de ser instrumento de cunho excepcional, deve se dar somente em favor do contribuinte, aquele que é o protegido pelo primado da segurança jurídica”. (PEREIRA NETTO, Antonio Alves. *Modulação de efeitos em matéria tributária: análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 140).

Dissemos sempre que sociedade de prestação de serviço não paga a contribuição. Essas sociedades, confiando na Súmula nº 276 do Superior Tribunal de Justiça, programaram-se para não pagar esse tributo. Crentes na súmula elas fizeram gastos maiores, e planejaram suas vidas de determinada forma. Fizeram seu projeto de viabilidade econômica com base nessa decisão. De repente, vem o STJ e diz o contrário: esqueçam o que eu disse; agora vão pagar com multa, correção monetária etc., porque nós, o Superior Tribunal de Justiça, tomamos a lição de um mestre e esse mestre nos disse que estávamos errados. Por isso, voltamos atrás.

Nós somos os condutores, e eu – Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam – sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim.

Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados⁹⁴.

Como o papel do STJ não é o de derrubar os jurisdicionados, mas, sim, de garantir a efetivação dos seus direitos, através da aplicação *uniforme, racional e coerente* da legislação infraconstitucional, estamos certos de que a (eventual) alteração da jurisprudência, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, deve ser acompanhada da modulação de efeitos *pro futuro*.

94. AgRg no REsp 382.736/SC, Rel. Min. Castro Meira, j. 08/10/2003, DJ 25/02/2004.

IV. Resposta aos quesitos

1) O fato de alguns Ministros do STF terem analisado, quando do julgamento do RE 594.015 e do RE 601.720/RJ (*leading cases*), o conteúdo e o alcance dos arts. 32 e 34 do Código Tributário Nacional (não obstante o tema central da discussão fosse “imunidade recíproca”), impede que o STJ, no cumprimento de sua função constitucional, mantenha o entendimento veiculado no REsp repetitivo 1.110.551, no REsp 1.758.594/MG e em tanto outros julgados formados à luz do art. 32 do CTN?

Não.

Como vimos, o STF e o STJ têm competência constitucional bem delimitada: ao primeiro compete a guarda e preservação das disposições da Constituição Federal, enquanto o segundo tem a missão de preservar a legislação federal infraconstitucional, bem como assegurar sua aplicação uniforme.

Vale dizer, portanto, é do STF a competência para dar a última palavra sobre a Constituição, e é do STJ a competência para dar o sentido correto ao direito federal.

Os Ministros do STF, ao julgarem o *leading case* vinculado ao Tema 385 (“Reconhecimento de imunidade tributária recíproca a sociedade de economia mista ocupante de bem público”), pronunciaram-se sobre o sentido do termo “posse”, previsto no art. 32 do CTN (e que consta do art. 34 do CTN, que trata do *possuidor* como contribuinte do IPTU). Situação semelhante ocorreu quanto ao Tema 437, da repercussão geral.

Tal pronunciamento, contudo, não afasta a necessidade de manifestação sobre esse tema pelo STJ⁹⁵, e tampouco o vincula, pois, conforme se viu ao longo deste Parecer, **a palavra final a respeito da interpretação e aplicação da legislação federal infraconstitucional é única e exclusiva do STJ.**

É de se dizer, portanto, que o entendimento do STF, firmado na oportunidade do julgamento do Tema 385 (e, também, do Tema 437)

95. Já consolidado no sentido de que a cobrança de IPTU das sociedades empresárias arrendatárias de imóveis da União Federal é indevida, uma vez que a posse que permite a incidência do imposto pressupõe *animus domini*.

não afasta a competência do STJ e, portanto, a necessidade de manifestação do STJ acerca da interpretação do art. 32 do CTN; até mesmo porque, além de ostentarem categorias hierárquico-normativas diferentes (constitucional e infraconstitucional) as matérias – imunidade recíproca e hipótese de incidência do IPTU – **não se confundem.**

2) O fato de o julgamento do STF ter abordado a tributação de arrendatários sob a perspectiva da “imunidade recíproca” impede a prevalência de fundamento infraconstitucional, distinto e autônomo – no caso, violação a critérios relacionados à base de cálculo do IPTU, nos termos do art. 33 do Código Tributário Nacional?

Não, pois a autoridade, a função paradigmática e a carga normativa das decisões das Cortes superiores circunscreve-se ao âmbito de competência de cada uma delas.

A respeito das teses fixadas nos Temas 385 e 437 da repercussão geral, a força dos precedentes do Supremo abrange apenas o tema da “imunidade recíproca”, prevista no art. 150, VI, “a”, da CF.

Tal circunstância não impede, portanto, que as partes interessadas (inclusive a Consulente) discutam, em juízo, a impossibilidade de tributação **com base em fundamentos e pedidos autônomos em relação aos da imunidade** – como é o caso da questão inerente à base de cálculo do IPTU, que está no plano infraconstitucional (art. 33 do CTN) e, **ademais, não foi afetada pelas decisões do Supremo.**

Em suma: “imunidade recíproca” e “base de cálculo do IPTU (= valor venal)” são temas jurídicos distintos, e as decisões a eles relacionadas podem coexistir harmonicamente. No caso da base de cálculo, prevalecerá a orientação do STJ, à luz do art. 105, III, da CF.

3) Caso o STJ altere sua jurisprudência em virtude da mudança de posição do STF (Temas 385 e 437 da repercussão geral), será o caso de modulação dos efeitos, *pro futuro*, pelo próprio STJ, dos efeitos da sua nova orientação?

Entendemos que sim.

Inicialmente, cumpre lembrar que o fato de ter havido mudança jurisprudencial no STF não significa que a mesma alteração deva ocorrer no âmbito do STJ. O que o Supremo decidiu acerca do conceito de “posse” (arts. 32 e 34 do CTN), por ocasião do julgamento

de tema relativo à “imunidade tributária recíproca”, não vincula o STJ, tendo em vista a competência constitucional atribuída a cada uma das cortes superiores (arts. 102, III, e 105, III, da CF).

Todavia, caso o STJ venha a rever seu posicionamento – *e a única razão que vemos para tanto (que, de rigor, não é razão) seria o entendimento firmado pelo STF nos recursos que trataram dos Temas 385 e 437 da repercussão geral* (que não vincula o STJ) –, certamente a modulação de efeitos, *pro futuro*, deverá ser adotada.

Primeiro, porque, com a modulação, estar-se-á protegendo a **confiança** que teve o jurisdicionado na orientação anterior, que era justamente no sentido de que a **posse destituída de animus domini não caracteriza a hipótese de incidência do IPTU**.

Segundo, por se tratar de alteração de jurisprudência num ambiente decisional rígido que é o direito tributário. O direito tributário é permeado por uma série de princípios e regras que levam em conta predominantemente a previsibilidade e a segurança jurídica, e limitam o poder de tributar do Estado diante do particular. Justamente por isso deve-se levar em consideração que as mudanças nas pautas de conduta dos contribuintes sejam feitas, em regra, pelo Poder Legislativo, quando sobrecarregam o contribuinte.

Isso, porque a jurisprudência tem vocação retroativa, o que não se coaduna com os princípios gerais de direito tributário.

Terceiro, e, talvez, o principal fator que justifica a modulação: a nova posição do STJ – se, de fato, houver alteração da sua jurisprudência – prejudicaria o particular, que passaria a ser devedor de um tributo que o Poder Judiciário, ao longo de vários anos, orientou que não deveria ser pago.

A modulação é um instrumento para que o particular possa defender-se contra o Estado. Quando a jurisprudência muda, o Estado (o Judiciário) está incorrendo em conduta encartável na má-fé objetiva: é um *venire contra factum proprium* que não pode prejudicar o contribuinte. Por isso a necessidade de modulação, sentida no caso dos autos de forma bastante intensa, de efeitos *pro futuro*.

É o nosso Parecer, *s.m.j.*

Curitiba, 23 de outubro de 2019.

Teresa Arruda Alvim

19

JUROS DE MORA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA?; PROVA – APRECIÇÃO – LIMITES; EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

PARECER

I. Objeto da consulta

Consulta-nos **X**, por meio de seus ilustres advogados, Drs. Cândido Rangel Dinamarco, Marcello de Camargo Teixeira Panella e Daniel Raichelis Degenszajn, a respeito do recurso especial interposto nos autos dos Embargos à Execução, no qual é recorrida. Essa ação incidental decorre da **execução de contrato de repasse de recursos externos**, voltado à construção de um *shopping center*, no Município de São José dos Campos, e os pedidos nela formulados foram julgados totalmente improcedentes, por sentença que, salvo quanto à majoração dos honorários advocatícios requerida no apelo da Embargada, foi integralmente confirmada pelo Tribunal local.

Fundamentalmente, as questões cuja apreciação nos foi solicitada dizem respeito à **inadmissibilidade do recurso especial com base no óbice da Súmula 7 do STJ** e à possibilidade, ou não, de, em razão do **efeito translativo**, o órgão julgador **decidir sobre a incidência da SELIC, em substituição à taxa de juros de mora fixada em sentença**, questão trazida somente **após** interposto o recurso de estrito direito.

Para melhor compreensão da situação objeto do Parecer, tivemos acesso à cópia integral dos autos, em sua versão eletrônica.

II. Síntese do Essencial

Em **08.07.1997**, o Banco Y. celebrou, com Z, *Contrato de Repasse na forma da Resolução nº 63 do Banco Central do Brasil*.

O contrato estipulou taxa total de juros de 26% a.a., que compreende a taxa de juros de 10,55% devida, pelo Banco Y, aos investidores estrangeiros; o imposto de renda com alíquota de 12,5% pago pela instituição financeira mutuante sobre a remessa de juros ao exterior; e, ainda, a remuneração propriamente dita (denominada de comissão de repasse). Dispôs que o valor avençado seria corrigido com base na **variação cambial do dólar** e pago, mediante conversão, na data do pagamento, em moeda corrente nacional.

Foram constituídas garantia real hipotecária, de imóvel localizado em São José dos Campos/SP, e garantia pignoratícia de recebíveis, decorrentes das locações de espaços de uso comercial de empreendimentos de que a devedora, Z, é proprietária. A operação contou, também, com garantia pessoal prestada, entre outros, por H, sócio de Z, que foi avalista de letras de câmbio sacadas no valor integral do empréstimo.

Em **20.01.1998**, diante das dificuldades enfrentadas pela devedora, as partes aditaram o contrato, com o intuito de viabilizar o pagamento da dívida. Apesar disso, as parcelas vencidas após **20.02.1999** não foram adimplidas e o saldo devedor vem se somando, mês a mês, desde então.

Em **28.06.2000**, o Banco Y e a Consulente celebraram instrumento de cessão do referido crédito. Em **13.07.2001**, a Consulente, na condição de cessionária do crédito, ajuizou execução de título executivo extrajudicial em face de Z e dos demais garantidores do contrato de repasse/empréstimo (S, J e H).

Nos autos da execução, foram requeridas e deferidas medidas constitutivas destinadas à garantia do juízo e à futura excussão. Em seguida, foram opostos Embargos à Execução por Z e H, com efeito suspensivo.

Além de diversas preliminares (ilegitimidade da Consulente para propor a ação de execução; a ilegitimidade do Embargante H para figurar em seu polo passivo; a iliquidez do título executivo; e a ausência de prova de autorização do Bacen, ao Banco Y, para captação dos recursos no exterior), os Embargantes alegaram, em suma, que: *i*) o saldo devedor deveria ser atualizado conforme o INPC,

visto que a cláusula que estipulou a indexação do valor da dívida ao dólar seria nula de pleno direito; **ii**) ainda que assim não o fosse, a superveniência da maxidesvalorização do real teria implicado o desequilíbrio das prestações contratuais, gerando prejuízo que deveria ser suportado por ambas as partes, na forma do art. 6º, V, do CDC; e **iii**) mesmo se não acolhidos os demais fundamentos, ainda assim teria havido excesso de execução, impondo-se a revisão dos valores indicados pelos exequentes.

Isso, porque, conforme sustentaram os Embargantes, em primeiro lugar, a planilha de cálculo juntada pelo exequente não teria deduzido do saldo devedor amortizações já realizadas. Em segundo, os juros previstos contratualmente deveriam ser reduzidos ao montante contratado na operação originária e, mesmo na hipótese de serem devidos, a sua cumulação com encargos moratórios seria ilícita. Demais, alegaram não ser responsáveis pelos valores que teriam sido pagos a título de imposto de renda sobre os juros remetidos pelo mutuante ao exterior. Aduziram, também, que tampouco seria lícita a cobrança da multa moratória no valor convencionado (10% sobre o valor do contrato), porque superior ao limite estabelecido pelo CDC.

Ao final, pediram a exclusão de todos os encargos moratórios (multa convencional e juros moratórios), visto que a mora não estaria caracterizada em razão da abusividade das cobranças.

A Embargada, em sua impugnação, além de refutar todos os argumentos dos devedores, juntou parecer elaborado pelo Professor Arnaldo Wald, em que esse esclareceu a natureza jurídica do contrato de repasse e a forma como se dá sua operacionalização, para concluir no sentido da validade da estipulação da correção cambial e da inexistência, *in casu*, de onerosidade excessiva.

Saneado o feito, foi, então, deferida a realização de perícia.

Em que pese, no laudo pericial, ter-se afirmado que os valores indicados pela exequente seriam “*aritmeticamente consistentes*”, o perito consignou que as “*características de cálculo*” não estariam “*absolutamente corretas*” (e-STJ fls. 708) e que, no seu entender, não seria, portanto, “*possível afirmar que a embargada vem cumprindo os termos do contrato*” (e-STJ fls. 709).

O laudo é permeado por impressões pessoais do perito e contém manifestações sobre aspectos de cunho estritamente jurídico,

que envolvem a interpretação de disposições contratuais e da própria lei, especialmente quanto à possibilidade de revisão judicial do contrato, com fundamento na desproporção entre o valor da prestação no momento da contratação e naquele de sua execução.

O assistente técnico dos Embargantes manifestou sua anuência ao laudo pericial. O assistente técnico da Embargada, por sua vez, ofereceu parecer no qual rechaçou a metodologia utilizada pelo perito judicial, apontou detalhadamente suas inconsistências e apresentou cálculo atualizado do valor devido até a data de **01.09.2008**.

Sobreveio, então, a sentença de improcedência, em **15.10.2010**.

Entendeu o juízo *a quo* que a indexação da dívida à variação cambial conta com expressa autorização legal, no caso o art. 2º do Decreto-Lei nº 857/1969. Afastou a aplicação do CDC, seja porque a relação entre as partes não é de consumo, seja porque os devedores não são hipossuficientes. Decidiu, também, que a maxidesvalorização do dólar, apontada pelos Embargantes como causa de onerosidade excessiva, não justifica a revisão do contrato, uma vez que inerente ao risco do negócio.

Reconheceu a validade da pactuação de juros compensatórios à taxa de 26% ao ano, assim como a sua cumulação com juros de mora, após configurado o inadimplemento dos devedores. De igual maneira, rejeitou as alegações quanto à suposta ilicitude da cobrança de valores referentes a encargos tributários, recolhidos à ocasião da operação de repasse. Segundo consignado na decisão, a cobrança seria legítima, uma vez que a responsabilidade pelos custos decorrentes da captação de recursos no exterior é do beneficiário final do contrato de empréstimo, isto é, dos mutuários.

Procedendo à análise da prova pericial, à luz do princípio da persuasão racional, concluiu o juiz que, *“afastadas as considerações periciais de ordem indevidamente pessoal, penso que as conclusões lançadas no parecer apresentado pelo assistente técnico da embargada se mostraram mais razoáveis e compatíveis com a realidade da operação em questão”* (e-STJ fls. 1306).

Entendeu que o *“fato de não ter sido indicado no laudo oficial ... o valor do saldo devedor nos termos em que pactuado, inegavelmente era outro indício de atuação equivocada do experto”* (e-STJ fls. 1306). Destacou, também, que *“em nenhum momento se comprovou ter havido no caso concreto, a exigência indevida de juros capitalizados”* (e-STJ fls. 1307).

Assim, após afastar todas as preliminares, decidiu o Juiz pela improcedência integral dos pedidos formulados nos Embargos, consignando que “(...) o débito dos embargantes apurado em montante de R\$ 29.522.447,10, com data base ajustada em 29/06/2001, a partir de 30/06/2001 deverá contar em relação ao principal supra, com a incidência de atualização monetária oficial, nos termos da Tabela Prática do E. Tribunal de Justiça. O valor principal deverá também contar com a incidência de **juros de mora, em patamar de 0,5% ao mês desde 30/06/2001 até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, contando-se os juros, a partir da data de 11/01/2003 em patamar de 1% ao mês, incidindo ambos, atualização e juros, até o efetivo pagamento**” (grifo não original).

Condenou os embargantes, ainda, “ao pagamento de verba honorária, arbitrada em patamar de 10% do valor atualizado do crédito perseguido nos autos principais”.

Seguiu-se a interposição de recurso de apelação por ambas as partes. A Consulente recorreu da sentença, visando à majoração dos honorários advocatícios e à condenação dos devedores por litigância de má-fé.

Em seu recurso, por sua vez, os devedores reiteraram os argumentos já expostos. Além disso, arguiram excesso de execução por força de pretensa capitalização mensal de juros. Embora tivesse havido formulação de quesito nesse sentido, que foi respondido pelo perito, não havia sido formulado pedido a esse respeito nos Embargos à Execução.

Alegaram que, por ter a sentença supostamente *desconsiderado* o laudo pericial, a decisão padeceria de nulidade. Pediram, a respeito, que o Tribunal fizesse prevalecer o laudo pericial, ou, ao menos, que o julgamento fosse convertido em diligência para realização de nova perícia.

O **Tribunal local**, após enfrentar as questões suscitadas pelos apelantes, concluiu, por unanimidade, pelo **integral desprovisionamento do recurso dos devedores** e pelo provimento parcial do recurso da credora, acolhendo o pedido de majoração dos honorários. Os fundamentos do acórdão foram, resumidamente, os que seguem:

i) viabilidade do manejo da execução diante da liquidez do título executivo extrajudicial;

ii) validade da operação, em razão da existência de autorização legal para a contratação, pelo Banco Y, de empréstimo em moeda estrangeira;

iii) ausência de cerceamento de defesa, tendo o juízo *a quo* valorado, motivada e racionalmente, a prova dos autos;

iv) as amortizações indicadas pelos devedores foram efetivamente computadas no cálculo inicial da exequente;

v) legalidade da contratação, por força do art. 2º, V, do Decreto Lei nº 857/69 (cujo teor espelha aquele de resoluções do BACEN vigentes à época da celebração do contrato). No que respeita a essa questão, a Câmara julgadora citou precedentes do STJ, nos quais se fixou a solução normativa de que a cláusula de paridade cambial não interfere no curso forçado da moeda, em obediência ao art. 6º da Lei do Plano Real (Lei 8.880/94);

vi) inaplicabilidade do CDC ao caso, por não se tratar de relação de consumo;

vii) inexistência de excesso de execução, porque: *a*) válida a estipulação de comissão de repasse além do valor nominal dos juros pagos na captação, nos termos da Circular BACEN nº 180/72; *b*) lícita a multa moratória de 10%, diante da não incidência do CDC; *c*) lícita, também, a cumulação de juros remuneratórios e moratórios, dado que inconfundível a natureza de cada encargo; *d*) válido o acréscimo do encargo referente ao Imposto de Renda sobre a remessa de juros ao exterior à contratação do mútuo, eis que não houve vício de vontade na formação do vínculo obrigacional apto a justificar a não observância da taxa de remuneração de 26% a.a. prevista pelo contrato; *e*) impossibilidade de discussão quanto à alegação de capitalização de juros, “*pois a mesma não foi arguida quando da interposição dos embargos*” (e-STJ fls. 1701).

Diante da sucumbência recíproca, ambas as partes opuseram embargos de declaração.

Os embargos não foram acolhidos, tendo sido arbitrada multa de 1% sobre o valor da causa para os devedores, na forma do art. 538, parágrafo único, CPC/1973.

Contra esse acórdão, os devedores, enfim, interpuseram **Recurso Especial**, pelas alíneas *a* e *c* do art. 105, III, da CF, **autuado sob n. 1.447.624/SP**, e **Recurso Extraordinário**.

Por ocasião da interposição do seu **Recurso Especial**, os Embargantes juntaram aos autos parecer da lavra do Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior. Entre outros fundamentos, arguiram: **i)** a nulidade do acórdão do Tribunal local, por violação aos arts. 130, 131, 165, 437 a 439, 485, II e 535, I e II, do CPC/1973, em face da alegada omissão quanto ao pedido de conversão do julgamento em diligência para que fosse realizada nova perícia, uma vez que primeira teria sido *totalmente desconsiderada*; **ii)** nulidade por omissão do Tribunal, quanto à prática de anatocismo, à onerosidade excessiva e à inaplicabilidade do CDC em razão da vulnerabilidade técnica e jurídica dos devedores; **iii)** nulidade da cláusula 1.4. do Contrato de Repasse, em que está prevista a indexação cambial vinculada ao dólar, em razão de ofensa ao art. 6º da Lei 8.880/94, art. 28, § 4º, II, da Lei 9.069/95, art. 1º, parágrafo único, I, da Lei 10.192/01 e arts. 1º e 2º, inciso V, DL 857/69; **iv)** ilicitude da exigência de pagamento a título de imposto de renda sobre o capital e de forma anual; **v)** excesso na verba honorária.

Muito embora tenha negado seguimento ao Recurso Extraordinário, o **Presidente do Tribunal a quo** entendeu pela **admissibilidade** do **Recurso Especial**, nos termos da alínea *c* do permissivo constitucional. Concluiu que teria sido demonstrada aparente divergência entre a interpretação conferida ao art. 6º da Lei 8.880/94 pelo Juízo *a quo* e aquela do STJ, justificando-se o conhecimento do recurso.

Afirmou, ainda, que a análise das razões adotadas no acórdão exigiria a **reapreciação da prova** dos autos, óbice ao conhecimento do recurso pela alínea *a* do art. 105, III, da CF.

Chegando os autos ao STJ, houve longo debate acerca da deserção do recurso especial interposto pelos Embargantes, em razão da não comprovação do recolhimento do porte de remessa. Em embargos de divergência, a questão foi resolvida mediante acórdão da Corte Especial, que, por maioria, deu provimento ao recurso, para afastar a deserção, determinando o retorno dos autos à Terceira Turma.

Em petição simples (e-STJ fls. 3421-40), datada de **07.08.2019**, os Recorrentes requereram a juntada aos autos de parecer da lavra do Min. Sidnei Beneti. Com base nele, pediram que, uma vez conhecido o seu recurso, fosse aplicada a SELIC, como índice de atualização monetária e juros de mora, em substituição à taxa fixada em sentença. Segundo alegam, isso seria necessário para a perfeita adequação da sentença à atual jurisprudência do STJ.

Apesar de essa matéria não ter sido, até aquele momento, ventilada nos autos, sustentam os recorrentes que não haveria óbice à sua apreciação, uma vez que: *i)* estaria inserida “no âmbito do excesso de execução arguido nos embargos de devedor”; *ii)* poderia ser conhecida em razão do **efeito translativo** do recurso especial; e *iii)* consistiria em questão de ordem pública, conhecível de ofício.

Nessa mesma oportunidade, os devedores requereram, também, que fosse acostado aos autos parecer técnico elaborado pela empresa de consultoria Ernst&Young. De acordo com esse levantamento, se acolhidas todas as teses sustentadas no Recurso Especial e computados os depósitos realizados até aquele momento, o saldo devedor seria de R\$ 752.789,92. Os depósitos, a que se referem, são aqueles relativos à garantia real pignoratícia dos aluguéis e recebíveis do *Shopping Center Colinas* (empreendimento de propriedade da Z).

A juntada desse **parecer técnico** aos autos, **em meio à tramitação do recurso de estrito direito**, é aspecto que denota a tentativa de convertê-lo em **recurso ordinário**, numa **nova chance para o reexame de prova, o que o STJ tem repellido, vez que não é esse o papel que a Constituição Federal lhe confere**.

III. Quesitos

1) *O fato de o Tribunal local ter acolhido o laudo produzido pelo assistente técnico da Consulente é, por si só, causa de nulidade do acórdão?*

2) *Os juros de mora constituem matéria de ordem pública?*

3) *Quais os limites que a ordem jurídica impõe ao efeito translativo dos recursos de estrito direito?*

4) *A alteração da taxa de juros fixada na sentença, no caso sob consulta, pode ser conhecida pelo STJ, ainda que tenha sido suscitada por simples petição, apenas depois de interposto o recurso especial?*

IV. Da impossibilidade de reanálise ou reavaliação do conteúdo fático probatório em recursos de estrito direito

IV.1. Reanálise do quadro probatório

É inegável a existência de um “funil” no sistema de controle das decisões judiciais pela via dos recursos. Pela via recursal, quando

não se está diante de recurso com fundamentação vinculada, tudo se pode alegar para apontar como causa do desacerto da decisão: que se a decisão é fruto de inadequado exame das provas, que deveria ter sido tomado depoimento pessoal das partes etc.

Quando, no entanto, de recurso especial ou extraordinário se tratar, pode o recorrente levantar apenas *defeitos* da decisão ou do processo que sejam qualificáveis como ofensas à lei ou à CF. Deve-se tratar, portanto, de questão de direito, deve haver prequestionamento, deve ser perceptível da leitura do acórdão de que se recorreu, independentemente do exame dos autos. Por isso, ter o juiz examinado “mal” a prova, não enseja, nem nunca ensejou, recurso de estrito direito.¹

No caso sob exame, os Recorrentes pretendem que o acórdão seja anulado porque o Juízo local teria desconsiderado a perícia e acolhido, integralmente, as conclusões do assistente técnico da Recorrida.

Não é impossível, mas é, efetivamente, muito mais raro, que haja *ilegalidades*, passíveis de serem corrigidas por Recurso Especial, quando se trata de avaliação das provas feitas pelo órgão *a quo*.

No nosso sistema, como é sabido, as provas não são tarifadas, e o juiz goza de liberdade considerável para, examinando o conjunto delas, formar sua convicção.

A limitação com que conta o juiz no exame das provas é a *racionalidade*. É na fundamentação da sentença que ao juiz cabe demonstrar que o caminho que percorreu do exame das provas até seu convencimento passou pelo respeito ao contraditório e foi *racional*, sendo, portanto, compreensível pelo homem médio.

Esse parâmetro gera um âmbito de liberdade expressivamente amplo, de modo que, dificilmente, se consegue apontar ILEGALIDADE na conduta do juiz, ao apreciar e valorar a prova.

O juiz pratica ilegalidade, por exemplo, quando despreza uma prova legal ou quando desrespeita o contraditório no âmbito da prova, mas *não* quando *dá preferência* pelo laudo do assistente técnica em detrimento do laudo pericial.

1. ARRUDA ALVIM, Teresa. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação Rescisória e Querela Nullitatis. Semelhanças e Diferenças*. São Paulo: Thompson Reuters, 2018, p. 224.

No plano dos recursos ordinários, pode-se pleitear ao tribunal reexame de ambos os lados, argumentando-se que o do perito deveria prevalecer sobre o outro. Entretanto, mantida a decisão nesse segundo exame, no plano dos recursos de estrito direito já nada mais se poderá fazer.

Isso, porque, evidentemente, se estará lidando com recursos *de estrito direito*, em que *não se reexaminam provas*.

Essa característica dos recursos de estrito direito tem sido, desde sempre, habitualmente sublinhada em vários acórdãos tanto do STJ quanto do STF.

Veja-se, por exemplo, o Acórdão que julgou o RE 84.699, julgado em 1976:

[...] ‘erro de direito,’ quanto ao valor da prova *abstratamente* considerado. Assim, se a lei federal exige determinado meio de prova no tocante a certo ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha como provado o ato jurídico por ‘outro’ meio de prova ofende ao direito federal. Se a lei federal exclui basto certo meio de prova quanto a determinados atos jurídicos, acórdão que admita esse meio de prova ‘excluído ofende à lei’ federal. *Somente nesses casos há direito federal sobre prova, acaso ofendido, a justificar a defesa do ‘ius constitutionis’*”² (destaques nossos).

Décadas depois, o STJ fazia a distinção entre mero reexame de provas e reavaliação da prova, não admitindo o mero reexame. É o que se lê no AgRg no REsp 420.217, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 04.06.2002:

“A valoração da prova refere-se ao valor jurídico desta, sua admissão ou não em face da lei que a disciplina, podendo ser ainda a contrariedade a princípio ou regra jurídica do campo probatório, questão unicamente de direito, passível de exame nesta Corte”. (g.n.)

Observe-se que esta restrição existe, desde sempre, até mesmo quando se trata de matéria penal:

“Também no âmbito do STF se afirma que ‘A reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o

2. STF, RE n. 84.699/SE, rel. Min. Cunha Peixoto, rel. acórdão Min. Rodrigues Alckmin, RTJ 86/554.

revolvimento do conjunto fático-probatório”, [HC 107.801, rel. Min. Cármen Lúcia. Relator p/Acórdão Min. Luiz Fux. Do mesmo relator, tornando mais explícito o uso de uma dicotomia entre matéria de ‘fato’ e matéria ‘de direito’: ‘O exame da prova distingue-se do critério de valoração da prova. O primeiro (o exame da prova) versa sobre mera questão de fato; o segundo (valoração), ao revés, sobre questão de direito’ (HC 96.820)] apontando-se para esta conclusão os seguintes precedentes: RE 99.590, relator o Ministro Alfredo Buzaid, *DJ* de 6 de abril de 1984, e RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, *DJ* de 17 de agosto de 1990. Com isso se procura sustentar que em recurso excepcionais se admite ‘requalificar’ ‘fatos’ provados sobre os quais não há discussão em sede de recurso excepcional (como para concluir-se que em ‘racha’ – diante das circunstâncias do caso concreto – há dolo e não apenas culpa [HC 82.219, apontando como paradigma o *REsp* 198.473. Também neste sentido é o *HC* 101.698] ou que em direção de veículo sob o efeito de álcool há apenas culpa porque o dolo não pode ser presumido a partir de simples embriaguez se não for provado que a embriaguez foi preordenada, [HC 107.801] ou que os fatos provados configuram conduta para fim de tráfico e não conduta sem finalidade de traficar ou conduta para ‘uso’ de entorpecente [HC 95.282]), mas não se admite que o recorrente busque solução diversa sobre o modo como os fatos se passaram. [Isso levanta, igualmente, o problema da confusão entre texto e norma, que será enfrentado na seção 3.4.]”³

Aliás, no caso dos autos, há previsão expressa quanto à licitude da conduta do juiz e do Tribunal no que pertine às provas. A pretensão dos recorrentes contraria o art. 436 do CPC/73⁴, conforme o qual “*o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos*”. **Tanto para o Tribunal local, quanto para o juízo de 1º grau**, os critérios adotados pelo **laudo do assistente técnico** mostraram maior **coerência e razoabilidade**, em comparação ao laudo pericial, que continha impressões pessoais do perito e se imiscuiu em questões

-
3. TRENTO, Simone. *As Cortes supremas diante da prova*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 109-110.
 4. É o art. 479 que, no atual CPC, dispõe a respeito, nos seguintes termos: “O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar **ou a deixar de considerar** as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito” (g.n.).

de direito, em vez de, adequadamente, se limitar a analisar os aspectos técnicos das questões analisadas.

Veja-se, por exemplo, trecho da conclusão do laudo pericial, no qual se afirma que o Banco Y não teria apresentado, quanto ao contrato de repasse, “*um desejável estudo de viabilidade ainda que com riscos a ele inerentes que o classificasse como um empréstimo de relativa segurança*” (e-STJ fls. 711). Também destacou o perito, muito embora isso não tivesse sido objeto de nenhum dos quesitos formulados pelas partes, que a exequente, por sua vez, teria comprado “*o risco da dívida ora executada*”, tendo em vista que teria deixado de realizar “*um trabalho de reestruturação da dívida junto ao devedor, para torna-la exequível econômica e financeiramente*” (e-STJ fls. 711).

Com fundamento nessas premissas, concluiu: “*parece-me bastante razoável aplicar a média aritmética simples na variação do dólar imputando parte do risco ao contratado e parte do risco ao contratante, esta solução para o câmbio já foi adotada nas diversas ações judiciais que discutiram o assunto, imputando-se que as partes suportem de forma concorrente tal variação*” (e-STJ fls. 712). Nesse mesmo sentido, prossegue o perito, **defendendo a intervenção judicial no contrato firmado entre as partes**, pontuou ainda que “*sem causar prejuízo ao negócio firmado, ao contrário, mantendo-se boa rentabilidade, pode-se aplicar o limite médio apurado pelo Bacen como spread na época, assim, acrescentando aos custos e despesas de captação a margem de 30% e não de 97%*” (e-STJ fls. 711).

Esses trechos do laudo pericial foram transcritos com o escopo de demonstrar que o perito mais se manifestou sobre o modo como deveria ser decidida a causa, sob o ponto de vista jurídico, do que forneceu ao Magistrado **elementos técnicos** que pudessem ser usados como base de sua decisão.

Não há que se falar em **cerceamento de defesa**, mas sim do exercício do poder-dever do julgador (também exercido pelo Tribunal) de, fundamentadamente, valorar os elementos de prova constantes dos autos. A rigor, como há muito reconhecido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, o princípio do convencimento motivado, insculpido nos arts. 131 do CPC/73 e 371 do CPC/15, é um “*dos cânones do nosso sistema processual*”⁵

5. REsp 7870/SP, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 03/12/1991, DJ 03/02/1992.

Cabe exclusivamente ao Tribunal *a quo*, como dissemos, delinear *se e como* os fatos ocorreram, sendo inviável, salvo se o juiz praticar conduta que possa ser qualificada como ofensa à norma jurídica, em sede de recurso de estrito direito, reavaliar a convicção do julgador sobre a realidade fática, principalmente quando, para isso, for necessário exame individual e minucioso das provas produzidas no curso do processo.

Sob esse fundamento, quando confrontado com situação *idêntica* à dos autos, o STJ sempre foi categórico ao afastar a admissibilidade do recurso, com base na Súmula 7.⁶ Entende, esse tribunal, que a apreciação do mérito do recurso especial não se justifica nem mesmo em hipótese na qual, como no caso sob exame, os valores estimados pelo laudo oficial sejam extremamente díspares daqueles alcançados pelo laudo do assistente técnico⁷.

Recentissimamente, o STJ voltou a se pronunciar, em situação na sua essência idêntica à presente, para concluir que:

Frise-se, por oportuno, que, na hipótese, não se cuida de valoração da prova, o que é cabível no âmbito do Recurso Especial, mas de reapreciação da prova, buscando-se reformar a convicção do julgador sobre o fato em questão.

Assim, afastar o laudo pericial produzido pelo assistente técnico da parte recorrida como critério para fixação da justa indenização, considerada esta como mais representativa do valor de mercado do imóvel, para acolher a perícia judicial ou o valor venal do imóvel mostra-se

Processo Civil. Prova. Perícia. Princípio do livre convencimento motivado do juiz. Fundamentação sucinta. Inocorrência de nulidade. Correção monetária. Critério legal. Observância, Recurso parcialmente provido.

I – A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual.

II – Não é nula a decisão sucintamente fundamentada, desde que contenha o essencial.

III – Se a lei (L. 6423/77) impunha a vedação de outro critério, inadmissível era às partes pactuarem a correção monetária pelo IPCA.

6. No mesmo sentido: REsp 450.270/PA, 2ª T., Rel. Min. João Otávio Noronha, j. em 21/10/2004, DJe 13/12/2004.

7. REsp 1.315.967/SP, 2ª T., Rel. Min. Og Fernandes, j. em 05.06.2018, DJe 13/06/2018.

*impossível nessa etapa processual, por exigir a revisão do conjunto fático e probatório dos autos, atraindo o óbice da Súmula 7/STJ.*⁸

Por outro lado, ter o Juízo *a quo* prestigiado o laudo elaborado pelo assistente técnico da Recorrida, em detrimento do laudo do perito, não gera, por si só, nulidade.

Igual sorte deve ser reservada à quase totalidade das demais ilegalidades apontadas pelos Recorrentes, cuja apreciação depende da referência ao conteúdo do laudo pericial e às provas carreadas aos autos, e, assim, da revisão da percepção dos fatos fixada pelas instâncias inferiores. Com efeito, o que pretendem os Recorrentes é que o STJ reaprecie e reavalie as provas, para **conferir** se foram computadas as amortizações; se houve mora; qual foi a composição da taxa total de juros; como se deu o repasse da cobrança do IR; se teria havido anatocismo; e se há, nos autos, elementos que levem a que se possa afirmar que os Recorrentes seriam técnica e juridicamente hipossuficientes.

IV.2. Questão de fato/Questão de direito

É evidente que, no fenômeno jurídico, existem sempre *fato* e *norma*. De rigor, o fenômeno jurídico ocorre no encontro entre esses dois planos: o do fato e o da norma. Portanto, todo o fenômeno jurídico envolve *fato* e *norma*.

Entretanto, quando a **atenção** do juiz deve-se voltar, para resolver a **questão**, predominantemente, quanto ao **aspecto normativo** do problema, diz-se que a questão será de direito.

Quando, todavia, a **atenção** do juiz tem de direcionar-se aos **fatos**, de forma mais intensa, para resolver a questão, diz-se que esta é **de fato**.

O problema se resolve, portanto, por meio da análise da **predominância** de um dos aspectos **não esclarecidos** em cada questão, que será aferida de acordo com onde deve residir o foco de atenção do raciocínio do julgador.

Assim, no que respeita à incidência da *norma* sobre o *fato*, conquanto o foco problemático do raciocínio se localize em matéria de

8. REsp 1.804.796/SP, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 16.05.2019, DJe 30/05/2019.

direito, a reavaliação do processo subsuntivo só será permitida em sede de recursos de estrito direito quando **não existir dúvida, após a mera leitura do acórdão impugnado, acerca de como os fatos tenham ocorrido**. Isso, porque, para que os Tribunais Superiores exerçam o juízo de admissibilidade e cassação do acórdão impugnado, não é permitida a reanálise de provas. Assim, apesar de a questão quanto à *subsunção* ser, em si mesma, de direito, nesse caso se estará, por razões de ordem técnica, diante de questão de fato.

Em outras palavras, se o Tribunal, para saber se X é mesmo X, tiver que revolver provas, está-se diante de **questão de fato**, que impede o julgamento do REsp. Mas, se, para saber se X é mesmo X, o Tribunal tiver que resolver sobre o *sentido da norma*, estar-se-á diante de questão de direito.

É justamente essa a situação sob análise, visto que a insurgência dos Recorrentes se volta contra a **aplicação da norma ao contexto fático da lide**, porque se **alega que os fatos não teriam ocorrido na forma como foram narrados no acórdão impugnado**. Nessa ordem de ideias, a indagação subjacente a esses pedidos diz respeito, ao fim e ao cabo, a **como os fatos ocorreram**.

Demonstração contundente de que o que pretendem os Recorrentes é que se reexaminem provas é o fato de terem juntado aos autos, por meio de simples petição, *parecer técnico* da EY. Nesse, a empresa de consultoria adota como premissa a procedência de todos os pedidos formulados pelos Recorrentes.

Não caberia jamais ao STJ, entretanto, comparar esse *parecer técnico* com aqueles produzidos nos autos (seja pelo perito, seja pelo assistente técnico da Recorrida). Fosse possível aos tribunais de sobreposição rever fatos, reexaminar detalhadamente as provas, a partir de documentação estranha aos autos, juntada posteriormente à interposição do próprio REsp e examinar a situação das partes, equivaleriam a uma *terceira instância ordinária*, afastando-se do papel que lhes foi conferido pela Constituição⁹.

9. Embora não seja esse o escopo do Parecer, não podemos deixar de ressaltar que, no que se refere à alegação de suposta divergência entre a interpretação conferida pelo acórdão recorrido ao art. 6º da Lei 8.880/94 e o entendimento desse STJ, incide o impedimento da Súmula 83 à admissibilidade do Recurso Especial. Na situação sob análise, a decisão oferecida como paradigma reflete **entendimento já superado** pela

V. Quanto ao pedido de aplicação da Taxa SELIC formulado perante o STJ

No caso sob análise, como se viu, após resolvida a questão acerca da deserção do Recurso Especial, os Recorrentes apresentaram petição simples nos autos, requerendo a alteração da taxa dos juros de mora fixada na sentença, em **capítulo que não foi objeto de impugnação durante todo o curso do processo** (nem em apelação; nem em embargos de declaração ao acórdão da apelação; nem na interposição do recurso de estrito direito).

Na sentença dos Embargos à Execução, proferida em outubro de 2010, decidiu-se que, “(...) *O valor principal deverá também contar com a incidência de juros de mora, em patamar de 0,5% ao mês desde 30/06/2001 até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, contando-se os juros, a partir da data de 11/01/2003 em patamar de 1% ao mês (...)*”.

Os Recorrentes, na petição simples juntada aos autos depois da interposição do REsp, voltam-se, especificamente, contra o percentual de 1% ao mês, a incidir no período posterior à vigência do Código Civil de 2002. E assim o fazem, resumidamente, sob os seguintes fundamentos: **(i)** seria firme a jurisprudência do STJ, no sentido de que a taxa de juros a que se refere o art. 406 do Código Civil é a **Taxa SELIC**, que engloba **juros e correção monetária**; **(ii)** não haveria

jurisprudência daquela Corte, e, por isso, não é representativa da divergência alegada. Ao passo que a decisão, indicada como representativa da orientação adotada pelo STJ (REsp 522.567/MG, 3ª T., *DJe* 02.05.2005), julgou, por maioria, ser nula a estipulação de reajuste de prestações contratuais pela variação cambial nas hipóteses elencadas pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 857/69, essa posição foi ultrapassada pela posterior jurisprudência do STJ. Nesse sentido, podem-se citar, a título de exemplo, as seguintes decisões, ambas anteriores à prolação do acórdão impugnado: REsp 804.791/MG, 3ª T. (“*O entendimento supra, porém, não se confunde com a possibilidade de indexação de dívidas pela variação cambial de moeda estrangeira, vedada desde a entrada em vigor do Plano Real (Lei 8.880/94), excepcionadas as hipóteses previstas no art. 2º do DL 857/69*” – g.n.); e REsp 1.323.219/RJ, 3ª T. (“*A indexação de dívidas à variação cambial de moeda estrangeira é prática vedada desde a entrada em vigor do Plano Real, excepcionadas as hipóteses previstas no art. 2º do DL 857/69*” – g.n.). Percebe-se que essa Corte firmou posicionamento na mesma linha do acórdão impugnado, restando prejudicada, portanto, a admissibilidade do recurso de estrito direito.

óbice ao acolhimento do pedido no julgamento do Recurso Especial, em virtude de seu *efeito translativo* e da circunstância de que se trataria de *matéria de ordem pública*.

Já tivemos a oportunidade de dizer que é o *efeito translativo* que autoriza aos Tribunais o conhecimento, de ofício, de algumas questões, ditas de *ordem pública*, independentemente de terem sido arguidas pelas partes.¹⁰

Mas há que se compreender em que consistem essas *questões de ordem pública* e quais **restrições** são impostas à incidência do efeito translativo, quando se trata de recursos de estrito direito. Essas restrições existem em razão das **especificidades** desses recursos e dos limites constitucionais para atuação dos Tribunais Superiores, e também como decorrência de a expressão *matéria de ordem pública* não abranger um conjunto absolutamente homogêneo de institutos.

V.1. *O efeito translativo e as questões de ordem pública*

O efeito translativo é manifestação do princípio inquisitivo e gera a possibilidade de apreciação, como regra, de matéria de ordem pública, em relação à qual o juiz tem o dever de apreciação *ex officio*.

Isso também se aplica no âmbito dos Tribunais Superiores, sobretudo porque, como leciona Nelson Nery Jr., “*Não há no processo civil brasileiro, como existe em outros países, recurso de cassação, onde o tribunal superior cassa o acórdão do tribunal inferior e lhe devolve os autos para que seja proferida nova decisão (juízo de cassação separado do de revisão). Os nossos recursos constitucionais têm aptidão para modificar o acórdão recorrido. O provimento, tanto do recurso especial quanto do extraordinário, tem como consequência fazer com que o STF e o STJ reformem ou anulem o acórdão recorrido*”¹¹ (g.n.).

Não é demais lembrar que o CPC/2015 transformou essa possibilidade de amplo re julgamento, inclusive pela via dos recursos

10. ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 422-423.

11. NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 422.

especial e extraordinário, a que já aludia a Súmula 456 do STF¹², em regra *positiva, textual, expressa*, o que fez no art. 1.034, cuja redação é a seguinte:

*Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça **julgará o processo, aplicando o direito.***

*Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado (g.n.).*¹³

A categoria “matéria de ordem pública”, a que o ordenamento confere *status* diferenciado, porém, cobre fenômenos que não são absolutamente idênticos, que se sujeitam a diferentes regimes jurídicos.¹⁴

A heterogeneidade das questões encartáveis sob a categoria de *matéria de ordem pública* é visível nos exemplos abaixo explorados.

-
12. Segundo a qual, “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.
 13. Fenômeno semelhante ao efeito translativo dos recursos é aquele relacionado à dimensão vertical do efeito devolutivo. A nós nos parece que o mais correto é considerar-se que do efeito translativo decorre a possibilidade de se conhecer de matéria de ordem pública. Por outro lado, a dimensão vertical do efeito devolutivo é que possibilita o conhecimento de outra(s) causa de pedir ou do(s) outro(s) fundamento(s) da defesa.
 14. Para Ricardo de Carvalho Aprigliano, “A par de constituir um verdadeiro princípio, de feições universais e aplicação a diferentes ramos do direito, a ordem pública também se constitui, em um plano mais concreto, como um conjunto de regras, que justamente procuram dar cumprimento ao princípio mais geral da ordem pública. Tais regras apresentam elementos centrais, que são a existência de interesse público marcante, a cogência absoluta e imperatividade destas normas, do que resulta a impossibilidade de transação ou de qualquer ato de disposição a seu respeito, ressalvada a expressão meramente econômica de tais conteúdos. Para identificar a presença da ordem pública, será sempre necessário investigar a presença destes elementos”. Ressalta que as questões de ordem pública são cognoscíveis de ofício, mas nem toda questão conhecível de ofício constitui matéria de ordem pública. (*Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 239-240)

A **falta de citação**, por exemplo, constitui **questão de ordem pública**.

É vício de tal gravidade, que as decisões, proferidas em processos em que *inexistiu citação*, não têm sequer aptidão material para transitar em julgado. Não se opera em relação a elas a *coisa julgada*. Por isso, são impugnáveis por meio de ação declaratória, a denominada **querela nullitatis**, que não se sujeita ao prazo decadencial da ação rescisória, de dois anos.

Tendo sido o vício detectado ainda no curso do processo, poderá ser objeto de apreciação judicial a qualquer tempo (art. 485, § 3º, do CPC atual), inclusive, sob certas condições, no bojo dos recursos de estrito direito, ainda que veiculada pela primeira vez.

Por outro lado, ninguém nega que questões relativas à **incompetência absoluta** são de **ordem pública**.

Sentença proferida por juízo absolutamente incompetente é *sentença nula*. Padece de *nulidade absoluta*, que pode ser alegada pela parte a qualquer tempo no processo e conhecida de ofício pelo juiz (art. 485, § 3º, do CPC atual), inclusive no âmbito dos recursos de estrito direito. Diferentemente da *sentença inexistente*, porém, a sentença nula transita em julgado e está sujeita à *ação rescisória*, nos termos do art. 966, II, do CPC atual (art. 485, II, do CPC/73).

A existência de *citação* e a *competência absoluta* do juízo são antecedentes lógicos da análise do próprio mérito e sua falta macula, de inexistência ou nulidade, eventual decisão de mérito que vier a ser proferida. São fenômenos que, após encerrado o processo, submetem-se a *regimes jurídicos distintos*, mas estão ambos compreendidos na categoria *questões de ordem pública*, que podem ser apreciadas, nos termos da Súmula 456 do STF e art. 1.034 do atual CPC, na fase do julgamento de mérito de recurso especial ou recurso extraordinário.

Os **juros legais**, a **correção monetária**, as **verbas de sucumbência** e os **honorários advocatícios** são também exemplos de *questões de ordem pública*, e assim têm sido consideradas pelo STJ. De acordo com o art. 322, § 1º, do atual CPC, o juiz deve decidir a respeito **independentemente de pedido expresso** da parte.

O ordenamento jurídico confere tratamento diferenciado a essas matérias, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e que

estão inseridas entre os fenômenos que configuram *questões de ordem pública*¹⁵.

Têm, entretanto, suas peculiaridades.

Deve-se fazer a distinção entre o regime jurídico relativo à **fixação** da correção monetária e dos juros de mora, e a **revisão dos critérios** estabelecidos, na decisão, para essas verbas. A correção monetária e juros de mora, em si mesmos, consistem, segundo posição que tem prevalecido no STJ, em matéria de ordem pública. O mesmo não se dá com os **índices e os percentuais fixados**, cuja **possibilidade de alteração** não se subsume ao regime jurídico de matéria de ordem pública, já que são questões relacionadas ao **interesse privado**.¹⁶

Essa foi a orientação adotada pelo STJ, quanto a honorários advocatícios, no julgamento dos EDcl no REsp 1.143.736/DF, de que foi Relator o Min. Mauro Campbell Marques. Decidiu a 2ª Turma daquele Tribunal que a condenação do vencido em honorários advocatícios é questão de ordem pública, cognoscível *ex officio*, não podendo se afirmar o mesmo sobre a revisão do valor desses honorários. Por isso,

15. Ricardo de Carvalho Aprigliano posiciona-se em sentido diverso. Segundo ele, os juros de mora **sequer devem ser considerados como matéria de ordem pública**: “Não há, quanto ao conteúdo específico da regra dos juros de mora, os elementos próprios da ordem pública, de imperatividade qualificada pelos valores relevantes que a norma busca tutelar. Há evidente disponibilidade em relação a este tema, ainda que dentro de limites estabelecidos pela lei.” (*Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 31-32) (g.n.)

16. Os juros de mora, conforme explica Judith Martins-Costa, operam-se por força de lei. A lei supõe que, da mora, decorre o prejuízo, como sendo *uma presunção legal absoluta*. A mesma autora destaca, ainda, que o tema não encontra “*lindes meramente nos interesses interindividuais envolvidos em determinada relação contratual: diversamente, estão em jogo interessantes transindividuais e metaindividuais*.” Daí a diversidade de tratamento a que nos referimos no corpo do texto. (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código de Processo Civil: volume V: Tomo II: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 301). Pode-se afirmar que são figuras *híbridas*, que transitam entre o interesse público e privado, daí estarem sujeitas a um regime diferenciado daquele dispensado, por exemplo, às questões de ordem pública de natureza processual.

se a parte deixar de impugnar no *tempo e modo oportunos* a decisão acerca do valor dessa verba, a *matéria estará preclusa*.

A ementa desse acórdão é clara:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO MONTANTE FIXADO NA ORIGEM A TÍTULO DE VERBA HONORÁRIA. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

1. O art. 535 do CPC dispõe que são cabíveis embargos de declaração quando a decisão for omissa, obscura ou contraditória, não sendo esse o meio processual adequado para veicular pretensões não formuladas oportunamente. **A alegada necessidade de majoração da verba honorária fixada na origem não foi ventilada nas razões do recurso especial, cuja decisão apenas inverteu o ônus da sucumbência em razão do provimento do apelo extremo.**

2. O magistrado deve, por força do art. 20 do CPC, condenar, ainda que sem pedido da parte contrária, o vencido em honorários advocatícios. A condenação, portanto, trata de matéria de ordem pública cognoscível *ex officio*. Contudo, **o montante da verba fixada na condenação não mais se reveste de cunho público, eis que a ausência de impugnação do montante importa em aceitação do mesmo, de forma que, nos termos do art. 473 do CPC, ‘é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão’.**

3. Embargos de declaração rejeitados.¹⁷

O mesmo tratamento deve ser dispensado aos juros de mora. Os juros de mora, para efeitos de condenação, devem ser tidos como questão de ordem pública, devendo o juiz pronunciar-se a respeito, ainda que não tenha havido pedido. Mas a *taxa dos juros de mora*, não. Em outras palavras, os *critérios* propriamente ditos, de *fixação dos juros de mora*, somente poderão ser revistos se houver manifestação tempestiva da parte.

Transportando esse raciocínio para o caso, cuja apreciação nos foi solicitada, tem-se que **não se deve atribuir a natureza de matéria de ordem pública** ao objeto do pedido formulado pelos Recorrentes para o STJ, posteriormente à interposição do próprio Recurso

17. EDcl no REsp nº 1.143.736/DF, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 08/02/2011, DJe de 16/02/2011.

Especial, de *alteração* da taxa de juros *fixada em sentença*, pela SELIC, ponto esse de que não se recorreu ao longo de todo o processo. Dessa forma, é manifestamente descabido o seu pleito, de que o STJ analise a questão, que foi suscitada perante aquela Corte **somente após já interposto o recurso especial**.

V.2. *Das limitações ao efeito translativo nos recursos de estrito direito*

Tratar-se de questão de ordem pública não é, entretanto, o bastante para que os Tribunais Superiores estejam autorizados a, no julgamento de mérito dos recursos de estrito direito, conhecerem dessas questões, quando *deduzidas somente após a interposição dos recursos de estrito direito*.¹⁸

As peculiaridades dessa espécie recursal impõem, a nosso ver, **restrições** à incidência do efeito translativo. São elas:

a) *Superação dos juízos de admissibilidade e cassação*

Essa limitação já estava anunciada na Súmula 456 do STF e, atualmente, consta do próprio *caput* do art. 1.034 do CPC/2015: ***admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito.***

Isso significa que, somente depois de *admitido* o recurso, porque reconhecida a sua viabilidade, e *anulada* a decisão, pela

18. Trícia Navarro Xavier Cabral ressalta que o tratamento das questões de ordem pública, nos recursos excepcionais, pode se dar de duas formas: “a) a questão constitui objeto do recurso especial ou extraordinário e foi devidamente prequestionada; e b) o recurso excepcional possui como objeto outro fundamento e a questão não foi suscitada ou decidida anteriormente. No primeiro caso, quando a questão de ordem pública ou de interesse público constitui o próprio fundamento do recurso, ela deve ser prequestionada, ou seja, deve ser anteriormente provocada e debatida na esfera dos recursos ordinários, para posteriormente integrar o objeto do recurso excepcional, sob pena de não cabimento do recurso. Nesse caso, não haverá qualquer objeção ou limitação quanto à apreciação do tema pela instância superior, que dependerá, apenas, de ser admitido. Contudo, a controvérsia surge em relação à segunda hipótese, em que a questão de ordem pública ou de interesse público não integra inicialmente o fundamento do recurso e nem é prequestionada”. (*Ordem pública processual*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015, p. 404-405). Essa é a situação do caso sob exame.

efetiva constatação da ilegalidade quanto à solução dada ao mérito da decisão impugnada, o STJ e o STF estariam autorizados a reconhecer, por exemplo, a falta de citação, ao adentrarem na **fase de rejuízo**.¹⁹

No entanto, como já alertamos em outra oportunidade, é **in-concebível** que o tribunal invoque esse vício, como causa para **admitir o recurso**, “*se não tivesse sido expressamente elencado como tal e devidamente prequestionado*”.²⁰

É dizer, na ausência de algum requisito de admissibilidade do recurso, ainda que se verifique existir alguma matéria cognoscível de ofício e que possa ter natureza de ordem pública, não há outra saída aos Tribunais Superiores, a não ser **deixar de conhecê-lo e, conseqüentemente, deixar de conhecer dessas outras possíveis matérias**.

Assim é a jurisprudência do STJ:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. ADMISSIBILIDADE. DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA

-
19. Já nos manifestamos, em obra em coautoria com Bruno Dantas, que o julgamento do recurso especial e do recurso extraordinário – ambos recursos de fundamentação vinculada – comporta três juízos: o primeiro deles é o juízo de admissibilidade, que é um juízo de viabilidade, quando positivo, e um juízo categórico e definitivo de inviabilidade, quando negativo. Quando o órgão jurisdicional “aborta” um recurso por entendê-lo inviável, faz um juízo definitivo, cujo resultado consiste na exteriorização da convicção quanto à integral inviabilidade de êxito. Diferentemente se passa com o juízo de admissibilidade positivo, que é provisório e de probabilidade: é um juízo de viabilidade, quanto ao mérito. A decisão de admissibilidade de um recurso de estrito direito diz respeito à viabilidade de que seja julgado positivamente no mérito. Segue-se, então, o juízo de cassação. Por meio do recurso especial (assim como ocorre na apelação e no recurso extraordinário) pode a parte recorrente apontar *error in iudicando* e *error in procedendo*. Esse erro, indicado no recurso, é mérito do juízo de cassação. Reconhecido o erro, haverá (a) ou reenvio, se se tratar de *error in procedendo* (b) ou rejuízo, se o erro for *in iudicando*. (*Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, pp. 452;457)
20. ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 424.

DE IMPUGNAÇÃO. ARTIGO 932, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

(...) **3. Não tendo sido ultrapassado o requisito de admissibilidade do recurso, não há falar em omissão quanto às teses de mérito, ainda que se trate de matéria de ordem pública. (grifos nossos)**

4. Agravo interno não provido.²¹

A respeito, salientou o Min. Sebastião Reis Júnior, no julgamento do REsp 1.439.866/MG: “(...) *A alegação de que seriam matérias de ordem pública ou traduziriam nulidade absoluta **não constitui fórmula mágica que obrigaria as Cortes a se manifestar acerca de temas que não foram oportunamente arguidos ou em relação aos quais o recurso não preenche os pressupostos de admissibilidade***”²² (grifo não original).

b) Desnecessidade de análise de fato

O conhecimento de questões de ordem pública, pelo STJ ou pelo STF, também pode encontrar óbice na **proibição** ao reexame de **fatos e provas**, natural aos tribunais de sobreposição, na sua competência recursal. Mesmo na fase do julgamento de mérito, **não se poderá examinar matéria de ordem pública**, caso **seja exigível** para que isso ocorra, **a análise de fatos e provas**. Se assim não for, como já alertamos em outro trabalho, ficaria comprometido o papel dos Tribunais Superiores, bem como um dos objetivos mais caros ao CPC/2015, que é o de melhorar a *performance* do Poder Judiciário²³.

Tomamos, aqui, a liberdade de fazer uma analogia com a situação da exceção de pré-executividade: admite-se que o executado apresente matéria de ordem pública como defesa, se, e somente se, a demonstração do vício que deve levar, como regra, à extinção da execução, não depender de prova complexa. Essa regra visa a não

21. REsp 1.426.503/GO, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 16/09/2019, *DJe* 18/09/2019.

22. REsp 1.439.866/MG, 6ª T., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 24/04/2014, *DJe* 06/05/2014.

23. ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 422.

descaracterizar a fase de execução transformando-a em fase de conhecimento.

c) Inexistência de decisão já estável sobre a questão de ordem pública – Capítulos da decisão e recorribilidade

Mas não é só. A questão de ordem pública não poderá ser conhecida **se já tiver havido decisão estável, porque dela não se tenha recorrido, a seu respeito.**

É por essa razão, que *não se admite* que, na fase de *liquidação ou cumprimento de sentença*, seja alterado o *critério* para correção monetária e juros, estabelecido no título judicial exequendo que já tenha transitado em julgado. Haveria, aí, ofensa à coisa julgada.²⁴

Em várias oportunidades (e sob o regime dos recursos repetitivos),²⁵ ao examinar a questão dos juros moratórios à luz do direito intertemporal, o STJ decidiu:

i) se a sentença foi proferida *antes do CC/02* e determinou *juros legais*, deve ser observado que, até a entrada em vigor do Novo CC, os juros eram de 6% ao ano (art. 1.062 do CC/1916), elevando-se, a partir de então, para 12% ao ano ou alterando-se para SELIC;

ii) se a sentença exequenda foi proferida *antes da vigência do CC/02* e fixava *juros de 6% ao ano*, também se deve adequar os juros após a entrada em vigor dessa legislação, tendo em vista que a determinação de 6% ao ano apenas obedecia aos parâmetros legais da época da prolação;

iii) se a sentença é *posterior à entrada em vigor do novo CC* e determinar *juros legais*, também se considera de 6% ao ano até 11 de janeiro de 2001 e, após, de 12% ao ano ou SELIC;

iv) se a sentença é *posterior ao Novo CC*, determina *juros de 6% ao ano* e **não houver recurso, deve ser aplicado esse percentual, eis que a modificação depende de iniciativa da parte.**

Em relação a essa última hipótese, o fundamento adotado pelo STJ foi sempre no sentido de preservar a **coisa julgada**, de maneira

24. Conforme REsp n. 1.136.733/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 13/10/2010, também, julgado sob o regime repetitivo.

25. Recurso Especial n. 1.495.144/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 20/03/2018; Recursos Especiais ns. 1.111.119, 1.111.118 e 1.111.117, Rel. p/ o acórdão Min. Mauro Campbell Marques, DJe 02.09.2010.

que, não tendo havido recurso da parte interessada em ver aplicada a taxa de 1% ao ano (ou a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC), a taxa de juros não pode ser alterada na fase de liquidação/execução da sentença.

Sabe-se que, de acordo com o CPC, os precedentes obrigatórios, ou vinculantes em sentido forte, devem ser observados, sob pena de reclamação, quando se tratar de casos idênticos. Só esses de fato devem ser sobrestados para depois haver adequação.

No entanto, o precedente decidido como paradigma nos recursos repetitivos, também, pode ser aplicado *a posteriori* a casos que não sejam idênticos, que, embora tenham como subjacentes fatos diferentes dos que embasaram a decisão do recurso afetado, tenham a mesma *ratio*. Existe, também aí, vinculação.²⁶

É o que se passa no caso sob análise, em que o raciocínio deve ser exatamente aquele que orientou os precedentes citados, todos decorrentes de recursos repetitivos: se já tiver se operado a *preclusão*, não se deve permitir que a questão, ainda que de ordem pública, seja revista na fase de julgamento do mérito do recurso de estrito direito.

Como mencionamos, o pedido para aplicação da Taxa SELIC, no lugar da taxa de 1% ao mês fixada na **sentença**, foi formulado **apenas** em agosto de 2019, perante o STJ, muito tempo depois, portanto, **(i)** da sentença que decidiu sobre os juros de mora; **(ii)** dos recursos de apelação contra ela interpostos; **(iii)** do acórdão da apelação que os julgou; **(iv)** dos embargos de declaração voltados contra o acórdão; **(v)** da interposição do recurso especial; e **(vi)** da apresentação das contrarrazões.

Ocorre, porém, que **é vedada a análise dessa questão, ainda que de ordem pública, não suscitada a tempo e modo oportunos, se sobre ela já houver decisão que restou irrecorrível**. Isso, porque, como dissemos no item V.1, nem todas as questões de ordem pública tem o mesmo regime jurídico.²⁷

26. Conforme já tivemos oportunidade de nos manifestar em artigo, em coautoria com Rodrigo Barioni, intitulado: Recursos Repetitivos: Tese Jurídica e *Ratio Decidendi*. *RePro*, São Paulo, v. 44, n. 296, out./2019, p. 183-204.

27. Isso não ocorreria, por exemplo, com a falta de citação, se o processo tivesse corrido à revelia.

De qualquer maneira, a peculiaridade que se verifica, no caso em exame, consiste no fato de que a questão, a respeito da **taxa dos juros de mora, foi decidida na sentença, em capítulo que não foi impugnado pelos Recorrentes pela via da apelação ou até mesmo do recurso especial.**

É dizer, os Recorrentes *acquiesceram*,²⁸ *conformaram-se* com essa parcela da decisão, de molde que, em relação a esse aspecto, **a decisão se estabilizou, tornou-se, para os fins do processo em que foi decidida, definitiva.**

Essa **estabilização**, que poderá ser vista como **coisa julgada** ou **preclusão**, impede que a questão seja revista, agora, no julgamento do Recurso Especial, porque, na esteira da jurisprudência do STJ, mesmo as questões de ordem pública, **uma vez decididas definitivamente**, submetem-se aos efeitos da **preclusão consumativa**:

PROCESSUAL CIVIL. QUESTÃO JÁ DECIDIDA. PRECLUSÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.

(...) 5. De acordo com a jurisprudência do STJ, as matérias de ordem pública podem ser apreciadas a qualquer tempo nas instâncias ordinárias. **Todavia, existindo decisão anterior, opera-se a preclusão consumativa se não houver impugnação no momento processual oportuno. (grifos nossos)**

6. Recurso Especial não conhecido.²⁹⁻³⁰

d) Limitação do efeito translativo aos capítulos impugnados

Os capítulos da sentença consistem em unidades autônomas da decisão, ou que possam ser isoladas umas das outras, ainda que não tenham aptidão para constituir objeto de julgamento separado, em processo distinto. Os capítulos consistem, em nosso entender,

28. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2016.

29. REsp nº 1.815.221/SP, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 15/08/2019, **DJe 10/09/2019**.

30. Nesse mesmo sentido, REsp 1.745.408/DF, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, **DJe 12/04/2019**.

na divisão do conteúdo substancial da fundamentação ou no dispositivo da sentença.³¹

Quando há cumulação simples de pedidos e ambos são julgados procedentes, por exemplo, a decisão conterà *ao menos* dois capítulos. Diz-se, *ao menos*, porque também constituem capítulos distintos aqueles a respeito das preliminares, das prejudiciais, dos juros de mora, dos honorários advocatícios, das despesas processuais e dos honorários de sucumbência.

O réu poderá interpor apelação apenas em relação ao capítulo em que se julgou o pedido *A*, deixando transitar em julgado a parte da decisão a respeito do pedido *B*. O Tribunal, *ex officio*, em razão do efeito translativo, poderá reconhecer a falta de competência, ou seja, poderá concluir pela ausência de pressuposto processual de validade (questão de ordem pública). Isso levará à *extinção do processo, mas apenas, especificamente, em relação ao capítulo impugnado*, não alcançando os demais, de que não se recorreu. Em relação ao pedido *B*, portanto, a condenação persistirá.

O mesmo se dá em relação aos recursos de estrito direito. Supondo que (i) o Tribunal local tenha *confirmado* a sentença, (ii) o réu tenha interposto Recurso Especial em relação a ambas as pretensões e (iii) esse recurso tenha sido admitido apenas em parte, a constatação de eventual questão de ordem pública, de ofício, pelo STJ, alcançará *somente esse capítulo*.

Há quem sustente que situações dessa natureza são decorrência não propriamente do efeito translativo, mas da dimensão vertical (profundidade) do efeito devolutivo do recurso, que se operou na medida da devolução (dimensão horizontal/extensão). Mas o fenômeno é o mesmo, só se altera a denominação.

Independentemente da qualificação que se dê, o que importa é que o conhecimento e o julgamento da questão de ordem pública, pelos tribunais superiores, alcançará somente o *capítulo impugnado*, não atingindo aquele a respeito do qual o recurso especial sequer foi admitido.

Logo, tratando-se de um **capítulo da sentença não impugnado a tempo e modo oportunos**, tornou-se a decisão, para todos os

31. OLIANI, José Alexandre. *Sentença no Novo CPC*. São Paulo: RT, 2015, versão digital.

efeitos, no que tange àquele específico capítulo e no âmbito do processo em que foi proferida, estável.

Isso, porque ainda que haja o rejuízoamento da causa, mesmo no plano dos recursos de estrito direito, esse rejuízoamento exara seus efeitos apenas em relação ao capítulo impugnado.

Caso contrário, ter-se-ia situação de grave ofensa à segurança jurídica, permitindo-se que uma mesma questão voltasse a ser debatida indefinidamente no processo e no tempo, além de se violar a **boa-fé objetiva**, cuja **eficácia hermenêutica** permite que seja usada como *elemento interpretativo de todo e qualquer ato praticado no processo*.³²

Nesse caso, a **omissão** dos Recorrentes criou **legítima confiança** na Consulente, no sentido de que as questões **decididas expressamente** não voltassem a ser **reexaminadas**. Atenta contra a boa-fé processual a tentativa da Recorrente, de, apenas nesse momento, pedir a reforma desse capítulo da sentença.

E, sem dúvida, sobre o sujeito que não agiu de forma diligente e de boa-fé durante o processo, **deve recair o peso da sua conduta, quando da interpretação dos seus atos e postulações**.

As razões que sustentam a afirmação de que, ainda que se trate de questão de ordem pública, o STJ não poderá, em eventual julgamento do mérito do recurso especial interposto pelos Embargantes,

32. A respeito, ensina Judith Martins Costa: “Isso porque, ao invocar a boa-fé, o intérprete não tem em vista uma abstração, a ser resolvida num plano ideal (como seria uma interpretação segundo a boa-fé), **mas a necessidade de dar resposta adequada a problemas inseridos em um contexto concreto e sempre singular** (o que seria, consideradas todas as circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto, a interpretação segundo a boa-fé?). O contrato e as suas circunstâncias são, pois, os pontos de partida e o de chegada da interpretação segundo a boa-fé. As circunstâncias do caso – os fatos, as condutas, as finalidades, os usos – são o seu envoltório, a moldura que traça os limites e a perspectiva da interpretação. A boa-fé hermenêutica serve, pois, fundamentalmente, como critério para auxiliar a determinação do significado que a operação contratual revela segundo uma valoração conduzida à luz da conduta conforme a boa-fé, desde que o intérprete tenha firmemente presentes as condições de aplicação deste princípio em sua função hermenêutica”. (*A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 489-490).

rever a taxa dos juros legais, relacionam-se, portanto, à existência de uma *decisão estável* a respeito, já proferida no processo, e aos efeitos perversos de se admitir *uma nova decisão sobre o que já foi decidido* e não impugnado em tempo e modo oportunos.

De acordo com Antonio do Passo Cabral, “*a sucessiva prática de atos processuais e o avanço na cadeia procedimental vão gerando uma ‘irreversibilidade tendencial’ de cada uma das condutas tomadas anteriormente, de onde se pode extrair que a preclusão, no determinar sempre um ‘andar para frente’ é uma consequência principiológica natural do procedimento*”.³³ Admitir-se, no caso, a (re) apreciação da questão acerca da taxa de juros de mora implica “*impor obstáculo ao transcurso e solução do processo de forma ordenada e eficiente*”.

Ainda mais. Seria um estímulo a expedientes inaceitáveis, contrários à boa-fé processual e ao princípio da proteção da confiança.

É preciso destacar que, o que aqui se sustenta não inutiliza ou invalida, de maneira alguma, o disposto no art. 1.034 do CPC/2015 (que assimilou o que a Súmula 456 do STF já propugnava). Não se está a afirmar que, em qualquer hipótese, as Cortes Superiores estarão proibidas de conhecer de matérias de ordem pública. Pelo contrário, é importante que a nova regra seja prestigiada e aplicada, permitindo que o STJ e o STF decidam a seu respeito **sempre que possível**, para evitar que a parte tenha de se valer de remédios extremos como a ação rescisória ou a *querela nullitatis*.

e) Não pode ser ex novo

A jurisprudência do STJ é farta no sentido de não conhecer de tese que caracterize **inovação no recurso**, ainda que verse sobre matéria de ordem pública,³⁴ rechaçando tentativas das partes de introduzir a questão, por exemplo, apenas em agravo interno.³⁵

33. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 146.

34. Já observamos antes, no item V.1, que o conjunto de *matérias* tidas como de *ordem pública não é homogêneo*: há diferenciados regimes jurídicos e não um só.

35. AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 1.200.173/SC, 4ª T., Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, **DJe 15/03/2019**; AgRg no Recurso Especial n. 1.265.846/

Destacando a necessidade de **prequestionamento**, a Corte Especial assim se manifestou, recentissimamente:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO PARA SEU EXAME NESTA CORTE SUPERIOR. JULGADOS DO STJ E DO STF. NULIDADE DE ALGIBEIRA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Segundo o acórdão objeto da divergência, oriundo da Primeira Seção, os ora agravantes tiveram, por mais de uma vez, a oportunidade de alegarem a intempestividade dos declaratórios interpostos pela União na instância ordinária.

2. Contudo, não suscitaram tal questão, seja no Tribunal Regional Federal da 5ª Região por meio de embargos declaratórios, seja nas contrarrazões do recurso especial interposto pela União, somente vindo alegar o suposto vício após o provimento monocrático do recurso especial da agravada, conforme assinalado no voto condutor do julgado da Primeira Seção.

3. Em recurso especial, a matéria de ordem pública somente pode ser examinada quando prequestionada pela Corte de origem e invocada no recurso especial ou nas contrarrazões do recorrido. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.

(...) 5. Agravo interno desprovido.³⁶ (grifos nossos)

O CPC atual privilegia o princípio da instrumentalidade das formas, de modo a que se deva “salvar” o processo. “Salvar o processo” pode significar relevar o desrespeito à forma ou determinar que a desconformidade com o padrão preestabelecido seja corrigida, evitando-se a nulidade. Isso significa dizer que deve ser dada ênfase à vocação do processo que é a de produzir sentença de mérito; à vocação dos recursos, que é a de gerar decisão de provimento ou de improvimento³⁷.

SC, 1ª T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 08/05/2019; AgRg no Agravo de Instrumento n. 1.094.732, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 27/08/2009.

36. AgInt nos Embargos de Divergência em REsp nº 582.776/AL, Corte Especial, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 11/06/2019, *DJe* 14/06/2019.

37. Conforme já nos manifestamos, em *Nulidades do Processo e da Sentença*. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 144.

Não é por outra razão, que o art. 76, § 2º, do CPC, por exemplo, prevê a possibilidade de a parte regularizar sua representação ainda que o processo já se encontre nos tribunais superiores.

Mas, nas palavras do Min. Marco Aurélio Bellizze, “A aplicação do princípio da instrumentalidade das formas deve encontrar **limites** exatamente no princípio da segurança jurídica”³⁸ (g.n.).

Isso se torna ainda mais evidente, no âmbito dos recursos de estrito direito. Nesse caso, a instrumentalidade deve ser **mitigada** para não se comprometer o próprio **papel constitucional** dos tribunais de sobreposição. Por isso, **não se deve admitir** a apresentação reiterada de petições; a introdução extemporânea de questões novas, ainda que sejam de *ordem pública*,³⁹ de modo a provocar a manifestação do STJ ou do STF, mesmo que ausente interposição de recurso de estrito direito sobre tal fundamento; ou a juntada de documentos, tais como laudos técnicos, que, obviamente, dizem respeito a matéria de fato.

Não se trata de privilegiar a forma pela forma, mas de evitar tumulto processual, a procrastinação do feito e, principalmente, a *distorção da função dos tribunais superiores*.

Se o alcance do princípio da instrumentalidade é amplo nas instâncias ordinárias, o que leva a uma certa flexibilidade – e disso não há dúvida –, vai *se enrijecendo*, contudo, nas vias excepcionais. É o que também acontece, conforme já dissemos, com a possibilidade de reexame de fatos e provas, que é vasta e intensa nos juízos locais e muito limitada em relação à competência recursal do STJ e do STF.

Esses tribunais, não é demais reiterar, cumprem a função de fixar a interpretação que se deve dar, em todo o território nacional, às normas constitucionais e infraconstitucionais. Visam, primordialmente, a assegurar a uniformidade e a hígidez da ordem jurídica e, apenas reflexamente, a satisfazer a pretensão das partes. As restrições formais⁴⁰ e as limitações, quanto às matérias que julgam, são compatíveis com a missão que lhes é conferida pela CF.

38. STJ, AgInt no AREsp 991585/BA, 3ª T., j. 16.02.2017, *DJe* 01/03/2017.

39. Reiteramos aqui nosso entendimento no sentido de que não há homogeneidade entre as ditas matérias de ordem pública.

40. Desde que decorram da natureza da espécie recursal e não sejam fruto de jurisprudência defensiva.

No caso sob análise, os Recorrentes procuram fazer crer que a insurgência quanto à taxa de juros de mora estaria compreendida na genérica alegação de *inexistência da mora*. Ocorre que, sob esse fundamento genérico, os Recorrentes impugnaram *os valores que reputavam terem sido cobrados de forma abusiva*, em razão, por exemplo, da variação cambial e da incidência do imposto de renda. *Não houve*, em momento algum do processo, *nem mesmo uma mera menção* que fosse à *taxa dos juros de mora*. Aliás, eles próprios reconhecem tratar-se de *questão nova*, na petição que apresentaram recentemente.

VI. Resposta aos quesitos

1) *O fato de o Tribunal local ter acolhido o laudo produzido pelo assistente técnico da Consulente é, por si só, causa de nulidade do acórdão?*

Não. O próprio art. 436 do CPC/73, a que corresponde o art. 479 do CPC atual, dispõe que o juiz **não** está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos dos autos, desde que de forma fundamentada.

Implica dizer, juiz e colegiado devem decidir, de forma racional, com base no seu convencimento motivado.

Não é outro o entendimento do STJ, manifestado em várias oportunidades, por exemplo, no julgamento do REsp 1.804.796/SP, ocorrido em **16.05.2019**.

No caso sob análise, atribuiu-se maior força probatória ao laudo pericial produzido pelo assistente técnico da Recorrida, porque aquele da lavra do perito, mais se manifestou sobre o modo como deveria ser decidida a causa, sob o ponto de vista jurídico, do que forneceu ao Magistrado elementos técnicos que pudessem ser usados como base de sua decisão.

2) *Os juros de mora constituem matéria de ordem pública?*

Conforme dissemos, a categoria *questões de ordem pública* compreendem vários fenômenos aos quais a ordem jurídica atribui regime jurídicos diferenciados. Não se trata de um conjunto homogêneo.

Estão compreendidos nessa categoria, por exemplo, os vícios de inexistência e de nulidade do processo, que são questões de ordem pública de índole processual.

Os juros de mora, também, consistem em questões de ordem pública, todavia, *de direito material*.

Devem ser incluídos, *por determinação legal*, na condenação, em regra, ao pagamento em dinheiro (art. 406 do CC).

De acordo com Judith Martins Costa, “*a regra do art. 406 combina o critério da finalidade (ao indicar os juros moratórios) com o critério da fonte do dever dessa obrigação acessória: a fonte é a lei (juros legais) e não o consenso (juros convencionais)*”. A lei supõe que, da mora, decorra, necessariamente o prejuízo. É como se se tratasse de uma presunção legal absoluta. Conforme acentua a autora, o art. 406, “*ao combinar os dois critérios (o da finalidade: impor pena ao moroso; e o da fonte legal do dever) diz respeito aos juros devidos como pena imposta ao devedor inadimplente (em regra, o que demora a prestar) (...)*”⁴¹

Trata-se de questão que o juiz deve decidir de ofício, independentemente da formulação de pedido expresso do credor. No entanto, há aspectos ligados aos juros que estão, esses sim, sujeitos à preclusão, por exemplo, o critério de fixação.

3) *Quais os limites que a ordem jurídica impõe ao efeito translativo dos recursos de estrito direito?*

Os recursos de estrito direito têm fundamentação vinculada. Por isso e porque estão voltados, precipuamente, a assegurar a higidez e a uniformidade da ordem jurídica, sofrem limitações quanto ao seu conteúdo e à sua forma, cujo sentido e a razão de ser é manter o desenho constitucional criado pela CF para esses recursos.

Ressaltamos na resposta ao quesito n. 1, tema de que tratamos com mais vagar, ao longo deste parecer, que as questões ditas de ordem pública não constituem conjunto homogêneo, sujeitando-se muitas vezes a regimes jurídicos diferenciados.

No que se refere ao conhecimento da questão de ordem pública, de que trata o caso cuja apreciação nos foi submetida, e que foi deduzida apenas após a interposição do recurso especial, somente será conhecida se, eventualmente: a) superado o juízo de admissibilidade e cassação; b) o seu conhecimento e a sua apreciação não demandarem

41. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código de Processo Civil: volume V: Tomo II: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 387; 405.

análise de fatos e provas; c) se não tiver havido decisão estável – seja pela preclusão, seja pela coisa julgada – a seu respeito; d) limitar-se ao capítulo impugnado; e) não configurar inovação ao recurso.

4) A alteração da taxa de juros fixada na sentença, no caso sob consulta, pode ser conhecida pelo STJ, ainda que tenha sido suscitada por simples petição, apenas depois de interposto o recurso especial?

Não.

Em primeiro lugar, porque há **óbices ao conhecimento do recurso especial interposto pelos Recorrentes**. Assim, por exemplo, quanto à sua pretensão de que seja reconhecida a nulidade do acórdão porque teria considerado, para julgar, o laudo do assistente técnico da Recorrida, em vez do laudo do perito. A própria lei prevê que o juiz não está adstrito ao laudo pericial (art. 436 do CPC/73 e art. 479 do CPC atual). Além disso, a sentença e o acórdão expuseram racionalmente a razão de terem formado seu convencimento a partir do laudo do assistente técnico: o laudo do perito estava permeado de considerações pessoais, voltadas à análise dos aspectos jurídicos e não técnicos dos fatos controvertidos. Rever esses aspectos implica o **reexame de fatos e de prova**.

Também, da sentença que fixou os juros de mora em 0,5% até a entrada em vigor do Código Civil e, após 11/01/2003, em 1% ao mês, **não foi interposto recurso pelos Recorrentes**. É de se destacar que a sentença foi proferida em **2010**, ou seja, após já estar em vigor o Código Civil de 2002⁴². A sentença em relação a esse *capítulo* transitou em julgado, tornou-se estável, não cabendo ao STJ, nesse momento, rever a questão de ordem pública já decidida.

O fato de o pedido dos Recorrentes ter sido formulado em petição avulsa, juntamente com laudo técnico de empresa de auditoria, apenas depois de interposto o Recurso Especial, reforça tudo o que aqui se sustenta e torna ainda mais evidente que a questão nele suscitada não deve ser conhecida.

De acordo com o que nos narrou a Consulente, essa não é a primeira tentativa da devedora de provocar, **tardiamente**, o reexame

42. E de ter a Corte Especial do STJ, nos Embargos de Divergência n. 727.842/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 08.09.2008, reconhecido que a taxa dos juros moratórios a que se refere o art. 406 do CC é a taxa referencial do sistema especial de liquidação e custódia – SELIC.

da taxa de juros de mora fixada na sentença que julgou os Embargos à Execução. Foi o que fez, também, no bojo do agravo de instrumento⁴³ que interpôs contra decisão que versava sobre a expedição de certidão para registro da execução (art. 615-A do CPC/1973), liberação de caução prestada pelo exequente e levantamento de valores penhorados depositados nos autos. Como a questão **já havia sido decidida** em capítulo da sentença dos embargos à execução de que não se recorreu, o TJSP **rechaçou a tentativa**, fazendo menção ao posicionamento consolidado do STJ, e destacando que: *“Os critérios relativos à incidência de juros e correção monetária já foram definidos na sentença que julgou improcedentes os embargos à execução, os quais não foram objeto de recurso nesse aspecto. Nesse contexto, considerando-se que a modificação da decisão depende de iniciativa da parte, o capítulo da sentença que definiu a forma de correção monetária e de incidência de juros transitou em julgado, não comportando, portanto, quaisquer discussões”*. Na sequência, ao julgar Embargos de Declaração, o Tribunal local reiterou, de forma absolutamente acertada: *“Inadmissível a reabertura da discussão, se a parte não se insurgiu oportunamente. Questões decididas não comportam retrocesso para nova decisão quando não provocado por recurso no prazo assinalado para tal fim”*. Segundo nos informou a Consulente, dessa cadeia recursal resultou recurso especial, também pendente de julgamento.

A preclusão (temporal ou consumativa), contudo, tanto no caso acima quanto naquele objeto desta Consulta (que, ainda, tem a especificidade de a matéria ter sido suscitada em petição avulsa, depois de interposto o recurso especial), é óbice intransponível à nova análise acerca da taxa de juros de mora, uma vez que essa é questão que foi decidida na sentença dos Embargos à Execução, em capítulo de que não se recorreu no momento processual oportuno. A modificação, de acordo com o posicionamento consolidado no STJ, em precedentes de vinculação obrigatória, **depende de iniciativa tempestiva da parte**, o que não ocorreu.

É o nosso Parecer, *smj*.

Curitiba, 13 de novembro de 2019.

TERESA ARRUDA ALVIM

43. Agravo de Instrumento n. 2235266-11.2015.8.26.0000, Rel. Des. Paulo Pastore Filho, j. 30.03.2016.

20

MODULAÇÃO – MOMENTO DE EFICÁCIA DA DECISÃO ENQUANTO PRECEDENTE – DIFERENTE DO MOMENTO DE EFICÁCIA DA DECISÃO PARA AS PRÓPRIAS PARTES – CONCEITO DE PROCESSO PENDENTE PARA EFEITO DE APLICAÇÃO DA NOVA TESE, EM CASO DE ALTERAÇÃO DE ORIENTAÇÃO ANTERIOR

OPINIÃO LEGAL

I. Situação jurídica existente e a Consulta

Consulta-nos a empresa X, por intermédio de seu ilustre advogado, Fábio Soares de Melo, sobre aspecto de *direito processual* relacionado à modulação dos efeitos da decisão do STF no RE, que, sobre o ICMS sujeito à sistemática da *substituição tributária para frente*, reconheceu ser devida a restituição do imposto nos casos em que a base de cálculo *real* da operação for inferior à base *presumida*.

Em suma, o que se quer saber é se a ação declaratória c/c pedido de repetição de indébito, proposta pela Consulente em 19/10/2016 - mesma data em que o STF decidiu o tema 201 da repercussão geral com modulação de efeitos para atingir “...litígios judiciais pendentes... e os casos futuros...” - está compreendida no âmbito dos “litígios judiciais pendentes”, considerando que a publicação

da ata de julgamento do referido RE ocorreu em **21/10/2017**, e que o respectivo acórdão foi publicado em 05/04/2017¹.

A seguir, relataremos os fatos que tangenciam o objeto desta Opinião Legal, que estão divididos em três itens: **a)** a substituição tributária (ST) relativa ao ICMS nas operações realizadas pela Consulente; **b)** o que decidiu o STF sobre o tema 201 da repercussão geral; e, por último, **c)** a ação de rito ordinário proposta pela X e as decisões que foram proferidas nessa demanda.

a) o regime da substituição tributária (ST) atinente ao ICMS nas operações realizadas pela empresa

A Consulente é pessoa jurídica sediada em Passo Fundo/RS, que tem por objeto social a distribuição e o comércio de medicamentos e produtos de perfumaria. Em razão das atividades que exerce, está submetida ao dever de recolhimento do ICMS – tributo de competência dos Estados da Federação, conforme art. 155, II, da CF².

No que tange à atividade de **distribuição de medicamentos e perfumaria**, o imposto deve ser recolhido sob a sistemática da substituição tributária (ST) para frente (ou progressiva), modalidade de sujeição passiva que impõe à Consulente, nas vendas de medicamentos e produtos de perfumaria, o dever de pagar o ICMS:

i) relativo às operações próprias, que ocorrem nas etapas de vendas de mercadorias da X para comerciantes varejistas (essencialmente farmácias), sendo essa a primeira etapa da cadeia mercantil; e

ii) por substituição, referente às vendas que, futuramente, serão realizadas pelas farmácias e pelos demais estabelecimentos do varejo aos consumidores finais – segunda etapa da cadeia comercial, que consiste na tributação de fatos geradores presumidos.

Nas operações próprias (1ª etapa), a Consulente figura como **contribuinte**, e o valor do imposto é identificado a partir de uma

-
1. Em 05/04/2017 houve a republicação em razão de erro material contido no acórdão divulgado no DJe de 31/03/2017.
 2. “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

base de cálculo “real”, que parte dos dados da operação mercantil efetivamente realizada.

Situação diferente ocorre na substituição tributária (2ª etapa), em que a Consulente integra o vínculo obrigacional na condição de “**responsável tributário**” (“substituto”, conforme art. 128 do CTN e 150, § 7º, da CF), sendo o valor apurado segundo uma **base de cálculo “fictícia”** – já que se está diante de um fato gerador presumido –, estabelecida conforme critérios da fazenda pública.

No Estado do Rio Grande do Sul, o art. 35 da Lei Estadual (RS) nº 8.820/1989, com a redação atribuída pela Lei Estadual (RS) nº 14.805/2015, prevê que a base de cálculo do ICMS-ST na venda de **medicamentos** deverá corresponder aos “...*preços usualmente praticados no mercado...*”, identificados, por força da legislação tributária daquele Estado, no Preço Máximo de Venda ao Consumidor – PMC, que, por sua vez, é calculado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED³.

Quanto aos itens de perfumaria, acrescenta-se ao valor da operação própria uma *margem de valor agregado* (MVA), que é fixada pelo Estado e tem como fundamento o art. 189 e o Apêndice II, Seção III, item XXII, do RICMS/RS, bem como o 8º, II, “c”, da Lei Complementar nº 87/96⁴.

Se, por alguma razão, o fato gerador presumido não ocorrer (2ª etapa), é assegurado ao particular o direito à restituição da parcela do imposto paga antecipadamente, conforme art. 150, § 7º, da CF⁵.

O mesmo raciocínio do parágrafo anterior vale para os casos em que o bem é vendido por preço inferior ao PMC ou à MVA: nessa circunstância, parte do tributo deverá ser restituída, notadamente

3. Órgão do governo federal ligado à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.
4. “Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será: (...) II – em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes: (...) c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes”.
5. “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”.

aquela identificada pela diferença entre a base de cálculo real e a presumida (ou “fictícia”). É o que decidiu o STF ao solucionar o tema 201 da repercussão geral, conforme se demonstrará logo abaixo.

b) A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema 201 da repercussão geral

Em 2008 foi distribuído, no STF, o RE, interposto por uma empresa (sujeita ao ICMS) contra acórdão do TJMG que entendeu ser indevida a restituição de tal imposto quando, na sistemática da substituição tributária para frente, a base de cálculo presumida fosse maior que a base de cálculo real da operação⁶.

Referido recurso foi processado sob o rito da repercussão geral, tendo sido submetido a julgamento em três oportunidades⁷:

– **Primeira:** em 13/10/2016⁸;

– **Segunda:** em 19/10/2016 (início da sessão: 9h)⁹; e

– **Terceira:** em 19/10/2016 (início da sessão: 14h)¹⁰, **ocasião em que foi julgado** para reconhecer que “*É devida a restituição da*

6. Para o tribunal mineiro, o art. 150, § 7º, da CF, seria aplicável apenas às hipóteses de inoccorrência do fato gerador futuro, e não ocorreria com base imponible diversa daquela adotada no momento da apuração do tributo.

7. Foram julgadas, em conjunto, as ADIs 2.675, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, e 2.777, de relatoria do então Min. Cezar Peluso, ajuizadas, respectivamente, pelos governadores dos Estados de Pernambuco e São Paulo contra disposições normativas, dispostas em suas respectivas leis estaduais, que garantiam o direito à restituição do ICMS-ST nos casos em que a base de cálculo real fosse inferior à presumida.

8. Extrato de ata: “Decisão: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que conhecia do recurso extraordinário e a este dava provimento, nos termos de seu voto, **o julgamento foi suspenso**. (...). Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 13.10.2016”.

9. Extrato de ata: “Decisão: Após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Cármen Lúcia (Presidente), que davam provimento ao recurso extraordinário, e os votos dos Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que lhe negavam provimento, **o julgamento foi suspenso**. (...). Plenário, 19.10.2016”.

10. Extrato de ata: “Decisão: **O Tribunal, apreciando o tema 201 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário a que se deu provimento** (...). Plenário, 19.10.2016”.

diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.

Quanto ao resultado do julgamento, cumpre destacar que o STF nem sempre se posicionou de tal maneira.

Desde o julgamento da ADI 1.851 (DJ 22/11/2002)¹¹, a orientação daquela Corte era no sentido de que, na ST para frente, apenas a não ocorrência do fato gerador presumido admitiria a restituição do imposto estadual, ***do que se conclui que o julgamento de outubro de 2016 representou alteração de jurisprudência firme do Supremo Tribunal Federal*** – que, de favorável ao fisco, passou a atender aos interesses (legítimos, diga-se de passagem) dos contribuintes.

Entendeu-se, no entanto, que essa mudança abrupta de entendimento poderia afetar (negativamente) a saúde financeira dos Estados, se todos os contribuintes pudessem requerer a restituição do imposto em relação aos fatos geradores ocorridos nos cinco anos anteriores àquele em que o pedido fosse realizado; por isso, houve a **modulação dos efeitos do acórdão proferido no RE**¹².

11. ADI 1.851, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ de 22/11/2002 (republicação em 13/12/2002).

12. A esse respeito, confira-se a seguinte passagem do voto do Min. Luís Roberto Barroso, proferido no RE em referência: “16. Embora seja legítima e necessária a mudança de orientação do Tribunal, seja por mudança na realidade fática ou na percepção do que seja o melhor direito, a superação de uma linha de precedentes (overruling) deve envolver alguns cuidados. A estabilidade e a previsibilidade das relações jurídicas devem sempre ser levadas em conta na fixação dos efeitos temporais do novo entendimento. Em matéria tributária, particularmente, tenho sustentado que, como regra, a mudança da jurisprudência da Corte equivale verdadeiramente à criação de direito novo e, por tal razão, não pode operar efeitos retroativos. (Luís Roberto Barroso, *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais*. Parecer RDE. Revista de Direito do Estado, v. 2, 2006, p. 261). 17. Assim, em casos como o que se apresenta para julgamento, em que se estará promovendo uma mudança da interpretação consolidada da Corte, a solução constitucionalmente adequada é a modulação dos efeitos da decisão, como decorrência direta da aplicação do princípio da segurança jurídica. Embora os direitos fundamentais se destinem, como regra, a proteger o particular em face do Poder Público, é fato que também a Fazenda Pública se

A modulação, nesse caso, ocorreu no sentido de que o precedente orientasse “(...) ***todos os LITÍGIOS JUDICIAIS PENDENTES submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido realizada após a fixação do presente entendimento, tendo em conta o necessário realinhamento das administrações fazendárias dos Estados membros e do sistema judicial como um todo decidido por essa Corte***”.

Cumprir lembrar que o julgamento ocorreu em 19/10/2016, na sessão das 14h; a ata do julgamento foi publicada em 21/10/2016; por fim, a publicação do acórdão ocorreu em duas oportunidades: 31/03/2017 e 05/04/2017¹³.

Em 10/05/2017, o Estado de Minas Gerais opôs embargos de declaração em face do acórdão que julgou o RE, no qual sustentou, entre outras matérias, a “*necessidade de definição do termo inicial dos efeitos do acórdão proferido, notadamente se da data de sua publicação ou da ata de julgamento*”¹⁴.

Esses embargos foram rejeitados; porém, se fez constar no acórdão, a título de **esclarecimento**¹⁵, que, a interpretação sistemática das disposições do CPC (arts. 1.035, § 11, e 1.040, *caput*) “...não dá margens a múltiplas interpretações...”, sendo certo que “...a formação

beneficia das normas que resguardem a segurança jurídica, como corolário do Estado de Direito. Não poderia ser diferente, na medida em que a arrecadação tributária também se destina a viabilizar a efetivação de direitos fundamentais da população e seu comprometimento inesperado e retroativo - inclusive com a litigiosidade decorrentes dos pedidos de repetição - não deve ser respaldado pelo direito (RE), p. 124 do inteiro teor”.

13. Na publicação de 31/03/2017 não se fez constar o voto do Min. Relator; em razão disso, após a certificação do erro material, o acórdão foi novamente publicado (no DJe de 05/04/2017).
14. Trecho extraído do voto do Min. relator Edson Fachin, p. 08.
15. A esse respeito, o Min. relator esclareceu que: “No que toca ao termo inicial dos efeitos do acórdão proferido e ao dever de ampliação da tese, trata-se de matérias completamente estranhas às hipóteses legais de cabimento de embargos de declaração. Contudo, por prudência e por ocupar posição central no sistema de precedentes obrigatórios pátrio, a jurisprudência do STF admite o acolhimento de embargos declaratórios tão somente para prestação de esclarecimento reputado necessário, sem quaisquer efeitos infringentes”.

*de diretriz jurisprudencial para casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador realizado após o julgamento do paradigma **deve ser considerada a partir da publicação da tese ou súmula da decisão em meio oficial***”.

Assim, complementou-se o acórdão do recurso extraordinário para reconhecer que “...eventuais ações ajuizadas no interregno entre a publicação da ata de julgamento e a publicação da decisão embargada devem ser julgadas de acordo com o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria”; isso significa, portanto, que **ações propostas antes de 21/10/2016** (data da publicação da ata de julgamento do RE) **devem ser consideradas pendentes para fins de aplicação da tese relativa ao tema 201 da repercussão geral**.

Em 22/02/2018 foi certificado o trânsito em julgado da última decisão proferida naqueles autos.

c) sobre a ação de rito ordinário proposta pela Consulente

Em **19 de outubro de 2016**, a Consulente ajuizou, contra o Estado do Rio Grande do Sul, *ação declaratória de inexistência de relação jurídico tributária c/c repetição de indébito*, com vistas ao reconhecimento do seu direito à restituição, via creditamento em conta gráfica, de ICMS (no regime da substituição tributária para frente) nos casos em que a base de cálculo real fosse inferior à presumida, bem como a devolução dos valores recolhidos a maior, a esse mesmo título, nos cinco anos anteriores à propositura da demanda¹⁶.

A ação, no entanto, foi julgada **improcedente** (setembro/2019). Entendeu-se que **a demanda proposta pela empresa não poderia ser considerada “pendente”, nos termos da modulação definida pelo STE**, haja vista a ação ter sido proposta no mesmo dia do julgamento do RE.

16. Os pedidos foram formulados nos seguintes termos: “a) seja declarado o reconhecimento do seu direito ao creditamento da diferença entre o valor de ICMS/ST recolhido, tendo como base de cálculo o valor presumido pelo Fisco Estadual, e a base de cálculo real, ou seja sobre o efetivo valor das operações comerciais de venda”; “b) seja restituído, em relação aos últimos 5 (cinco) anos, o valor da diferença entre o valor de ICMS recolhido tendo como base de cálculo o valor presumido pelo Fisco Estadual e a base de cálculo real, ou seja sobre o efetivo valor das operações comerciais de venda, o qual deverá ser apurado em liquidação de sentença”.

Quanto a esse ponto, merece destaque a seguinte passagem da sentença: *“considerando... que o fato gerador referente aos valores aqui discutidos é anterior à decisão e a presente ação foi ajuizada em 19/10/2016, na mesma data do julgamento pelo STF, não se enquadra nos casos abarcados pela modulação, ou seja, não sofre a influência da decisão, pois não se encontrava na situação de pendência”*.

A Consulente apelou, mas o TJRS negou provimento ao recurso (abril/2020), confirmando a sentença que havia afastado a ação da X do rol de demandas pendentes à definição do Tema 201 da repercussão geral.

O órgão julgador considerou que *“a petição inicial foi protocolada às 17h14min do dia 19/10/2016...”*, o que (supostamente) seria *“após o julgamento do RE 593849/MG, finalizado ainda na manhã do mesmo dia”*, como se poderia confirmar do *“...horário de publicação da notícia em diversos portais, como “Folha de São Paulo” (12h20min) e “Jota” (12h52min)”*¹⁷.

Se fez constar no acórdão da apelação, também, que *“Embora possível cogitar, de um ponto de vista exclusivamente formal e abstrato, que o processo estivesse ‘pendente’ na data do julgamento*

17. A premissa adotada pelo tribunal, de que o julgamento ocorreu no período da manhã, conforme notícias do jornal folha de SP e Portal Jota, é equivocada, pois: **1º**) o sistema jurídico não admite que a publicidade de decisões judiciais, que é ato que interfere na esfera de direitos das pessoas, ocorra por meio de veículos de imprensa não oficiais. E nem poderia ser diferente, pois inexistem mecanismos de controle da veracidade daquilo que é publicado na imprensa livre; e **2º**) O que houve na manhã do dia 19/10/2016 foi o início do julgamento do RE 593849/MG, que foi suspenso ao final daquela sessão matutina (é o que consta nas informações registradas no site do STF: “19/10/2016. **Suspenso o julgamento (sessão das 9 horas)** - Decisão: Após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Cármen Lúcia (Presidente), que davam provimento ao recurso extraordinário..., o julgamento foi suspenso.”). A efetiva solução do tema 201 e a conseqüente proclamação do resultado do julgamento do RE ocorreu na sessão que teve início às 14h do mesmo dia 19/10/2016 (ou seja, no período da tarde) - não se sabe exatamente o horário, pois no site do STF consta, apenas, o seguinte: **19/10/2016 Julgado mérito de tema com repercussão geral TRIBUNAL PLENO (sessão das 14 horas)** - Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 201 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu do recurso extraordinário a que se deu provimento...”.

do recurso..., a aplicação da orientação firmada no RE 593849/MG (Tema 201)", na situação da Consulente, "...iria na contramão dos fundamentos adotados pelo STF para modular os efeitos do julgado: resguardar a segurança jurídica da administração fazendária e evitar uma 'corrida ao Judiciário'".

Referido acórdão não foi publicado até a data da conclusão desta Opinião Legal.

II. Quesito

Diante do contexto relatado no item precedente, a Consulente nos indaga:

A ação declaratória c/c pedido de repetição de indébito, proposta pela X em 19/10/2016, está compreendida no âmbito dos "litígios judiciais pendentes" para o efeito de aplicação da tese fixada pelo STF na solução do tema 201, da repercussão geral, e da modulação dos efeitos do acórdão proferido no RE?

III. Considerações indispensáveis para a solução do caso

III.1. A "dupla eficácia" de um precedente vinculante e os diferentes momentos ligados à sua aplicação

De pronto, registramos que as decisões judiciais, que são também precedentes vinculantes, têm **dupla eficácia**: uma, que resolve o caso concreto; e, outra, que orienta (= determina como deve ser) a solução de outros casos semelhantes ou idênticos.

Essas "**eficácias diferentes**" ocorrem em diferentes **momentos**, porque se direcionam a "públicos" diversos: para quem é *parte* no recurso, que originou o precedente, pode ser a *data da sessão de julgamento*; **para a sociedade, há outro instante, que corresponde (i) à data da publicação do acórdão que fixa o precedente (numa visão mais ortodoxa), ou, quando menos, (ii) à data da publicação da Ata de julgamento.**

Hoje se reconhece abertamente que decisões judiciais produzem efeitos em relação às partes **e, também, em relação à sociedade** – já que, em diferentes medidas, têm carga normativa. As decisões judiciais resolvem conflitos entre as partes, e, nessa medida, voltam-se ao passado. No entanto, voltam-se para o futuro **enquanto precedentes**; ou seja, enquanto base para decisão de outros conflitos idênticos ou análogos.

Assim, *efeitos diretos* dizem respeito, exclusivamente, às partes¹⁸. Isso, porque as decisões judiciais resolvem conflitos entre **as partes**, que são as primeiras destinatárias da própria decisão e de sua eficácia direta.

A doutrina tradicional alude a efeitos declaratórios, constitutivos e condenatórios, como sendo aqueles que se produzem em relação às partes. Há, também, efeitos a que parte da doutrina chama de executivos *lato sensu* ou mandamentais. Tradicionalmente, os efeitos produzidos por uma sentença (de procedência) vêm servindo como um dos critérios para classificá-las. Assim, como regra, as sentenças classificam-se a partir de critérios de natureza eminentemente processual. Esses efeitos são conhecidos e vêm sendo tratados pela doutrina há mais de um século.

Não se pode dizer o mesmo quanto aos efeitos da decisão enquanto precedente, haja vista que esse atinge não apenas as partes, mas toda a sociedade.

Sobre esses efeitos, a doutrina nacional ainda engatinha e não temos muito a aprender com os ingleses, pois nosso sistema é profundamente diferente daquele que existe nos países anglo-saxônicos. Mas, nos últimos tempos, tem-se dado a devida atenção à carga normativa da jurisprudência. Tem-se reconhecido que decisões judiciais são mais do que fonte do direito: são o próprio direito¹⁹⁻²⁰.

18. Muito embora, às vezes, *efeitos diretos* possam afetar terceiros, por exemplo, assistentes.

19. Rebatendo o argumento de que admitir-se que o Judiciário crie direito seria transformá-lo em legislador, ofendendo a regra da tripartição de poderes, Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone explicam que: “Afirma-se, igualmente, que as decisões aditivas e substitutivas correspondem à produção de norma geral pelo Judiciário, equiparável a uma lei. Ainda que a parte ablativa da decisão pudesse configurar mera atuação como legislador negativo, amplamente aceita pela doutrina, a parte reconstitutiva de tais decisões, que adiciona ou substitui conteúdos, configuraria inequívoca atuação como legislador positivo. Haveria, nesse caso, usurpação dos poderes do Legislativo, violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da legalidade. Esses argumentos são rebatidos pela alegação de que, ainda que o Judiciário inove ao proferir decisões manipulativas, o conteúdo decorrente da componente reconstitutiva da decisão deve sempre equivaler à única solução constitucional possível. O juiz não produz um ato puro de vontade, tal como faria o legislador, mas explicita uma solução que já estava imanente no sistema.

Se são o próprio direito, é natural que se reconheça que, além de resolver a controvérsia entre A e B, decisões judiciais, em diferentes medidas, significam algo para o sistema normativo; por isso a jurisprudência não pode mudar bruscamente, da noite para o dia; por isso tem que haver **estabilidade; uniformização** e, em alguns casos, **modulação**.

Se as decisões do juiz, sob forma de jurisprudência pacificada ou de precedente de Tribunal Superior, principalmente os considerados vinculantes pelo sistema, se consubstanciam em pautas de conduta que orientam o jurisdicionado, i.e., são *normas jurídicas*²¹,

Essa atuação se dá dentro dos limites do exercício da jurisdição: depende de provocação por aqueles que detenham legitimidade para tal, tem por limite os termos em que a demanda é formulada e seu alcance e segue um processo em que se observam contraditório, ampla defesa e devido processo legal. A decisão deve ser fundamentada e, ao se desincumbir de tal fundamentação, o magistrado tem um ônus reforçado de demonstrar a existência de uma resposta obrigatória à luz da constituição. A constituição, a seu turno, também é lei, inclusive de hierarquia superior, razão pela qual uma decisão proferida com base nela não pode ser considerada, tampouco, como violadora do princípio da legalidade. Por outro lado, argumenta-se, o juiz, uma vez provocado, e diante de uma violação constitucional, ainda que por omissão, não pode pronunciar um *non liquet*" (BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos Tribunais. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; DINAMARCO, Cândido Rangel; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FUX, Luiz (Coord.). *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo César Pinheiro Carneiro*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019. p. 722).

20. Com razão afirma João Ricardo Camargo: "Dizer que o juiz pode criar o direito não pode levar à má compreensão da noção de liberdade de julgar. Como já dissemos, isso não permite que o juiz julgue conforme seus sentimentos. Se se pretende que a jurisprudência tenha valor como fonte do direito, é preciso aceitar a possibilidade de as decisões criarem o direito. Uma vez admitida a possibilidade de o juiz criar o direito, impõe-se agora demonstrar mais alguns limites à 'criação'". (CAMARGO, João Ricardo. O novo desenho estrutural dos Embargos de Divergência no STJ traçado pelo CPC/15. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 272, p. 271-296, 2017).
21. "A construção do direito por intermédio da reiteração das decisões judiciais, notadamente da jurisprudência dos tribunais superiores, já é realidade no mundo e no Brasil" (NERY JR., Nelson. Boa-fé e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio;

é natural a preocupação no sentido de que haja regras de **direito intertemporal** em relação à sua eficácia.

Isso, porque, diferentemente do que ocorre com a lei, que, quando alterada, gera efeitos para o FUTURO, a mudança da jurisprudência tem a vocação de produzir efeitos *ex tunc*²²⁻²³. A modulação neutraliza essa circunstância.

Se o juiz cria direito²⁴, a jurisprudência tem que ser uniformizada²⁵: é o princípio da isonomia que torna a uniformização imperativa.

CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 82).

22. “Como aponta Humberto Ávila, ‘enquanto a lei se destina ao futuro, as decisões judiciais, em regra, vertem sobre o passado’ Isso faz com que a regra seja a retroatividade na superação de precedentes, sendo a modulação dependente de razões fático-jurídicas relevantes.” (PEIXOTO, Ravi. *Superação Prospectiva de Precedentes: em busca de fundamentos e dos requisitos materiais para a sua utilização na sistemática de precedentes adotada pelo CPC/2015*. IN: Vários Autores. *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no Código de Processo Civil/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, n. 2.1. [livro eletrônico]).
23. Nesse mesmo sentido elucida Daniel Mitidiero: “...a alteração do precedente deve ter vocação retroativa, isto é, o novo precedente tem de ter a pretensão de regular casos para os quais se aplicava o precedente anterior. Isso porque é justamente para evitar a aplicação de uma norma inexistente e, portanto, desconhecida no momento da conduta de determinada pessoa que a superação prospectiva do precedente encontra justificação” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 134).
24. Reconhecendo a função criativa da atividade jurisdicional, que dá a versão final à pauta de conduta que deve ser seguida pelo jurisdicionado, vale citar Antonio Alves Pereira Netto: “Não só a segurança jurídica, como também os princípios da irretroatividade e da legalidade – interpretados de forma ampla – fundamentam esse entendimento e se justificam na mesma necessidade de previsibilidade e estabilidade das manifestações estatais; que, afinal, são os bens jurídicos protegidos pelos mencionados princípios e consequentemente pela efetivação da modulação de efeitos. Isso se dá em razão de as decisões judiciais inquestionavelmente desempenharem um papel de criação do Direito, fazendo com que, nos últimos tempos, as decisões reiteradas sobre a mesma questão jurídica tenham sido determinantes para a compreensão dos comandos normativos, tanto em razão das sempre amplas possibilidades interpretativas ante um mesmo enunciado jurídico, como também da crescente complexidade do ordenamento. Inevitavelmente, a jurisprudência dos

No sistema do código, essa uniformização se dá muitas vezes a partir da vinculação de outros casos semelhantes ou idênticos àquilo que tenha sido decidido por um tribunal superior, em contextos que a lei determina **já nasce a decisão como precedente vinculante**.

Assim, reconhecer, na decisão judicial, a função de *precedente* – e, portanto, a capacidade de orientar e mesmo determinar decisões posteriores sobre casos iguais ou semelhantes, bem como a própria conduta dos jurisdicionados – transforma-a em norma jurídica²⁶.

É inegável que a força que o CPC/2015 dá aos elementos oriundos do labor do Judiciário garante a isonomia, gera previsibilidade e incrementa a segurança jurídica. Ademais, racionaliza o trabalho do Poder Judiciário, gerando mais tempo para que os juízes decidam, com vagar e de modo artesanal, os casos mais complexos (*hard cases*)²⁷.

tribunais acaba servindo como uma forma segura (quando não a única) de os cidadãos anteverem o resultado jurídico de suas ações, prestando-se como referência válida e concreta do que impõe a dicção legal. Assim, acabam por verdadeiramente exercer a função de regular condutas intersubjetivas, induzindo comportamentos”. (PEREIRA NETTO, Antonio Alves. *Modulação de efeitos em matéria tributária: análise quanto aos fundamentos constitucionais e às possibilidades de aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 123).

25. Discorrendo sobre a súmula vinculante, Osmar Mendes Paixão Côrtes diz que: “A preocupação em adotar precedentes vinculativos, pelo direito brasileiro, não demonstra uma ruptura com a tradicional corrente da *civil law*, em abandono à teoria da separação dos Poderes ou em alteração na estrutura legislativa (que, agora, passaria a ser desenvolvida pelos Tribunais). Muito pelo contrário” (CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 203).
26. “Toda decisão tomada pelas Cortes Superiores em casos individuais projeta o entendimento do Tribunal, atuando como paradigma para casos idênticos futuros”. Esta função paradigmática e natural é tendência dos países de *civil law* diz Nelson Nery Jr. (NERY JR., Nelson. Boa-fé e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. 2. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 79). A relevância dessas decisões transcende à situação individual e está no quadro da fundamentação do acórdão, prossegue o autor.
27. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello: “Três valores principais justificam a adoção de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes: a segurança jurídica, a isonomia e

Como dissemos antes, além da carga normativa *natural* que caracteriza a jurisprudência pacificada de um Tribunal ou certas decisões judiciais, notadamente as dos tribunais de cúpula, há, hoje, no direito brasileiro, precedentes ditos *vinculantes, no sentido forte, ou precedentes qualificados*²⁸.

a eficiência. A obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e pré-determinado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia. Por fim, o respeito aos precedentes possibilita que os recursos de que dispõe o Judiciário sejam otimizados e utilizados de forma racional. Se os juízes estão obrigados a observar os entendimentos já proferidos pelos tribunais, eles não consumirão seu tempo ou os recursos materiais de que dispõem para redecidir questões já apreciadas. Consequentemente, utilizarão tais recursos na solução de questões inéditas, que ainda não receberam resposta do Judiciário e que precisam ser enfrentadas. A observância dos precedentes vinculantes pelos juízes, mesmo que não concordem com eles, reduz, ainda, o trabalho dos tribunais, que não precisam reexaminar e reformar as decisões divergentes dos entendimentos que já pacificaram. Tal ambiente contribui para a redução do tempo de duração dos processos, desestimula demandas aventureiras e reduz a litigiosidade. Tem ainda o condão de minimizar a sobrecarga experimentada pelas cortes e a aumentar a credibilidade e legitimidade do Judiciário, que são comprometidas pela demora na entrega da prestação jurisdicional e por aquilo que a doutrina convencionou chamar de jurisprudência lotérica: a produção de decisões díspares, conferindo tratamento desigual a jurisdicionados em situações idênticas, muitas vezes até em um mesmo tribunal” (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul.-set. 2016, especialmente p. 23-24)

28. Nesses casos, não há lugar para interpretação pessoal do juiz. Nada há de negativo nisso. A liberdade e a independência são do Judiciário e não de cada juiz, individualmente considerado. Observa Evaristo Aragão Santos: “Num regime democrático, constitucional e com instituições consolidadas, pretender que a sua interpretação pessoal prevaleça contra o entendimento consolidado da maioria, essa sim é postura que flerta com a arbitrariedade” (SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. *In*: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012 p. 193).

De acordo com a sistemática do CPC/2015, todavia, como observamos há pouco, há decisões que *já nascem* como precedentes *obrigatórios*, no sentido forte da expressão, e que devem ser paradigma para as posteriores, em casos normalmente idênticos e, às vezes, apenas semelhantes.

Este é o caso do recurso extraordinário: decisões proferidas em recurso extraordinário, julgado no regime da repercussão geral, são **precedentes vinculantes** no sentido forte da expressão. Se o STJ decide de um certo modo, recurso que discuta aquele entendimento não deve, em princípio, ser admitido (art. 1.030, I, “b”, do CPC). Isso significa que são de orientação obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e pauta de conduta para o jurisdicionado: **seus efeitos vão muito além de decidir o caso concreto**.

Taís Schilling Ferraz escreve, com lucidez, a respeito do recurso extraordinário avulso (entre A e B) como precedente vinculante. Utiliza-se da terminologia do CPC/2015, fazendo referência à “repercussão geral” como sendo elemento apto a gerar precedente vinculante. Em suas palavras:

Identificam-se no sistema da repercussão geral, no âmbito do STF, e dos recursos repetitivos, no STJ, potencialidades para além da simples uniformização da jurisprudência. (...)

Bem interpretados e aplicados, estes instrumentos, ainda recentes, podem ser o caminho para a efetiva implantação e valorização de um sistema de precedentes no Direito brasileiro. (...)

A repercussão geral situa-se entre os mecanismos de formação de precedentes. (...)

Destina-se a resolver questão constitucional submetida ao STF em controle difuso, que esteja caracterizada pelos requisitos da relevância e da transcendência e que, uma vez decidida, orientará os julgamentos dos demais órgãos do Poder Judiciário em casos múltiplos. Permite a seleção de recursos representativos da controvérsia constitucional, para que, em sendo solucionada a questão, os efeitos do pronunciamento do STF projetem-se sobre todos os recursos e processos que versem acerca de tema idêntico²⁹.

29. FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 104.

Portanto, a carga normativa que têm essas decisões é *imposta por lei*. Não se trata de meras conjecturas de jusfilósofos a respeito de o juiz criar ou não direito; é o próprio legislador que diz deverem esses precedentes ser respeitados, sob pena de reclamação.

Por isso, a nosso ver, andou mal o legislador quando fez alusão à possibilidade de modulação apenas em caso de alteração da jurisprudência dos Tribunais Superiores e do STF, e de casos repetitivos (IRDR, recursos repetitivos), deixando de lado o IAC. **Qualquer alteração de situação, quando a que existia antes era apta a gerar confiança, pode, em tese, ter seus efeitos modulados.**

A modulação visa a proteger a confiança daqueles que agiram de acordo com o entendimento antes adotado pelo tribunal.

Entretanto, se, como dissemos, decisões judiciais produzem efeitos quanto às partes (efeitos esses *diretos*) e, também, quanto à sociedade (pois, em alguma medida, são normas jurídicas), parece evidente que **esses efeitos não se produzem no mesmo momento.**

A publicidade que alcança as partes – que significa que essas tiveram consciência da decisão, o que faz que com relação a essas já se possam ter por produzidos seus efeitos desde a data do julgamento – **não pode ter o condão de atingir terceiros** (= a sociedade, como norma jurídica que estipula pauta de conduta obrigatória).

Assim, o fato de as partes estarem presentes à audiência ou ao julgamento no Tribunal, que as faz ter conhecimento da decisão e, portanto (em tese), estar sujeitas aos seus efeitos, não tem valor ou significado jurídico quando se pensa nos efeitos produzidos pela decisão enquanto *precedente*.

Todos estão sujeitos à eficácia da lei a que se dá publicidade no diário oficial; logo, a mesma espécie de publicidade tem de ser dada a uma decisão (=precedente vinculante) para que se produzam os efeitos de norma jurídica.

Somos da opinião que a eficácia de um precedente obrigatório depende, inexoravelmente, da publicação da íntegra do acórdão que conferiu solução à tese³⁰, pois somente assim será possível afe-

30. Corroborar nossa opinião Misabel Abreu Machado Derzi: “A existência da decisão, para as partes, pode ser antecipada se forem notificadas antes da publicação ou, estando presentes ao julgamento, registrarem o seu conhecimento. Mas em relação a terceiros, a existência dependerá da publicação efetiva. (...) Tecnicamente, considera-se publicado o

rir os exatos contornos daquilo que foi deliberado e do caminho que deverá ser seguido pelo particular.

Se, de um lado, existe o *dever* de se agir conforme as pautas de conduta estabelecidas em leis e em precedentes judiciais, de outro há o *direito* de se saber, com precisão, os motivos que levaram o Estado (=Legislativo e Judiciário) a estabelecer as regras que deverão ser seguidas. É o que a Constituição determina no seu art. 93, IX: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*”; é, também, o que se extrai do art. 489, *caput* e inciso II, do CPC, que elenca a fundamentação como elemento essencial da sentença.

No entanto, temos que destacar que, **para o STF**, a **publicação da Ata de julgamento** pode ser considerada ato equivalente à publicidade do acórdão, quando se trata de tribunal. Assim, para efeito de resguardo de situação de terceiros que seriam atingidos pela nova posição (porque havia processo pendente), considera-se pendente o processo de cujo julgamento ainda não tinha sido publicada a respectiva Ata.

É o que se pode observar dos seguintes julgados:

- **ARE 1.031.810/DF**: “*A eficácia das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade ocorre a partir da publicação da ata de seu julgamento*”³¹.

- **Rcl 3.632/AM**: “*A decisão de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia erga omnes desde a publicação da ata de julgamento e não da publicação do acórdão*. 3. **A ata de julgamento**

acórdão, no momento em que se junta aos autos. Mas não para a formação de uma expectativa normativa. Essa publicação da juntada não preenche os requisitos da ampla divulgação, similar àquela para o conhecimento das normas jurídicas em geral (em especial das leis). Entendemos necessário, por isso, fazer coincidir a publicação com a data da intimação no diário oficial. A data da intimação (pelo diário oficial) é o instrumento necessário para apuração do prazo recursal e, conseqüentemente, para a apuração da coisa julgada que, uma vez configurada, é decisiva na vigência do precedente. Portanto, o precedente existe com a publicação do acórdão no diário oficial” (DERZI, Misabel Abreu Machado. Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário e o Princípio da Irretroatividade. *Revista Tributária das Américas*, v. 2, p. 267, jul./2010).

31. ARE 1.031.810/DF (AgR-ED-ED), Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 18/11/2019.

publicada impõe autoridade aos pronunciamentos oriundos desta Corte³².

- **Rcl 872/SP**: “A obrigatoriedade de observância da decisão de liminar, em controle abstrato realizado pelo Supremo Tribunal Federal, impõe-se com a **publicação da ata da sessão de julgamento no Diário da Justiça**”³³.

- **Rcl 3.473/DF**: “(...) o efeito da decisão proferida pela Corte, que proclama a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, inicia-se com **a publicação da ata da sessão de julgamento**”³⁴.

- **Rcl 2.576/SC**: “(...) a decisão, em julgamento de liminar, é válida a partir da data da **publicação no Diário da Justiça da ata da sessão de julgamento**. O mesmo critério, penso, deve ser aplicado à hipótese de julgamento de mérito, mesmo que impugnado o correspondente acórdão pela via de embargos de declaração”³⁵.

- **ADI 711/AM**: “(...) a eficácia da medida cautelar tem seu início marcado pela publicação da ata da sessão de julgamento no Diário da Justiça da União...”³⁶.

Ainda no âmbito do STF, merece registro o **RE 1.235.961/RS** (julgado em maio/2020), que trata do mesmo tema 201 da repercussão geral e envolve o mesmo Estado do Rio Grande do Sul. Nesse caso, a Min. Cármen Lúcia reconheceu que, **no rol de ações pendentes**, para fins de aplicação da tese de que “*É devida a restituição da diferença do ... ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida*”, **estão as demandas propostas antes da publicação do acórdão proferido no RE** – reforçando, assim, a importância da publicação na imprensa oficial para que um precedente tenha eficácia em relação a terceiros³⁷.

32. Rcl 3.632/AM (AgR), Rel. Min. Marco Aurélio (redator do acórdão: Min. Eros Grau), Tribunal Pleno, DJ 18/08/2006.

33. Rcl 872/SP (AgR), Rel. Min. Marco Aurélio (redator do acórdão: Min. Joaquim Barbosa), Tribunal Pleno, DJ 03/02/2006.

34. Rcl 3.473/DF (AgR), Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 09/12/2005.

35. Rcl 2.576/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJ 20/08/2004.

36. ADI 711/AM, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, DJ 11/06/1993.

37. “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESSARCIMENTO. VALORES RELATIVOS AO

Também a Vice-Presidência do **TJRS** (mesmo tribunal que julgou a apelação da Consulente) vem, reiteradamente – e acertadamente, a nosso ver –, admitindo o processamento de recursos extraordinários interpostos contra acórdãos que não consideraram como *pendentes* as demandas anteriores à publicação da ata de julgamento do tema 201 da repercussão geral. Confira-se:

RECOLHIMENTO A MAIOR. PREÇO DE VENDA FINAL INFERIOR À BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. TEMA 201. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. DATA DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (...) 3. Razão jurídica assiste à recorrente. 4. **A ação foi ajuizada em 24.10.2016 (fl. 1, e-doc. 1)**. 5. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.849-RG (Tema 201), Relator o Ministro Edson Fachin, o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou a tese: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. A ata de julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.849-RG foi publicada em 21.10.2016. No julgamento dos Segundos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 593.849, o Plenário deste Supremo Tribunal decidiu: (...) ‘A tese de julgamento que consta em ata de julgamento publicada no Diário Oficial possui força de acórdão, até a publicação deste. Assim, o marco temporal de observância da orientação jurisprudencial para casos futuros ajuizados após o julgamento do paradigma deve ser considerado a partir da publicação da tese ou súmula da decisão em meio oficial. Arts. 1.035, § 11, e 1.040 do CPC’ (...). No voto, o Ministro Relator afirmou: ‘O acórdão foi publicado primeiramente em 31.03.2017, sem constar o voto condutor do Ministro Relator. Em face desse acórdão primevo, o Contribuinte opôs os embargos de declaração. Em 03.04.2017, a Secretaria Judiciária certificou o erro material. O acórdão foi novamente publicado no DJe de 05.04.2017. (...) a formação de diretriz jurisprudencial para casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador realizado após o julgamento do paradigma deve ser considerada a partir da publicação da tese ou súmula da decisão em meio oficial. Dessa maneira, eventuais ações ajuizadas no interregno entre a publicação da ata de julgamento e a publicação da decisão embargada devem ser julgadas de acordo com o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria’. O julgado recorrido divergiu dessa orientação jurisprudencial. 6. Pelo exposto, **em observância ao decidido no Recurso Extraordinário n. 593.849-RG, dou provimento ao recurso extraordinário para cassar o julgado recorrido e determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem para decidir como de direito** (al. b do inc. V do art. 932 do Código de Processo Civil e § 2º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)” (STF RE 1.235.961. Decisão Monocrática: Ministra Cármen Lúcia. Data de Publicação: 15/04/2020 – g.n.).

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. Art. 166 DO CTN. RESTITUIÇÃO, CREDITAMENTO OU COMPENSAÇÃO. REPASSE DO ENCARGO FINANCEIRO. SÚMULA 83 DO STJ. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. LEI LOCAL. SÚMULA 280 DO STF. RECURSO NÃO ADMITIDO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TEMA 201 DO STF. MODULAÇÃO DE EFEITOS. REPERCUSSÃO GERAL. **RECURSO ADMITIDO.**

Registre-se que a presente ação fora ajuizada em 19 de outubro de 2016. Assim, dado que a data referida no julgamento da apelação e dos embargos de declaração – 19/10/2016 – se refere à data de divulgação do resultado do julgamento do acórdão paradigma nas movimentações processuais no site do Supremo Tribunal Federal e não da publicação da ata do acórdão no Diário de Justiça, é de ser admitido o recurso extraordinário³⁸⁻³⁹.

Essa posição do STF, embora mais restritiva que a nossa, confirma que a **publicação, em MEIO OFICIAL, é indispensável** para que uma decisão tenha o condão de gerar efeitos normativos **perante toda a sociedade** – no caso, *efeitos enquanto precedente*.

No caso da Consulente, basta considerar a data da publicação da Ata no Diário Oficial (=posição do STF) para se chegar à conclusão de que sua ação de rito ordinário está compreendida no rol de demandas *pendentes* (nos termos da modulação relativa à tese fixada no tema 201 da repercussão geral).

III.2. O caso concreto

Adiantamos, na parte introdutória desta consulta, que a Consulente propôs, em **19/10/2016** (às 17h14), a ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c/c repetição de indébito, na qual pretende o reconhecimento do direito de creditamento da diferença entre o valor de ICMS-ST pago (presumido) e o valor proveniente da base de cálculo real; além da restituição dos valores recolhidos a maior a tal título, respeitado o prazo prescricional de 5 anos.

38. TJRS – RE nos autos nº 70082040254, Primeira Vice-Presidência, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em: 10/08/2019 (g.n.).

39. No mesmo sentido: RE nos autos nºs 70080175854 (decisão de 08/01/2020); 70080692361 (decisão de 16/10/2019) e 70081872756 (decisão de 02/08/2019).

Nessa mesma data (**19/10/2016**), o STF julgou o tema 201 da repercussão geral, tendo fixado tese favorável aos interesses da Consultente.

Também destacamos que **houve modulação** dos efeitos do acórdão proferido naquela ocasião, a fim de que o direito à restituição do ICMS-ST fosse reconhecido apenas aos casos judiciais *pendentes e futuros*⁴⁰.

-
40. Respeitamos o posicionamento do STF; contudo, com ele não podemos concordar, pois a modulação deve vir a resguardar os *interesses dos particulares* – não os interesses públicos, do aparelho estatal.

Em outras palavras: a irretroatividade das decisões judiciais e das alterações jurisprudenciais só fará sentido quando benéfica aos particulares.

No estudo da modulação na esfera tributária, o *princípio da igualdade*, para além do aspecto geral – proveniente do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal –, tem previsão específica no art. 150, II, da Carta Magna, o qual veda “...*tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos*”.

Como desdobramento do princípio da igualdade, o art. 145, § 1º, da Constituição Federal, prevê o *critério de discriminação*, consubstanciado na *capacidade contributiva*, de modo que os cidadãos devem pagar os seus tributos “...*na proporção dos seus haveres, ou seja, de seus índices de riqueza*” (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 96).

Nesse contexto, limitar (=modular) decisão que venha a reconhecer um direito do contribuinte diante do fisco, restringindo seus efeitos *pro futuro*, viola o princípio da igualdade. Isso, porque institui marco arbitrário para a restituição do tributo indevidamente recolhido, o que resulta em tratamento desigual dos contribuintes e dissocia o *critério de discriminação* da análise da *capacidade contributiva*, associando-o a critério temporal proveniente de suposto interesse público (=argumento consequencialista geralmente vinculado a riscos ao erário), o que não se pode admitir.

Não podemos deixar de frisar que a modulação de efeitos de decisão judicial para o benefício (econômico) exclusivo do Estado gera *enriquecimento ilícito*, que é amplamente combatido pelo nosso ordenamento.

Mais: o Estado não pode ser beneficiado pela alteração jurisprudencial que ele próprio, investido no Poder Judiciário, outrora fixou – de modo que não há que se falar em surpresa, tendo em vista que o Estado é uno, investido dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Tendo em vista que a demanda da Consulente foi proposta no mesmo dia em que se julgou o mérito do RE, supostamente após a disponibilização do resultado do julgamento nos sites da Folha de São Paulo e do Portal Jota, o TJRS, em consonância com o entendimento do juízo de primeiro grau, decidiu que “...a ação foi ajuizada após o julgamento”; ou seja, que a demanda da X não estaria compreendida no conjunto de casos pendentes para aplicação daquilo que o STF havia decidido quanto ao tema 201 da repercussão geral.

Esse entendimento, à luz do que defendemos ao longo desta Opinião Legal, é totalmente desacertado, já que carece integralmente de racionalidade jurídica.

O equívoco está relacionado à premissa adotada para o julgamento da ação da Consulente: tanto o juízo de primeira instância quanto o TJRS consideram que a eficácia do acórdão proferido no recurso extraordinário teria início com o término da sessão de julgamento do recurso extraordinário em questão, **menosprezando aquilo que o STF havia decidido quanto ao termo inicial dos efeitos daquele julgado após a modulação**.

Lembremos que o Min. Edson Fachin esclareceu, com todas as letras, que, para efeitos de modulação, o acórdão relativo ao tema 201 da repercussão geral valeria somente **após a publicação da ata de julgamento na imprensa oficial**.

É o que se lê da seguinte passagem do acórdão que julgou os segundos embargos de declaração opostos pelo Estado de MG:

No que diz respeito ao marco inicial para produção de efeitos jurídicos do assentado em tese de repercussão geral, a solução legal não dá margens a múltiplas interpretações.

Eis o teor do §11 do art. 1.035 do CPC/15:

“A **súmula da decisão** sobre a repercussão geral constará de ata, que será **publicada no diário oficial e valerá como acórdão**”.

Em seguida, o art. 1.040 da mesma legislação processual assim dispõe: “Art. 1.040. **Publicado o acórdão paradigma**: (...)”.

É por isso que reiteramos nossa posição no sentido de que “a modulação é um instrumento para que o particular possa defender-se contra o Estado” (*Modulação: na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 166).

Por evidente, os referidos dispositivos se complementam e devem ser interpretados sistematicamente. Sendo assim, a formação de diretriz jurisprudencial para casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador realizado após o julgamento do paradigma deve ser considerada a partir da publicação da tese ou súmula da decisão em meio oficial. Dessa maneira, **eventuais ações ajuizadas no interregno entre a publicação da ata de julgamento e a publicação da decisão embargada devem ser julgadas de acordo com o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria**. (grifos nossos)

Analisemos com calma dois trechos dessa decisão:

1º) “(...) a formação de diretriz jurisprudencial para casos futuros ... deve ser considerada a partir da publicação da tese ou súmula da decisão em meio oficial”: **vale, portanto, o que foi publicado na imprensa oficial (Diário da Justiça) – mais precisamente o que está na Ata (que contém a tese ou a súmula da decisão), conforme § 11 do art. 1.035 do CPC** (portais jornalísticos e de comunicação – *v.g.*, Folha de SP, Jota etc. –, por mais idôneos que possam ser, não se prestam a conferir qualquer grau de eficácia às decisões do STF)⁴¹; fica claro, também, que nas ações propostas após a data em

41. Além do referido dispositivo, o Regimento Interno do STF trata, em seus arts. 95, 99, 100 e 325, sobre a necessidade de publicação de suas decisões. Confira-se:

Art. 95. A publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, far-se-á, para todos os efeitos, no Diário da Justiça. Parágrafo único. Salvo motivo justificado, a publicação no Diário da Justiça far-se-á dentro do prazo de sessenta dias, a partir da sessão em que tenha sido proclamado o resultado do julgamento. (...)

Art. 99. São repositórios oficiais da jurisprudência do Tribunal: I – o Diário da Justiça, a Revista Trimestral de Jurisprudência, a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, e outras publicações por ele editadas, bem como as de outras entidades, que venham a ser autorizadas mediante convênio; (...)

Art. 100. Constarão do Diário da Justiça a ementa e conclusões de todos os acórdãos; e, dentre eles, a Comissão de Jurisprudência selecionará os que devam publicar-se em seu inteiro teor na Revista Trimestral de Jurisprudência. (...)

Art. 325. O(A) Relator(a) juntará cópia das manifestações aos autos, quando não se tratar de processo informatizado, e, uma vez definida a existência da repercussão geral, julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após vista ao Procurador-Geral, se necessária; negada

que a Ata de julgamento foi publicada não caberá pedido de repetição de indébito (para os fatos geradores ocorridos antes da referida publicação), pois são casos *futuros* que devem ser submetidos aos efeitos da modulação.

2º) “(...) eventuais ações ajuizadas no interregno entre a publicação da ata de julgamento e a publicação da decisão embargada devem ser julgadas de acordo com o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria”: **ações propostas entre 21/10/2016** (publicação da Ata) **e 21/11/2017** (publicação do acórdão dos segundos embargos declaratórios), **bem como as ajuizadas após esta última data, são consideradas futuras** e, portanto, **estão sujeitas a restrições quanto à restituição de valores relativos a fatos geradores pretéritos (em razão das regras de modulação)**; por outro lado, **reputam-se pendentes as demandas ajuizadas antes de 21/10/2016 (em que não haja decisão transitada em julgado), não havendo óbice para a repetição do indébito relativo ao passado (=cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação) porque tais casos estão ressalvados da modulação**⁴².

Nota-se, portanto, que a desconsideração integral do que se disse no acórdão do STF, que julgou os embargos declaratórios (de nov./2017), foi a verdadeira causa do insucesso da Consulente. Tivesse a câmara julgadora do TJRS levado em conta o que determinou o Supremo Tribunal Federal, muito provavelmente o resultado da apelação da empresa teria seria outro.

a existência, formalizará e subscreverá decisão de recusa do recurso. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 21, de 30 de abril de 2007). Parágrafo único. O teor da decisão preliminar sobre a existência da repercussão geral, que deve integrar a decisão monocrática ou o acórdão, constará sempre das publicações dos julgamentos no Diário Oficial, com menção clara à matéria do recurso. (g.n.)

42. Precisamente sobre a modulação relativa ao tema 201 da repercussão geral, merece destaque a seguinte passagem do voto do Min. Luís Roberto Barroso: “...o novo entendimento que venha a ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal equivale a uma norma jurídica nova e, portanto, somente deverá atingir fatos geradores ocorridos após a presente decisão, ressalvadas os processos judiciais pendentes”.

Essa posição foi reiterada pelo mesmo ministro nos debates: “A nova orientação aqui firmada somente deve ser aplicada a fatos geradores ocorridos após esta decisão, ressalvados os processos judiciais pendentes. Situações passadas, já transitadas em julgado ou que sequer foram judicializadas, não sofrem a influência da presente decisão”.

Não nos podemos esquecer que os embargos de declaração são espécie recursal *sui generis*⁴³, dotada de *caráter integrativo*⁴⁴, prestando-se a *esclarecer* obscuridade, suprir omissão ou corrigir contradição. A sua razão de ser é, portanto, tornar compreensível, completa, livre de obscuridades, o tanto quanto possível, a decisão embargada⁴⁵.

E, devido ao caráter integrativo, inerente a esse manejo recursal, o acórdão “principal” e o relativo aos aclaratórios compõem **uma só decisão**⁴⁶, sendo imperativa a sua análise para fins de interpretação da “norma jurídica” criada a partir de um precedente.

Diante disso, não restam dúvidas de que a ação de rito ordinário proposta pela Consulente se encaixa, para todos os efeitos de aplicação da tese relativa ao tema 201, na categoria de **demandas pendentes**, uma vez que foi proposta antes da publicação da Ata de julgamento do recurso extraordinário julgado sob o rito da repercussão geral.

O quadro a seguir não deixa qualquer dúvida quanto à nossa afirmação:

-
43. Nesse sentido, já nos manifestamos: “Os embargos de declaração são uma espécie, não de *impugnação stricto sensu*, mas mecanismo com o propósito de integrar a decisão, a fim de que a mesma seja efetiva e alcance seu fim legal: a entrega da atividade jurisdicional plena. São, portanto, um recurso *sui generis*” (ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de Declaração: como se motiva uma decisão judicial*. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. n. 1.12.1.2. [livro eletrônico]).
 44. “Os embargos produzem o chamado efeito integrativo, objetivando integrar, complementar, aperfeiçoar a decisão embargada, com vistas a exaurir a prestação jurisdicional que se encontra inacabada, imperfeita ou incompleta” (DIDIER JUNIOR, Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. *Curso de Direito Processual Civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 264).
 45. Como bem já destacou o Min. Celso de Mello, entre objetivos dos embargos declaratórios está o de “**...complementar e a esclarecer o conteúdo da decisão proferida...**” (ED no AgRg no RE com Ag 968.381 - DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 09/05/2017).
 46. Dessa forma, leciona José Miguel Garcia Medina: “A decisão que julga os embargos de declaração integra a decisão embargada. Afirma-se que, no caso, há “duas decisões: a embargada e a integrativa, que juntas compõem uma só” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. 3 ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. n. 3.5.3. [livro eletrônico]).

Ato processual	Data
Ajuizamento da ação	19/10/2016
Julgamento do RE	19/10/2016
Publicação da ata de julgamento do RE (termo inicial dos efeitos das restrições impostas pela modulação)	21/10/2016
Publicação do acórdão de julgamento do RE (com vícios que motivaram sua republicação no mês seguinte)	31/03/2017
Republicação do acórdão de julgamento do RE	05/04/2017

IV. Conclusão

Com base nos fatos e nas premissas indicados nos itens precedentes, passamos à resposta ao quesito formulado pela Consulente:

A ação declaratória c/c pedido de repetição de indébito, proposta pela X em 19/10/2016, está compreendida no âmbito dos “litígios judiciais pendentes” para o efeito de aplicação da tese fixada pelo STF na solução do tema 201, da repercussão geral, e da modulação dos efeitos do acórdão proferido no RE?

A resposta é, sem sombra de dúvidas, SIM.

A ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c/c repetição de indébito, na qual se discute o direito à restituição de diferença de ICMS-ST pago a maior (nos casos em que a base de cálculo real foi inferior à presumida), foi proposta pela Consulente em 19 de outubro de 2016.

Naquela mesma data (19/10/2016), houve a sessão de julgamento do RE, ocasião em que o STF decidiu o tema 201, da repercussão geral, e fixou tese em sentido favorável aos interesses da empresa.

A Ata desse julgamento foi publicada no Diário da Justiça de 21/10/2016.

O acórdão do recurso extraordinário que gerou o precedente obrigatório foi publicado na Imprensa oficial em 31/03/2017, com republicação (em razão de vícios contidos na primeira divulgação) no DJ de 05/04/2017.

Sustentamos que as decisões judiciais – âmbito em que estão inseridos os precedentes vinculantes – têm eficácias diferentes, haja

vista que se direcionam a públicos diversos: um tipo de eficácia, que pode ter início na data da sessão de julgamento, existe apenas para quem é parte no recurso; outro tipo, que impõe a publicação (seja do acórdão, seja da Ata de julgamento), aplica-se para a sociedade como um todo.

Tendo em vista que a Consulente não era parte nos autos do RE afetado ao tema 201, apenas dois momentos podem ser considerados como *marco inicial* da eficácia do acórdão proferido pelo STF. São eles:

1) data da publicação do acórdão (05/04/2017)⁴⁷ – **o que, na nossa opinião, é o correto**, pois, conforme sustentamos, é apenas com a publicação, na imprensa oficial, da íntegra do acórdão (que contém os motivos da deliberação), que se pode saber exatamente o conteúdo, sentido e alcance daquilo que foi decidido; ou

2) data da publicação da Ata de julgamento (21/10/2016) – conforme acórdão proferido pelo STF, em novembro de 2017, nos segundos embargos de declaração opostos nos autos do RE, e, também, de acordo com a jurisprudência daquela Corte.

Se a decisão relativa ao tema 201 da repercussão geral teve algum efeito em 19/10/2016, esse se restringiu às partes envolvidas no RE (que, no caso, foram Parati Petróleo Ltda. e União Federal); em relação à Consulente e aos demais contribuintes que se encontravam em situação semelhante à sua, essa data, para análise dos efeitos do precedente obrigatório (inclusive da modulação), não tem qualquer relevância.

Por essas razões, não há outra conclusão juridicamente aceitável: a ação de rito ordinário proposta por X está compreendida no âmbito das *ações pendentes* para o efeito de aplicação da tese fixada na solução do tema 201 da repercussão geral, inclusive no que tange aos termos da modulação do acórdão proferido pelo STF.

É a nossa Opinião, *s.m.j.*

Curitiba, 22 de julho de 2020.

TERESA ARRUDA ALVIM

47. Que substituiu a de 31/03/2017, reputada nula.



PROCESSO COLETIVO





1

AÇÕES COLETIVAS – LEGITIMIDADE DAS ASSOCIAÇÕES – LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA – DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – LEGITIMIDADE ATIVA PARA EXECUÇÃO INDIVIDUAL

PARECER

I. Objeto da consulta

Dá-nos a honra da consulta o X, por meio do Dr. José Virgílio Vita Neto, a respeito da nossa opinião, em primeiro lugar, sobre a legitimação ativa das associações (especialmente aquelas representativas de consumidores) para postularem a tutela a direitos individuais homogêneos, tanto de seus associados como, também, de todos aqueles que, mesmo sem vínculo associativo, apresentem-se como titulares de direito individual substancialmente idêntico àquele para o qual se buscou proteção pela via coletiva.

Depois, e como decorrência dessa posição, indaga-se também nossa opinião a respeito da legitimidade ativa para execução individual da sentença pronunciada em ação coletiva versando sobre direitos individuais homogêneos.

II. Brevíssima contextualização do atual cenário da jurisprudência e dos debates que em torno dela gravitam

A questão é delicada. Envolve um dos pontos mais tormentosos do nosso direito, em praticamente três décadas: a tutela a direitos

individuais, disponíveis e divisíveis, mas que, apensar disso, são passíveis de proteção coletiva por meio de uma mesma demanda, porque dotados de “origem comum”. Os chamados direitos individuais homogêneos.

O debate ganhou cores ainda mais intensas porque, em período recente, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por meio do julgamento do **RE 573.232/SC**, fixou a interpretação para o art. 5º, inc. XXI, da C.F.: as *entidades associativas* só têm legitimidade para representar judicialmente os seus *associados* e, ainda assim, quando tiverem sido *expressamente autorizadas*, ou por meio de deliberação específica em assembleia, ou por manifestação individual de cada interessado.

Desde então, o STF vem aplicando esse posicionamento e reconhecendo a ilegitimidade ativa de associações (inclusive de consumidores quando buscando, p.ex., o ressarcimento dos chamados expurgos inflacionários¹) para postularem tutela coletiva *sem* autorização expressa de seus associados.

Nesse meio tempo, o STF ainda reforçou tal orientação quando do julgamento do **RE 612.043/PR** (e cujo acórdão ainda pende de publicação), ao fixar a tese de que **os efeitos da sentença coletiva ajuizada por associação, alcançam apenas os seus filiados** e, ainda assim, **aqueles que lá estivessem inscritos antes da propositura da demanda** e que **tenham sido indicados em listagem juntada com a petição inicial**².

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, por sua vez, já alinhou seu entendimento ao do STF, tanto nas Câmaras de Direito

1. Exemplos dessa específica situação: **Emb. Decl. no Ag. REg. no RE 885.658/SP**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08/03/16; **RE com Agravo 930.474/SP**, j. 29/08/2016; **RE com Ag. 980.281/SP**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28/08/2016; **ARE 948.204/DF**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17/05/2016; **ARE 836.123/SP**, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 26/05/2015.
2. Embora ainda não tenha havido publicação, o quanto até se divulgou permite afirmar que tese ali fixada foi, em linhas gerais, a seguinte: A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.

Privado³ quanto nas de Direito Público⁴. Ainda pende de julgamento perante a 2ª Seção dessa Corte Superior, sob a relatoria do Min. Raul Araújo, o Recurso Especial 1.438.263/SP (tema 948), cuja tese afetada é, justamente, **a legitimidade ativa de não associado para liquidação/execução de sentença coletiva**.

Em relação ao posicionamento do STF, no **RE 573.232/SC** e no **RE 612.043/PR**, argumentam as entidades associativas que estaria a haver (especialmente por parte do STJ) não só uma má compreensão do decidido pela Suprema Corte, mas, especialmente, equívoco na interpretação das regras que disciplinam em nosso direito a legitimação ativa dos entes associativos, quando atuando na tutela de direitos coletivos, inclusive os individuais homogêneos.

Isso, porque (e em linhas muito gerais), sustenta-se a necessidade de se traçar e compreender com clareza a distinção entre as figuras da **representação** e da **substituição** processual. Enquanto na primeira, o representante defenderia, em nome alheio, direito

-
3. Exemplos: **AgInt no REsp 1.271.338/SC**, Rel. Min. Isabel Gallotti, j. 03/08/2017; **Ag. REsp 35.712/SC**, Rel. Min. Raul Araújo, j. 02/08/2016; **REsp 1.325.278/DF**, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 02/08/2016; **REsp 1.362.224/MG**, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 02/06/2016; **REsp 1.374.678/RJ**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23/06/2015; **REsp 1.405.697/MG**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17/09/2015; **REsp 1.413.278/PR**, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 26/10/2016; **AREsp 872.756/RJ**, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 31/08/2016; **REsp 1.548.681/RS**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21/06/2016.
 4. Exemplos: **EDcl no AgRg no Ag. REsp 135.054/DF**, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16/05/2017; **EDcl no AgRg no Ag REsp 119.500/DF**, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16/05/2017; **REsp 1.279.789/GO**, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 13/12/2016; **EDcl no AgRg no Ag. Instr. 1.153.498/GO**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 11/10/2016; **REsp 1.357.759/GO**, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16/08/2016; **EDcl no REsp 1.186.714/GO**, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 05/04/2016; **Agr. Instr. 1.191.457/GO**, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/03/2016; **REsp 1.185.823/GO**, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 10/03/2016; **REsp 1.468.734/SP**, Rel. Min. Humberto Martins, j. 01/03/2016; **REsp 1.129.023/SC**, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16/02/2016; **REsp 1.182.454/SC**, Rel. Min. Maria Theresa de Assis Moura, j. 16/02/2016; **EDcl no AgRg no Ag. REsp 494.160/DF**, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 04/02/2016; **EDcl no AgRg no REsp 1.185.789/GO**, Rel. Min. Sebastião Nunes Reis, j. 03/12/2015; **EDcl no AgRg no Agr. Instr. 1.153.529/GO**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 24/11/2015.

também alheio, na segunda, o substituto já defenderia, em nome próprio, direito alheio. Até aí, alinhados com a melhor doutrina.

Entretanto, segundo essa visão, em nosso sistema processual, as entidades associativas *poderiam operar nas duas condições*: ora como representantes; ora como substitutas. Não haveria conflito entre ambas, cuja convivência ocorreria de maneira harmônica, dependendo, essencialmente, da natureza do direito a ser tutelado e do próprio interesse do ente associativo, na extensão da coisa julgada que procurasse obter.

Na *representação processual*, os entes associativos defenderiam, essencialmente, direitos individuais “puros” ou “heterogêneos” de seus associados⁵, enquanto na *substituição processual*, aí sim, direitos coletivos, incluindo os individuais homogêneos. Na primeira hipótese a tutela seria postulada por meio de *ação individual* e, na segunda, por *ação coletiva*, propriamente dita⁶.

Evidentemente que os direitos individuais dos associados, quando tendo alguma pertinência temática com os objetivos institucionais da associação, não raras vezes apresentam raiz comum e, aí, podem ser caracterizados também como “individuais homogêneos”. Nessas situações, alguns sustentam que a associação poderia adotar qualquer dos dois caminhos (representação ou substituição) à sua conveniência. A escolha dependeria, basicamente, da “estratégia”

5. É o que sustenta, p.ex., Elton Venturi, quando afirma que “a exigência contida no art. 5º, XXI, da CF, relativa à representação processual de seus filiados, deve ser interpretada condizentemente tão somente à dedução de pretensões de tutela jurisdicional de interesses ou direitos individuais puros (não homogêneos, portanto) de alguns de seus filiados” (O problema da ‘representação processual’ das associações civis na tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos segundo a doutrina de Alcides Alberto Munhoz da Cunha e a atual orientação do Supremo Tribunal Federal. In: REpro v. 41, n. 255, p. 287, São Paulo RT, 2016).

6. De acordo com esse mesmo autor, “ressalvadas as hipóteses de autêntica representação, quando a associação autoria propõe ação individual, em seu nome, na defesa de interesses não necessariamente pertinentes à classe, mas a apenas alguns de seus filiados que expressamente a autorizaram a ajuizar a demanda, em todos os demais casos trata-se de propositura de ação genuinamente coletiva, para a qual a entidade autora tem ampla autonomia, dispensadas as autorizações assemblear ou procurações específicas outorgadas pelos seus integrantes” (Processo Civil Coletivo, n. 7.1.4, p. 203, Ed. Malheiros, São Paulo, 2007).

processual por si traçada. Optando por atuar como representante, ajuizaria *ação ordinária por representação* ou, como visto, *ação individual*. Aí sua atuação estaria limitada a seus associados e, ainda assim, àqueles que a tenham autorizado expressamente a agir. Escolhendo, porém, atuar como *substituta processual*, aí ajuizaria *ação coletiva*. Nessa condição teria legitimidade muitíssimo mais ampla: atuaria em nome de todos os interessados (associados ou não) e independentemente de qualquer autorização específica.

O art. 5º, inc. XXI, da C.F., trataria, *exclusivamente*, da hipótese de representação do ente associativo para direitos individuais. Já a substituição processual (leia-se, a legitimação para ajuizar ações coletivas), apareceria prevista no art. 82, inc. IV, do CDC, no art. 5º da LACP e no art. 8º, inc. VI, da CF.

Por isso, para aqueles que adotam essa corrente de pensamento, os precedentes do STF estariam sendo mal interpretados. Isto é, ganhando extensão bem para além de seu objeto de decisão. Ali se teria decidido apenas a respeito da representação processual. Essa, relacionada com direitos individuais “puros” ou “heterogêneos”. A Corte Suprema não teria disposto nada a respeito da *substituição processual*. Logo, nada que pudesse ser invocado como precedente para limitar a atuação das associações na defesa de direitos individuais homogêneos de quem quer que seja (associados ou não), muito menos exigir-lhe autorização específica.

Em nosso sentir (e, com isso, já antecipando nossa opinião) esse posicionamento não se sustenta pois não encontra apoio no direito positivo. Aliás, essa forma de pensar, em nossa concepção, fere a lógica dos textos normativos envolvidos, como procuraremos demonstrar nas próximas linhas.

III. A estrutura normativa para tutela coletiva de direitos individuais por meio de entidades associativas

A tutela coletiva de direitos individuais está prevista e *delimitada* pelo texto constitucional. Em relação às associações civis, esses vetores aparecem traçados especialmente no art. 5º, incs. XXI e LXX, enquanto, para as entidades sindicais, no art. 8º, inc. III. É oportuno, para que o se dirá a seguir, que se atente à redação desses dispositivos:

Art. 5º, inc. XXI – as entidades associativas, quando **expressamente autorizadas**, têm legitimidade para **representar seus filiados** judicial ou extrajudicialmente; (g.n.)

Art. 5º, inc. LXX – o **mandado de segurança coletivo** pode ser impetrado por: a) partido político com representação no congresso nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou **associação legalmente constituída** e em funcionamento há pelo menos um ano, **em defesa dos interesses de seus membros ou associados**; (g.n.)

Art. 8º, inc. III – ao **sindicado** cabe a **defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria**, inclusive em questões judiciais ou administrativas; (g.n.)

Em relação a essas regras constitucionais, repare-se, desde já, o seguinte: **a)** as entidades associativas, por força de limitação constitucional, têm legitimidade para representar apenas seus filiados (e, portanto, ninguém estranho a essa agremiação); **b)** a regra é que, para isso, recebam “autorização expressa” desses filiados; **c)** essa autorização é dispensada para a impetração do mandado de segurança coletivo; **d)** mesmo nessa hipótese, porém, a “representatividade” (em sentido amplo) da associação continua circunscrita “à defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

Por sua vez, no plano infraconstitucional, a defesa de interesses individuais homogêneos surgiu com o Código de Defesa do Consumidor. A ideia motriz por detrás dessa criação, um tanto quanto peculiar do nosso ordenamento, alcança percepções da doutrina (especialmente de Mauro Capelletti, em meados da década de 1980), no sentido de que cada vez mais, nas sociedades de consumo, poderiam surgir direitos individuais que, por sua conformação peculiar (sobretudo quanto à expressão econômica), ficavam ao largo da proteção jurisdicional. Era economicamente inviável tutelá-los individualmente, embora, quando percebidos a partir do grupo de atingidos (até porque muitos poderiam estar sob a mesma situação), ganhavam conotação bem mais expressiva. É o exemplo do pacote de um produto qualquer, com quantidade pouco abaixo da indicada na embalagem: não há sentido em litigar individualmente, mas a soma dos interesses lesados pode ganhar conotação muito expressiva.

Essa “origem comum”, que por essa perspectiva, tornava “homogêneos” tais interesses, deveria poder receber proteção do Estado e, para isso, seria preciso romper, numa ponta, com a percepção tradicional da legitimidade para agir e, na outra, com a extensão dos efeitos da sentença que concedesse a proteção.

Foi o que fez o CDC e, diga-se de passagem, com pioneirismo. Ao menos três dispositivos ilustram, a partir do texto da lei, o quanto acima se destacou:

Art. 81, parágrafo único – A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) **III** – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum;

Art. 82 – Para fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados con-
correntemente: (...) **IV** – **as associações** legalmente constituídas há
pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a
defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, **dispensada a autorização assemblear**; (g.n.)

Art. 103 – Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença
fará coisa julgada: (...) **III** – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para **beneficiar todas as vítimas** e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. (g.n.)

Repare-se o seguinte: **a)** pela leitura do art. 82, inc. IV, as associações *parecem* dispensadas de autorização, em aparente conflito com a exigência do art. 5º, XXI, da C.F.; **b)** a eficácia subjetiva da coisa julgada envolvendo direitos individuais homogêneos, alcançará “todas as vítimas” cujos interesses tenham sido tutelados na ação de conhecimento.

Esses, na essência, são os pontos que, em nosso sentir, há tempos estão sendo mal compreendidos por parcela da doutrina e da jurisprudência. Os recentes precedentes do STF, aliás, corrigem justamente esses rumos.

Isso, porque, parece bastante evidente que a *leitura das regras do CDC, à luz do texto constitucional*, conduz a três conclusões parciais: **i)** as associações, por vedação constitucional, não têm legitimidade para buscar a tutela para direitos daqueles que não integrem seu quadro associativo, portanto, não há, nesse caso, substituição processual ou extraordinária, mas representação; **ii)** o CDC não pode expandir essa legitimidade, pois é lei ordinária e a limitação da Constituição Federal é preexistente e determina como devem ser lidos os dispositivos do CDC; **iii)** por consequência, e simetricamente, esses também são os limites subjetivos da coisa julgada formada em ação coletiva ajuizada por associação: apenas seus associados (enquanto “vítimas”) poderão ser beneficiados pela sentença coletiva.

Por mais surpreendente que seja, ***parcela da doutrina parece não ler as regras do CDC a partir das molduras desenhadas pelo texto constitucional***. Seria como se essas limitações não existissem ou como se, por construções sofisticadas, mas eminentemente doutrinárias (como uma alusão às condições de *substituto* ou de *representante, como sendo condições que as associações poderiam assumir à sua escolha*), fosse possível romper (ou, na prática, turvar) os limites estabelecidos pela Constituição.

Isso acontece, primeiramente, com os *limites da legitimação ativa das associações*, quando atuam na busca de tutela coletiva para direitos individuais. Não é difícil encontrar entendimentos (na doutrina e na jurisprudência), no sentido de que as associações, além de não dependerem de autorização expressa de seus filiados, poderiam defender os interesses individuais de todo e qualquer indivíduo que se encontrasse potencialmente numa situação de violação a direito homogêneo, consentânea com os objetivos institucionais da associação. Pouco importaria para isso a condição ou não de filiado.

Essa posição revela um primeiro equívoco: toda e qualquer tutela coletiva postulada por associação fica, necessariamente, limitada a seus associados e isso se impõe, repita-se uma vez mais, *por força do texto constitucional*.

Aliás, exatamente nesse sentido é a lição de TEORI ZAVASCKI, cujo texto merece ser aqui transcrito:

“Diferentemente do que ocorre com outras formas de legitimação, **do art. 5º, XXI, da CF é específica quanto a identificação dos legitimados (“entidades associativas”)**, mas é inespecífica quanto aos bens jurídicos passíveis de tutela, que nela não estão expressamente determinados. **Certamente não se trata de legitimação com objeto ilimitado. Há limitações implícitas, que podem ser identificadas por interpretação sistemática.**

Se a legitimação é para ‘representar seus filiados’, um limite de atuação fica desde logo patenteado: o objeto material da demanda deve ficar circunscrito aos direitos e interesses desses filiados. Um outro limite é imposto pelo interesse de agir da instituição legitimada: sua atuação deve guardar relação com seus fins institucionais”⁷. (g.n.)

7. Processo Coletivo – Tutela de Direito Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos, n. 7.4.3, p. 162/163, Ed. RT, São Paulo, 6ª edição, 2014.

Percebe-se a relação de simetria que deve necessariamente haver entre ambos os extremos do fenômeno: legitimação, de um lado, e a eficácia subjetiva da sentença pronunciada na ação coletiva ajuizada pela associação, do outro: isto é, os beneficiários dessa tutela. O art. 103, inc. III, do CDC, como destacado acima, atribui-lhe, de modo ofensivo à Constituição Federal, eficácia *erga omnes*, alcançando, por isso, todas as “vítimas” e seus eventuais sucessores.

Assim como em relação à legitimação ativa, parcela da doutrina enxerga nessa disposição, por força da locução *erga omnes* e da própria indeterminação do termo “vítimas”, a possibilidade de estender os efeitos da sentença coletiva para “todos”. Isto é, para todos aqueles, potencial e individualmente, atingidos pela violação reconhecida e tutelada na sentença coletiva.

A norma não comporta essa extensão. Se a Constituição expressamente determina que haja autorização dos associados para a postulação pela associação, com isso limita o âmbito dos atingidos pela eficácia da tutela àqueles que deram à associação expressa autorização (os associados e, ainda assim, aqueles que emitiram expressa autorização). Por questão elementar de simetria, a eficácia subjetiva da sentença a ser formada no futuro tem de, necessariamente, também observar esse limite. Aliás, é ilógico, acima de tudo, concluir que tendo o ente associativo legitimidade para representar em juízo apenas os seus associados, a tutela por si postulada atingirá, num segundo momento, um número indefinido de indivíduos, bem para além de seu quadro associativo.

Poder-se-ia até argumentar que o texto da Constituição seria restritivo demais; que teria sido instituído antes da criação dos direitos individuais homogêneos etc. Ainda assim, é o texto da Constituição... que PREVALECE sobre o do CDC, não havendo, assim, que se falar, em opção dos entes associativos, como se de duas leis ordinárias se tratasse.

Além disso, o termo *erga omnes*, pela contundência que sua acepção literal, evoca (algo que vale ou se aplica indistintamente para “todos”), certamente não foi a escolha mais adequada do legislador do CDC para designar os efeitos da tutela que fica limitada apenas aos integrantes que autorizaram a atuação de sua associação. Seja como for, essa é a universalidade dentro da qual a tutela coletiva, naquela hipótese legal, espalhará seus efeitos.

Por isso decidiu com todo acerto o STF no julgamento do **RE 612.043/PR**. Ao reconhecer a constitucionalidade do art. 2º-A da

Lei 9.494/1997, fixou o entendimento de que a eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados até a propositura da demanda, residentes no âmbito da jurisdição e constantes de relação juntada à inicial do processo de conhecimento.

Essa é a lógica do sistema de processo coletivo à luz dos limites traçados pela Constituição: se apenas os associados – que autorizaram expressamente – podem estar representados em juízo, apenas esses poderão, mais à frente, vir a ser beneficiados pela sentença. Dentro desse grupo restrito pode-se dizer que a tutela jurisdicional concedida por meio da ação coletiva terá eficácia *erga omnes*; esse grupo congrega (e, conseqüentemente, limita) as “vítimas” referidas no texto do art. 103, inc. III, do CDC.

Ir além disso, em nosso sentir, é atentar contra os limites estabelecidos pelo art. 5º, XXI, da C.F.

Há, ainda, a questão da (aparente) antinomia entre o art. 5º, XXI, da C.F. (ao exigir autorização expressa dos associados para legitimar a atuação da associação) e o art. 82, inc. IV, do CDC, cujo texto, aparentemente, a dispensa. Sobre isso destinamos o próximo item.

IV. A tentativa de ampliação da legitimidade das associações por meio da distinção entre *representação* e *substituição* na relação processual coletiva

O art. 5º, XXI, da C.F. não deixa dúvidas: o ente associativo só *representa* em juízo os associados que *expressamente* a tenham autorizado a tanto.

Já o art. 82, IV, do CDC, tem orientação diversa, mais abrangente: as associações têm legitimidade para postular a tutela a direitos coletivos (em sentido amplo), dispensando-se, para tanto, “a autorização assemblear”.

Num primeiro olhar, a norma infraconstitucional IGNORA, textualmente, limite imposto pela Constituição. Estar-se-ia, então, a partir dessa constatação, diante de flagrante inconstitucionalidade.

No entender de KAZUO WATANABE não existiria antinomia. O texto apenas colmataria alguma “dúvida” gerada pelo texto constitucional:

“A razão de ser dessa disposição está na dúvida suscitada pela regra contida no inc. XXI do art. 5º da Constituição Federal, que estatui que ‘as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.’

Para fins de defesa dos interesses e direitos dos consumidores, a autorização está ínsita na própria razão de ser das associações, enunciada nos respectivos atos constitutivos. Vale dizer, estão elas permanentemente autorizadas, desde a sua constituição, a agir em juízo desde que seja esse seu fim institucional”⁸.

Ou seja, o CDC, em linha com a Constituição, exigiria “autorização expressa”. Esse requisito seria atendido por meio de previsão estatutária. A locução “dispensada autorização assemblear”, deveria ser lida, então, como designando “bastando autorização estatutária”.

Outra parcela da doutrina sugere distinção diversa: o art. 5º, inc. XXI, da C.F e o art. 82, inc. IV, do CDC, disciplinariam fenômenos distintos e, mesmo assim, plenamente coexistentes. O primeiro trataria de hipótese estrita de *representação* por parte das associações, enquanto, o segundo, da autuação dessas entidades na condição de *substituto processual*.

A harmonia existiria, como dissemos acima, apenas se de duas leis infraconstitucionais se tratasse.

Na condição de *representante*, as associações precisariam, necessariamente, de autorização expressa para atuar em nome dos seus filiados. O problema é que, nessa condição, seu âmbito de atuação seria restritíssimo: ficaria limitado aos interesses individuais “puros” ou “heterogêneos” dos associados. Essa (e apenas essa) seria a hipótese tratada no texto constitucional.

Já o CDC tutelaria algo diverso. A possibilidade de a associação atuar sem autorização específica de seus associados, justamente porque, nessa hipótese, figuraria como *substituta processual* daqueles interessados. Isto é, demandaria em nome próprio proteção para direito alheio. A consequência prática imediata seria a dispensa da autorização expressa, além do alcance dessa legitimação que, para alguns, se expandiria bem para além dos associados.

8. Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, p. 760, 7ª edição, Ed. Forense Universitária, São Paulo, 2001.

Essa distinção, em nosso sentir, está equivocadamente traçada. A regra infraconstitucional não pode desconsiderar limitação imposta pela Constituição. ***Se, no texto constitucional, está expresso que a atuação das associações, em juízo, depende de expressa autorização de seus associados, a regra infraconstitucional não pode dizer o contrário. Trata-se de princípio elementar de hermenêutica.***

Ainda mais, diga-se de passagem, quando a própria Constituição, quando pretendeu retirar essa limitação (da autorização), assim o fez expressamente: é a hipótese do mandado de segurança coletivo, no art. 5º LXX, “b”. Quando entendeu ser necessária a atuação da associação sem a autorização expressa de seus filiados, assim o fez.

Portanto, a limitação que se pretende impor ao alcance do art. 5º, XXI, da C.F., se revela, no mínimo, opção inusitada. A começar, porque não há nada no texto dessa regra constitucional (e daquelas que lhe são correlatas) permitindo tal limitação. Mais ainda no âmbito dos entes associativos, cuja razão maior para reunião é a defesa dos interesses comuns (e não individuais) daqueles que optaram por se organizar um grupo.

O alcance do art. 5º, XXI, da C.F., portanto, só pode ser outro. Até porque, como bem lembrou o Min. MARCO AURÉLIO em seu voto no RE 573.232/SC, *“é inconcebível que haja uma associação que, pelo estatuto, não atue em defesa dos filiados”*. Ou seja, o propósito maior de toda e qualquer associação é atuar em prol dos interesses daquela coletividade que a compõe (e apenas excepcionalmente no interesse individual).

Essa distinção, em nosso sentir, está sendo empregada apenas como ferramenta dogmática para tentar compatibilizar o texto do art. 82, inc. IV, do CDC, com as limitações impostas pela Constituição. Como o texto infraconstitucional claramente amplia aquilo que a Constituição limita, a solução seria identificar em cada um deles hipóteses de incidência distintas. Do contrário, a norma constitucional e suas limitações devem prevalecer.

Todavia, procurar distinguir duas regras contendo previsões aparentemente contrárias, apontando que cada uma delas diria respeito a situações distintas, para, com isso, dar rendimento a ambos os dispositivos legais, *é algo bem-vindo, conforme já observamos, apenas quando se trata de textos normativos de mesma hierarquia*. Na situação em exame, porém, essa distinção não é possível

simplesmente porque *a Constituição Federal se sobrepõe à lei infra-constitucional* e, dessa maneira, determina *como* esta deve ser compreendida.

Sem dúvida, o texto constitucional impõe duas limitações muito evidentes à atuação das associações: primeiro, que operem apenas em prol dos interesses de “seus associados”; depois, que assim o façam sempre quando *expressamente* autorizadas. Se isso aproxima as associações da representação ou da substituição dentro da relação processual, é algo para a dogmática jurídica definir. Seja como for, essa distinção jamais pode servir para ampliar aquilo que a Constituição limitou.

Aliás, a própria Constituição, quando entendeu adequado retirar a exigência de autorização expressa para atuação das associações, assim o fez. É a hipótese do art. 5º, inc. LXX, “b”: a legitimidade para impetração do mandado de segurança coletivo.

Exatamente nesse sentido, foram precisas as observações do Min. MARCO AURÉLIO, ao longo dos debates desenvolvidos no julgamento do RE 573.232/SC:

“Presidente, se entendermos que as associações se igualam aos sindicatos, atribuiremos ao Legislador constituinte a inserção não apenas de palavras, mas de preceitos inócuos na Constituição Federal. **Partiremos para igualar o que previsto no inc. XXI do art. 5º com o que contém no inciso LXX. Aqui, sim, tem-se o abandono da exigência da representação retratada numa autorização expressa, no que se previu: (...)”⁹. (g.n.)**

Daí, resumidamente, o acerto dos precedentes do STF surgidos dos julgamentos dos RE 573.232/SC e 612.043/PR. Daí, também, o acerto do STJ na interpretação conforme a Constituição que vem dando ao art. 82, inc. IV, do CDC, por meio de diversos julgados recentes, vários deles listados linhas acima.

V. Sobre a aparente distinção de tratamento entre “Ação Civil Pública” e “Ação Coletiva Ordinária”

No julgamento do RE 612.043/PR fez-se menção a uma aparente dicotomia, sugerindo-se, a partir dela, a existência de duas

9. RE 573.232/SC, fls. 25.

modalidades distintas de tutela coletiva de direitos: de um lado, a tradicional “ação civil pública” e, de outro, a “ação ordinária coletiva,” essa última com base no art. 5º, inc. XXI, da C.F.

Não ficou claro se dessa distinção formal decorreria alguma diferença de regime jurídico. É bastante provável que tal menção tenha sido feita porque aparece no acórdão do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL da 4ª Região, impugnado naquele Extraordinário.

A imprensa, inclusive a especializada, divulgou com insistência a posição do STF no sentido de distinguir essas duas espécies de ações. Essa divulgação foi feita com alguma imprecisão, já que o acórdão não foi ainda publicado, e a notícia que se tem é fruto do que se ouviu durante os debates ocorridos na sessão de julgamento do recurso.

De fato, precedentes do TRF4 adotam aquilo que se poderia chamar de *concepção ampla* da Ação Coletiva (ou ação coletiva *lato sensu*). Dela seriam espécies a Ação Civil Pública e a ali denominada Ação Ordinária Coletiva.

Consultando algumas dessas decisões, percebe-se que tal distinção está relacionada à vedação imposta pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei 7.347/85. Esse dispositivo não permite a utilização da ação civil pública para veicular pretensões envolvendo tributos, contribuições previdenciárias etc. Assim e diante desse óbice formal, o Tribunal costuma converter a ação “civil pública” em “coletiva ordinária”, dando-lhe, com isso, normal processamento¹⁰.

Sem entrar no mérito dessa distinção (a qual, em nosso sentir, é bastante frágil), ***o fato é que não há sentido dogmático ou prático para se diferenciar o nomen iuris de ferramentas processuais que buscam a tutela, pela via ordinária, para os mesmíssimos direitos.***

10. Foi o que ocorreu, p.ex., no julgamento do **Ag. Instr. nº 5050833-26.2016.4.04.0000/SC**, cuja ementa é a seguinte: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. AÇÃO ORDINÁRIA COLETIVA. POSSIBILIDADE.**

1.A lei expressamente dispõe que não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos ou contribuições previdenciárias.

2. Cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, consoante estatui o art. 8º, III da CF/88.

3. Deve a ação ajuizada ser recebida como ação coletiva ordinária, conforme proposto inicialmente pela autora.

O que existe em nosso sistema, são basicamente duas atividades jurisdicionais: a *cognitiva* e a *executiva*. Ambas são colocadas em marcha por meio do direito de ação que, pedindo perdão pelo truísmo, é *abstrato*. Isto é, não costuma conviver bem com adjetivações, mais ainda quando relacionadas ao direito material que por meio dela se buscaria tutelar.

No caso dos direitos coletivos, a ferramenta processual para tutelá-los é a Ação Coletiva. Nada mais. Pode-se até, por questões eminentemente práticas, tratá-la como *gênero*, da qual, p.ex., seriam espécies a *ação civil pública*, a *ação coletiva do CDC* e o *mandado de segurança coletivo*. ***Em relação a esta última, não é demais lembrar, uma vez mais, que aqui a C.F. não fez a exigência de autorização (tal qual fixou no art. 5º, inc. XXI). Ou seja, aqui, sem dúvida, para fins de impetração do mandado de segurança coletivo, estamos diante do fenômeno da substituição processual que o Constituinte, como se vê, não desconhecia e, propositadamente, não atribuiu às associações.***

Mas ***mesmo essa distinção se revela inadequada***, pois em nosso sistema vigora um conjunto de regras que se inter-relacionam e formam aquilo que alguns denominam de “*microssistema coletivo*” (art. 90 do CDC e art. 21 Lei 7.347/85).

Aliás, alguns consideram equivocada até a própria denominação “ação civil pública”, cujo emprego há tempos se consagrou em nosso direito. Na verdade, o adjetivo “civil pública” nem sequer existia no desenho original do anteprojeto de lei que, em meados da década de 1980, sugeria a criação de instrumento específico para tutela de direitos difusos e coletivos. Ali foi agregado por sugestão do Ministério Público, que na época enxergava nela o correspondente *civil* da ação *penal* pública (condicionada e incondicionada)¹¹. Essa diferenciação, porém, revelou-se logo em seguida inadequada, porque seu emprego não cabia, com exclusividade, ao Ministério Público (e, portanto, não haveria razão para designá-la de “civil” e, muito menos, de “pública”).

Ou seja, não há a “ação coletiva” do “consumidor”, do “Ministério Público” ou aquela da “entidade sindical”. Há, sim, *ação coletiva*.

11. VIGLIAR, José Marcelo Menezes, Ação Civil Pública ou Ação Coletiva?, p. 446, In: *Ação Civil Pública – Lei 7.347/85 – 15 anos*, Coord. Édis Milaré, Ed. RT, 2ª Edição, São Paulo, 2002.

Isto é, a ferramenta processual por meio da qual, mediante legitimação específica, postula-se a proteção para direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Aliás, precisa, nesse sentido, a observação de ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES:

“A nova constituição trouxe, basicamente, dois dispositivos prevendo em geral a tutela coletiva, independentemente, portanto, da espécie de ação. No art. 5º, XXI, a legitimação é conferida às entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para representar seus filiados, judicial e extrajudicialmente. O art. 8º, III, por sua vez, dentro de arcabouço semelhante, estatui que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”¹². (g.n.)

Em outra passagem:

“A ação coletiva pode, portanto, ser definida, sob o prisma do direito brasileiro, como o direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas ou formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário a fim de exigir prestação jurisdicional, com o objetivo de tutela interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.”¹³

Na situação em exame, a distinção entre “civil pública” ou “coletiva ordinária” perde relevo, ao menos como forma de ampliar artificialmente a legitimação ativa das associações. Qualquer dessas demandas que ajuíze, a tutela por meio delas concedida terá de, necessariamente, observar os limites fixados pelo art. 5º., XXI, da C.F.: a associação sempre *representará* em juízo apenas os seus associados e quando, para tanto, tiver sido expressamente autorizada. Aí e com o máximo respeito, não importa que a ação tenha sido denominada ou venha a ser considerada como sendo da espécie “civil pública” ou “coletiva ordinária”. Em qualquer delas, o que importa, repita-se, são os limites traçados pela Constituição, em relação aos quais não é dado nem ao legislador infraconstitucional, nem ao intérprete, modificar.

12. Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional, n. 15.2, p. 195, ed. RT, 3ª edição, 2012.

13. Op. Cit., p. 30.

VI. Os recentes precedentes do STF e sua inequívoca aplicação às demandas coletivas versando sobre direitos individuais homogêneos

É oportuno analisar, também, o alcance dos precedentes do STF, especialmente daquele formado no julgamento do **RE 573.232/SC**. Alguns sustentam que ali a Corte Suprema teria enfrentado apenas a condição da associação enquanto *representante* de seus filiados. Logo, sua legitimidade para a propositura de “ação ordinária de representação” ou “ação individual”. Não se teria decidido nada a respeito de ação coletiva.

Equívocada essa percepção. Mais: leitura do acórdão releva a extensão do ali debatido, dos fundamentos determinantes que o sustentam e do que, com base neles, efetivamente se decidiu.

Definitivamente, a análise do STF não girava em torno da legitimidade das associações para defesa de direitos puramente individuais. **Bem ao contrário**. A começar pelo caso concreto que serviu de pano de fundo para decisão: uma associação do Ministério Público postulando diferenças de remuneração referentes a gratificação funcional. Logo, exemplo típico de direito individual, mas com base comum. Portanto, “homogêneo” para todos aqueles que se encontrassem na mesma situação. Não havia nenhum direito individual “puro” ou “heterogêneo” ali tratado. O interesse era comum aos integrantes do Ministério Público de Santa Catarina. Não por outra razão a celeuma no momento da execução.

Aliás, no voto vencido do Min. JOAQUIM BARBOSA, foram diversas as menções a direitos individuais homogêneos, tal qual disciplinados no CDC¹⁴. Mais ainda no voto vencedor do Min. TEORI ZAVASCKI, quando deixa claro que ali se estava analisando **demanda coletiva** (e não individual, em litisconsórcio):

“O que aqui se questiona é, unicamente, a *legitimidade ativa do associado* (e não da associação ou do sindicato) para executar em seu favor a sentença de procedência **resultante de ação coletiva**, proposta por Associação, mediante autorização individual e expressa de outros associados”. (g.n.)

“Pois bem, se é **indispensável, para propor ação coletiva, autorização expressa**, a questão que se põe é a que diz com o modo de

14. Como em diversas passagens nas fls. 37, 38 e 43 do Acórdão.

autorizar *'expressamente'*: se por ato individual, ou por decisão da assembleia de associados, ou por disposição genérica do próprio estatuto"(g.n.)

O mesmo ocorre com o julgado no **RE 612.043/PR**, cujo acórdão pende de publicação: a origem é ação coletiva proposta por associação de servidores públicos, na defesa dos interesses de seus associados. O decidido, a partir da declaração de constitucionalidade do art. 2º-A da Lei 9.494/1997, foi no sentido de que a eficácia subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas somente alcança os filiados e, ainda assim, apenas aqueles residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador e que estivessem, comprovadamente, filiados no momento da propositura da demanda.

Portanto e em nosso sentir, não há fundamento a sustentar a afirmação de que esses precedentes tratam de hipótese distinta de qualquer outra que verse sobre a tutela coletiva de direitos individuais.

VII. Conclusões

Diante do exposto, concluímos, sucintamente, o seguinte:

a) Por força do art. 5º, inc. XXI, da C.F. e da interpretação que recentemente lhe fixou o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do RE 573.232/SC, as associações em geral têm legitimidade para representar por meio de demandas coletivas apenas os seus associados e, ainda assim, aqueles que tenham autorizado expressamente a tanto, não bastando para suprir essa exigência mera previsão genérica em estatuto;

b) Em razão dos limites subjetivos da coisa julgada nas demandas coletivas ajuizadas por associações, terão legitimidade para executar eventual sentença condenatória genérica apenas os filiados ao tempo da propositura da demanda e que a tenham expressamente autorizado;

c) A distinção entre representação e substituição processual, invocada como forma de diferenciar as hipóteses tuteladas pela Constituição e pelo CDC, em relação a atuação das associações, não pode ignorar a prevalência do texto constitucional sobre as demais regras. Caso se entenda que o art. 82, inc. IV, do CDC, realmente tenha pretendido estabelecer o regime de *substituição processual* para as associações, fica evidente aí, então, o intuito de criar *regra*

ampliativa em relação ao texto constitucional, o que se revela impossível pela própria hierarquia das regras;

d) Assim, a interpretação conjunta do art. 5º, XXI, da C.F., com o art. 82, IV, do CDC, leva à conclusão de que ali não há regime de *substituição* para as associações em relação a seus filiados: há, apenas, *representação*, por expressa imposição constitucional;

e) Os precedentes recentemente formados no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL orientam todo o sistema jurídico e têm aplicação inequívoca nas ações coletivas ajuizadas por associações, quer formadas por entidades de classe, quer por consumidores. Todas, por óbvio, estão sujeitas aos limites da Constituição e, portanto, a todas se aplica a orientação fixada pela Corte Suprema;

f) A distinção sugerida no Acórdão do TRF da 4ª Região, apreciado no julgamento do RE 612.043/PR, entre ação civil pública e ação coletiva ordinária, não tem relevância, ao menos não para o fim de eventualmente ampliar aquilo que a Constituição expressamente delimitou: em qualquer demanda coletiva as associações *representam* apenas seus filiados e, para isso, precisam de autorização expressa;

g) Não há dúvida, portanto, de que os precedentes do STF (RE 573.232/SC e RE 612.043/PR) tratam de ações coletivas ajuizadas por associações na defesa dos interesses (naqueles casos concretos, individuais e homogêneos) de seus associados. Logo, de sua edição em diante passam a vincular a orientação a ser adota em todas as ações coletivas ajuizadas por associações e versando sobre direitos individuais homogêneos.

É a nossa opinião, *s.m.j.*

Curitiba, 07 de setembro de 2017.

TERESA ARRUDA ALVIM



2

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MATÉRIA TRIBUTÁRIA; DIREITOS DISPONÍVEIS; INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI QUE CRIA O TRIBUTO; “EQUIVALÊNCIA” A UMA ADIN – CAUSA DE PEDIR

PARECER

I. A consulta

Consultam-nos os ilustres advogados, Luiz Fernando Casagrande Pereira e Mônica Mine Yao, sobre o destino que se deve dar à Ação Civil Pública (ACP) intentada pelo Ministério Público de Santa Catarina (MPSC) contra o Município X e Y (sucedida por A), em que aquele formula, contra estes, entre outros, pedido de que se afaste a cobrança de valores relativos à limpeza urbana, serviços de varrição e serviços gerais, sob forma de taxa ou tarifa, por haver ilegalidades, fundamentalmente ofensas aos arts. 150 da Constituição Federal e 128, I, da Constituição Estadual de Santa Catarina.

Essa é, de rigor, a terceira ação levada ao Judiciário Catarinense, pelo MPSC, em que, direta ou indiretamente, se toca no mesmo tema, além de outra ACP, anteriormente intentada por Associação Catarinense de Defesa do Consumidor, extinta sem julgamento de mérito.

A seguir, trataremos, sucintamente de todas elas, para, depois de tecermos nossas considerações sobre a matéria, respondermos aos quesitos.

II. Sobre a ACP e o contexto em que foi movida

Da leitura dos documentos apresentados, pudemos depreender que o Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) e 2 (duas) Ações Cíveis Públicas (ACP 1 e ACP 2), com o propósito de, em todas essas ações, discutir, fundamentalmente, o mesmo tema.

Trataremos, aqui, dos tópicos relevantes e que interessam ao presente parecer, em conformidade com os quesitos formulados pela Consulente.

Inicialmente, o MPSC ajuizou, contra o Município X, em 25.02.1999, uma ADIn, perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), visando à declaração da inconstitucionalidade do art. 1º, § 2º e art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 1.609/96 e do Decreto n. 3.022/98 – sob o argumento de que esses dispositivos afrontariam o disposto no art. 150, CF e nos arts. 128, I e 124, § 4º, da Constituição do Estado de Santa Catarina –, com a cessação da cobrança da taxa/tarifa de coleta de lixo e limpeza urbana, como disciplinada nos mencionados diplomas legais.

Na parte introdutória da petição inicial da ADIn, o MPSC menciona que a “*Associação Catarinense de Defesa do Consumidor – ACADECO, em 17.12.98 ajuizou a Ação Civil Pública contra o Município X, visando, em suma, a suspensão liminar da cobrança da Taxa de Coleta do Lixo, Limpeza Pública e Conservação – ‘TLU’*”, mas que essa ACP foi extinta, pelo Presidente do TJSC, sem julgamento de mérito “*por entender incabível na espécie, o aludido procedimento, mas sim, o da Ação Direta de Inconstitucionalidade*”.

A ADIn, tratando do mesmo tema versado na ACP mencionada no parágrafo anterior, foi ajuizada em virtude da promulgação da Lei n. 1.609/96, que alterou o art. 230 do Código Tributário Municipal e estabeleceu normas para a concessão de serviços urbanos de coleta de lixo, mediante a cobrança de *taxa*.

Por força de edital publicado, e no qual se sagrou vencedora a empresa Y, foi celebrado o contrato administrativo entre o Município e Y tendo por objeto a concessão dos serviços urbanos de coleta de lixo.

Entendeu o MPSC, contudo, que o Contrato teria sido celebrado com base em dispositivos inconstitucionais da Lei n. 1.609/96, pois: (i) teria autorizado a Y a proceder à cobrança da *taxa, diretamente*

dos usuários dos serviços objeto da concessão; e (ii) já que a remuneração deveria ocorrer por meio de *taxa*, seu valor deveria equivaler aos custos do serviço prestado e não a um repasse de percentual da Y para o Município.

A ADIn baseou-se, também, na inconstitucionalidade do Decreto Municipal n. 3.022/98, por ter convertido a remuneração dos serviços de coleta de lixo, de *taxa* para *tarifa*, estabelecendo valores para pagamento pelos usuários de acordo com a área edificada dos imóveis e o zoneamento e classificação correspondentes.

A ADIn foi, por votação unânime, julgada **improcedente**, pelo Pleno do TJSC, em 03.09.2003, tendo o acórdão transitado em julgado. Dessa decisão consta inexistir “qualquer vício de inconstitucionalidade nas normas impugnadas”.

Considerou-se relevante, no acórdão que decidiu a ADIn, fazer-se menção à decisão de improcedência da Ação Civil Pública (ACP 1) distribuída pelo MPSC, em 22.07.1999, perante a Vara da Fazenda Pública, para efeito de reforçar sua fundamentação.

A ACP 1 foi ajuizada em 23.07.1999 pelo MPSC, também, nesse caso, contra o Município e a Y, sob o fundamento de que seria ilegal a cobrança de tarifa relativa ao serviço de coleta de lixo imposta pela Lei n. 1.609/06 e pelo Decreto Municipal n. 3.022/98 (os mesmos diplomas legais que tiveram sua constitucionalidade desafiada na ADIn, que foi julgada *improcedente*).

Sob o fundamento de que o Contrato apresentaria irregularidades insanáveis relativas ao seu conteúdo (principalmente porque, (i) além de autorizar a cobrança de tarifa – ao invés de taxa – pela prestação de serviços; e (ii) previa a fixação de preço global, pela totalidade dos serviços, quando o edital previa a fixação de preço unitário), o MPSC formulou, entre outros pedidos, a declaração de nulidade do Contrato, assim como da precedente licitação, ou a decretação de nulidade de algumas cláusulas do Contrato e do Edital de licitação.

Da leitura da petição inicial da ACP 1, verifica-se que as cláusulas do Contrato, cuja decretação de nulidade pretende o MPSC, dizem respeito a (i) prazo contratual e sua prorrogação, (ii) à cobrança da taxa diretamente pela Y, (iii) ao recebimento de comissão, pelo Poder Público, sobre os valores dos serviços executados por Y e (iv) à possibilidade de suspensão dos serviços por inadimplemento

de seus usuários (fundamentalmente, os argumentos utilizados pelo MPSC para tentar demonstrar a inconstitucionalidade de dispositivos legais, na ADIn).

A ACP 1 foi julgada parcialmente procedente e todas as partes envolvidas (MPSC, Município e Y) recorreram.

Quando do julgamento dos recursos acima mencionados, a Z Câmara Cível do TJSC, em 20.12.2001, por votação unânime, proferiu acórdão – transitado em julgado – negando provimento ao recurso do MPSC e dando provimento à remessa necessária e ao recurso do Município, assim como ao recurso da Y, **para julgar improcedentes todos os pedidos objeto da ACP 1.**

Em 03.08.1999, o MPSC distribuiu **outra** Ação Civil Pública (a ACP 2), novamente, contra o Município e Y.

Ao historiar os fatos que embasam o direito postulado na ACP 2, o MPSC informa que *“a não concessão da liminar na ADIN em nada prejudica a presente ação, já que as ações diretas não implicam em litispendência”*. *“De outro lado”,* continua o MPSC, em sua inicial, *“inexiste coisa julgada, uma vez que os pressupostos e causa de pedir são diversos”*.

Assim foi que o MPSC, **ainda durante o trâmite da ADIN que ajuizou**, mais especificamente, **após ter-lhe sido negada a liminar pretendida naquela ação constitucional**, ajuizou a ACP 2 com o objetivo de, entre outros, obter a: **(i)** declaração de que os serviços de coleta de lixo são remunerados por taxa devendo, consequentemente, a legislação municipal que disciplina a matéria de forma diversa, ser declarada “inválida”; **(ii)** declaração de impossibilidade de cobrança de tarifa sobre os serviços de coleta de lixo dos condomínios prediais; **(iii)** limitação da cobrança dos valores referentes aos serviços de coleta de lixo a 80% do valor do IPTU; **(iv)** se, alternativamente, de tarifa se tratar, a suspensão da cobrança como fixada no Decreto n. 3.022/98, com a fixação de seu valor mediante apuração em perícia; e **(v)** exclusão do valor correspondente à limpeza urbana, serviços de varrição e gerais, com a declaração de invalidade da cobrança desses serviços e da legislação municipal que a instituiu.

A ACP 2 foi ajuizada pelo MPSC sob o fundamento de que o Contrato celebrado entre o Município e a Y estaria fundado em um *“sistema legal todo”* que, *“desde seu início, encontra-se em total*

descompasso com as normas jurídicas atinentes, inclusive no tocante à natureza do serviço de coleta de lixo”.

O MPSC informa que, em virtude das ilegalidades mencionadas no parágrafo anterior, ajuizou a ACP 1 com o intuito de ver declarada a nulidade do Contrato celebrado com irregularidades insanáveis.

Mesmo que a ADIn ainda estivesse em curso, bem como a ACP 1, o MPSC informa da necessidade da ACP 2 *“a fim de possibilitar uma análise paralela de outros aspectos ilegais e não abordados na ação que discute o contrato, sem qualquer prejuízo à presente ou sem que implique em aceitação daquele procedimento”*, sustentando, mais à frente de sua petição inicial, que *“a declaração, por sentença, da nulidade do contrato, tornará sem objeto as questões deduzidas”* na ACP 2.

A ACP 2 baseou-se, fundamentalmente: (i) na alegada *ilegalidade* da conversão da cobrança de *taxa*, sobre o serviço de coleta de lixo, em tarifa, contida no Decreto n. 3.022/98, a ferir o princípio da legalidade insculpido no art. 150, CF e no art. 128, inciso I, da Constituição Estadual; (ii) na cobrança indevida da tarifa de coleta de lixo diretamente dos condomínios e não dos proprietários das respectivas unidades autônomas; (iii) no custo tido, pelo MPSC, como extremamente elevado, apresentado por Y, aceito pelo Município e cobrado da população de X, sem um respectivo limitador da tarifa devida pelo serviço de coleta de lixo; (iv) na inclusão, nos custos do serviço de coleta de lixo, de serviços de coleta de lixo hospitalar e de limpeza urbana; (v) na irrazoabilidade do valor da tarifa cobrada pelo Município; e (vi) no fato de a Y encaminhar correspondência de cobrança para os consumidores inadimplentes quanto ao pagamento da tarifa.

A ACP 2 foi julgada parcialmente procedente, em primeiro grau de jurisdição, tão somente, para se declarar: (i) a possibilidade de ser cobrada a tarifa de condomínios prediais, apenas quando proprietários de unidades autônomas; (ii) a impossibilidade de se cobrar a tarifa da limpeza pública geral de varrição e outros previstos na cláusula 1.1.7 do Contrato; assim como para (iii) se determinar a vedação de inclusão do valor relativo ao serviço de coleta de lixo hospitalar no custo geral do cálculo da tarifa e (iv) condenar o Município e Y na devolução em dobro dos valores relativos às cobranças mencionadas nos itens anteriores.

O Município e Y (agora, por sua sucessora: A) interpuseram recursos de Apelação aos quais foi, por votação unânime, negado provimento, alterando-se, tão somente, a questão da sucumbência do Município, que foi afastada pela decisão colegiada.

A A interpôs Recurso Especial, por afronta ao art. 2º, Lei n. 9.074/95; ao art. 9º, Lei 8.987/95; art. 22, Lei 8.078/90 (CDC); art. 188, Lei 10.406/2002 (Código Civil); arts. 3º e 13, Lei 7.347/85 e arts. 19 (*caput* e § 2º), 20 (*caput* e §2º), 33, 81, 535 (inciso II) e 538 (parágrafo único), Lei 5.869/73 (CPC).

O Município interpôs Recurso Especial, por afronta ao art. 42 do CDC.

Ambos, Município e A, interpuseram Recurso Extraordinário.

O Recurso Especial do Município foi inadmitido, enquanto o da A foi admitido pela alegada ofensa aos arts. 535, inciso II e 538, CPC/73.

No que tange aos Recursos Extraordinários: o do Município foi inadmitido e o da A foi tido por prejudicado em parte e inadmitido em outra. Ambos, Município e A, interpuseram Agravo da Decisão de Inadmissão de seu Recurso Extraordinário.

O Município, por sua vez, interpôs Agravo contra a decisão de inadmissão de seu Recurso Especial.

Foi-nos solicitado parecer a respeito dessa ação, exatamente nesse momento processual.

III. Temas relevantes

III.1. Ilegitimidade do MP para entrar com ACP envolvendo direitos individuais homogêneos e da impossibilidade de se usar a ACP para veicular pretensões de direito tributário

O MP, de rigor, não tem legitimidade para atuar na defesa de direitos individuais homogêneos, pois esses são disponíveis. O art. 127 da CF faz alusão ao que incumbe ao MP, como instituição: defender a ordem jurídica do regime democrático, interesses sociais e individuais indisponíveis. O art. 129, III, da Constituição Federal alude à promoção de inquérito civil e de ACP para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de *outros interesses difusos e coletivos*.

Essas normas deixam campo aberto à legislação infraconstitucional para disciplinar a matéria, *dentro*, porém, *dos limites traçados*, que não incluem direitos individuais DISPONÍVEIS, ainda que homogêneos.¹(grifos nossos)

Essa posição, embora vencida no STJ, é a que nos parece, por todas as razões aqui sucintamente expostas, correta. Como se trata de um parecer em que se pede a opinião da signatária, é exigência, ligada à honestidade intelectual, que esses argumentos constem dessa peça.

Sabe-se que direitos individuais homogêneos, na verdade, são direitos individuais que, por terem origem comum, *podem ser tratados coletivamente*. Entretanto, as ações coletivas, que versem direitos individuais homogêneos, devem ser, a nosso ver, intentadas por outros legitimados, não pelo MP.

Miguel Reale, que participou da elaboração e da discussão do Anteprojeto da Constituição, explica que nesse texto constava a possibilidade de o Ministério Público “*promover ação civil pública, nos termos da lei, para a proteção do patrimônio público e social, dos*

-
1. Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzili afirma que “Interpretando conjuntamente o inc. III do artigo 129, com a norma de destinação institucional (art. 127), torna-se claro que o Ministério Público terá legitimidade para ação civil pública na defesa de interesse difuso ou coletivo, bem como na defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis.(...) Tal dispositivo é norma de encerramento que permite à lei infraconstitucional atribuir-lhe outras funções (o que, aliás, é de todo previsto no § 5º do art. 128). **Contudo, nenhuma das novas atribuições infraconstitucionais poderá fugir da destinação institucional do Ministério Público, o que, a nosso ver, lhe veda a defesa de interesses exclusivamente individuais disponíveis (art. 127, caput)**”. (*O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.107-119). REsp 664139/RS, 2.ª T., j. 12.05.2005, Rel. Min. Castro Meira, publ. 20.06.2005. “Ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Município de Geraldo Salgado, objetivando a suspensão da cobrança das taxas de iluminação pública, remoção de lixo, conservação de vias, expediência e conservação de estradas. Ilegitimidade do Ministério Público Estadual para propor a ação civil pública, uma vez que, na hipótese em exame, não se trata de defesa de interesses coletivos ou difusos, transindividuais e indivisíveis, tampouco de direitos individuais indisponíveis e homogêneos, mas sim de direitos individuais, divisíveis e disponíveis de determinados contribuintes.” (REsp 302647/SP, 2.ª T., j. 15.04.2003, Rel. Min. Franciulli Netto, publ. 04.08.2003).

interesses difusos e coletivos, dos interesses indisponíveis e das situações jurídicas de interesse geral ou para coibir abuso de autoridade ou do poder econômico". A Assembleia Nacional Constituinte, porém, excluiu a parte que se referia às "situações jurídicas de interesse geral".²

Afirma, ainda Miguel Reale, que "o objetivo do legislador, ao redigir a norma constitucional, foi evitar expressões vagas, que importassem na conversão do Ministério Público em supremo órgão tutelar de todas as situações jurídicas que pudessem ser consideradas de interesse geral".³⁻⁴⁻⁵

Portanto, é inconstitucional a defesa de qualquer interesse individual homogêneo pelo *parquet*, salvo se se tratar de interesses indisponíveis, ressalva feita pela Constituição Federal.

A permitir-se que vingue a equivocada interpretação, que efetivamente acabou vingando, segundo a qual o Ministério Público estaria legitimado para intentar ações cujo escopo seria a tutela de interesses de natureza individual, ofendidos estariam os arts. 2.º da Lei 8.906/94 e 6.º do CPC (assim como o art. 133 da Constituição Federal), já que a figura do advogado se tornaria prescindível para o funcionamento do aparelho jurisdicional, pois bastaria ao sistema o Ministério Público, o Juiz e os réus. A função do advogado ficaria restrita à representação de réus. O Ministério Público seria, então, como regra, autor da ação penal e autor da ação civil.

Situação dessa natureza levaria, se ocorresse, à falência do bem engendrado sistema de distribuição de funções entre todos os

2. *In*: Pedro da Silva Dinamarco. Ação Civil Pública. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 212.

3. *In*: Pedro da Silva Dinamarco. *Op. cit.*, p. 213.

4. Nesse sentido, Kazuo Watanabe afirma que "em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do *parquet*". *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 511.

5. Também Ives Gandra Martins preleciona que "quem tem a faculdade de dispor de um seu direito é seu único titular, não podendo ser substituído por ninguém contra sua vontade, contra sua autorização, contra sua deliberação. O Ministério Público não pode dispor de direito individual de um cidadão, sem que este o autorize, razão pela qual não lhe outorgou a Constituição Federal competência para proteção dos direitos individuais se não aqueles que são indisponíveis e, assim mesmo, por outro veículo processual que não o veículo da ação civil pública". (RT 707/19-32).

operadores do Direito – advogados, promotores e magistrados –, de maneira que o Ministério Público passaria a ter exacerbada influência sobre a atividade jurisdicional do Estado! Todo exagero, todo desequilíbrio de forças, enfim, pode representar um risco à estrutura democrática do Estado.⁶

Há decisões, mais antigas, considerando que se alargar, desse modo, a legitimidade do Ministério Público, para propor ação civil pública em caso de direitos individuais, significa uma supressão do direito subjetivo público de ação de cada um dos atingidos pela suposta lesão, já que, às vezes, a ação é movida até mesmo contra a vontade deles, configurando-se, aí, uma substituição processual indevida. É, portanto, extremamente temeroso atribuir-se legitimação ativa *ad causam* para o Ministério Público nesses casos.⁷

Há, também, acórdão no qual se assevera que não foi a intenção do legislador constituinte transformar o Ministério Público em curador e *custos legis general*, dispensando o concurso do advogado, para poder pugnar em juízo por todo e qualquer interesse coletivo.⁸

De fato, a própria Lei 7.347/85 (LACP) *não elenca* direitos individuais homogêneos como hipótese em que o MP poderia manejar a ACP, substituindo-se aos advogados. A exceção diz respeito aos direitos do consumidor (art. 1.º, II).

-
6. Transcreve-se, por oportuno, trecho de voto proferido por Araken de Assis, que versa sobre a questão: “nos termos do art. 129, inc. III da Constituição Federal, o Ministério Público só tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesses difusos e coletivos, que são os interesses sociais inculpidos no caput do art. 127. Não são direitos de índole diversa, e, muito menos, direitos patrimoniais disponíveis, como se verifica na espécie. Conceber a esfera legitimante do Parquet diversamente levaria à aniquilação de direitos privados, à alteração, por órgão do Estado, do objeto litigioso, em qualquer demanda: bastaria autorizar a intervenção do Ministério Público num organismo com poderes ainda maiores do que a Prokuradura soviética” (TJRS, Ap. 592.13468-8, 1.ª Câmara Cív. apud Rogério Lauria Tucci, Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público, in *RT* 745/87).
 7. STJ, Recurso Especial n. 35644-0/MG, j. 10.9.93, Rel. Min. Garcia Vieira, publicado na RSTJ 54/306-310.
 8. “Todo e qualquer interesse pode ser tido e rotulado de difuso, na esteira do que disse alguém alhures, pois tudo que afeta o menor dos indivíduos a todos afeta” (...) “É cômodo acionar o Ministério Público, inclusive porque não se corre o risco de sucumbência” (TJSP, Ap. 196206-1, j. 11.11.93, rel. Francisco Casconi, publicado na JTJ-LEX 152/9).

Ademais, o parágrafo único do art. 1.º dessa lei (LACP) diz, com toda clareza possível: “não será cabível a ACP para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados” (g.n.).

Esse dispositivo afasta, a nosso ver, **não só a legitimidade do MP**, mas, também, impede **o uso da ação coletiva** nessas hipóteses, fundamentalmente, pelas razões expostas no item subsequente.⁹

9. A jurisprudência é farta nesse sentido, tanto no STF quanto no STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. ILEGITIMIDADE ATIVA.

1. Ampliação dos limites estabelecidos em lei para a dedução da base de cálculo do IRPF. Jurisprudência assente no sentido de que falece ao Ministério Público legitimidade processual para, em ação civil pública, deduzir pretensão relativa a matéria de natureza tributária.

2. Agravo regimental não provido”. (STF, AgRg no RE 736365/SP, 1.ªT., Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 28.10.2014, DJ 21.11.2014 – g.n.);

“DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO, APELAÇÃO INTERPOSTA EM FACE DE SENTENÇA PROFERIDA EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE DISCUTE MATÉRIA TRIBUTÁRIA (DIREITO DOS CONTRIBUINTES À RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA SUPOSTAMENTE INCONSTITUCIONAL). ILEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, DEDUZIR PRETENSÃO RELATIVA À MATÉRIA TRIBUTÁRIA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. REPERCUSSÃO GERAL CONHECIDA.

Voto do Rel. (p. 5):

[A] jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento segundo o qual falece ao Ministério Público legitimidade ativa ad causam para deduzir em juízo pretensão de natureza tributária em defesa dos contribuintes, visando a questionar a constitucionalidade/legalidade de tributo”. (STF, Resp. Geral no RE c/ Ag. 694294, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 25.04.2013, DJ 17.05.2013);

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. QUESTIONAMENTO DA VALIDADE DE TRIBUTO. INTERESSE INDIVIDUAL PATRIMONIAL E DISPONÍVEL. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE.

1. O Ministério Público não tem legitimidade para defender interesse individual patrimonial e disponível de contribuinte, pelo questionamento da cobrança de tributo.

2. Situação que não se confunde com a discussão travada pelo Pleno desta Corte no RE 576.155-RG (rel. min. Ricardo Lewandowski, Pleno, julgamento em curso), cuja questão de fundo é se saber se o Ministério Público tem legitimidade para questionar a concessão de benefícios fiscais teoricamente contrários ao interesse público.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

Voto do Rel. (p. 4):

A orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido da ilegitimidade do Ministério Público para defesa de interesses patrimoniais perfeitamente individualizados do contribuinte, ainda que considerada a coletividade” (STF, AgRg no AGI 327013/MG, 2.ªT., Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 06.04.2010, DJ 30.04.2010);

“PROCESSO CIVIL – LEGITIMIDADE E INTERESSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Art. 1º DA LEI N. 7.347/85 – TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – MUNICÍPIO – DEFESA DE INTERESSES DE CONTRIBUINTES – IMPOSSIBILIDADE.

1. Diz o parágrafo 1º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85): ‘Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.’

2. É da jurisprudência iterativa do STJ a ilegitimidade do Ministério Público para, por meio de ação civil pública, declarar a inexigibilidade de taxa de iluminação da municipalidade, bem como requerer a repetição de indébito.

3. Contribuinte não é consumidor, nem a ele é equiparado. Os interesses defendidos pelo Ministério Público em ação civil pública, que tem por objeto a defesa de contribuintes, são divisíveis, disponíveis e individualizáveis; oriundos de relações jurídicas assemelhadas, porém, entre si, distintas. Daí a ilegitimidade e a falta de interesse de agir do *Parquet*.

Recurso especial conhecido e improvido” (STJ, REsp 903256/MG, 2.ª T., Rel. Min. Humberto Martins, j. em 27.02.2007, DJ 12.03.2007);

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ILEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA 83/STJ.

1. O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública com o objetivo de impedir a cobrança de tributos na defesa de contribuintes, pois seus interesses são divisíveis, disponíveis e individualizáveis, oriundos de relações jurídicas assemelhadas, mas distintas entre si. Contribuintes não são consumidores, não havendo como se vislumbrar sua equiparação aos portadores de direitos difusos ou coletivos. Precedentes.

2. Recurso especial provido” (STJ, REsp 308745/ES, Rel. Min. Castro Meira, j. em 17.11.2005, DJ 28.11.2005);

A hipótese que nos interessa aqui é de ACP envolvendo matéria tributária. A lei é expressa no sentido de *não* permitir o uso dessa ação quando a lide envolve tributos.¹⁰

Entretanto, nos três acórdãos citados em seguida, compreende-se *a verdadeira razão* que deve levar à inadmissibilidade da ACP,

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INEXISTÊNCIA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.

1. O Ministério Público não tem legitimidade para ajuizar ação civil pública com o objetivo de obstar a cobrança de taxa de iluminação pública, por suposta inconstitucionalidade, uma vez que se trata de interesses individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, devendo ser defendidos, portanto, por seus titulares, os quais como contribuintes não podem ser equiparados a consumidor.
 2. O ajuizamento da ação civil pública em data anterior à edição da Medida Provisória no 2.180-35, de 24.08.2001, não altera tal entendimento.
 3. Precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE 213631/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 07.04.00, p. 288) e da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (AgRg na PET 1093/RS, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 16.12.02, p. 223 – RSTJ 166/21).
 4. Agravo regimental desprovido”. (STJ, AgRg no REsp 495915/MG, 1.ª T., Rel. Min. Denise Arruda, j. em 15.03.2005, DJ 04.04.2005).
10. A legitimidade já foi definida na Medida Provisória nº 2.180-35 de 2001 e tem por fundamento a impossibilidade de utilização de ACPs em substituição das ADIs. Esse tema já havia sido firmado pelos Tribunais Superiores antes mesmo da edição da Medida Provisória. No caso da ACP da ACADECO (ACP anterior ao ajuizamento da ADI), o TJSC decidiu que o entendimento do STJ era o seguinte: em se tratando de matéria tributária, não pode ser proposta Ação Civil Pública para objetivar a encampação dos direitos deferidos aos consumidores, quando na verdade trata-se de contribuintes.

Trata-se do entendimento fixado nos casos de taxa de iluminação pública ou de empréstimo compulsório sobre combustíveis, em que se entendeu que a ilegitimidade do MP também decorria do fato de que os contribuintes não poderiam ser encaixados como consumidores. Haveria aqui um verdadeiro vício de representação.

A ACP 2 antecede a MP. Há precedentes do STJ expressos no sentido de que o entendimento pela inviabilidade da ACP em matéria tributária aplica-se mesmo nos casos anteriores à edição da Medida Provisória nº 2.180-35 de 2001 (STJ, AgRg no AREsp 413.797/MG, Rel. Min. Humberto Martins, j. 26.11.2013, DJe 09.12.2013).

quando se trata de matéria tributária, de que se cuidará com mais vagar em seguida: trata-se de usar a ACP como se fosse uma ADIn, burlando o sistema.

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MATÉRIA TÍPICAMENTE TRIBUTÁRIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE ATIVA. SÚMULA 83/STJ. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF.

1. Cuida-se originalmente de ação civil pública manejada pelo ora recorrente contra o Município de Divinópolis na qual pleiteia-se o reconhecimento da ilegalidade da taxa de expediente para emissão de guia de pagamento do IPTU (TSA -Taxa de Serviços Administrativos).

2. O caso dos autos diz respeito à limitação imposta pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85 no que se refere à legitimidade ministerial.

3. É firme a orientação no sentido da ilegitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública com objetivo tipicamente tributário, visando impedir a cobrança de tributos, tendo em vista que o contribuinte não se confunde com o consumidor, cuja defesa está autorizada em lei, **além de que funcionaria a referida ação como autêntica ação direta de inconstitucionalidade.** (grifos nossos)

4. Acolher a tese recursal de que a relação jurídica seria consumérista, segundo a qual o tributo ora questionado não se trata de taxa e sim de preço público demandaria interpretação da lei local que rege a matéria. Incidência da Súmula 280/STF.

Agravo regimental improvido”¹¹

“PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IPTU – TAXA DE LIMPEZA, CONSERVAÇÃO DE VIAS E LOGRADOUROS E ILUMINAÇÃO PÚBLICA – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI – MINISTÉRIO PÚBLICO – ILEGITIMIDADE ATIVA ‘AD CAUSAM’ – PRECEDENTES. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERMO DE ACORDO DE REGIME ESPECIAL (TARE). ILEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. NATUREZA TRIBUTÁRIA.

1. O Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública com objetivos tributários, escopo visado na demanda com pedido pressuposto de declaração de inconstitucionalidade de lei

11. STJ, AgRg no AREsp 289788/MG, 2.ªT., Rel. Min. Humberto Martins, j. em 07.11.2013, DJe 16.12.2013.

municipal que instituiu a cobrança de taxas de limpeza, conservação de vias e logradouros e iluminação pública, assumindo a defesa dos interesses do contribuinte. (Precedentes: **RESP 845034/DF**, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, Data de julgamento: 14/02/2007; **RESP 701913/DF**, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, Data de julgamento: 28/02/2007; **AgRg no REsp 710.847/RS**, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 29.08.2005; **AgRg no REsp 495.915/MG**, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 04/04/2005; **RESP 419.298/RS**, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 06/12/2004).

2. A ação civil pública não pode ser utilizada como substituta da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, nem mesmo para declaração incidental.

3. Deveras, a premissa do pedido do Ministério Público de que a cobrança de taxas municipais e do IPTU, por via oblíqua, atinge os demais contribuintes, revelando interesses transindividuais violados, é exatamente a que inspirou o legislador a vetar a *legitimatío* do *Parquet* com alteração do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, que o deslegitima a veicular 'pretensões que envolvam tributos'. (Art. 1º § único da Lei 7.347/85, com a redação dada pela Medida Provisória 2.180/2001)

4. Consectariamente, qualquer ação, ainda que não ostente tipicidade estrita tributária, mas que envolva 'pretensão tributária', consoante dicção legal, torna interdita a *legitimatío ad causam* do Ministério Público.

5. Inequívoca natureza declaratória de inconstitucionalidade travestida em ação civil pública com contornos competenciais de legitimação e eficácia da coisa julgada incompatíveis com o modelo federal de controle concentrado dos atos do Poder Público.

6. Impossibilidade jurídica do pedido acrescida da carência acionária pela inadequação do meio que induz à extinção do processo.

7. Incabível a ação civil pública, cuja sentença tenha eficácia *erga omnes*, quando substitutivo da ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes: REsp 678911/MG, DJ 23/06/2005, desta Relatoria; REsp 401554/DF, DJ 26.05.2006; REsp 457090/DF, DJ 25.04.2006.

8. Recurso especial desprovido.¹²

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA.

12. STJ, REsp 883690/SP, 1.ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. em 20.09.2007, DJ 22.10.2007.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. INIDONEIDADE DA VIA ELEITA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE ATIVA. PRECEDENTES.

I – A ação civil pública não se presta como instrumento de controle de constitucionalidade, não substituindo a ação direta de inconstitucionalidade, objetivando declaração de inconstitucionalidade de lei municipal.

II – O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública visando obstar a cobrança de tributos, por se tratar de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, que devem ser postulados por seus próprios titulares.

III – Agravo Regimental improvido”.¹³

III.2. A ação coletiva fazendo as vezes de ADIn

Sabe-se que, no Brasil, o controle de constitucionalidade das leis pode dar-se pela via da ação direta, com efeitos *erga omnes*, e, incidentalmente, com efeitos restritos às partes. Neste último caso, os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo cinge-se às partes, muito frequentemente para efeito de servir de apoio ao pedido formulado.

Assim, por exemplo, A pode pretender não pagar certo tributo (pedido) porque a norma que o prevê é inconstitucional (causa de pedir) e, sendo seu pedido julgado como procedente, só as partes é que serão afetadas por essa decisão.

Nesse caso, B pode intentar ação idêntica e nada impede que essa seja tida como improcedente, pois B não é atingido pela decisão proferida na ação movida por A.

Entretanto, nas ações coletivas, a eficácia da sentença opera de forma diferenciada. Atinge todos aqueles cujo interesse está sendo veiculado pelo autor coletivo, que são as *partes*, no sentido material. Portanto, dizer que a coisa julgada só opera efeitos “entre as partes” pode significar que esses efeitos, feitas algumas ressalvas, operam-se *erga omnes*.

Assim, se, em certa ACP, um ente coletivo pleiteia que não seja cobrado certo tributo (pedido), porque a norma que o institui é

13. STJ, AgRg no REsp 710847/RS, 1.ª T, Rel. Min. Francisco Galvão, j. em 07.06.2005, DJ 29.08.2005.

inconstitucional (causa de pedir), ainda que não se tenha pedido na ACP (como pedido principal) a declaração de inconstitucionalidade (porque não se poderia mesmo fazê-lo) a decisão terá, *no plano dos fatos*, eficácia equivalente ao de uma ADIn.

Ademais, a decisão *exaure*, inteiramente, a eficácia da norma que instituiu o tributo. Por isso, não se admitem ACPs nestes casos.

Explicamos: de nada adianta se dizer que o reconhecimento da inconstitucionalidade *incidenter tantum* (ou seja, não como mérito, não no *decisum*, propriamente dito) só diz respeito às partes (= àqueles que serão atingidos pela eficácia da decisão) se, NO CASO DAS AÇÕES COLETIVAS, as verdadeiras partes (aqueles que serão atingidos pela decisão) são toda uma comunidade (cuja identificação depende do caso concreto).

Essa circunstância, óbvia e evidentemente, aproxima, indevidamente, a ACP de uma ADIn, já que os resultados daquela, como se disse, *no plano empírico*, passam a ser quase que equivalentes aos desta. Por isso é que se diz, acertadissimamente, que haveria, nestes casos, verdadeira *usurpação de competência* do STF pelos tribunais ordinários.

Essa é uma das razões em virtude das quais se acrescentou o parágrafo único ao art. 1.º da Lei 7.347/1985, que proíbe o uso de Ação Civil Pública para veicular pedidos ligados a *tributos*, contribuições previdenciárias, FGTS etc.

Esse fenômeno foi bem percebido por Teori Albino Zavascki, em acórdão que julgou a Recl 1414/BA em 09.05.2016, de que consta o trecho:

“O juízo de procedência da Ação Civil Pública terá, na prática, alcance e conteúdo semelhante ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade, estando dotado, inclusive de eficácia vinculante e erga omnes. Em situações assim, é firme a jurisprudência do STF em assentar a ocorrência de usurpação de competência desta Corte” (g.n.).

No mesmo sentido, acórdão cujo relator foi o Min. Carlos Velloso:

“RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEI Nº 9.688/98 - CARGO DE CENSOR FEDERAL - NORMAS DE EFEITOS CONCRETOS - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - PLEITO PRINCIPAL NA AÇÃO CIVIL

PÚBLICA – CONTORNO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. A ação civil pública em tela tem por objeto a Lei no 9.688/98, que teve sua inconstitucionalidade arguida perante esta Suprema Corte, nos autos da ADI no 2.980/DF, tendo o pleito sido rejeitado por se tratar de normas de efeitos concretos já exauridos.

2. A Lei no 9.688/98 foi editada com o fim de imprimir eficácia à norma do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal de 1988, após provocação por esta Suprema Corte (ADI no 889/DF), norma essa que versa, especificamente, sobre o aproveitamento dos ocupantes do extinto cargo de censor federal em outras carreiras.

3. O pleito de inconstitucionalidade deduzido pelo autor da ação civil pública atinge todo o escopo que inspirou a edição da referida lei, **traduzindo-se em pedido principal da demanda**, não se podendo falar, portanto, que se cuida de mero efeito incidental do que restou então postulado.

4. Voto vencido: a ação civil pública tem como pedido principal a pretensão de nulidade de atos de enquadramento de servidores públicos. A declaração de inconstitucionalidade da lei em que se embasa o ato que se pretende anular constitui fundamento jurídico do pedido, portanto, a **causa petendi**, motivo pelo qual não há falar em usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

5. Reclamação julgada procedente, por maioria¹⁴(grifos nossos)

“Reclamação: procedência: usurpação da competência do STF (CF, art. 102, I, a).

Ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos **erga omnes** não é posta como causa de pedir, mas sim, como o próprio objeto do pedido, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade de leis federais, da privativa competência originária do Supremo Tribunal¹⁵.

“Agravo regimental.

– Não se admite ação que se intitula ação civil pública, mas, como decorre do pedido, é, em realidade, verdadeira ação direta de

14. STF, Rcl. 1503/DF, Plenário, Rel. Min. Carlos Velloso, R.P./Acórdão Min. Dias Toffoli, j. em 17.11.2011, DJ 10.02.2012.

15. STF, Rcl. 2224-2/SP, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 26.10.2005.

inconstitucionalidade de atos normativos municipais em face da Constituição Federal, ação essa não admitida pela Carta Magna.

Agravo a que se nega provimento".¹⁶

“RECLAMAÇÃO. CONTROLE CONCENTRADO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

As ações em curso na 2ª e 3ª varas da Fazenda Pública da comarca de São Paulo – objeto da presente reclamação – não visam ao julgamento de uma relação jurídica concreta, mas ao da validade de lei em tese, de competência exclusiva do Supremo Tribunal (artigo 102-I-a da CF). Configurada a usurpação da competência do Supremo para o controle concentrado, declara-se a nulidade ab initio das referidas ações, determinando seu arquivamento, por não possuírem as autoras legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.

Voto do Rel. (pp. 2-3):

*Desta forma, não se configura nenhum litígio, nenhum caso concreto que sirva de base à declaração incidental de inconstitucionalidade pela competência difusa do juiz de primeiro grau. Resulta claro que o controle direito de constitucionalidade foi repassado ao juízo monocrático estadual, em óbvia usurpação da competência concentrada desta casa.*¹⁷

Veja-se abaixo, os quadros comparativos das causas de pedir e dos pedidos formulados, que interessam a este parecer:

ADIn	
Causas de pedir	<p>* Violação pelos arts. 1.º, § 2.º e 2.º, parágrafo único, da Lei Municipal n. 1609/96 e violação pelo Decreto Municipal n. 3022/98, aos arts. 150, CF e 128, I, Constituição Estadual Santa Catarina. Isso, porque:</p> <p>a) Em razão do caráter <i>compulsório</i> da prestação relacionada ao serviço público de coleta domiciliar de lixo (por questões de saúde pública), a natureza jurídica da cobrança em questão seria tributária (mais precisamente de <i>taxa</i>), e não de <i>tarifa</i>, que é facultativa.</p> <p>b) Tendo em vista que o Decreto Municipal n. 3.022/98 tratou a <i>taxa</i> em questão como se <i>tarifa</i> fosse, houve violação, também, ao princípio da legalidade.</p>

16. STF, AgRg em AGI 189601-2/GO, 1.ªT., Rel. Min. Moreira Alves, j. em 26.08.1997, DJ 03.10.1997.

17. Rcl. 434-1/SP, Plenário, Rel. Min. Francisco Rezek, j. em 10.12.1993, DJ 09.12.1994.

ADIn	
Pedidos	<p>* Declaração de inconstitucionalidade dos arts. 1.º, § 2.º e 2.º, parágrafo único, da Lei n. 1609/96 e do Decreto Municipal n. 3022/98;</p> <p>* Cessação da cobrança de taxa/tarifa de coleta de lixo e limpeza urbana da forma regulamentada nos mencionados dispositivos legais, cuja declaração de inconstitucionalidade se requer.</p>

ACP 1	
Causas de pedir	<p>* Ilegalidade do Decreto Municipal n. 3022/98 por violar o disposto nos arts. 150, CF e 128, I, da Constituição do Estado de Santa Catarina;</p> <p>* Ilegalidades contidas na Lei 1609/96, em seus arts. 1.º, §2.º e 2.º, parágrafo único.</p> <p>Isso, porque:</p> <p>a) Em razão do caráter <i>compulsório</i> da prestação relacionada ao serviço público de coleta domiciliar de lixo (por questões de saúde pública), a natureza jurídica da cobrança em questão seria tributária (mais precisamente de <i>taxa</i>), e não de <i>tarifa</i>, que é facultativa.</p> <p>b) O contrato firmado entre o Município X e Y seria nulo, por irregularidades relacionadas ao procedimento licitatório.</p> <p>c) Certas cláusulas contratuais seriam nulas, mais precisamente as que tratam dos seguintes temas: – prazo contratual de 20 anos; – cobrança da <i>taxa</i> diretamente pela Y (isso não seria possível, segundo o MPSC); e – repasse de 3%, da Y para o Município, a título de “comissão” (impossibilidade);</p> <p>d) Ilegalidade decorrente da ausência de cláusula impeditiva da descontinuidade da prestação do serviço por conta do inadimplemento do usuário.</p>
Pedidos	<p>* Declaração de nulidade do contrato e da licitação; ou</p> <p>* Declaração de nulidade das cláusulas 2.1; 7.23; 6.6 e 18.5, do contrato e os itens 14.4 e 14.4.2, do edital de licitação;</p> <p>* Declaração de inaplicabilidade aos serviços de limpeza urbana do disposto no art. 3.º da Lei 8987/95;</p> <p>* Condenação do Município e Y/A a devolver os valores recebidos em desconformidade com a legislação aplicável.</p>

ACP 2	
Causas de pedir	<p>* Ilegalidade do Decreto Municipal n. 3022/98 por violar o disposto nos arts. 150, CF e 128, I, da Constituição do Estado de Santa Catarina</p> <p>Isso, porque:</p> <p>a) Em razão do caráter <i>compulsório</i> da prestação relacionada ao serviço público de coleta domiciliar de lixo (por questões de saúde pública), a natureza jurídica da cobrança em questão seria tributária (mais precisamente de <i>taxa</i>), e não de <i>tarifa</i>, que é facultativa.</p>

ACP 2	
Causas de pedir	<p>b) Não seria possível a cobrança da <i>taxa</i> dos condomínios prediais, por não se enquadrarem no conceito de “sujeito passivo” à luz da legislação tributária (levando-se em conta o entendimento e que é <i>taxa</i>, e não <i>tarifa</i>).</p> <p>c) Haveria disparidade entre o preço cobrado dos usuários e o custo relacionado à prestação do serviço de coleta de lixo, devendo ser estabelecido um “limitador” para que o valor cobrado não atinja (ou até mesmo supere) o valor do IPTU.</p> <p>d) Não seria possível a inclusão, no valor da <i>taxa/tarifa</i>, dos custos com coleta de lixo hospitalar e limpeza urbana.</p> <p>e) Mesmo em se tratando de <i>tarifa</i>, não houve concorrência no procedimento licitatório, além do fato de não haver sido levado em consideração o efetivo interesse público dos munícipes de X.</p> <p>f) Seria necessário levar em consideração o princípio da vulnerabilidade do consumidor, no que tange à interpretação das cláusulas do contrato firmado entre Y e Município.</p> <p>g) Não seria possível incluir os consumidores nos cadastros de devedores e/ou protesto, em razão do disposto no art. 42 do CDC.</p> <p>h) Haveria necessidade de suspensão de propagandas que veiculam a realização de sorteios, por ausência de prévia autorização do Ministério da Justiça, com o estabelecimento de obrigação, à concessionária, de contrapropaganda, para fins de esclarecimentos relativos à suspensão dos sorteios.</p>
Pedidos	<ul style="list-style-type: none"> * Declaração de que os serviços de coleta de lixo e sua destinação final são remunerados por <i>taxa</i>; * Declaração de invalidade da legislação municipal que disciplina a matéria de forma diversa; * Declaração de impossibilidade de cobrança de <i>tarifa</i>, sobre os serviços de coleta de lixo, por se tratar de <i>taxa</i> travestida de <i>tarifa</i>; * Estabelecimento de um limitador para a cobrança dos valores referentes aos serviços de coleta de lixo de 80% sobre o valor do IPTU; * Alternativamente, se se entender que de <i>tarifa</i> se trata, suspender a cobrança das <i>tarifas</i> fixadas pelo Decreto n. 3022/98 e determinar que o Município emita carnê com base nos valores de 1998 da <i>tarifa</i>; * Fixação dos valores devidos pelo consumidor, conforme perícia; * Excluir o valor correspondente à limpeza urbana, serviços de varrição e serviços gerais, com a declaração de invalidade de cobrança desses serviços e da legislação municipal que assim estabeleceu; * Excluir os serviços que não devem integrar os custos; * Condenar o Município e a Y/A a devolver em dobro os valores recebidos a maior.

III.3. ADIn – Coisa julgada – Causa de pedir universal da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

Conforme se pode observar do histórico dos fatos (item 1 deste parecer), bem como do quadro-resumo indicado no item precedente,

um dos pedidos formulados na ACP 2 é no sentido de que seja declarado que os *serviços de coleta de lixo* (e sua destinação final) somente poderão ser *remunerados* por meio de *taxa*, e não *tarifa*. Com isso, pede-se a declaração de “*invalidade*” [sic] da *legislação municipal* (de X) que tenha disciplinado a matéria em sentido diverso daquele defendido pelo MPSC.

Ora, isso nada mais é do que requerer, com outras palavras, a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei municipal n. 1.609/96, do município catarinense acima referido, que prevê a remuneração de serviços de coleta de lixo por meio de tarifas (e não pela via das taxas), pedido esse que já foi apreciado quando do julgamento da ADIn proposta pelo mesmo MPSC, que, foi julgada improcedente, por meio de acórdão já transitado em julgado.¹⁸

18. Veja-se, novamente:

Pedido formulado na ADIn:

1 - Declaração da INCONSTITUCIONALIDADE dos arts. 1º, § 2º e art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.609 /96, e do Decreto nº 3.022, de 1998, cessando a cobrança da *taxa/tarifa* de coleta de lixo e limpeza urbana da forma regulamentada nos aludidos dispositivos.

Pedidos formulados na ACP 1:

1 - Declaração de nulidade do contrato nº 083/97, celebrado entre o Município X e Y, e, conseqüentemente, da licitação por irregularidades no procedimento licitatório; ou

2 - Declaração de nulidade: a) das cláusulas nºs 2.1, 7.23, 6.6 e 18.5 do contrato nº 083/97; b) das cláusulas nºs 14.4 e 14.4.2, do edital, que tratam, respectivamente, do prazo da concessão e de sua prorrogação; c) da possibilidade de cobrança das tarifas pela própria concessionária; e d) da remuneração de 3% ao Município;

3 - Declaração de impossibilidade de suspensão dos serviços de coleta de lixo e limpeza urbana, tanto por parte do Município como de qualquer concessionária;

4 - Condenação das réis a devolverem os valores recebidos, em razão da declaração da nulidade do contrato, inclusive dos 3% relativos à “comissão” paga pela concessionária ao Município; e

5 - Condenação dos réus nos ônus da sucumbência, estes revertidos em favor do FUNDO DE RECONSTITUIÇÃO DOS BENS LESADOS DO ESTADO DE SANTA CATARINA.

Pedidos formulados na ACP 2

1 - Declaração de que os serviços de coleta de lixo e sua destinação final são remunerados por taxa e, conseqüentemente, da invalidade da legislação

Discutir qual é a contraprestação adequada ao serviço de coleta de lixo – **se taxa**, que está submetida às limitações constitucionais ao poder de tributar; **ou tarifa**, em que prevalece a autonomia da vontade das partes – é algo que está **definitivamente resolvido no âmbito do Município X**, pois **sobre o assunto já houve pronunciamento definitivo por parte do Poder Judiciário**. Entendimento contrário a esse implica violação à coisa julgada formada no âmbito da ADIn, e, também, o reconhecimento de que uma *ação civil pública pode ser dotada de efeitos rescisórios*, circunstância que, de tão absurda, não requer mais extensas considerações.

Nem se diga que a coisa julgada ocorrida na ADIn não teria o condão de impedir a rediscussão sobre poder ser remunerado o serviço de coleta de lixo por taxa ou por tarifa, porque a causa de pedir da ADIn *não seria a mesma* da ACP. Conforme noticiamos no item II deste parecer, essa afirmação consta da inicial da ACP 2: essa ação teria “pressupostos e causas de pedir diversos”.

Se já não bastassem todos os argumentos antes alistados – não poder o MP intentar ACP para veicular pedido ligado a interesses individuais disponíveis; não poder haver ACP em matéria tributária;

municipal que disciplina a matéria de forma diversa – este pedido não poderia ter sido formulado, pois já foi decidido tanto na ADIn como na ACP 1.

2 – Declaração de impossibilidade de cobrança dos condomínios prediais, por se tratar de taxa (e não tarifa), sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) em caso de eventual descumprimento; este pedido, também, não poderia ter sido formulado, pois decorre do pedido “1” (de declaração que é taxa, e não tarifa), que já foi decidido na ADIn e na ACP 1.

3 – Estabelecimento de um limitador para a cobrança (de 80% sobre o valor do IPTU); pedido novo, mas sem base legal;

4 – Caso se entenda que se trata de *tarifa*, suspensão da cobrança até a comprovação, por sentença, da efetiva tonelagem de lixo recolhido (pois este seria o parâmetro para se identificar o custo da atuação da concessionária, devendo ser fixado por sentença o valor devido pelos consumidores (após a realização de perícia); pedido novo.

5 – Exclusão do valor correspondente à limpeza urbana, serviços de varrição e serviços gerais do valor da *taxa* ou *tarifa*, uma vez que tais serviços devem ser remunerados através de impostos gerais; pedido novo

6 – Condenação dos réus à devolução, em dobro, segundo art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, dos valores recebidos a maior, bem como a condenação aos ônus da sucumbência, que, por sua vez, deverão ser revertidos em favor do FUNDO DE RECONSTITUIÇÃO DOS BENS LESADOS DO ESTADO DE SANTA CATARINA.

não ser permitida, sob pena de burla à lei, ACP cujo sentido prático seja equivalente ao de uma ADIn; **é escancarada a ofensa à coisa julgada, que ocorreu no acórdão que julgou a ACP 2 em relação àquilo que se decidiu na ADIn.**

Na verdade, de rigor, *pouco importa qual teria sido a causa de pedir da ADIn*. Pleiteou-se, perante o Poder Judiciário, que se reconhecesse inconstitucional a remuneração dos serviços de coleta de lixo por tarifa. O correto, segundo o MPSC, seria que esta remuneração ocorresse por taxa.

A regra geral, no sentido de que a causa de pedir *qualifica* o pedido, e que, portanto, UMA VEZ ALTERADA A CAUSA DE PEDIR, está-se diante de OUTRA AÇÃO, não se aplica às ADIns.

Não pode haver várias ADIns subseqüentes, com base em outras (diferentes) causas de pedir. A primeira, ainda que seja julgada improcedente, impede que sejam feitas outras tentativas.

Esta ADIn foi julgada improcedente: a lei que criou a TARIFA não é inconstitucional: nem pela causa de pedir usada (= tratar-se de serviço público essencial, que só poderia ser remunerado por taxa), ***nem por qualquer outra***. É a teoria da causa de pedir aberta.

Nesse sentido, é a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni:

*“[S]e a causa de pedir é aberta, ou seja, permite a aferição da inconstitucionalidade a partir de qualquer fundamento constitucional, não é possível propor, após o julgamento de ação de inconstitucionalidade de determinada lei, outra ação de inconstitucionalidade da mesma lei com base em fundamento não invocado – já que todos estão inclusos na causa de pedir, tenham ou não sido expressamente deduzidos. (...) [S]e nenhum outro fundamento pode ser utilizado para impugnar a norma, a decisão de improcedência, isto é, **a própria decisão que declara a constitucionalidade da norma, tem eficácia vinculante sobre os juízes e tribunais inferiores, impedindo-os de analisar qualquer fundamento relacionado à constitucionalidade da norma.**”¹⁹ (grifos nossos)*

Nessa exata linha, sempre foi a jurisprudência do STF, desde a época do Ministro Moreira Alves, que proferiu acórdão paradigmático:

19. Luiz Guilherme Marinoni et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 947-948.

“Recurso extraordinário. Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Crédito e de Direito de Natureza Financeira – CPMF (art. 75 introduzido no ADCT pela Emenda Constitucional nº 21/99).

– Tendo o Pleno desta Corte, ao julgar a ADI 2.031, relatora e eminente Ministra Ellen Gracie, dado pela improcedência da ação quanto ao artigo 75, §§ 10º e 2º, introduzido no ADCT pela Emenda Constitucional nº 21/99, **isso implica, em virtude da “causa petendi” aberta em ação dessa natureza, a integral constitucionalidade desses dispositivos com eficácia “erga omnes”.** (...)

Recurso extraordinário não conhecido”.²⁰ (grifos nossos)

Também, posteriormente:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CPMF. CONSTITUCIONALIDADE.

O Plenário desta comenda Corte, ao julgar a ADI 2.031, §§ 1º e 2º do art. 75 do ADCT, introduzidos pela Emenda Constitucional 21/99. Isto porque as ações diretas de inconstitucionalidade possuem “causa petendi” aberta. É dizer: **ao julgar improcedentes ações dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal afirma a integral constitucionalidade dos dispositivos questionados** (Precedente: RE 343.818, Relator Ministro Moreira Alves). (...)”²¹ (grifos nossos)

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CPMG. CONSTITUCIONALIDADE.

O Plenário desta comenda Corte, ao julgar a ADI 2.031, rejeitou todas as alegações de inconstitucionalidade do *caput* e dos §§ 1º e 2º do art. 75 do ADCT, introduzidos pela Emenda Constitucional 21/99. Isto porque **as ações diretas de inconstitucionalidade possuem causa de pedir aberta. É dizer: ao julgar improcedentes ações dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal afirma a integral constitucionalidade dos dispositivos questionados** (Precedente: RE 343.818, Relator Ministro Moreira Alves).

Embargos de declaração rejeitados”²² (grifos nossos)

20. STF, RE 343.818-2/MG e RE 357.576-7/SP, 1.ªT., Rel. Min. Moreira Alves j. em 17.12.2002, DJ 07.03.2003 e 14.03.2003.

21. STF, AgRg no RE 431.715-0/MG, 1.ªT., Rel. Min. Carlos Britto, j. em 19.04.2005, DJ 18.11.2005.

22. STF, RE 372.535-1, EdCl no AgRg no RE 372.535-1/SP, Rel. Min. Carlos Britto, j. em 09.10.2007, DJ 11.04.2008.

III.4. *Recurso Especial e Ação Rescisória como meios idôneos a levantar os vícios que maculam a ACP 2*

III.4.1. *Recurso especial e matéria de ordem pública*

O recurso especial passa por três juízos: o de admissibilidade, o de cassação e o de rejugamento.

No juízo de admissibilidade, examinam-se requisitos genéricos como a tempestividade, o interesse em recorrer etc. Como se trata de recurso com fundamentação vinculada, há requisitos de admissibilidade específicos, por exemplo, o prequestionamento.

Uma vez admitido o recurso, passa-se ao juízo de cassação ou de anulação do acórdão impugnado, examinando-se se houve, de fato, a ofensa ao direito federal alegada no recurso, sobre a qual deve ter havido *prequestionamento*.

Para que o recurso especial seja admitido, basta a alegação de que tenha havido ofensa ao direito federal. Quando se cassa a decisão, é por que se terá verificado ter, efetivamente, ocorrido tal ofensa.²³

Para que o recurso especial seja admitido e a decisão cassada, é imprescindível que sobre o fundamento do recurso tenha havido prequestionamento.

Uma vez cassada a decisão, no entanto, deve o STJ *rejulgar* a causa.²⁴

23. Sempre nos pareceu que a **ofensa à lei** é, de rigor, a única hipótese de cabimento do recurso especial e é pressuposto sempre presente para possibilitar o exame do mérito do recurso especial. De rigor, o art. 105, III, b e c não são hipóteses autônomas de cabimento de recurso especial. São, a nosso ver, hipóteses em que a ofensa à lei pode se revelar. Nada mais.

24. Já nos ensinava Min. Zavascki: “Questões terminológicas à parte, o certo é que, admitida a sua natureza revisional, o julgamento do recurso especial e do extraordinário comporta, a rigor, três etapas sucessivas, cada uma delas subordinada à superação positiva da que lhe antecede: (a) a do juízo de admissibilidade, semelhante ao dos recursos ordinários; (b) a do juízo sobre a alegação de ofensa a direito constitucional ou a direito federal (que na terminologia da Súmula 456 do STF compunha, conforme já registrado, o juízo de conhecimento); e, finalmente, se for o caso, (c) a do novo julgamento da causa.” (Teori Albino Zavascki. *Jurisdição Constitucional do Superior Tribunal de Justiça. RePro*, São Paulo, n. 212, p. 13-23, Out/2012).

Sempre se discutiu sobre qual seria o âmbito das matérias das quais o STJ poderia conhecer nesta terceira fase do recurso especial.²⁵

Já havia, mesmo antes do NCPC, jurisprudência do STJ no sentido de que, ao rejulgar a causa, o Tribunal Superior poderia (= deveria) conhecer de matéria de ordem pública.²⁶ Nesse exato e preciso sentido é a Súmula 456 do STF.²⁷

Nesse sentido, Acórdão do STJ, cujo relator foi o Min. Arnaldo Esteves de Lima:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDORES PÚBLICOS. AÇÃO VISANDO A EQUIPARAÇÃO REMUNERATÓRIA. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE GOIÁS. CAPACIDADE RECURSAL. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, Arts. 267, § 3º, E 301, § 4º). APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. SÚMULA 456/STF. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

(...)

3. O Superior Tribunal de Justiça pode enfrentar a matéria prevista nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, porquanto ‘Os temas que gravitam em torno das condições da ação e dos pressupostos processuais podem ser conhecidos *ex officio* no âmbito deste egrégio STJ, desde que o apelo nobre supere o óbice da admissibilidade recursal, no afã de aplicar o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e Súmula n.º 456 do STF’ (REsp 864.362/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 15/9/2008).

4. Agravo regimental não provido.”²⁸ (grifos nossos)

25. Nelson Nery Jr. *Teoria Geral dos Recursos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

26. STF, RE 346736 AgR-ED/DF, 2.ª T., j. 04.06.2013, rel. Min. Teori Zavascki, DJe 17.06.2013.

27. “Como se observou, a Súmula 456 do STF significa, sem sombra de dúvida, que os Tribunais Superiores não são Cortes de Cassação. Assim, admitidos os recursos de estrito direito, haverá, de acordo com o que consta na Súmula 456, *rejudgamento da causa*, respeitados os limites decorrentes da natureza dos recursos especial e extraordinário, que, como regra geral, *impedem o reexame das provas constantes dos autos*”. (Teresa Arruda Alvim; Bruno Dantas. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 397).

No mesmo sentido, acórdão cujo relator foi o Min. Humberto Martins:

“PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE QUE DIFERE DO JUÍZO DE REJULGAMENTO. ABERTURA DE INSTÂNCIA. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO. SÚMULA 456/STF. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE.

1. O Tribunal de origem quando julgou a causa apreciou a questão da violação do princípio da razoabilidade, o que configura o prequestionamento implícito do art. 2º da Lei n. 9.784/99.

2. Conhecido o recurso especial por qualquer dos seus fundamentos, opera-se a abertura de instância, de modo que, ao julgá-lo, poderá esta Corte Superior conhecer de ofício, ou por provocação, de todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo, bem como, de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, mesmo que não tenham sido enfrentadas no acórdão recorrido.

3. É preciso fazer uma diferenciação entre o juízo de admissibilidade e juízo de rejuízo. Para ser admitido o recurso especial, é indispensável o prequestionamento; mas, uma vez admitido, no juízo de rejuízo não há qualquer limitação cognitiva, a não ser a limitação horizontal estabelecida pelo recorrente.

4. Trata-se do chamado efeito translativo (profundidade do efeito devolutivo), reconhecido na Súmula 456/STF, segundo a qual, ‘O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.’

Agravo regimental improvido”²⁹ (grifos nossos)

Dando ênfase à dimensão do efeito devolutivo do recurso especial, depois de conhecido o recurso:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. Art. 257 DO RISTJ. CELERIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PREQUESTIONAMENTO. MITIGAÇÃO. EMBARGOS DE

28. STJ, AgRg no AREsp 44971/GO, 1.ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 22.05.2012, DJe 05.06.2012.

29. STJ, AgRg no REsp 1200904/ES, 2.ª T., Rel. Min. Humberto Martins, j. em 17.03.2011, DJe 29.03.2011.

DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. HARMONIA ENTRE DECISÃO EMBARGADA E ACÓRDÃOS PARADIGMAS. NÃO CONHECIMENTO.

- Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, o que implica o julgamento da causa e a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atender para o devido processo legal.

- Na aplicação do direito à espécie o STJ poderá mitigar o requisito do requestionamento, valendo-se de questões não apreciadas diretamente pelo 1º e 2º grau de jurisdição, tampouco ventiladas no recurso especial. Não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdicional, compatível apenas com uma eventual Corte de Cassação.

- A aplicação do direito à espécie também atende os ditames do art. 5º, LXXVIII, da CF, acelerando a outorga da tutela jurisdicional.

- Não há como conhecer dos embargos de divergência quando a decisão embargada encontra-se em harmonia com o entendimento contido nos acórdãos alçados a paradigma.

Embargos de divergência não conhecidos.

Voto da Rel. (p. 8):

[S]uperada a base jurídica da decisão recorrida, cabe ao STJ aplicar o direito à espécie, porque não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdicional, compatível apenas com uma eventual Corte de Cassação”.³⁰

O CPC de 2015, no art. 1.034, refere-se, expressamente, ao juízo de re julgamento: “admitido o recurso extraordinário ou especial, o STF ou o STJ julgará o processo, aplicando o direito à espécie”.

De rigor, deveria o legislador ter-se servido da expressão “cassada a decisão” e não dizer “admitido o recurso”. De fato, o re julgamento é fase que se segue à cassação da decisão. Também não segue a melhor técnica quando diz “julgará o processo”.

Contudo, a nova lei processual estabelece, sem sombra de dúvidas, a possibilidade de que o tribunal superior deve re julgar a

30. STJ, EREsp 41614/SP, Segunda Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 28.10.2009, DJe 30.11.2009.

causa: ao rejulgar uma causa, pode-se conhecer de matéria de ordem pública.³¹

A rigor, **deve-se**.

No caso dos autos, como se viu, anteriormente, matérias examináveis em recurso especial, na fase do rejuízo da causa, são a ilegitimidade do MP e a ofensa à coisa julgada, a impossibilidade do uso da ACP cujo resultado seja equivalente ao de uma ADIn e de ACP em matéria tributária.³² De fato, o acórdão do TJSC que

-
31. “Além disso, agora a lei diz expressamente: o Tribunal julgará a causa, aplicando o direito (art. 1.034, caput).

Ora, a aplicação do direito, depois de flagrada a ilegalidade ou a inconstitucionalidade do acórdão, pode até mesmo ocorrer sobre os fatos descritos no acórdão de que se recorreu (sem reexame de provas), mas jamais sem reconhecer vício de ordem pública, que não tenha sido corrigido ao longo do processo.

Essa opção do legislador encampou tendência jurisprudencial que já vinha se manifestando, em algumas ocasiões, nos Tribunais Superiores (v. sobre o efeito translativo item 17.4)”. (Teresa Arruda Alvim; Bruno Dantas. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 395)

32. Nesse sentido, em dois trabalhos, Nelson Nery Jr. diz que: “Para que o tribunal possa aplicar o efeito translativo e examinar, pela primeira vez, as matérias de ordem pública não suscitadas e/ou não examinadas no primeiro grau, é preciso que o recurso seja conhecido e, no caso de recurso excepcional (RE, REsp, RR) que seja conhecido e provido (cassada a decisão recorrida). O efeito translativo compõe o juízo de mérito do recurso e não o juízo de admissibilidade. Por isso é necessário que o tribunal conheça do recurso e, ao julga-lo no mérito, possa examinar de ofício as matérias de ordem pública.

[S]omente depois de cassada a decisão recorrida, isto é, reexaminada a questão já anteriormente decidida é que poderá o tribunal, por incidência do efeito translativo do recurso, **examinar as questões de ordem pública pela primeira vez**”. (Nelson Nery Junior et al. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1207-1208 – g.n.).

“O juízo de cassação é o juízo de censura que sofre a decisão ou acórdão impugnado quando, por exemplo, negar a vigência a dispositivo constitucional ou de lei federal. O provimento do RE ou REsp, no que tange a esse juízo de cassação, implica a rescisão da decisão inconstitucional ou ilegal. (p. 423) No entanto, esses recursos têm, também, o juízo de revisão, que se constitui no segundo momento do julgamento do RE e do REsp, ou seja, na consequência do provimento dos recursos

julgou a ACP 2 desrespeitou a coisa julgada ocorrida na ADIn. Por outro lado, carece o MP de legitimidade para mover ACP no caso dos autos. Ademais, não é a ACP instrumento adequado para a formulação de pedidos que possam gerar decisões com o âmbito de eficácia equivalente ao de uma ADIn. Todas essas matérias são de ordem pública e devem ser conhecidas em recurso especial.

Veja-se, ainda, o art. 485, § 3.º, que alterou regra que existia no CPC de 1973, para estabelecer a regra de que ausência de pressupostos processuais, positivos e negativos, de condições da ação e de falta de legitimidade, porque uma das partes faleceu e a ação é intransmissível, consubstanciam-se em vícios cognoscíveis DE OFÍCIO, ENQUANTO NÃO OCORRER O TRÂNSITO EM JULGADO.

É altamente significativo ter havido substituição do limite temporal que constava da lei revogada: até a sentença, por “enquanto não ocorrer o trânsito em julgado”.

Portanto, da conjugação dos arts. 1.034, *caput*, e 485, § 3.º, do CPC, somada à tendência jurisprudencial que já se vinha esboçando, mesmo à luz do CPC revogado, é inexorável a conclusão de que **essas matérias podem ser conhecidas, sem que tenham sido prequestionadas**, já que a sua cognição se dá em fase posterior à da cassação da decisão. O prequestionamento deve recair sobre o fundamento que leva a que a decisão seja CASSADA. O que o tribunal superior vai usar como base da decisão que substituirá a anterior não precisa ser prequestionado.³³

excepcionais. Provido o recurso com a cassação da decisão ou acórdão, é necessário que o STF ou STJ passem a julgar a lide em toda a sua inteireza (revisão). Por isso é que o Pretório Excelso editou o STF 456: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie”. Esse entendimento é aplicável, também, ao recurso especial. (...) Aplicar o direito à espécie é exatamente julgar a causa, examinando amplamente todas as questões suscitadas e discutidas nos autos, **inclusive as de ordem pública que não tiverem sido examinadas pelas instâncias ordinárias**. É que, removido o óbice constitucional da causa decidida (CF 102 II e 105 III), o que só se exige para o juízo de cassação dos RE e REsp, o STF e o STJ ficam livres para, amplamente, rever a causa. O reexame de provas, portanto, não é viável no juízo de cassação dos RE e REsp, mas é absolutamente normal e corriqueiro no juízo de revisão”. (Nelson Nery Junior. Teoria geral dos recursos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 423-424 – g.n.).

33. Nessa linha, a lição de Fredie Didier Jr.: “Para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário ou especial se for

III.4.2. Ação rescisória, por manifesta ofensa a norma jurídica (art. 966, V, do CPC)

A hipótese dos autos, cujo exame nos foi solicitado, caso haja trânsito em julgado do acórdão de 2.º grau que julgou a ACP 2, enseja, sem a menor sombra de dúvida, a possibilidade de impugnação pela via da ação rescisória, por ofensa manifesta à norma jurídica.

Ensina a doutrina clássica que o juiz há de respeitar uma **ordem** de pontos ou questões, devendo umas ser examinadas **antes** das outras. Os pontos ou as questões **preliminares** abrangem a categoria dos “pressupostos genéricos que autorizam o exame da questão central”, i.e., do mérito.³⁴ A questão central ou questão principal é a *lide*, o *pedido* formulado pelo autor.

Havendo qualquer defeito no processo, no plano desses pontos ou questões *preliminares*, ou seja, dos pressupostos que autorizam o juiz a decidir o mérito, deve esse (a) proporcionar à parte possibilidade

previamente questionada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica. Para fins de julgamento (profundida do efeito devolutivo), porém, uma vez conhecido o recurso extraordinário ou especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser conhecidas a qualquer tempo, inclusive a prescrição, a decadência e as questões de que trata o § 3º do art. 485 do CPC”. (Fredie Didier Jr. et al. *Curso de direito processual civil o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 323).

34. Como leciona Alfredo Buzaid, foram separados “os pressupostos em duas categorias, reservando, para uma, o nome de pressupostos processuais (*Prozessvoraussetzungen*) e, para outra, a denominação de pressupostos da ação (*Klagevoraussetzungen*). Os primeiros compreenderam as condições para a obtenção de um pronunciamento qualquer, favorável, sobre a demanda. Negando-se a existência dos pressupostos processuais, não se nega a existência da ação. Esta não é decidida. Os segundos são condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta da lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável”.

“A fórmula geral, que propusemos, sob a denominação de ‘condições de admissibilidade do julgamento da lide’, tem a virtude de abranger todas as condições positivas ou negativas indispensáveis para que o juiz possa prover no mérito”. (Alfredo Buzaid. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, pp. 84;127).

de correção do vício, se isso for possível (b) não havendo correção, extinguir o processo sem julgamento de mérito, como regra.³⁵

Esses *pressupostos genéricos* abrangem a categoria das condições da ação e dos pressupostos processuais.³⁶ Assim, se houver vício relativo à legitimação, à ofensa, à coisa julgada, à existência de pedido, à capacidade das partes etc., o caminho natural é a extinção do processo sem decisão da lide. Presentes vícios dessa natureza, o juiz ou o Tribunal ofendem a lei, manifestamente, se proferirem sentença de mérito.

Veja-se acórdão do STJ, cuja citação é oportuna:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IPTU. PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO DE CONSUMIDORES JULGADA PROCEDENTE. AÇÃO RESCISÓRIA DISCUTINDO A LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO. PRECLUSÃO. EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA. DESNECESSIDADE. QUESTÃO CONSTITUCIONAL. SÚMULA 343/STF. INAPLICABILIDADE.

1. Insurge-se a recorrente, associação de proteção dos direitos do consumidor, contra acórdão que, reconhecendo a ilegitimidade ativa da autora para ingressar com ação civil pública acerca de matéria tributária, rescindiu decisão que reconheceu a inexigibilidade do IPTU cobrado por meio de alíquotas progressivas antes da EC 29/00.

2. A ação rescisória não está condicionada ao exaurimento dos recursos cabíveis na ação originária. Inteligência da Súmula 514/STF.

3. O Tribunal de origem afastou a aplicação da Súmula 343/STF em razão de o acórdão rescindendo ter adotado entendimento contrário à posição já sedimentada pelo Pretório Excelso no sentido de que **associação de defesa de consumidores não tem legitimidade ativa para ajuizar de ação civil pública que verse sobre matéria**

35. Nem sempre a impossibilidade de se julgar o mérito gera extinção do processo sem julgamento de mérito. Há casos como o da incompetência, em que os autos devem ser remetidos ao juiz competente.

36. Teresa Arruda Alvim. Nulidades e a condescendência do Legislador no Código de Processo Civil de 2015. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo César Pinheiro; ALVIM, Teresa Arruda (Coords.). *O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudos em homenagem ao professor, jurista e ministro Luiz Fux: volume 1*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 41-56.

tributária. Nas razões do apelo nobre, o recorrente não logrou demonstrar a existência de controvérsia jurisprudencial contemporânea ao acórdão rescindendo que respaldasse a posição por ele adotada.

4. Ademais, óbice a Súmula 343/STF não se aplica aos casos em que a controvérsia travada na ação originária diz respeito à interpretação de questão constitucional. Precedentes da Primeira Seção: AR 3.742/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 02/08/2011; AR 4.173/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 13/04/2011, DJe 29/04/2011; AR 3.747/RS, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 22/11/2010.

5. Agravo regimental não provido³⁷ (g.n.).

Assim, e por isso, cometeu o TJSC ilegalidade, quando proferiu decisão de mérito *apesar* da existência dos vícios aqui apontados: não tem o MP legitimidade para veicular pretensão envolvendo direitos individuais homogêneos; ainda que tivesse, não pode haver ACP em matéria tributária; operou-se coisa julgada na decisão produzida em ADIn, que deve ser respeitada, em que se considerou constitucional a lei “questionada” nessa e em outras duas ações já extintas.

De fato, é o que diz o art. 485, III e IV, do CPC: faltando pressupostos processuais e condições da ação NÃO PODE HAVER DECISÃO DE MÉRITO: se houver, ofende, de forma evidente e manifesta, a norma jurídica.

Nelson Nery afirma que:

“A sentença de mérito transitada em julgado faz coisa julgada material e, portanto, só pode deixar de produzir efeitos depois de rescindida por ação rescisória, quando estiver viciada por falta de pressuposto processual de validade ou por falta de condição da ação”³⁸ (g.n.).

Trata-se de um tipo especial de *error in procedendo*: julgar o mérito, quando se estava diante de situação em que a lei não permite que isso ocorra. A jurisprudência é farta em exemplos, considerando cabível a rescisória se houver *error in procedendo*:

37. STJ, AgRg no AREsp 103774/RJ, 1.ªT., Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 12.06.2012, DJe 15.06.2012.

38. Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2048.

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSITIVO DE LEI E DA COISA JULGADA. REAJUSTE DA TABELA DO SUS. LIMITAÇÃO TEMPORAL. PORTARIA MS/GM N. 1.323, DE 5 DE NOVEMBRO DE 1999. MATÉRIA NÃO DECIDIDA NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. ALEGAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA NO ÂMBITO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 343/STF. PELA IMPROCEDÊNCIA.

1. O cabimento da ação rescisória com amparo na alegativa de violação literal de lei impõe a demonstração de que o julgado conferiu uma interpretação manifestamente descabida aos normativos indicados pela parte autora, contrariando-os em sua literalidade. Não sendo essa a situação, o título judicial transitado em julgado merece ser mantido. (...).³⁹

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ERROR IN PROCEDENDO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. CABIMENTO. ATO PRATICADO POR ESTAGIÁRIO. PRECLUSÃO LÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. SUPRESSÃO DE PARCELA DA COGNIÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO. DEPÓSITO DO VALOR DA DÍVIDA. DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA.

1. Cabimento de ação rescisória sob o fundamento de ausência de intimação do advogado para se manifestar acerca da avaliação de imóvel penhorado no curso de cumprimento de sentença, em ofensa literal ao disposto nos arts. 475-J, § 1º, e 475-L, inciso III, do Código de Processo Civil.

2. Considerações sobre o individualismo e o solidarismo processual no caso concreto.

3. Indispensabilidade de intimação do advogado para impugnação ao laudo de avaliação, ainda que intimado representante da parte.

4. Invalidez do ato processual praticado isoladamente por estagiário de direito (retirada de alvará), não gerando preclusão lógica em desfavor da parte.

5. Supressão de parcela da cognição pelo juízo ‘a quo’, impondo-se a rescisão do julgado rescindendo por violação literal a dispositivo de lei.⁴⁰ (grifos nossos)

39. STJ, AR 5266/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, j. em 14.03.2018, DJe 10.04.2018.

40. STJ, REsp 1439767/DF, 3.ªT., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 27.10.2015, DJe 09.11.2015.

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA EM VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (CPC, Art. 485, V) – ERROR IN PROCEDENDO – CABIMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO INTERESSADA – NULIDADE – AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE.

1. É cabível Ação Rescisória com fundamento no art. 485, V, do CPC, tanto por *error in procedendo* quanto por *error in iudicando*.

2. Em mandado de segurança é necessária a intimação da pessoa jurídica de direito público à qual vinculada a autoridade dita coatora (art. 3º, da Lei nº 4.348/64 e art. 7º, II da Lei nº 12.016/2009). Nulidade reconhecida.

3. Ação Rescisória julgada procedente, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem para processamento do recurso ordinário em mandado de segurança.⁴¹ (grifos nossos)

Nesse sentido, novamente, a lição de Nelson Nery Jr.:

“Caso o juiz profira sentença de mérito, quando a parte não tinha o direito de ação – faltava uma das condições da ação –, isso não interfere na relação jurídica processual, mas sim no direito de ação, isto é, no direito de obtenção da sentença de mérito. Consequentemente, embora a parte não tivesse direito à sentença de mérito, ela foi proferida em processo existente, o que significa que a sentença existe e faz coisa julgada material. Para atacá-la, o prejudicado terá de ajuizar ação rescisória com fundamento no CPC 966 V, pois a sentença ofende a literal disposição do CPC 485 VI⁴² (g.n.).

Não importa, tampouco, ter havido, ou não, menção à existência dos vícios que embasam a ação rescisória no processo em que foi proferida a decisão rescindenda.

De fato, é o que diz a melhor doutrina:

“Não é indispensável que se haja invocado em termos expressos, no feito anterior, a norma supostamente violada. O órgão que proferiu

41. STJ, AR 3976/GO, Terceira Seção, Rel. Min. Moura Ribeiro, 11.06.2014, DJe 17.06.2014.

42. Nelson Nery Junior; Rosa Maria de Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2049.

a decisão *rescicdenda* tinha de aplicar à espécie o direito pertinente, ainda no silêncio das partes (*iura novit curia*)⁴³.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF, desde sempre:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RESCISÓRIA. CABIMENTO, EXIGÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PRAZO DECADENCIAL. INOBSERVÂNCIA. VIOLAÇÃO EFETIVA À COISA JULGADA.

Ação rescisória. Cabimento. Exigência de prequestionamento para a sua admissibilidade. Insubsistência. O Supremo Tribunal Federal, à época em que detinha competência para apreciar a negativa de vigência de legislação federal, assentou que as hipóteses enunciadas nos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil evidenciam a inaplicabilidade, à rescisória, do pressuposto concernente ao prequestionamento, dado que a rescisória não é recurso, mas ação contra a sentença transitada em julgado. Precedentes. (...)

Agravo regimental não provido.

Voto do Rel. (p. 10):

*[E]m se tratando de ação rescisória não se impõe o requisito do prequestionamento. A rescisória tanto pode versar sobre o fundamento em que se fixou a decisão rescicdenda, quanto em outro por ela não tratada. A exigência de prequestionamento somente se impõe para admissão de recursos de natureza extraordinária, e ação rescisória não é recurso.*⁴⁴

E do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO RESCINDENDA DO STJ QUE RESTABELECEU A SENTENÇA INCLUSIVE QUANTO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PREQUESTIONAMENTO INEXIGÍVEL EM AÇÃO RESCISÓRIA.

(...)

43. José Carlos Barbosa Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 131.

44. STF, AgRg no RE 444.810-6/DF, 1.ªT., Rel. Min. Eros Grau, j. em 29.03.2005, DJ 22.04.2005.

3. A jurisprudência unânime desta Corte estabelece que a ação rescisória não está sujeita ao requisito do prequestionamento para que seja admitida, seja em razão da falta de previsão legal para tanto, bem como da própria natureza jurídica do instituto e em razão de tratar-se de ação originária e não de recurso.

4. Agravo regimental a que se dá provimento, para que prossiga a tramitação da ação rescisória.”⁴⁵

Em conformidade com o que vem decidindo a jurisprudência dos Tribunais Superiores nos últimos tempos, já sustentamos em trabalho antes publicado,⁴⁶ que existe uma categoria de sentenças, que nem mesmo chegam a transitar em julgado, por terem sido proferidas em ambiente que não se consubstancia em verdadeiro e genuíno processo, juridicamente considerado, mas, ao contrário, consiste em mero *simulacro* de processo, que não pode ostentar este *nomem iuris*. Por isso, é processo **juridicamente** inexistente.

A nosso ver, a ausência de condições da ação – interesse e legitimidade – gera sentença de mérito que não transita em julgado, por ser juridicamente inexistente. Já sustentamos, no mesmo trabalho antes referido, que condições da ação são **CONSTITUTIVAS** com relação à ação: sem que sejam preenchidas, não há ação, não há processo. Há ação e processo juridicamente inexistentes. No caso dos autos, *a ausência de legitimidade do MP* – seja porque se trata de direitos individuais homogêneos, seja porque a matéria é tributária – gera vício MAIS GRAVE que a nulidade absoluta, que impede o trânsito em julgado, podendo, até mesmo, ser levantado em ação meramente declaratória.

Essa categoria configura o que a doutrina vem designando de sentenças que ostentam vícios *transrescisórios*. Trata-se, de rigor, de defeitos que podem ser apontados nas decisões (sentenças ou acórdãos), mesmo depois de haver trânsito em julgado, já que, trânsito em julgado, na verdade, não chega a ocorrer. Sentenças ou acórdãos que ostentam vícios transrescisórios são, a nosso ver, juridicamente inexistentes, porque proferidos em processos juridicamente inexistentes, não tendo, portanto, aptidão material para transitar em

45. STJ, AgRg na AR 4.459/DF, Segunda Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, R.P./Acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 14.10.2015, DJe 01.02.2016.

46. Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, *passim*.

julgado. É por isso que, embora exista a possibilidade de impugnação por meio de ação rescisória, a via correta é, ortodoxamente, a ação declaratória, a que a jurisprudência e a doutrina se referem como *actio* ou *querela nullitatis* (que é a ação declaratória antes mencionada).

É necessário que se frise, aqui, que o raciocínio que se apresenta neste parecer é exatamente o mesmo, para a rescisória e para a *actio nullitatis*: ofende-se a lei, porque se profere sentença de mérito, **apesar de faltar pressuposto que autorize o proferimento de decisão que resolva a lide**. A ausência desses pressupostos pode gerar ofensa à lei e sentença nula, que transita em julgado e, portanto, é rescindível: p. ex., falta de competência em razão de critérios que determinam a competência absoluta. Em outros casos, a ausência de pressupostos, para que se possa proferir sentença de mérito, gera sentença juridicamente inexistente, que nunca transita em julgado: por exemplo, ausência de citação somada à revelia.

Neste último caso, em virtude da necessária incidência do princípio da fungibilidade, admite-se *também* o manejo da ação rescisória, embora se possa sustentar (e essa é a nossa opinião) que o meio adequado para impugnar sentenças proferidas nessas condições, de rigor, é uma ação de natureza declaratória, já que, efetivamente nada há para ser *desconstituído*, uma vez que a coisa julgada não se terá formado.

A seguir alistamos alguns acórdãos significativos em que essas ideias estão incorporadas e que, embora não tratem de situações idênticas à dos autos, encampam o mesmo raciocínio:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. CITAÇÃO. TEORIA DA APARÊNCIA. INAPLICABILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. VÍCIO TRANSRESCISÓRIO. PREJUÍZO EVIDENTE.

(...)

4. O vício de nulidade de citação é o defeito processual de maior gravidade em nosso sistema processual civil, tanto que elevado à categoria de vício transrescisório, podendo ser reconhecido a qualquer tempo, inclusive após o escoamento do prazo para o remédio extremo da ação rescisória, mediante simples alegação da parte interessada.

5. Por aplicação do princípio da *pas de nullité sans grief*, mesmo os vícios mais graves não se proclamam se ausente prejuízo às partes.

Todavia, na espécie, o prejuízo é evidente diante do prosseguimento do processo sem a apresentação de defesa.

(...)

7. Recurso especial desprovido⁴⁷

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Art. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. CABIMENTO.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

2. Consoante a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, a nulidade da citação constitui espécie de vício transrescisório e, por isso, pode ser reconhecida a qualquer tempo, até mesmo após o escoamento do prazo para a propositura da ação rescisória, mediante simples alegação da parte interessada.

3. A ação declaratória de nulidade é via adequada para alegar vício ou ausência de citação. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido⁴⁸

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. QUERELA NULLITATIS. CABIMENTO. LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE TODOS OS RÉUS.

É cabível ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis*), para se combater sentença proferida, sem a citação de todos os réus que, por se tratar, no caso, de litisconsórcio unitário, deveriam ter sido citados.

Recurso conhecido e provido⁴⁹

No caso dos autos, entre os vícios apontados, aquele que, segundo pensamos, caracterizaria vício de inexistência jurídica, portanto, transrescisório, seria a falta de legitimidade do MP para veicular, em

47. STJ, REsp 1625697/PR, 3.ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 21.02.2017, DJe 24.02.2017.

48. STJ, AgRg no AREsp 408703/CE, 3.ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 10.11.2015, DJe 13.11.2015.

49. STJ, REsp 194029/SP, 6.ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 01.03.2007, DJ 02.04.2007.

juízo, pretensões de direito individual homogêneo, ainda mais de natureza tributária.

Veja-se, a esse respeito, o acórdão do STJ:

**“PROCESSUAL CIVIL – VIOLAÇÃO DO Art. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA – SENTENÇA IMPREGNADA DE VÍCIO TRANSRES-
CISÓRIO – RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA – QUERELA
NULLITATIS – Arts. 475-L, I E 741, I, DO CPC – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ADEQUABILIDADE – DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE DO PARQUET.**

(...)

2. A sentença proferida em processo que tramitou sem a citação de litisconsorte passivo necessário está impregnada de vício insanável (transrescisório) que pode ser impugnado por meio de ação autônoma movida após o transcurso do prazo decadencial para ajuizamento da ação rescisória. *Querela nullitatis* que encontra previsão nos arts. 475-L, I e 741, I, do CPC.

3. Por ação autônoma de impugnação (*querela nullitatis insanabilis*) deve-se entender qualquer ação declaratória hábil a levar a Juízo a discussão em torno da validade da sentença. (...)

6. Recurso especial provido.”⁵⁰

IV. Quesitos

Formulam-nos, os Consulentes, os seguintes quesitos:

1) *Tem o MP legitimidade para veicular, por meio de ACP, pedido envolvendo direitos individuais homogêneos, disponíveis? E se se tratar de matéria tributária?*

2) *ACP pode ser usada como instrumento para veicular pleito, tendo como causa de pedir, inconstitucionalidade de ato normativo, de molde a que sua eventual procedência implique o exaurimento integral da eficácia de tal ato?*

3) *Pode a ACP desempenhar papel de ação rescisória?*

4) *Declarada, em controle de concentrado, a CONSTITUCIONALIDADE de certo ato normativo, pode a mencionada lei, apontada*

50. STJ, REsp 445664/AC, 2.ªT., Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 24.08.2010, DJe 03.09.2010.

como inconstitucional, servir de causa de pedir de qualquer outra ação posterior?

4.a) O fato de a causa de pedir da ADIn (razão que gera a inconstitucionalidade) ser diferente da alegada na outra ação, posterior, pode mudar a resposta ao quesito anterior?

5) Especificamente sobre o serviço de limpeza urbana: a) a coisa julgada, formada no âmbito da ADIn proposta pelo MPSC, teria o condão de impedir a discussão, na ACP 2, sobre a possibilidade de o referido serviço ser remunerado por tarifa? b) independentemente da resposta ao item anterior: teria o MPSC legitimidade para discutir, via ação civil pública, os aspectos relacionados à cobrança da tarifa de limpeza urbana no âmbito do Município X?

6) Esses vícios, mencionados nos quesitos antecedentes, podem ser conhecidos em Recurso Especial, independentemente de prequestionamento? E em ação rescisória?

V. Respostas aos quesitos

1) Tem o MP legitimidade para veicular, por meio de ACP, pedido envolvendo direitos individuais homogêneos, disponíveis? E se se tratar de matéria tributária?

Não. A Constituição é clara na sua limitação à atuação do MP na condição de autor: menciona direitos individuais *indisponíveis*. Essa limitação deveria ter sido respeitada pela lei ordinária, porém, isso não se deu, no caso do CDC. Na medida em que estes limites são desbordados, são, as disposições da respectiva lei ordinária, inconstitucionais. A LACP ateve-se aos limites da Constituição Federal, mas o mesmo não ocorreu com o CDC, que, óbvia e evidentemente, deve ser lido à luz da Constituição Federal.

A ACP 2 foi intentada com base no CDC, especialmente no art. 82, I, que dá legitimidade ao MP para mover ação coletiva nos casos do art. 81, que alista, no inciso III, direitos individuais homogêneos. Esses direitos são disponíveis: são direitos de massa, normalmente de caráter patrimonial. Portanto, a presente ação padece de vício que a contamina de forma integral e irremediável, já que se baseia em norma flagrantemente inconstitucional.

Tratando-se de matéria tributária, como no caso desta ACP 2, qualquer dúvida que pudesse, eventualmente, haver, quanto à possibilidade de ação coletiva intentada pelo MP, seria dissipada: há lei

expressa (art. 1.º, parágrafo único, Lei 7.347/85) proibindo o emprego de ACP quando a lide versar matéria tributária.

2) *ACP pode ser usada como instrumento para veicular pleito, tendo como causa de pedir, inconstitucionalidade de ato normativo, de molde a que sua eventual procedência implique o exaurimento integral da eficácia de tal ato?*

Não. A ACP ou as ações coletivas em geral não podem, sob pretexto algum, produzir resultado *pragmaticamente equivalente ao de uma ADIn*, exaurindo toda *potencialidade de eficácia* da norma envolvida. Se a causa de pedir é a inconstitucionalidade da norma, e o pedido é o de que a parte não seja a essa submetida, tratando-se de ação coletiva, de nada adianta dizer-se que a declaração incidental só produz efeitos *inter partes*, já que, nesse caso, as partes são todas as pessoas atingidas pela norma. Obvia e evidentemente, embora não haja, na ACP, a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, a amplitude do efeito da inexigibilidade do tributo previsto pela norma, tachada de inconstitucional na causa de pedir, que se estende a todos, gera equivalência em relação à ADIn, o que a torna inconstitucional.

3) *Pode a ACP desempenhar papel de ação rescisória?*

Já dissemos, na resposta ao quesito anterior, que não pode haver ACP, cujo resultado, no mundo empírico, seja *equivalente* ao de uma ADIn. Trata-se, como se observou ao longo deste parecer, de usurpação de competência.

Havendo ADIn, em que certa norma seja tida como *CONSTITUCIONAL*, não pode ser intentada, posteriormente, qualquer outra ação, seja individual, seja coletiva, em que se aponte aquela mesma norma como *inconstitucional*, a título de causa de pedir, i.e., para dessa inconstitucionalidade se extraírem certas *consequências* (pedido).

De fato, se a ACP posterior gera resultados equivalentes aos de uma ADIn anteriormente julgada, é como se essa ACP, que nunca poderia ter sido movida, “rescindisse” a ADIn anterior, já que, “engoliria” sua eficácia.

Portanto, mais uma razão para que deva esta ACP 2 ser extinta sem julgamento de mérito.

4) *Declarada, em controle de concentrado, a CONSTITUCIONALIDADE de certo ato normativo, pode a mencionada lei, apontada*

como inconstitucional, servir de causa de pedir de qualquer outra ação posterior?

Não. A decisão sobre a constitucionalidade de certa norma, em ADIn, tem *justamente* o condão de IMPEDIR que, em qualquer outra ação, essa norma seja tachada de inconstitucional, para que dessa inconstitucionalidade (alegada) se pretenda extrair qualquer consequência.

A constitucionalidade da norma torna-se tema indiscutível posteriormente, em qualquer sede, jurisdicional ou administrativa.

4.a) O fato de a causa de pedir da ADIn (razão que gera a inconstitucionalidade) ser diferente da alegada na outra ação, posterior, pode mudar a resposta ao quesito anterior?

Não. É indiferente descoincidência entre as causas de pedir invocadas na ADIn e apontadas na ação posterior: a teoria da *causa de pedir universal*, amplamente aceita, gera a presunção absoluta de que todas foram examinadas e decididas na ADIn.

5) Especificamente sobre o serviço de limpeza urbana: a) a coisa julgada, formada no âmbito da ADIn proposta pelo MPSC, teria o condão de impedir a discussão, na ACP 2, sobre a possibilidade de o referido serviço ser remunerado por tarifa? b) independentemente da resposta ao item anterior: teria o MPSC legitimidade para discutir, via ação civil pública, os aspectos relacionados à cobrança da tarifa de limpeza urbana no âmbito do Município X?

No que tange ao **item “a”**, não há dúvida de que **a coisa julgada, formada na ADIn, impede qualquer discussão quanto à forma de remuneração pelos serviços de limpeza urbana prestados pela Consulente.**

Sobre a ADIn, dissemos ao longo deste parecer – mais precisamente nos quadros comparativos das causas de pedir e dos pedidos (parte final do item III.2) – que o MPSC requereu a cessação da cobrança de taxa/tarifa de coleta de lixo **e limpeza urbana** da forma regulamentada nos mencionados **dispositivos legais**, “dispositivos” esses que, por sua vez, estão previstos tanto na **Lei Municipal n. 1609/96** como no **Decreto Municipal n. 3022/98**, ambos de X (SC).

A lei municipal acima referida (**primeiro instrumento normativo atacado pela ADIn**) introduziu modificações na redação do art. 230 da Lei n. 223/73, que passou a contar com regra no

sentido de que, no que tange aos serviços urbanos prestados indiretamente através de concessão, permissão ou autorização pública, a cobrança (=contraprestação), inclusive judicial, poderia ser feita diretamente pela concessionária ou permissionária em face dos “contribuintes”, **com base nos valores fixados pelo Poder Executivo**⁵¹⁻⁵².

Em seguida, foi editado o já mencionado **Decreto Municipal n. 3022/98 (segundo instrumento normativo atacado pela ADIn)**, que, ao tratar das importâncias referidas no § 2º da Lei n. 223/1973 (com redação dada pela **Lei Municipal n. 1609/96** – e transcritas na nota de rodapé n. 52), previu que: “...os valores das **tarifas dos serviços discriminados no Contrato de Concessão de Serviços nº 083/97, passam a ser fixados conforme **tabela 1 e 2** em anexo, que passam a ser integrantes deste Decreto**”, **tarifa** essa que, de acordo com o art. 2º do mencionado decreto, seria denominada “**Tarifa de Limpeza Urbana - TLU**”.

Ainda sobre o decreto municipal: a **tabela 1** dispôs a respeito de valores das Tarifas de Limpeza Urbana; já a **tabela 2** tratou sobre critérios de diferenciação das Tarifas de Limpeza Urbana.

Como se pode notar, em sede de ADIn o MPSC se pôs contra artigos de lei e de decreto municipais que tratam de serviços urbanos prestados mediante regime de concessão ou permissão, bem como sobre valores relativos à tarifa de limpeza urbana.

Essa ADIn foi julgada improcedente. Ou seja: de acordo com o TJSC, nem a Lei Municipal n. 1609/96, nem o **Decreto Municipal n. 3022/98**, padecem de vícios de inconstitucionalidade, o que significa dizer que **o serviço de limpeza urbana pode não apenas ser**

51. § 2º do art. 230 da Lei n. 223/73: “No caso de serviços urbanos prestados indiretamente através de concessão, permissão ou autorização pública, fica a Concessionária ou Permissionária autorizada a cobrar diretamente ao contribuinte a respectiva taxa de serviços urbanos, utilizando sistema próprio ou não de cobrança, em conformidade com os valores fixados pelo Poder Executivo”.

52. Parágrafo único do art. 231 da Lei 223/73: “No caso de serviços urbanos prestados indiretamente através de concessão, permissão ou autorização pública, aplica-se igualmente o estabelecido no ‘caput’ deste artigo, ficando a Concessionária ou Permissionária devidamente autorizada a, em seu próprio nome, efetuar a cobrança judicial da taxa não quitada pelo contribuinte, independente da inscrição em Dívida Ativa”.

objeto de concessão, como pode, também, ser remunerado por meio de tarifa – no caso, a TLU – Tarifa de Limpeza Urbana.

Assim, não poderia, o MPSC, **por meio da ACP 2**, requerer, **uma vez mais**, que se declarasse a inconstitucionalidade do referido decreto municipal, *ainda que a ACP 2 contenha uma causa de pedir diferente daquela apresentada na ADIn*, pois, de acordo com os argumentos já lançados neste parecer (relativos à **teoria da causa de pedir aberta**), **não cabe a renovação de pedido declaratório de inconstitucionalidade mesmo que o seja com base em fundamento não invocado em ADIn anteriormente julgada im procedente!**

Discutir, por meio da ACP 2, a possibilidade (ou não) de remuneração do *serviço de limpeza urbana* pela via da tarifa impõe: **i)** reconhecer que a ACP 2 possui efeitos rescisórios; **ou ii)** violar, escancaradamente e sem qualquer constrangimento, a coisa julgada formada no âmbito da ADIn proposta pelo MPSC. **Ambos os caminhos, porém, não encontram qualquer amparo jurídico.**

Quanto ao **item “b”**, é relevante que se reafirme que, a nosso ver, como dissemos ao longo deste parecer, **o MP não tem legitimidade** porque, à luz da CF, sua competência abrange apenas e tão somente a tutela de direitos *indisponíveis*; e como a questão relativa à *tarifa de limpeza urbana* está no âmbito dos direitos individuais homogêneos, que são *disponíveis*, não há qualquer espaço para atuação do *Parquet*.

Nem se alegue que o CDC teria o condão de conferir tal legitimidade ao Ministério Público, pois, conforme já foi visto, as normas consumeristas devem, como nos parece obvio, ser interpretadas à luz da Constituição, não podendo, em hipótese alguma, a lei ordinária, alargar um rol de atribuições (conferidas ao MP) que a CF quis, explicitamente, restringir. O mesmo se diga quanto à LACP, que não se refere a direitos disponíveis.

Mas não é só.

Ainda que fosse superada a questão da (i)legitimidade do MP, a discussão sobre a possibilidade (ou não) de cobrança de tarifa (ou taxa) sobre os *serviços de limpeza urbana* **jamais poderia ser veiculada por meio de ação civil pública**, pois:

1º) defender, **numa ACP**, que a *limpeza urbana* não pode ser remunerada por tarifa ou taxa (mas, sim, por receita de *imposto*),

pela suposta *ausência de especificidade e divisibilidade* desta modalidade de serviço público, e, conseqüentemente, requerer o afastamento da respectiva cobrança, nada mais é do que pleitear, com outras palavras, a **declaração de inconstitucionalidade da norma** que veicula a obrigação daqueles que se encontram no seu âmbito de incidência.

Ora, declaração de inconstitucionalidade se pede por meio de ADIn, e não via ACP! Se o MPSC não logrou êxito em sua primeira ação direta de inconstitucionalidade, não pode, agora, revelar seu inconformismo por meio de uma ação totalmente inadequada para reverter o passado⁵³.

2º) Na ACP 2, o MPSC sustenta que não seria possível a inclusão, na cobrança realizada pela Consulente, dos valores relacionados à *limpeza urbana*, uma vez que, por se tratar de **TAXA** (espécie tributária positivada no art. 145, II, da CF, e nos arts. 77 a 80, do CTN), deveriam estar presentes os requisitos previstos nos incisos II e III do art. 79 do Código Tributário Nacional, a saber: - **ESPECIFICIDADE**, que consiste na possibilidade de identificação das unidades autônomas ligadas à prestação do serviço; e - **DIVISIBILIDADE**, que se refere à possibilidade de identificação de *quem* e *em que medida* pode vir a ser usuário do serviço disponibilizado.

Ainda de acordo com o MP, os serviços de *limpeza urbana*, por serem “gerais” (ou *uti universi*), somente poderiam ser remunerados por meio de receitas provenientes de **IMPOSTOS** - e não taxas (e nem mesmo tarifas).

Taxa, imposto, especificidade e divisibilidade* são temas atinentes a TRIBUTOS:** os dois primeiros são *espécies tributárias*; já os dois últimos são pressupostos relacionados à cobrança de um tributo (no caso, a taxa). E o **parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7347/85** dispõe, expressamente, que ***“Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos...”.

Se alguma dúvida poderia até haver quanto ao *não cabimento da ACP 2 para tratar da tarifa de limpeza urbana* (que o MPSC defende ser taxa), agora não resta um resquício sequer.

53. “Passado” esse que consiste, evidentemente, no resultado do julgamento da ADIn, que reconheceu a constitucionalidade das normas editadas pelos poderes legislativo e executivo do Município X.

Em síntese, no que concerne à tarifa – ou taxa, como quer o MP – de *limpeza urbana*, há, pelo menos, **três aspectos que impedem sua discussão nos autos da ACP 2: Primeiro)** coisa julgada formada no âmbito da ADIn ajuizada pelo MPSC, que foi julgada improcedente; **Segundo)** ilegitimidade do MPSC para discutir direitos individuais homogêneos, que são *disponíveis*; e **Terceiro)** impropriedade da via eleita (ACP) para se requerer a declaração de inconstitucionalidade e o conseqüente afastamento da cobrança da tarifa de limpeza urbana.

6) Esses vícios, mencionados nos quesitos antecedentes, podem ser conhecidos em Recurso Especial, independentemente de questionamento? E em ação rescisória?

Todos os vícios que inquinam o processo cuja análise nos foi solicitada se consubstanciam em matéria de ordem pública, sendo passíveis de serem conhecidos em REsp, ainda que não tenham sido ventilados durante o processo. Isso pode (deve) ocorrer na fase de *rejulgamento*. Já, se trata de ofensas à lei, ensejam, também, o manejo da ação rescisória, com base no art. 966, V.

O resultado dessa ação há de ser, necessariamente, decisão extinguindo o processo sem decidir o mérito.

É o nosso parecer, *s.m.j.*

Curitiba, 14 de junho de 2018.

TERESA ARRUDA ALVIM



3

COISA JULGADA COLETIVA – LIMITES – ART. 16 DA LEI Nº 7.347/85

PARECER

I. Objeto da consulta

Consulta-nos X, a respeito da **constitucionalidade do art. 16 da Lei nº 7.347/1985**, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 9.494/1997, segundo o qual a sentença na ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes*, nos **limites da competência territorial do órgão prolator**. Em 13/02/2020, o E. STF reconheceu a repercussão geral da matéria constitucional, no âmbito do RE.

Para melhor compreensão da situação objeto do Parecer, consultamos as principais peças daquele recurso, que estão disponíveis ao público na internet, no portal do E. STF <portal.stf.jus.br>.

II. Quesitos

Os quesitos que nos foram formulados são os seguintes:

1) A lei ordinária pode impor limites à eficácia subjetiva da coisa julgada?

2) A limitação imposta pelo art. 16 da Lei n. 7.347/1985, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei n. 9.494/1997, mostra-se compatível com a função desempenhada pelas ações coletivas?

3) O art. 16 da Lei n. 7.347/1985, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei n. 9.494/1997, padece do vício de inconstitucionalidade?

III. Breve retrospecto

A Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar embargos de divergência em ação coletiva ajuizada pelo IDEC, contra várias instituições financeiras, em que pede a revisão de contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional (SFH), proferiu acórdão em que concluiu “*ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão julgante*”, reportando-se a acórdão proferido por aquela Corte, no REsp n. 1.243.887/PR, julgado sob o regime dos recursos repetitivos que fixou tese nesse sentido¹.

Ou seja, negou vigência ao art. 16 da Lei n. 7.347/1985, esvaziando seu comando, que limita a eficácia subjetiva da coisa julgada aos limites da competência territorial do órgão julgador, embora sem declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do dispositivo.

Seguiram-se, então, recursos extraordinários interpostos pelas instituições financeiras.

Em síntese, nesses recursos, alega-se que: **(a)** a negativa de vigência ao art. 16 da Lei n. 7.347/1985 equivale ao reconhecimento implícito de sua inconstitucionalidade; **(b)** como tal, o julgamento, no STJ, deveria ter seguido o rito próprio do art. 97 da CF, de reserva de plenário (*full bench*), conforme estabelecido pela Súmula Vinculante n. 10 do STF²; **(c)** o acórdão recorrido divergiu da orientação adotada pelo STF no julgamento da medida cautelar no âmbito da ADI 1576-1, que reconheceu a constitucionalidade da alteração promovida no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública pela Lei nº 9.494/1997, bem como do entendimento fixado no RE 612.043-RG/

-
1. “1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo” (arts. 468, 472 e 474 CPC e 93 e 103, CDC. (...)). Trânsito em julgado em 16/12/2016.
 2. SV nº 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

PR.; d) o acórdão recorrido afronta o art. 22, I, da Constituição Federal, pois acaba por usurpar a competência legislativa privativa da União, quanto à criação de normas de direito processual civil; e) o acórdão recorrido viola, ainda, o princípio do juiz natural, encampado pela CF, em seu art. 5º, XXXVII, LIII e LIV, pois, praticamente, possibilita à parte que **escolha o juízo** que, com eficácia *erga omnes*, decidirá o caso.

Uma vez admitidos, no STF, os Recursos Extraordinários foram monocraticamente providos, pelo Relator Min. Alexandre de Moraes, para anular o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao STJ, para que submetesse à Corte Especial a análise da questão constitucional incidental, em conformidade com o art. 97 da CF e a SV 10.

Em agravo interno interposto pelo IDEC, o Min. Relator reconsiderou sua decisão, reconhecendo que o acórdão impugnado havia sido proferido pela Corte Especial do STJ, mas, na mesma ocasião, deu provimento aos recursos sob outro fundamento: o de que o pronunciamento divergiu do entendimento do STF, manifestado na ADI 1576-1/1985 e RE 612.043-RG/PR.

Seguiu-se novo agravo interno interposto pelo IDEC, em que, em juízo de reconsideração, o Min. Alexandre de Moraes determinou o encaminhamento dos autos para análise da repercussão geral dos Recursos Extraordinários.

O Plenário do STF, então, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional veiculada por meio do Recurso Extraordinário, que submete à Corte a apreciação da constitucionalidade do art. 16 da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.494/1997, que dispõe que a sentença proferida no âmbito da ação civil pública “*fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator*”.

De acordo com trecho do referido acórdão, a questão jurídica que caracteriza a controvérsia reside na “*correta compreensão e legitimidade dos limites da (e à) coisa julgada*” e na “*eficácia das diferentes formas de tutelas coletivas*”.

Com base no art. 1.035, § 5º, CPC, foi, ainda, decretada a suspensão do processamento de todas as demandas pendentes que tratam da questão no território nacional.

Em parecer, o Ministério Público Federal se manifestou pelo desprovisionamento dos recursos extraordinários, argumentando, em suma, que:

a) o RE nº 612.043-RG/PR (Tema 499) e a ADI nº 1576-1 não devem ser considerados, no caso sob análise, uma vez que: (i) o tema do RE nº 612.043 apreciou a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997, que se refere, exclusivamente, às “ações coletivas submetidas ao rito ordinário”, não se aplicando “às ações civis públicas que veiculam direitos individuais homogêneos de natureza consumerista”, hipótese sob exame; (ii) foi proferida, na ADI nº 1576-1, decisão sob cognição sumária, de modo que o entendimento nela adotado não vincula qualquer outro julgamento;

b) a Constituição Federal garante o direito fundamental à tutela coletiva, contemplado por diversos dispositivos da Carta Magna (art. 5º, XXXII, XXXV, XXXVI e LXXVIII, art. 127, *caput*, art. 129, *caput* e III), que não comporta limitações que gerem tratamento anti-isonômico;

c) o elemento territorial, relacionado à competência do juízo, não é critério para limitar a coisa julgada;

d) a jurisdição é una em todo o território nacional, impedindo que ela seja limitada geograficamente, o que decorre da própria garantia de acesso à justiça e do princípio do juiz natural;

e) o ordenamento jurídico já prevê outros mecanismos que garantem a observância ao princípio do juiz natural no âmbito da ação civil pública, a exemplo da regra de prevenção constante do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001³, o que impede que esse instrumento processual seja utilizado de modo indevido (*forum shopping*);

f) dadas as peculiaridades das ações coletivas, as regras de competência podem ser flexibilizadas em favor da fixação da *denominada competência adequada*, que se reflete na necessidade de

3. “Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto”.

o próprio juízo provocado a julgar uma ação coletiva avaliar se ele constitui o juízo mais adequado à apreciação da causa, considerando elementos de fato e de direito (proximidade do ilícito, por exemplo), o que decorre do princípio da *Kompetenz-kompetenz* (segundo o qual o juiz é competente para controlar a sua própria competência).

O julgamento do recurso extraordinário foi incluído na pauta do dia 16 de dezembro.⁴

IV. Premissa indispensável: a questão em discussão – limitação da eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva – é de índole constitucional e apresenta repercussão geral

Não é demais ressaltar que a questão em discussão no Recurso Extraordinário é constitucional.

É tarefa do STJ estabelecer a melhor interpretação a ser dada às leis federais, buscando uniformizar as decisões judiciais a respeito da questão de direito em discussão.

4. É importante consignar que o Min. Alexandre de Moraes indeferiu, no caso objeto desta Consulta, vários pedidos de intervenção de *amici curiae*, sob o fundamento de que seria firme a jurisprudência do STF no sentido de que o respectivo requerimento deve ocorrer até a data em que o relator liberar o processo para pauta, o que, no caso sob análise, ocorreu no dia 9/3/2020. Entretanto, são várias as decisões do STF que perfilham outro entendimento, admitindo, em casos excepcionais, a intervenção até mesmo quando já iniciado o julgamento do recurso (ou ação). Nesses termos, veja-se a seguinte decisão: "(...) tratando-se de prazo impróprio e considerando-se que, nestes mais de três anos entre a liberação para pauta e a presente data de avaliação do pleito, não sobreveio o julgamento, defiro, excepcionalmente, o requerimento formulado. Considero para este deferimento a representatividade da Associação, admitida em muitos outros processos como comprova em sua petição, tendo participado de audiência pública levada a efeito neste Supremo Tribunal na qual foram ouvidos especialistas sobre o tema também objeto da presente ação" (ADI 5099, Relatora: CÁRMEN LÚCIA, 15/02/2019). Há pronunciamentos, também, que, ainda que indefiram a intervenção, admitem que a manifestação do *amicus* permaneça nos autos, contribuindo para o aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional (RE 677.730/RS, Rel.: Ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática, 28/08/2014). O posicionamento mais flexível, quanto à admissibilidade da intervenção, é o que, em nosso entender, deve prevalecer pois, além de contribuir com subsídios técnicos, a atuação do *amicus* confere maior legitimidade aos julgamentos do STF.

No caso a que se refere este parecer, porém, ao declarar “*ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão julgante*”, o que fez o STJ não foi interpretar a lei, dando-lhe o melhor entendimento, mas **esvazia-la de qualquer conteúdo**, não lhe restando âmbito de aplicação porque a regra limita, *aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão julgante*, exatamente o que o STJ disse ser *indevido*.

Em outras palavras, o STJ privou a norma do seu conteúdo programático, destituindo o preceito legal de finalidade útil, o que equivale à declaração de sua inconstitucionalidade e impõe a manifestação do STF.

Além disso, ainda que em cognição sumária, para análise da concessão da liminar, esse **STF já se pronunciou** sobre a constitucionalidade do mencionado dispositivo legal. Na ADI nº 1.576-1, o E. Supremo Tribunal Federal indeferiu a medida cautelar requerida pelos demandantes no que concernia à suspensão da eficácia do art. 3º da Medida Provisória nº 1.570-5/1997 (convertida na Lei nº 9.494/1997), por entender que o art. 16 da Lei nº 7.347/1985 não viola a ordem constitucional.

Em seu voto, o Eminentíssimo Ministro Relator Marco Aurélio reconheceu que o referido dispositivo restringia, “*mesmo em sua redação primitiva, a coisa julgada erga omnes à área de atuação do órgão que viesse a prolatá-la*”, com o destaque para a afirmação de que “*a eficácia erga omnes sempre esteve ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos da ação, tendo em conta até mesmo o interesse em jogo – difuso ou coletivo – não alcançando, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo objetivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo*” (p. 16 do Acórdão).

O então Ministro Nelson Jobim, por sua vez, destacou que a nova redação atribuída ao art. 16 da Lei nº 7.347/1985 impediria o uso estratégico e abusivo da ação civil pública, pacificando o problema quanto ao “*ajuizamento da mesma ação em vários locais da Federação: onde for concedida a primeira, desistem das demais; e onde é negada alguma, prossegue a apreciação por outro juiz*” (p. 58 do Acórdão).

Ainda em outra oportunidade, o STF reconheceu a natureza constitucional da matéria e a repercussão geral em recurso em que

estava em discussão “a extensão dos efeitos de sentença proferida em ação coletiva ordinária proposta por entidade associativa de caráter civil.” Foi o que ocorreu no RE 612.043-RG/PR, que reconheceu a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei 9.494/1997, para declarar que os beneficiários do título executivo, no caso de ação proposta por associação, são aqueles **residentes** na área compreendida na jurisdição do órgão julgador, que detinham, **antes** do ajuizamento, a condição de filiados e constaram de lista apresentada com a peça inicial. Ou seja, o acórdão reconheceu a constitucionalidade de norma que fixa **critério temporal e territorial** para fins de **delimitação da eficácia subjetiva da coisa julgada** em ação coletiva.

Embora sob outra perspectiva (agora, do art. 16 da Lei nº 7.347/1985), também no caso objeto desta Consulta, o STF é chamado a se pronunciar sobre a imposição de limites à *eficácia subjetiva da sentença coletiva*, tema de indiscutível envergadura, que vem se repetindo em inúmeras ações coletivas ajuizadas no País e que, evidentemente, transcende ao interesse das partes, mostrando-se relevante dos pontos de vista social, jurídico, econômico e político.

Ainda que, tal como afirmou o Ministério Público Federal, as decisões acima mencionadas não possam ser consideradas precedentes em sentido estrito – uma delas, porque foi proferida em cognição sumária, e a outra, porque a discussão se deu em torno do art. 2º-A da Lei 9.494/1997, em *ação coletiva ordinária*⁵, e não do art. 16 da Lei nº 7.347/1985 – não há dúvida de que ambas demonstram a índole constitucional do tema relacionado à *limitação da eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva*. Mais ainda, sinalizam no sentido da absoluta idoneidade do critério *territorial* para tanto, ou seja, são reveladoras de que se trata de tema constitucional, revestido de repercussão geral e, de certo modo, também a inclinação de pensamento da Corte.

É imprescindível a manifestação do STF de modo a fazer cessar as dúvidas em relação à questão da validade do art. 16 da Lei 7.347/1985. No âmbito do STJ, por cerca de uma década (2001 a

5. Em nosso entender, a distinção entre ação civil pública e ação coletiva ordinária não se sustenta. A demanda ajuizada por associação, buscando a tutela a direitos de seus filiados, integra o gênero das ações coletivas. Não importa, aí, se baseadas no CDC ou na Lei 7.347/85, até porque essas regras se inter-relacionam.

2011), o posicionamento adotado foi no sentido de restringir a eficácia subjetiva da sentença coletiva aos limites territoriais do órgão prolator.⁶

Em 2011, no entanto, no julgamento do REsp n. 1.243.887/PR, sob o regime dos recursos repetitivos, houve uma guinada na jurisprudência daquela Corte, que alterou bruscamente seu entendimento, fixando tese no sentido da eficácia nacional⁷. O acórdão transitou em julgado em 2016. A partir daí, foram vários os Tribunais locais que aderiram a esse posicionamento.

Ocorre que, nesse REsp n. 1.243.887/PR, a afetação foi restrita ao “*foro competente para a liquidação individual da sentença coletiva*”, tendo a decisão, portanto, ido além do tema afetado, o que foi reconhecido nos acórdãos proferidos no REsp 1.114.035/PR, j. 07.10.2014, DJe 23.10.2014, Rel. p/ acórdão, Min. João Otávio Noronha⁸, e nos EDcl no REsp 1.272.491, sob relatoria do Ministro Og

6. “Nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97, a sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator”. (EREsp 293.407/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/06/2006); “A sentença na ação civil pública faz coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, com a novel redação dada pela Lei 9.494/97”. (REsp 736.265/MS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2008); e “A decisão proferida em ação civil pública fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator, no caso, no Estado do Rio de Janeiro”. (REsp 944.464/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 11/02/2009).

7. Temas 480 e 481 do STJ.

8. O voto proferido pelo Min. João Otávio de Noronha, Rel. p/ o acórdão, no REsp 1.114.035/PR, j. 07.10.2014, DJe 23.10.2014, é claríssimo a esse respeito: “Afirma o relator que esta Corte inicialmente entendia que os efeitos da sentença civil ficavam restritos aos limites da competência territorial do órgão prolator, conforme expressa dicção do art. 16 da Lei n. 7.347/1985, com a redação dada pela Lei n. 9.494/1997. Acrescenta que a posição da Corte teria evoluído na compreensão da matéria, passando a reconhecer a abrangência nacional das sentenças coletivas. **Nessa linha, invoca precedente da Corte Especial (REsp n. 1.243.887/PR) que teria fixado, sob o regime do art. 543-C do CPC, esse novo entendimento e julgados a ele posteriores.** Pondera ainda que o fato de o recurso ter vindo ao STJ e provocado sua manifestação resultaria por atribuir abrangência nacional à demanda em razão da

competência jurisdicional. (...) Nesse precedente, a questão jurídica fixada como representativa de controvérsia consistia na definição do “foro competente para a liquidação individual de sentença proferida em ação civil pública.” **Por sua vez, a matéria que aqui se debate é o alcance da eficácia subjetiva da sentença coletiva.** (...) Com efeito, a tese jurídica fixada no recurso repetitivo foi no sentido de permitir ao beneficiário de uma sentença civil coletiva que a execute no seu domicílio ou naquele do juízo prolator da sentença. Considerou-se que, não obstante o veto ao parágrafo único do art. 97 do CDC – que franqueava expressamente essa opção –, a competência concorrente prevista no inciso I do § 2º do art. 98 do mesmo diploma legal revelaria a possibilidade de o juízo da execução ser diverso do juízo da ação condenatória. Destacou-se a técnica interpretativa segundo a qual a lei não possui palavras inúteis. Havendo, pois, a possibilidade de tramitação da liquidação em foro diverso da ação condenatória, entendeu-se possível a opção do consumidor pelo foro de seu domicílio, seja em razão dessa faculdade para a ação individual de conhecimento, seja em razão dos princípios do Código de Defesa do Consumidor voltados à facilitação de sua defesa em juízo e ao acesso aos órgãos judiciários. **A partir daí, a fundamentação do acórdão, induzida pela linha de argumentação apresentada pela parte recorrente, resvala para o enfrentamento de questão distinta, como advertido pelo Ministro Teori Zavascki. Com efeito, a definição do juízo competente para a liquidação e execução de sentença coletiva não está atrelada ao estabelecimento de seu alcance subjetivo, que é a matéria versada no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública. Coisas distintas que são, com a devida vênia, não poderiam ser tratadas como se uma fosse justificativa para a outra, como parece revelar a ementa do julgado.** A meu juízo, com a mais respeitosa vênia, a faculdade reconhecida ao beneficiário da sentença coletiva de executá-la no seu domicílio não se justifica por abranger ela este ou aquele número de pessoas, mas sim pelos outros fundamentos acima mencionados e adotados pela Corte Especial. Tanto é assim que, ainda que se conclua que a sentença alcança apenas determinado grupo de consumidores de uma região do país, certo é que eles poderão liquidá-la e executá-la no seu atual domicílio, mesmo que situado em outra região. Registro que o acórdão desse recurso repetitivo desafiou o oferecimento de embargos de declaração, justamente envolvendo esse aspecto da fundamentação ligado à exegese do art. 16 da Lei n. 7.347/1985, os quais se encontram pendentes de julgamento desde 2011. **Considero, portanto, que a matéria não se encontra definitivamente resolvida no âmbito desta Corte, estando a merecer ainda análise e debate para sua melhor maturação. Como já mencionado, a melhor técnica interpretativa reza que a lei não possui palavras inúteis. Que dirá, então, um artigo inteiro! Assim, considerando que o dispositivo em questão encontra-se em pleno vigor, é necessário um esforço interpretativo**

para se lhe encontrar aplicação. A doutrina aponta, além dos equívocos conceituais cometidos pelo legislador, duas vertentes de críticas ao art. 16 da LACP: uma sobre sua inconstitucionalidade e outra sobre sua ineficácia. Quanto à mencionada inconstitucionalidade, com a palavra o Supremo Tribunal Federal, que, em exame de cautelar no bojo da ADI n. 1.576, adotou os seguintes fundamentos para afastar tal vício. (...) No que tange à ineficácia do dispositivo, começo por registrar que, além das impropriedades terminológicas do artigo em questão, o que o legislador pretendeu regular foi o alcance subjetivo da sentença civil, vale dizer, a identificação de quem são os sujeitos a quem se estendem os efeitos da coisa julgada. Isso nada tem a ver com a eficácia da sentença civil fora dos limites de jurisdição do órgão prolator. Com efeito, qualquer sentença, seja proferida em processo de natureza coletiva ou individual, possui eficácia em todo o território nacional relativamente às partes a ela vinculadas. Cumpre, então, definir quem são aqueles atingidos pela coisa julgada da sentença coletiva. Para tanto, considero imprescindível analisar a natureza do interesse jurídico posto em discussão na demanda. (...) **Como salientado anteriormente, estando em pleno vigor o disposto no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, cabe ao aplicador do Direito encontrar, com base numa interpretação sistêmica, uma hipótese para sua incidência.** É certo que o julgador atua nos limites do direito posto, não lhe sendo autorizado, senão quando afrontada a supremacia constitucional, rever a obra legislativa, assumindo o papel do legislador, este sim incumbido, no regime democrático, de elaborar as normas que compõem o ordenamento jurídico nacional. **Assim, nada obstante a ferrenha crítica da doutrina ao artigo em questão, não se pode olvidar que o mesmo legislador que reputou conveniente autorizar a tutela coletiva de direitos individuais fez a consciente opção pela regra consagrada no art. 16 da LACP. Nesse contexto, penso que o dispositivo encontra aplicação naquelas ações civis públicas que envolvam direitos individuais homogêneos, únicos a admitir, pelo seu caráter divisível, a possibilidade de decisões eventualmente distintas, ainda que não desejáveis, para os diversos titulares dos direitos autônomos, embora homogêneos.** (...) Por fim, a circunstância de a causa ter chegado, pela via recursal, a esta instância superior não tem o condão de atribuir à sentença civil o pretendido alcance nacional. **Não me parece razoável que o efeito substitutivo do art. 512 do CPC, decorrente do exame meritório do recurso, tenha o condão de modificar os limites subjetivos da causa.** Se assim for, estar-se-ia criando um novo interesse recursal, que levaria a parte vencedora na sentença civil a recorrer até o STJ apenas para alcançar abrangência nacional. **Ante o exposto, divirjo em parte do eminente relator e dou parcial provimento ao recurso especial para: a) reconhecer a legalidade e compatibilidade do sistema de amortização em “Série Gradiente” com o Plano de Equivalência Salarial; e b) declarar que o efeito erga omnes da sentença civil**

Fernandes, julgado em 08/10/2019, que consideraram em pleno vigor o art. 16 da Lei n. 7.347/1985.

É esse o quadro de insegurança jurídica que se apresenta.

V. A CF protege a coisa julgada e assegura o acesso à justiça, mas seus contornos são fixados pela lei ordinária

A coisa julgada e o acesso à justiça são garantias do estado democrático de direito e estão assegurados pelo art. 5º, XXXV e XXXVI, da CF.

A coisa julgada é uma das expressões, no plano jurisdicional, da segurança jurídica e se liga às ideias de estabilidade, previsibilidade e confiança. Trata-se de uma **opção política** do constituinte. Ela não é inerente à atividade jurisdicional, mas a atividade jurisdicional é a única compatível com a coisa julgada.

Sobre o direito de ação como direito fundamental e a relevância do princípio do acesso à justiça, por sua vez, oportunas são as palavras de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, quando destacam que: *“O direito de ação é um direito fundamental processual, e não um direito fundamental material, como são dos direitos de liberdade, à educação e ao meio ambiente. Portanto, ele pode ser dito o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles”*.⁹

Entretanto, nem a garantia da coisa julgada, nem de acesso à justiça são absolutas, ilimitadas. Embora protegidas pela CF, **seus contornos são fixados pela lei ordinária**. E isso vale tanto no que se refere à tutela jurisdicional de índole individual quanto coletiva.

O art. 16 da Lei da Ação Civil Pública dispõe que *“a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”*.

coletiva circunscreve-se aos limites da competência territorial do órgão prolator, nos termos do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública”.

9. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, v. I, parte III, n. 3.2, p. 269.

No que toca à competência para julgar a ação civil pública, o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que, *ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.*

As ações coletivas são disciplinadas no Brasil por um microsistema composto pelas Leis Federais nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), como inclusive já reconheceu o STJ¹⁰, de modo que os seus dispositivos disciplinam, de forma engrenada, os diversos procedimentos de tutela de direitos meta-individuais ou individuais de massa, que podem ser tratados coletivamente. Isso até mesmo por força do art. 90 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, que estabelecem uma espécie de “simbiose” entre as leis.

No entendimento do IDEC, do Ministério Público Federal e dos *amici curiae* que assim também sustentam, os limites subjetivos da coisa julgada devem, necessariamente, se estender a todo o país. Segundo alegam, o disposto no art. 16 da LACP é resultado de confusão do Legislador, pois uma vez fixada a competência, o juiz teria jurisdição, que é uma só, em todo o território nacional. Além disso, segundo alegam, eventual limitação territorial de eficácia da ACP inviabilizaria a tutela dos direitos coletivos.

Na verdade, não se fez confusão alguma: elegeram-se critérios de natureza territorial, emprestados das regras de competência, para se fixar a **abrangência da eficácia subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas**. Como poderia ter escolhido outro critério qualquer. Assim, ainda que tivesse havido (e não houve) confusão conceitual entre *competência*, *coisa julgada* e *eficácia subjetiva da decisão* pelo Legislador¹¹, essa não autoriza a conclusão de que a

10. REsp 1070896/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010; e AgRg no AREsp 114.401/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 13/03/2012.

11. Como ensina Liebman, a coisa julgada não se confunde com a eficácia da sentença. Esta, consubstancia-se nos efeitos modificativos no mundo jurídico promovido pelo pronunciamento judicial. Aquela, significa a

sentença de procedência da ação civil pública teria eficácia abrangente, para todo o país.

Embora a redação do art. 16 não seja a mais precisa, sua intenção foi, claramente, a de **limitar o alcance subjetivo das decisões proferidas nas ações civis públicas**, isso até mesmo em função das dimensões continentais do nosso país.

A expressão “eficácia *erga omnes*”, na linguagem jurídica, é usada para indicar que determinado ato atingirá “todos”. No caso de uma decisão judicial, significa que *atingirá muito mais do que as partes fisicamente presentes no processo*, diferentemente do que ocorre nos procedimentos comuns individuais.

Contudo, afirmar que determinado ato gera efeitos *erga omnes*, não significa, necessariamente, que “atingirá todo o país” (ou o mundo todo, todas as pessoas em todo o território nacional, como uma interpretação literal e menos contextualizada poderia sugerir). Significa que transcenderá as partes litigantes, para atingir uma coletividade.

A regra que existe no nosso sistema, e que não padece do vício de inconstitucionalidade algum, é a de que: **a eficácia da coisa julgada, sob o prisma subjetivo, atingirá a todos, dentro dos limites X (que são os da competência territorial, mas poderiam ser outros!) Esse é o sentido da regra que emerge da expressão *erga omnes*, somada ao art. 16.**

É isso, apenas, o que o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública dispõe: que a sentença proferida em ação coletiva ultrapassará as partes efetivamente presentes, para atingir uma coletividade. Aliás, gerar decisões cujos efeitos subjetivos *transcendem as partes litigantes, mas até um certo limite*, é a principal característica das ações coletivas, já que a legitimidade para o ajuizamento dessas ações não cabe, em regra, aos próprios titulares dos direitos ofendidos, mas aos seus órgãos representativos na sociedade. Por certo, nenhum benefício trariam as ações coletivas se só pudessem beneficiar quem efetivamente integra pessoalmente o polo ativo da lide (Ministério Público, Defensoria Pública, PROCONs, Associações etc.). Não seriam,

imutabilidade do pronunciamento, conferida em decorrência do trânsito em julgado. (LIEBAMN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1945).

de rigor, coletivas. Nas ações coletivas, o caráter transcendental é, portanto, intrínseco.

O art. 16 da LACP, por sua vez, esclarece “**até onde**” a sentença transcenderá, atingindo mais do que as partes envolvidas no processo. Segundo referido diploma, os efeitos da sentença transcenderão as partes, “*dentro dos limites territoriais da competência do órgão prolator*”.

Foi o critério eleito pelo legislador. Impôs-se um **limite** para a eficácia subjetiva das ações coletivas porque, em face da dimensão *continental* de nosso país e dos inúmeros contrastes e diferenças que disso resultam, não se considerou conveniente que provimento concedido por um único Juiz singular produza efeitos em todo o país.

Trata-se de fenômeno completamente diferente da eficácia natural da sentença. A “eficácia natural” da sentença, que Liebman observa **não sofrer nenhuma limitação subjetiva**, não serve para amparar a ideia de que a sentença proferida em ação civil pública atingirá todo o país. A *não limitação subjetiva* da eficácia da sentença relaciona-se à sua autoridade, como ato estatal, que gera a necessidade de que seja respeitada por todos, o que não é característica exclusiva das ações coletivas, **mas de toda e qualquer decisão judicial**.

É em função da sua *autoridade* que uma *sentença de divórcio prolatada por um Juiz de São Paulo será “eficaz” (no sentido de dever ser respeitada) também no Rio de Janeiro*. Contudo, não é porque a *sentença de divórcio prolatada em São Paulo é eficaz no Rio de Janeiro*, que dela poderão se beneficiar “*todas as pessoas na mesma situação*”. Tal efeito (transcendência *além das partes*) é exclusivo das ações coletivas e advém de uma disciplina própria, consubstanciada nos artigos 16 da LACP e 93 do CDC, ainda que com a imprecisão de seus textos.

Cumprido destacar ainda, que a limitação de eficácia disposta no art. 16 da LACP não “inviabiliza” os processos coletivos. Pelo contrário: estabelece contornos de razoabilidade ao efeito transcendente (ou *erga omnes*) dessas ações, evitando que, nas mãos de um único juiz singular, de qualquer parte do país (mesmo aquelas mais longínquas e inacessíveis), fique o destino de questões relevantes, de abrangência nacional. Certamente, a consciência dessa realidade foi o que levou o legislador a incluir o art. 16 na LACP.

Essa interpretação, também, é a que mais se coaduna com o **princípio federativo** (e com as garantias da competência e territorialidade), fundamento constitucional da organização político-administrativa do Estado brasileiro, nos termos do artigo 1º da Constituição Federal.

Baseado nisso foi que o Supremo Tribunal Federal rejeitou a medida liminar da ADI nº 1576-1, proposta contra a Medida Provisória 1.570-5/97 – posteriormente, transformada na Lei 9.494/97, responsável pela atual da redação do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública.

Como se sabe, os direitos individuais homogêneos foram definidos pelo inc. III do parágrafo único do art. 81 do CDC, como aqueles “decorrentes de origem comum”. Tais direitos jamais se apresentam indivisíveis e não são conexos por qualquer relação jurídica que vincule os seus titulares entre si. É o caso dos direitos tutelados na ação de que se originou o Recurso Extraordinário, proposta pelo IDEC – que objetivou a revisão de contratos do SFH.

Nessa ordem de ideias, vê-se claramente que são, entre os direitos que recebem tratamento coletivo, aqueles que mais se coadunam, para fins da limitação da eficácia subjetiva, com o critério da limitação da eficácia da tutela a partir dos limites desenhados pela competência territorial. Isso justamente porque, na sua essência, não são direitos coletivos, mas são direitos apenas acidentalmente coletivos, diferentemente dos difusos e coletivos *stricto sensu*. Tanto que, na doutrina, se tem diferenciado defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos (individuais)¹². Por serem direitos DIVISÍVEIS, de titulares perfeitamente determináveis [IDENTIFICÁVEIS], é que a limitação de efeitos, disposta no art. 16 da LACP, é mais própria justamente aos direitos individuais homogêneos.

Com a devida vênia, não há sentido em afastar a aplicação do art. 16 e ampliar a abrangência dos efeitos *erga omnes*, justamente aos direitos mais singulares (e os únicos divisíveis) de todas as espécies de direitos transindividuais.

Partindo-se do exemplo da decisão do juiz que determina cumprimento de obrigação de fazer em relação a um rio que passa por

12. É o caso de Teori Albino Zavascki, em seu livro *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

várias comarcas e Estados (tutelando, portanto, direito difuso relativo ao meio ambiente), a restrição de efeitos não parece ter sentido. O mesmo não ocorre com relação à decisão que determina a revisão de contratos, em que a limitação é perfeitamente aceitável.

VI. Os mecanismos existentes em nossa ordem jurídica, voltados a minimizar eventual risco de desuniformidade de tratamento que poderia decorrer da existência de inúmeras demandas coletivas com o mesmo objeto

Aqueles que sustentam o acerto do acórdão proferido pelo STJ, objeto do Recurso Extraordinário, afirmam que a limitação territorial da eficácia subjetiva da sentença coletiva seria contrária ao espírito das ações coletivas.

Mas não é assim.

A outorga de legitimidade a determinados órgãos para agirem em defesa de direitos difusos, coletivos e até individuais, desde que decorrentes de origem comum, bem como a possibilidade de a coisa julgada atingir quem não tenha sido parte do processo, promoveram a facilitação do acesso à tutela jurisdicional de questões que, de outra forma, dificilmente seriam levadas pelos interessados, individualmente, ao conhecimento do Poder Judiciário, seja por sua pequena expressão econômica, seja por dificuldade de comprovação, seja por outra razão.

A previsão de limites à transcendência da coisa julgada não compromete esse papel desempenhado pelas ações coletivas.

Quanto ao risco que existe de a incidência da regra do art. 16 da LACP acabar gerando a propositura de mais ações coletivas e desuniformidade de tratamento, também ocorre em relação à tutela jurisdicional individual. Mas é significativamente reduzido por **outros instrumentos** previstos em nossa ordem jurídica, voltados especificamente à formação de precedentes e a evitar que os órgãos fracionários do Poder Judiciário decidam diferentemente sobre o mesmo tema, no mesmo momento histórico.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, novidade do CPC/15, é um deles. A repercussão geral e o regime de julgamento dos recursos repetitivos – que já se encontrava inserido em nossa ordem processual desde 2006, por meio da Lei Federal nº 11.418 – é outro exemplo.

Há, ainda, um outro ângulo sob o qual a questão deve ser analisada.

Caso prevaleça o acórdão do STJ que afastou a aplicação do art. 16 da LACP às ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos, estar-se-á colocando, nas mãos de um único juiz, de qualquer comarca do País, **que aliás poderá estar decidindo com cognição não exauriente**, o poder de decidir questão que afetará uma categoria da população em todo o território nacional.

E esse é fator que vai de encontro à dinâmica atual de formação dos precedentes. De acordo com a sistemática hoje vigente, cada juiz de 1º grau que se deparar com determinada questão (posta em ações coletivas ajuizadas em diferentes Estados) poderá decidir de uma maneira diferente, influenciado não apenas por seu conhecimento e convicções pessoais, mas, também, pelo trabalho desenvolvido pelos advogados que atuam na demanda em questão. Essa diversidade é natural, inevitável e em certa medida até salutar, porque representa o esforço permitido pelo sistema no sentido de encontrar a solução jurídica mais adequada para aquela específica questão.

Ao se permitir que uma questão seja decidida em apenas uma ação, por um único juiz de primeiro grau, com o poder de conceder também tutelas de urgência mediante cognição sumária, estar-se-á retirando do sistema (e da sociedade) a possibilidade de construção da melhor solução possível – que, em termos bem resumidos, pode ser definida como aquela que conte com o consenso da maioria.

Em outras palavras, pode-se afirmar que os direitos individuais homogêneos poderão vir a ser interpretados e aplicados **a partir da visão de apenas um julgador** e, mesmo sendo esse entendimento sujeito à revisão, não se acrescentarão à solução do caso mais do que a análise de poucos outros, no Tribunal Estadual ou Regional e, eventualmente, nas Cortes Superiores.

O empobrecimento da discussão e o risco de se decidir de maneira prematura é inegável.

Em síntese, essa realidade desprezaria a premissa de que o desenvolvimento sólido e paulatino do precedente é que realmente o legitima como fonte de solução¹³.

13. Essa perspectiva é bem registrada por Evaristo Aragão Santos, em sua tese de doutoramento, intitulada *Sobre a ideia de sistema no direito e sua*

VII. O entendimento do STJ, no acórdão impugnado pelo Recurso Extraordinário, vulnera os critérios de competência e de territorialidade (corolários do princípio federativo) e o princípio do juiz natural

Por ocasião do julgamento do pedido liminar formulado na ADIN n. 1.576-1 (intentada para o exame da constitucionalidade da regra do art. 16), os Ministros, que então integravam o Supremo Tribunal Federal, afirmaram que a limitação de eficácia da sentença proferida em ação coletiva TINHA SIDO ÓBVIA, e não apenas pertinente, porque a **falta de limitação da eficácia erga omnes implicaria** “*inversão total do critério da competência e da territorialidade*”, corolários do princípio federativo (art. 1º da CF).

O art. 92, § 2º, da CF reforça esse entendimento, ao dispor que somente o “Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional”.

O acórdão proferido pelo STJ, objeto do Recurso Extraordinário, afasta-se não apenas do princípio federativo, vulnerando os critérios da competência e da territorialidade. Também a garantia do juiz natural, contemplada no art. 5º, LIII, da CF, estará comprometida caso se negue vigência ao art. 16 da LACP.

Em sua dimensão integral, o princípio do juiz natural garante a imparcialidade do Poder Judiciário e a segurança dos jurisdicionados contra o arbítrio estatal. Essa regra, que constitui pilar do estado democrático de direito, deve ser interpretada de maneira plena, de forma a não apenas a vedar a criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também exigir-se respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, impedindo que sejam afetadas a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

Nesse contexto, a atribuição de eficácia nacional à sentença proferida em ação coletiva traz o grave risco de permitir a ESCOLHA do juiz que, com efeito *erga omnes*, decidirá o caso. É o que pode acontecer, por exemplo, se entes legitimados à propositura dessas ações, conhecendo a tendência ideológica ou o entendimento de magistrados sobre determinados temas, optarem por ajuizar demandas nesses juízos, manipulando, em certa medida, o resultado da

ação, que terá eficácia em todo o País. Trata-se de prática que se costuma chamar de *forum shopping*¹⁴ e que não deve ser estimulada.

O Ministério Público Federal argumenta que a regra de prevenção, prevista no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/1985 impediria a referida prática, o que, no entanto, não acontece, uma vez que a primeira demanda já pode ter sido proposta com base nessa estratégia, atraindo para esse juízo as demais ações. A se manter o entendimento pela eficácia nacional da sentença coletiva, nem seria o caso de reunião das ações, pela conexão, mas de verdadeira litispendência. Ou seja, as demais ações deveriam ser extintas pela identidade de pedido, causa de pedir e partes.

Todos os entes indicados no art. 82 do CDC tem legitimidade autonomamente ou em litisconsórcio com outros legitimados, para propor ação coletiva. Todavia, proposta a ação por um deles haverá litispendência com outra, com mesma causa de pedir e pedido, intentada por legitimado que não tenha sido autor da primeira. Isso, porque todos esses legitimados agem no interesse das mesmas comunidades, dos mesmos sujeitos. Encontram-se, por assim dizer, conforme já tivemos oportunidade de nos manifestar¹⁵, numa mesma posição jurídica. Por isso, haverá litispendência, operando-se também a extensão da coisa julgada ao legitimado que não atuou no processo coletivo.

Argumenta, ainda, que o juiz (que tem competência para controlar sua própria competência) poderia, com base na teoria do *forum non conveniens*, evitar de julgar causas para as quais entenda que o juízo não seja mais adequado, seja pela natureza do direito e/

14. “O forum shopping é um termo utilizado, ao menos, desde a década de 20 do século passado, e pode ser definido como a possibilidade de escolha da competência nos casos em que ela seja concorrente, em que há alguma espécie de vantagem estratégica para o autor. Inúmeros fatores podem ser levados em conta para a escolha, tais como a conveniência, os custos financeiros, o conhecimento de que, em determinado local, as indenizações são fixadas em patamar mais elevado, a duração do processo, entre quais outras particularidades que levem a alguma vantagem para a parte”. (PEIXOTO, Ravi. O *forum non conveniens* e o processo civil brasileiro: limites e possibilidades. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 279, p. 381-415, 2018, p. 382.

15. Litispendência em ações coletivas. *In*: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (coords). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 280/295

ou dos fatos objeto do litígio, seja pelas dificuldades geradas para defesa do réu. A adoção dessa teoria, porém, esbarra nas regras de competência e é causa de grave insegurança jurídica, já tendo sido repelida pela jurisprudência.¹⁶

VIII. Resposta aos quesitos

1) A lei ordinária pode impor limites à eficácia subjetiva da coisa julgada?

Sim. Embora a coisa julgada seja uma das expressões, no plano jurisdicional, da segurança jurídica, não se trata de garantia absoluta, ilimitada.

-
16. PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR VISANDO A ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PROPOSTA PELA REQUERENTE, PERANTE JUSTIÇA ESTRANGEIRA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO E TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. REPETIÇÃO DO PEDIDO, MEDIANTE AÇÃO FORMULADA PERANTE A JUSTIÇA BRASILEIRA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, PELO TJ/RJ, COM FUNDAMENTO NA AUSÊNCIA DE JURISDIÇÃO BRASILEIRA PARA A CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR PARA A SUSPENSÃO DOS ATOS COERCITIVOS A SEREM TOMADOS PELA PARTE QUE SAGROU-SE VITORIOSA NA AÇÃO JULGADA PERANTE O TRIBUNAL ESTRANGEIRO. INDEFERIMENTO. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DA PARTE VIOLADOR DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA, EXTENSÍVEL AOS ATOS PROCESSUAIS. 1. É condição para a eficácia de uma sentença estrangeira a sua homologação pelo STJ. Assim, não se pode declinar da competência internacional para o julgamento de uma causa com fundamento na mera existência de trânsito em julgado da mesma ação, no estrangeiro. ***Essa postura implicaria a aplicação dos princípios do “forum shopping” e “forum non conveniens” que, apesar de sua coerente formulação em países estrangeiros, não encontra respaldo nas regras processuais brasileiras.*** 2. A propositura, no Brasil, da mesma ação proposta perante Tribunal estrangeiro, porém, consubstancia comportamento contraditório da parte. Do mesmo modo que, no direito civil, o comportamento contraditório implica violação do princípio da boa-fé objetiva, é possível também imaginar, ao menos num plano inicial de raciocínio, a violação do mesmo princípio no processo civil. O deferimento de medida liminar tendente a suspender todos os atos para a execução da sentença estrangeira, portanto, implicaria privilegiar o comportamento contraditório, em violação do referido princípio da boa-fé. Medida liminar indeferida e processo extinto sem resolução de mérito. (MC 15.398/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 23/04/2009).

A coisa julgada é protegida pela CF, mas é a lei ordinária que lhe dá contornos.

A expressão “eficácia *erga omnes*”, contida no art. 103, inciso I do CDC, é usada para indicar que determinado ato atingirá a “todos”. No caso de uma decisão judicial, significa que *atingirá a muito mais do que as partes fisicamente presentes no processo*, diferentemente do que ocorre nos procedimentos comuns individuais. Significa que transcenderá as partes litigantes, para atingir a uma coletividade.

O art. 16 da Lei 7.347/1985 estabeleceu até onde se opera a transcendência, sendo certo que afirmar que determinado ato gera efeitos *erga omnes*, não significa, necessariamente, que “atingirá todo o país”.

Para fixar a **abrangência da eficácia subjetiva da coisa julgada**, o legislador, então, elegeu critérios de natureza territorial, emprestados das regras de competência. Embora a redação do art. 16 não seja a mais precisa, sua intenção foi, claramente, a de **limitar o alcance subjetivo das decisões proferidas nas ações civis públicas**, isso até mesmo em função das dimensões continentais do nosso país.

É de se reiterar que, entre os direitos que recebem tratamento coletivo, aqueles que mais se coadunam, para fins da limitação da eficácia subjetiva, com o critério da limitação da eficácia da tutela a partir dos limites desenhados pela competência territorial, são os direitos individuais homogêneos, por serem direitos **DIVISÍVEIS**, de titulares perfeitamente determináveis [**IDENTIFICÁVEIS**]. Na sua essência, não são direitos coletivos, mas são direitos apenas acidentalmente coletivos, diferentemente dos difusos e coletivos *stricto sensu*.

2) A limitação imposta pelo art. 16 da Lei n. 7.347/1985, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei n. 9.494/1997, mostra-se compatível com a função desempenhada pelas ações coletivas?

Sim.

A limitação de eficácia disposta no art. 16 da LACP não “inviabiliza” os processos coletivos.

A outorga de legitimidade a determinados órgãos para agir em defesa de direitos difusos, coletivos e até individuais, desde que decorrentes de origem comum, bem como a possibilidade de a coisa julgada atingir quem não tenha sido parte, fisicamente,

do processo, promoveram a **facilitação do acesso à tutela jurisdicional** de questões que, de outra forma, dificilmente seriam levadas pelos interessados, individualmente, ao conhecimento do Poder Judiciário, seja por sua pequena expressão econômica, seja por dificuldade de comprovação, seja por outra razão.

A previsão de limites à transcendência da coisa julgada não compromete esse papel desempenhado pelas ações coletivas.

Quanto ao risco que há de a incidência da regra do art. 16 da LACP acabar gerando a propositura de mais ações coletivas e de uniformidade de tratamento, também existe em relação à tutela jurisdicional individual. Mas esse argumento perdeu força diante dos **instrumentos**, trazidos e aprimorados pelo CPC de 2015, voltados especificamente à formação de precedentes e a evitar que os órgãos fracionários do Poder Judiciário decidam diferentemente sobre o mesmo tema, no mesmo momento histórico.

3) O art. 16 da Lei n. 7.347/1985, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei n. 9.494/1997, padece do vício de inconstitucionalidade?

Não.

O art. 16 da Lei n. 7.347/1985 estabelece contornos de razoabilidade ao efeito transcendente (ou *erga omnes*) das ações coletivas, evitando que, nas mãos de um único juiz singular, de qualquer parte do país, fique o destino de questões relevantes, de abrangência nacional.

A limitação da eficácia subjetiva da coisa julgada, nas ações coletivas, também, é a que mais se ajusta ao **princípio federativo** (e com as garantias da competência e territorialidade), fundamento constitucional da organização político-administrativa do Estado brasileiro, nos termos do artigo 1º da Constituição Federal, tanto que, foi baseado nisso que o Supremo Tribunal Federal rejeitou a medida liminar da ADI nº 1576-1, proposta contra a Medida Provisória 1.570-5/97 – posteriormente, transformada na Lei 9.494/97, responsável pela atual da redação do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública.

Ao julgar o RE 612.043-RG/PR e reconhecer a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei 9.494/1997, para declarar que os beneficiários do título executivo, no caso de ação proposta por associação, são aqueles **residentes** na área compreendida na jurisdição do

órgão julgador, que detinham, **antes** do ajuizamento, a condição de filiados e constaram de lista apresentada com a peça inicial, o STF reconheceu a constitucionalidade de norma que fixa **critério temporal** e **territorial** para fins de **delimitação da eficácia subjetiva da coisa julgada** em ação coletiva.

Ainda que a decisão proferida na ADI n. 1576-1 tenha sido proferida em cognição sumária, e o acórdão proferido no RE 612.043-RG/PR refira-se ao art. 2º-A da Lei 9.494/1997 e não ao art. 16 da Lei nº 7.347/1985, ambas as decisões demonstram a índole constitucional do tema relacionado à *limitação da eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva* e sinalizam no sentido da absoluta idoneidade do critério *territorial* para tanto.

O art. 16 da Lei n. 7.347/1985, por fim, prestigia o princípio do **juiz natural**, pois a atribuição de eficácia nacional à sentença proferida em ação coletiva, tal como sustentam aqueles que apregoam a inconstitucionalidade daquele dispositivo legal, traz o grave risco de permitir a ESCOLHA do juiz que, com efeito *erga omnes*, decidirá o caso, prática que se costuma chamar de *forum shopping* e que não deve ser estimulada.

Este é o nosso parecer, s.m.j.

Curitiba, 24 de setembro de 2020.

TERESA ARRUDA ALVIM

Diagramação eletrônica:
Linotec Fotocomposição e Fitolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80
Impressão e encadernação:
Forma Certa Gráfica Digital Ltda., CNPJ 07.691.829/0001-27

A.S.L10270