

V. 22 ♦ N. 1 ♦ JANEIRO/ABRIL ♦ 2020

ISSN 2236-8957

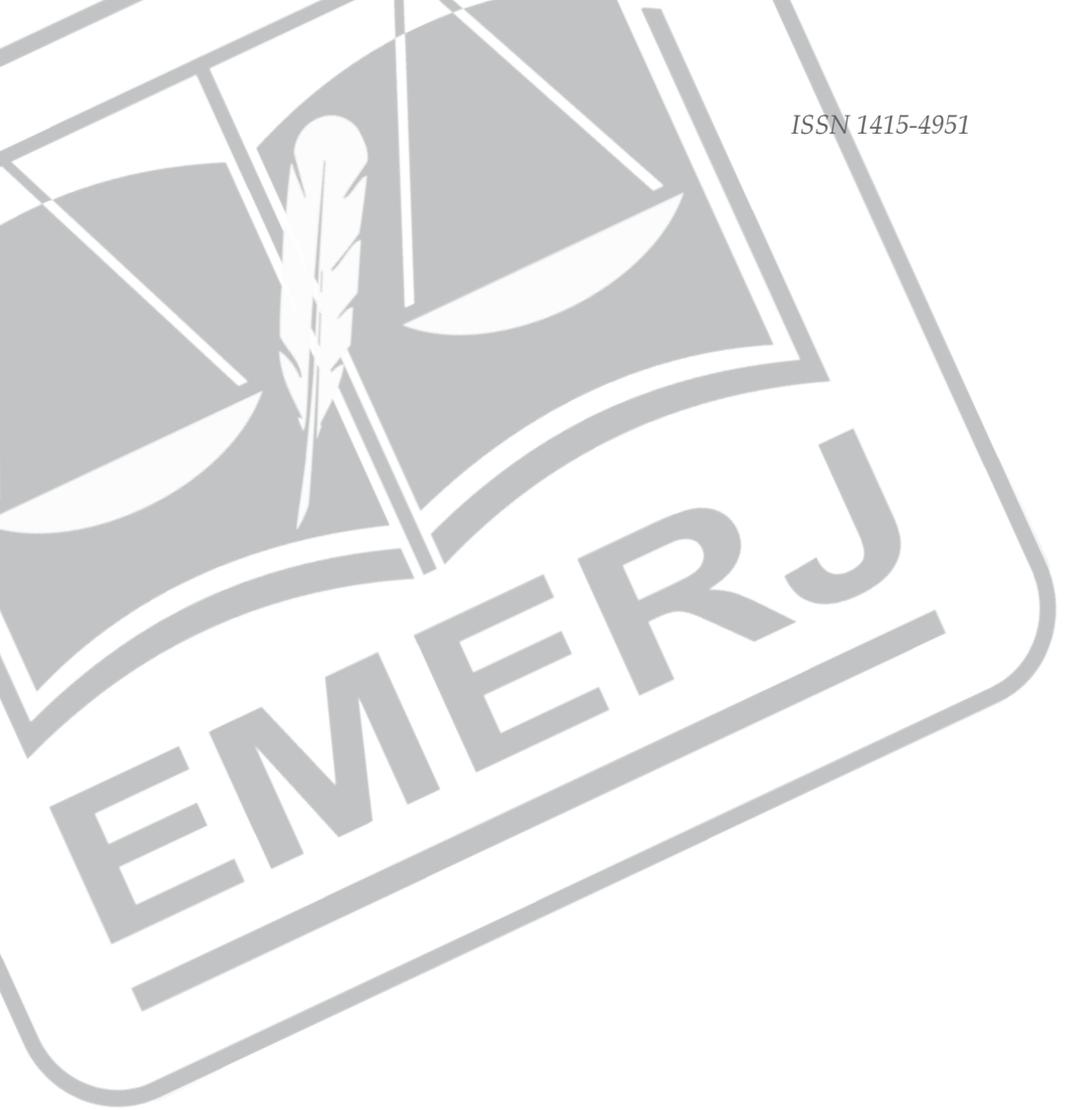
REVISTA DA

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



ISSN 1415-4951



Revista da EMERJ

Janeiro/Abrl
V. 22 - n. 1 - Ano 2020

Rio de Janeiro

© 2020 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

EQUIPE EDITORIAL:

Coordenador Editorial: Doutor André Gustavo Corrêa de Andrade, Doutor Antônio Aurélio Abi Ramia Duarte.

Conselho Editorial: Mestre Abel Fernandes Gomes, Doutor Adán Carrizo González-Castell, Doutora Adriana Ramos de Mello, Doutor Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, Doutor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Mestre Anderson de Paiva Gabriel, Mestre Caetano Ernesto da Fonseca Costa, Doutor Cassio Scarpinella Bueno, Mestre Cesar Felipe Cury, Mestre Daniel Vianna Vargas, Pós-Doutora Edna Raquel dos Santos Hogemann, Mestre Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Pós-Doutor Fredie Souza Didier Junior, Doutor Gustavo Quintanilha Telles de Menezes, Doutor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Desembargador Jessé Torres Pereira Júnior, Mestre José Guilherme Vasi Werner, Doutora Larissa Pinho de Alencar Lima, Pós-Doutor Lenio Luiz Streck, Doutora Lúcia Frota Pestana de Aguiar Silva, Doutor Luciano Vianna Araújo, Mestre Luiz Roberto Ayoub, Mestre Rafael Estrela Nóbrega, Mestre Rodrigo Borges Valadão, Doutor Sérgio Cavalieri Filho. Portaria nº 80/2019

Editores Associados: Ministro do STF Doutor Luiz Fux, Ministro do STJ Mestre Antonio Saldanha Palheiro, Ministro do STJ Luis Felipe Salomão, Ministro do STJ Mestre Marco Aurélio Bellizze Oliveira.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
1998 -
v.

Rio de Janeiro: EMERJ,

ISSN 1415-4951 (versão impressa)
ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

Edição Especial 2016: Comemorativa da Centésima Reunião do Fórum Permanente de Direito Empresarial.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-2561

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro

■ PRESIDENTE

Desembargador Claudio de Mello Tavares

■ CORREGEDOR-GERAL

Desembargador Bernardo Moreira Garcez Neto

■ 1ª VICE-PRESIDENTE

Desembargador Reinaldo Pinto Alberto Filho

■ 2ª VICE-PRESIDENTE

Desembargador Paulo de Tarso Neves

■ 3ª VICE-PRESIDENTE

Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

■ DIRETOR-GERAL

Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade

■ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargadora Cristina Tereza Gaulia

Vice-Presidente

Desembargador Claudio Brandão de Oliveira

Diretor Adjunto Administrativo

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

Presidente da Comissão de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - COMAM

Desembargador Luciano Sabóia Rinaldi de Carvalho

Presidente da Comissão Supervisora dos Cursos de Extensão, de Pós-graduação e de Convênios e Parcerias - COCEP

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

Presidente da Comissão Acadêmica - COMAC

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Juíza Adriana Ramos de Mello

Juiz Luiz Marcio Victor Alves Pereira

Equipe Administrativa - EMERJ:

Diretora do Centro de Estudos e Pesquisas - CEPES: Elina Bussade dos Santos

Execução Administrativa e Pesquisa: Yanka Albertin Sodré

Produção Gráfico-Editorial: Assessoria de Publicação Acadêmica - EMERJ

Responsável: Ébano Machel do Rosario Assis

Editor: EMERJ

Diagramação: Rafaelle Neves

Capa: Marcelo Melim

Foto: Marcelo Melim

Revisão Ortográfica: Ana Paula Maradei, Clara Bastos e Sérgio Silveiras

Sumário

7 | Prefácio

Des. Jacqueline Lima Montenegro

11 | Civil and Commercial Mediation in Italy: Lights and Shadows

Luigi Cominelli e Arianna Jacqmin

27 | Positivação de Princípios no Código de Processo Civil

Hugo Filardi

46 | Notas sobre a Multipropriedade Imobiliária

Thiago Ferreira Cardoso Neves

71 | O Litisconsórcio Necessário do Administrador na Ação Anulatória de Deliberação de Aprovação de Contas sem Reservas

Virgílio Mathias

100 | O Julgamento Antecipado Parcial sem ou com Resolução do Mérito no CPC/2015

Luciano Vianna Araújo

148 | Crítica ao Garantismo Penal Hiperbólico Monocular

Ana Paula Couto e Marco Couto

166 | O Procedimento Judicial das Medidas Protetivas de Urgência Previsto Lei 11340/2006

Yedda Christina Ching San Filizzola Assunção

178 | Consequencialismo Judicial na Suspensão de Segurança nos Julgamentos de Direito Regulatório

Alexander Leonard Martins Kellner

220 | Crime Organizado e a Política Externa – O Controle do PCC nas Fronteiras Mostra a Fragilidade da Política Externa Brasileira

Antonio Baptista Gonçalves

249 | Transportes Autônomos como Paradigma da Economia Circular

José Renato Torres do Nascimento e Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro

**284 | Consequências da Pandemia Criada pela COVID-19 nas
Obrigações e nos Contratos – Uma Visão pelo Ângulo do Di-
reito Civil**

Guilherme Valdetaro Mathias

Prefácio

Vivemos hoje no Brasil um momento de grandes e importantes mudanças legislativas, inspiradas certamente no reconhecimento de que a sociedade brasileira está muito mais atenta ao exercício de sua cidadania, o que vem representado pela crescente demanda por moradia, educação, saúde, pelo respeito às suas liberdades de expressão, informação, religião, e, especialmente, pela percepção de que todo cidadão tem no Poder Judiciário um instrumento efetivo de tutela de tais direitos e liberdades.

Dentre as novas leis, destaca-se o Novo Código de Processo Civil, que veio com a promessa de tornar a realização concreta do direito material mais célere, tanto assim que enfatiza e estimula os meios alternativos de solução de conflitos, como fórmula de diminuição de sua excessiva judicialização, que em muito contribuiu para a demora na entrega da prestação jurisdicional, dando à população a ideia equivocada de um Poder Judiciário ineficiente.

Temos ainda novos entendimentos lançados tanto pela doutrina como pela jurisprudência sobre temas que há muito têm desafiado os profissionais do Direito na busca por uma resposta jurídica adequada aos novos tempos e aos novos embates, exigindo grande reflexão e aprofundamento acadêmico.

Assim, é de fato relevante que a comunidade jurídica seja alimentada com estudos de qualidade acerca dessa nossa nova ferramenta de trabalho, isto é, o Novo CPC, e sobre as matérias que vêm ganhando espaço nos tribunais. A atualização e a pesquisa não podem sair da pauta dos advogados, juízes, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, procuradores, enfim, dos operadores do Direito; e é exatamente isso que encontramos neste exemplar, como se pode conferir dos artigos que compõem esta Revista, que enfrentam questões pungentes, tais como a positivação dos princípios pelo novo Código de Processo Civil e o julgamento antecipado parcial com ou sem resolução do mérito, sendo este último uma das grandes novidades do novo Códex Processual.

Como contribuição acadêmica na práxis processual, tanto no âmbito civil como no penal, este volume nos contempla, ainda, com significativo estudo sobre as medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11340/06, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, tema por demais caro nos dias atuais.

Destaca-se, ainda, a importante reflexão sobre a multipropriedade imobiliária, matéria que sempre gera muitas indagações, sobretudo em um Estado com severos problemas de moradia, numerosas disputas possessórias, envolvendo conflito entre lei e justiça social, demandando soluções desafiadoras no campo jurídico.

A preocupação com a administração da coisa pública não foi esquecida, porquanto foi enfrentada sob o prisma da necessidade, ou não, de se estabelecer um litisconsórcio necessário na ação anulatória de deliberação de aprovação de contas sem ressalvas, nela fazendo integrar o administrador, inquietação cada vez mais viva, a partir da compreensão da importância de se realizar efetivo controle da atuação dos agentes públicos.

O direito regulatório também mereceu um capítulo neste exemplar, ainda que sob a perspectiva processual, como franco reconhecimento de que se cuida de ramo do direito cada vez mais presente no cotidiano, considerando a sua função de controle e regulação de áreas fundamentais para o cidadão, como é o caso da saúde, das concessões no âmbito da energia, transporte e comunicação, dentre outras.

O direito comparado foi igualmente abordado, trazendo como contribuição a realidade da mediação civil e comercial na Itália, que serve de inspiração e de paradigma a ser utilizado como instrumento de aperfeiçoamento dessa forma de solução de conflitos entre nós.

A preocupação com o crime organizado e sua relação com a política externa e controle fronteiras é tema também analisado por um dos trabalhos que compõem esta publicação, demonstrando a atualidade dos assuntos trazidos a debate.

Encerra-se o volume com a substancial reflexão sobre o garantismo, matéria altamente controvertida nos dias de hoje, envolvendo a aplicação do direito penal e processual penal, colocando em evidência duas visões do garantismo penal, quais sejam, o garantismo penal integral e o garantismo hiperbólico monocular.

A profundidade e atualidade das questões trazidas pelos autores bem demonstram a excelente qualidade da presente publicação, indispensável na estante daqueles que buscam pensar e refletir o Direito nas suas variadas vertentes.

JACQUELINE LIMA MONTENEGRO

Desembargadora do TJ-RJ

Civil and Commercial Mediation in Italy: Lights and Shadows

Luigi Cominelli

Arianna Jacqmin

ABSTRACT

This article provides with a panoramic view over civil and commercial mediation in Italy, especially after the 2010 legislative reform, and with a specific focus on the institution of compulsory mediation for specific matters. After having introduced some of the theoretical and practical reasons that led the action of the Italian legislator, this article deals with four problematic issues concerning the reform: the sensitization of legal professionals; the success rate of mediation; the economic and professional structure of mediation providers; and the exclusion of family and labour matters from the reform. Finally, the 2017 confirmation of the discipline will be discussed.

INTRODUCTION: THE ITALIAN MEDIATION REFORM

In the last seven years, Italy has been an experimental field for the use of mediation in civil and commercial disputes. The incentive for such process was the Legislative Decree n. 28/2010, which took effect in March 2011. The act envisioned four types of mediation: the voluntary; the judicial; the statutory clause; and the preventative and mandatory one. The first can be freely suggested and implemented by the parties at any moment of the dispute. The second refers to the situation where the judge, even during the appeal, suggests the parties to make an attempt of

out-of-court settlement, after having evaluated the matter of the debate and the willingness of the parties. The resolution of the dispute through mediation can also be founded on a statutory or contractual clause. Finally, and most importantly for what concerns the topic of this article, the Law asked for a compulsory attempt to mediate¹, as condition of legal action, in a number of matters, which is now estimated to represent around 8% of the civil and commercial courts' docket. The selected disputes ranged from banking and finance contracts to property rights, landlord/tenant disputes, condominium disputes, medical malpractice, insurance, division of goods, trusts and estates, loans, leasing of companies, and defamation (libel and slander). Initially, car accidents were included too. The legislative act, which was in part occasioned by the European Directive n. 2008/52/CE, was intended to set an experimental phase of six years after which the application of mandatory mediation and its effects would be tested and, possibly, confirmed. Last year, Legislative Decree n. 50/2017, later converted in Law n. 96/2017, stabilized the discipline of mediation by erasing its temporary and experimental nature.

As far as we know, this legal reform resulted in the largest mandatory mediation programme for civil cases in Europe – if not in the world. Although several jurisdictions nowadays feature mediation by judge order, or compel mediation in reason of the disputed matter, none of them envisions such an extended application of compulsory mediation. Studies testify that the number of yearly mediations in Italy, which has surpassed 200.000 cases, is about twenty times higher than those from other European countries, according to their available data². The wide range of matters involved in compulsory mediation and the con-

1 On December 12th, 2012 the Italian Constitutional Court declared compulsory mediation unconstitutional due to a procedural fault. Under the input of the European Union, Legislative Decree 69/2013 reintroduced it starting from September 20th, 2013.

2 Main data about mediation in this article come from the Ministry of Justice DG STAT database, whose statistics about 2017 can be found at [https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Civil%20mediation%20in%20Italy%20-%20Year%202017%20\(ENG\).pdf](https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Civil%20mediation%20in%20Italy%20-%20Year%202017%20(ENG).pdf) (accessed July 13th, 2018). And from ISDACI database, whose 2017 Ninth Report over the diffusion of alternative justice in Italy can be found at http://www.isdaci.it/wp-content/uploads/2016/06/eBook_nono-rapporto_ISDACI.pdf (accessed July 13th, 2018).

siderable frame of time of its application provides us with a set of experiences and data that is solid enough to discuss the use and the application of such alternative procedure.

THEORETICAL AND PRACTICAL REASONS TO PROMOTE (AND COMPEL) MEDIATION

Before dealing with the most problematic aspects of the reform, we argue that analysing the substantial arguments and the more practical reasons for the promotion of mediation, and of compulsory mediation in specific fields, can help understanding the rationale of the legislative act.

One of the arguments for implementing mediation has to do with pacification purposes. Disputes in many of the mentioned matters under compulsory mediation (for example, landlord/tenant disputes, condominium disputes, and division of goods) tend to arise among family members, neighbours, or people who are particularly close to each other for affective, geographical, or commercial reasons. In these cases, the issue of maintaining, or not worsening, the relationship between the parties cannot be ignored. The theory of Donald Black explains that “the relationship between law and relational distance is curvilinear”³. With the expression “relational distance”, he refers to the intensity of the bond between two individuals: at the extremes, we find, on the one side, close relatives, while, on the other, complete strangers. According to Black, the closer is the relationship between the parties, the less likely they are to find the solution of their dispute through the law and the judicial system; rather, they look for a more friendly and private settlement. This theory can be applied also to lawyers: the more intimate is their relationship, the more they will look for an out-of-court solution between their clients. On the contrary, strangers are more eager to use legal tools to solve disputes. Consequently, clashes between close relationships find fertile ground in the extra-legal field. This consideration can be applied also to family and labour relationships, which, however, find no obligation of mediation in the Italian

3 Black, D. (1976). Morphology. In *The Behavior of Law* (pp. 37–62). New York and London: Academic Press, p. 41.

legal system: below, we will expand on the reasons for such a defferential choice.

Alternative Dispute Resolution procedures create a friendly and non-judging environment within which parties play a stronger role than that they are allowed to perform within trials. Mediation fosters empowerment and encourages practical and original solutions, which take into account not only the specific issue of the dispute but also further matters that, instead, cannot be submitted before a court. In this regard, the expression “all issues mediation”⁴ identifies the capacity of this procedure to adopt a holistic and inclusive approach towards all aspects of the conflict.

Looking for original solutions means solving a dispute not only in strictly economic terms, as it is likely to be the case for judicial civil resolutions, but also through other kinds of obligations. The mediator does not focus only on mere legal aspects, but he can take into consideration psychological and relational issues. In other terms, mediation offers an access to justice that goes beyond the interpretation of justice as application of legal norms. Such an understanding includes the promotion of principles of what is known as “procedural justice”, which, rather than being granted by the outcome, can be satisfied by the perception that the resolution process has been fair. According to scientific literature⁵, in most of the cases, the outcome of a procedure is less important than the procedure itself: as long as the decision process is perceived as unbiased, the parties are more willing to feel the result as just, and, therefore, to adapt their behaviour to its provision.

There are elements that considerably influence the perception of the fairness of the procedure. Among them, there is the feeling that the parties are treated with neutrality and dignity: this mechanism implies that the dispute is dealt with care and com-

4 Cominelli, L. (2008). “Mediazione familiare: nuove professioni e il dibattito sulle alternative al giudizio”. *Sociologia Del Diritto*, XXXV(3), p. 198.

5 Vidmar, N. (1997). “Procedural Justice and Alternative Dispute Resolution”. In K. F. Röhl & S. Machura (Eds.), *Procedural Justice*. Dartmouth: The Oñati International Institute for the Sociology of Law, Ashgate, 121-136.

petence. Another essential element of fairness is the opportunity to tell one's own personal story and sorrow: this step, which covers only a residual part within trial, is considered necessary in the path toward healing and reconciliation, since it grants the possibility to be listened, understood, and pitied. Furthermore, the chance to talk ensures the parties an active role in managing the conflict and their personal situation. Finally, control over the process is another relevant feature that enhances the level of satisfaction over the result of the dispute. According to comparative studies over traditional and alternative ways of dispute resolution, non-binding procedures, such as mediation, are the best tools to provide the parties with control over the process and the solution, the chance to talk freely and to participate, and with the likelihood of maintaining or improving a relationship with the adversary party.

Beyond facilitating the communication between the parties, and thus their relationship, mediation reduces the barriers to justice in more practical terms: this argument constituted a further reason for the introduction of compulsory mediation. With regard to costs, procedural acts are free from any stamp duty, and the total amount of expenses tend to be lower than that for judicial costs; as in trial, in Italy the procedure is free for those who benefit from free legal aid (annual income should be lower than 11.493,82 €).

With relation to time management, instead, the maximum period to settle out-of-court was established at three months maximum, after which the trial could either be completely closed or continue if no settlement had been achieved. Studies proved that the effective duration of mediation ended to be a bit longer than expected (in 2017 the average length of mediation with a happy ending was of 129 days). However, expectations over time reduction proved to be true: the average time for mediation has resulted to be about one eighth of the average time for civil proceedings. Certainly, time compression has had a consistent impact on the courts workload. In fact, mediation is assumed to be among the reasons why judicial statistics enjoyed a slight im-

provement in recent years in Italy: pending cases decreased from approximately 6 million in 2009 to 4.5 million in 2016, while the average length of proceedings slightly reduced as well. Although in recent years, the economic crisis and the rise of court fees make it impossible to establish whether litigation has decreased thanks to the sole improvement of mediation, we can find a clear signal of such process in the significant decrease (-16%) of new cases in those disputes that are subject to compulsory attempt of mediation. The improvement of judicial statistics has allowed Italy to regain eleven positions in the international rankings for business friendliness⁶.

Besides saving relationships (might they be affective or commercial) between the parties, money, and time, the Italian legislator, while working on the reform, wanted to ensure that the settlement agreement reached in mediation was directly enforceable, tantamount to an arbitration award, and that the parties who refused to participate in the preliminary meeting without an acceptable reason might be sanctioned by the judge of the trial with damages or a doubled court fee. These goals asked not only for the promotion of mediation in general terms, but for a deeper and stronger reform of the use of mediation, which ended in making it compulsory in specific matters.

THE SENSITIZATION OF LEGAL PROFESSIONALS: AN AMBIVALENT PROCESS

The advocates of compulsory mediation are ready to admit that compelling mediation on a massive scale was a less than optimal solution, but in the short-to-medium term it was the only option to jumpstart mediation in the Italian legal system. Indeed, the number of voluntary mediations increased massively too, and they now represent around 10% of the mediation procedures. What is particularly interesting, is that mediation conducted by judge's order, which during the first year was at 1.7% of the

⁶ World bank Group (2016). *Doing Business 2016. Measuring Regulatory Quality and Efficiency*. Washington: The World Bank, available at <http://www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf> (accessed July 13th, 2018).

total, has also increased remarkably and now has even surpassed voluntary mediations, reaching 13,4% on the total of mediation of 2017, *i.e.* dealing with 20.835 cases.

The Court of Milan (ord. 27/4/16) has recently issued a decision which interprets Article 5, second paragraph of the Legislative Decree 28/2010 on civil and commercial mediation with a substantialist approach. This latter provision refers to mediations conducted by order of the judge of the trial. The judge can compel the parties, after a *prima facie* evaluation of the case, to go to a mediator. If the parties do not obey, the judge will bar any subsequent phase of the proceedings. With this decision, the Court adheres to the principle that the condition of admissibility cannot be satisfied with a simple preliminary mediation meeting between the attorneys. The Court of Milan expressly states that the parties must personally attend the meeting, unless they have a legitimate impediment. The decision confirms the importance of participation of the parties to mediation and the centrality of reaching an agreement that comes the closest to the economic and non-economic interests of the contenders. The Court concurs with what has been decided by other Courts (including in Florence, Rome, and Palermo) when the judges, after evaluating the conduct of the parties, the state of the trial, and the nature of proceedings, had requested to attempt a mediation. This provision testifies a growing awareness that meeting in front of the mediator cannot be a mere formality, but a process necessarily founded on the negotiation of the substantive interests of the parties. Italian judges might have finally become aware of the mediation rationale, while the quality and the number of mediation projects they were involved to⁷, proved an effective sensitization about conciliatory measures.

However, one should take into account that within the number of mediations by court's order, which proves an increased awareness of the procedure among the judges, only a small portion concerns non-mandatory matters. In other terms, only a little percentage of this kind of mediation results from a truly proacti-

7 Matteucci, G. (2017). "Civil Mediation, How to Kick-Start It; The Italian Experience. Training, Compulsory, Tax Relieves, Control". *Revista da EMERJ*, 19(4), 78-100.

ve role of the judge. The data shows that, while mandatory (and effective) mediation is more and more successful, the other kind is not as much widespread. The dissemination of the culture of “real” mediation will require a long time and an intense educational path.

Furthermore, the diffusion of mediation among judges comes to terms with an opposite circumstance. The evaluation system for their job, which enables promotions, the chance to do extra-judicial appointments, etcetera, still relies on the number of judgements issued along the year, as it is the only available data to evaluators. This circumstance is likely to dissuade judges from recurring to mediation and ADR in general, since, eventually, those who mostly used these instruments found no career advantage from its use, rather the contrary⁸.

As far as lawyers are concerned, they were quite reluctant to the introduction of compulsory mediation. Previous to the reform, and long after, the debate on this measure was fierce, and the Italian Bar Association was particularly enraged. However, time and experience over mediation seems to have had a positive impact on their approach toward its use. Certainly, the 2013 introduction of the obligation for the parties who undertake compulsory mediation to be assisted by a lawyer⁹, has furtherly softened their aversion toward mediation as alternative instrument to the trial. Their presence has also increased during non-compulsory mediation: in 2017, 77% of the claimants and 85% of the defendants recurred to the help of a legal professional.

Lawyers are finally conceding that compulsory mediation is a “lesser evil”, while the 2016 National Forum of the Italian Bar Association approved the use of mediation and encouraged its improvement by expanding *compulsory mediation* to new categories of disputes, as well as it acknowledged the *importance of training* for mediators and lawyers, and of the *party’s personal presence*.

8 Moriconi, M. (2018). “Mediazione civile e commerciale. Un bilancio a otto anni dall’entrata in vigore del decr. legs. 28/2010”. *INMEDLAR, Istituto Nazionale per la Mediazione e l’Arbitrato*. Available at <http://www.inmedlar.it/un-bilancio-a-otto-anni-dallentrata-in-vigore-del-decr-lgs-28-2010/> (accessed July 13th, 2018).

9 Legislative Decree n. 69/2013 converted by Law n. 98/2013.

THE “UNSATISFACTORY” SUCCESS RATE

There are still some criticisms about the way the reform has been implemented, especially with regard to the aims pursued by the Italian Legislator.

First, one should consider that, over the total number of requests to mediate, the counterparty has agreed to show up before the mediator and to go beyond the first preliminary meeting in less than half of the cases. Since statistics on the achievement of the final agreement show similar rates, we can estimate that only one in five cases finds resolution in mediation¹⁰. Despite the increasing levels of confidence, and the slight improvement of the settlement rates in the last years, this is a sub-optimal result, in comparison to the resolution rates that the literature on the subject testifies abroad: statistics from the U.S., for example, report that settlement rate is approximately 80%¹¹. So, the issue revolves around whether the burdens imposed on such a significant number of the disputants, in terms of time and costs, justify a result that is modest after all, and if these “unsatisfying” rates are not due to the structure and the implementation of the reform. In fact, in many situations, disputes that are in mediation, no matter what the parties or the mediator do, are not necessarily the most suitable to be mediated: think of a large part of banking and finance standard contracts, which in fact have among the lowest rates of success in mediation. In 2017, only 6% of the mediations concerning bank contracts, and 10% of those about finance contracts, ended with an agreement, while the success rate achieved was 46% when mediation concerned family covenants and agreements.

With regard to the professionals involved in the mediation process, the attitude or other aspects of the judges, the mediators, and the lawyers can influence the settlement. In particular, many judges often order the parties to go to mediation in a bureaucratic and impersonal way, without motivating their request. This

¹⁰ In 2017, the success rate of mediation was 43% over the total number of mediations where the parties went beyond the first information meeting.

¹¹ Wall, J. A., and Dunne, T. C. (2012). “Mediation Research: A Current Review”. *Negotiation Journal*, 28(2), 217-244.

is not an incentive for parties to engage in good faith to achieve a solution. That is probably one of the reasons why mediation by order of the court is the least likely conciliatory procedure to lead to an agreement: the settlement rate (14% for mandatory matters and 22% for non-mandatory matters) is even lower than in mandatory mediations (24%). As for mediators, studies¹² have proved that there is no correlation between the style of mediation and the rate of achieved agreements, while, on the contrary, education in business and economics seems to positively affect the success rate. Finally, with regard to lawyers, the lack of education in ADR and of confidence in these procedures have a negative impact over the result of mediation.

SAVING MONEY, LOOSING PROFESSIONAL MOTIVATION

What was peculiar in this reform was that no public funds were destined to the promotion of mediation: the bill relied on the spontaneous creation of a mixed private-public market for the provision of mediation services. Public entities (such as the local Bar Association, professional associations or, more notably, the Chambers of Commerce) were automatically considered worthy of establishing a mediation provider, while private commercial entities had to go through an accreditation process. The prices for the mediation services had to be approved by the Ministry of Justice, and they tended to be in a rather low range, in order to promote mediation and to attract 'customers'. After all, a reasonable price, along with a reasonable time, seemed to be the conditions to allow compulsory mediation, and to consider it compatible with rule-of-law constitutional guarantees, and, most of all, with the right to a day in court¹³. The legal reform, with the noticeable intention to promote the mediation, has compressed its fees. However, by not committing the financial resources to subsidise the service, it is derailing the market for ADR services.

¹² Cominelli, L., C. Lucchiaro (2017). "Italian Mediators in Action: The Impact of Style and Attitude". *Conflict Resolution Quarterly*, 35(2), 223-242.

¹³ Judgment of the European Court of Justice (Fourth Chamber) of 18 March 2010. *Rosalba Alassini v Telecom Italia SpA* (C-317/08), *Filomena Califano v Wind SpA* (C-318/08), *Lucia Anna Giorgia Iacono v Telecom Italia SpA* (C-319/08) and *Multiservice Srl v Telecom Italia SpA* (C-320/08).

It fostered a considerable workload, even though at controlled prices, and without costs for public finances. The result is that today's civil and commercial mediators are working virtually pro bono. Accredited providers for which mediators work, have a cost structure to be covered, while profits have to be split. Furthermore, no fee is paid to the mediation provider if one or both parties decide to opt out at the first mediation meeting. All this results in a very low income for mediators.

'Solo mediators' are not allowed to operate within this specific legislative framework, which is controlled by accredited entities. Certainly, non-accredited mediators (for example, foreign mediators) can mediate cases in Italy, but this will not satisfy the condition of legal action in compulsory mediation matters, and any agreement will not be enforceable, nor it will take advantage from tax benefits that legislation grants. This arrangement is creating, and will create in the future, some troubles for the mediator profession. With regard to the mediator's training, a college degree is required, and candidates must successfully pass a course of fifty hours in order to become civil and commercial mediators and to perform mediations in the framework of Legislative Decree no. 28/2010, while it is always legal to mediate even outside of this context. At this point, it is still not possible to perform mediations independently, because, as pointed out, only accredited institution that offer minimum capital and organisational guarantees can manage the procedure. So, accredited providers can select their mediators and confer them mediation tasks. Given the fact the controls on compliance have been occasional, especially in the early days, it was not uncommon to hear stories of 'ghost' mediation providers, who just operated a mailbox and whose sole purpose was to gather mediation requests they knew were already doomed to fail, but that needed (for a small fee) the procedural certification in order to go to court.

Moreover, one should consider that in the first years after the reform, a very large number of mediators has been trained and accredited. Therefore, mediators, even the most prominent ones, mediate only a handful of cases per year. Most of them are lawyers

or accountants who, perhaps more as a hobby, or for the excitement to take on a new professional challenge, take some days off from their ordinary job to solve the cases the institutions assign them. Considering that in Italy the median value of the disputes in mediation is 17,000 € and that the fee (to be shared normally with the mediation provider) is always proportional to the value of the dispute, mediators who can live only on the income produced by their profession can today be counted on the fingers of one hand.

The issue of the incentives to mediators is among the dysfunctional aspects of the reform. A provision that is apparently in favour of the disputant is not in the interest of the resolution in the long term, in that it devalues the mediator's work. Without good training and effective job gratifications for mediators, it is unlikely that mediation will come of age.

THE EXCLUSION OF FAMILY AND LABOUR MATTERS: A REASONABLE CHOICE

The reform did not envisage the extension of compulsory mediation to family and labour matters, thus leaving the conciliative resolution to the effective will of the parties.

A strong core of family mediators has been operating in Italy since the Eighties. The world of family mediation functions very differently from that of civil and commercial mediation. Although some judges, in the more complicated cases of familial conflict, advised the parties to go to mediation even in the past, it was only in 2006, with the introduction of art. 155.6 of the Civil Code, that judges have been explicitly authorised to facilitate the use of mediation by postponing the issuing of judicial decisions on divorce, in particular when the moral and the material interests of the children are at stake. In these occasions, resorting to mediation helps the interests of minors, while it facilitates open-ended solutions and multifaceted dialogue.

Nevertheless, a problematic aspect in recurring to mediation in family matters (and also labour matters) should be taken into account, namely the dimension of power within the parties

relationship. In such occurrences, trial might offer a better guarantee to compete on equal footing. The very young story of family mediation, and the issue of unbalanced power among the parties are among the elements that made it unsuitable to envision it as compulsory measure.

Thanks to the fact that family mediation has remained outside the European Directive of 2008, no specific constraints were established for mediation providers and no lists or registers were created for mediators, unlike what happened with civil and commercial mediation. However, the training and formation of family mediators is extremely selective: family mediators usually approach this profession in a more mature phase, often because the preferential requirements consist of psycho-social and legal training. Women represent the vast majority of family mediators¹⁴, and the most common educational background is that of a social worker or psychologist. However, here too, there are no full-time mediators, as professionals tend to keep their original job, and to exercise family mediation only as a complement to their primary career. Moreover, as in other sectors, the demand for mediation services is low in comparison to the offer.

Despite this, the success rate is considerably higher. A recent study estimated that among the spouses sent to family mediation in Italy, around 80% actually started a mediation process, and, of these, nearly 95% attained good or excellent results, with the achievement of all or most of the objectives listed in the agreement under which the mediator has been hired. With the introduction of an 'assisted negotiation' procedure in 2014¹⁵, borrowed from French legislation, lawyers have a further collaborative tool to resolve disputes by independently promoting mutual consent between the parties, especially those concerning family law. When a settlement is agreed upon, following the assisted negotiation procedure, it is no longer necessary to go to court in order to obtain a divorce. Finally, with

¹⁴ Studies from 2012 testify that more than 90% of the mediators in family disputes are women. Data can be found at <http://www.associazionegea.it/la-diffusione-della-mediazione-familiare-in-italia-materiali-approfondimento/> (accessed July 13th, 2018).

¹⁵ Legislative Decree n. 132/2014 converted by Law n. 162/2014.

regard to 'collaborative' procedures, which in some cases may imply the intervention of a mediator, it is remarkable that in recent years the movement of collaborative lawyers has rooted and grown significantly in Italy as well.

A radically different outlook can be seen in labour mediation, too. For several years (from 1998 to 2010), a mandatory mediation referral was in force for all labour disputes. However, the system was completely ineffective. Conciliation commissions, bureaucratically complex to form and manage, were not even composed by real mediators, but by ministry officials and trade unionists. The time allotted to complete the mediation was insufficient, considering the backlog, and the parties thus proceeded to trial before they had even tried to mediate. The figures for the last year of compulsory conciliation operation, before it returned to be voluntary, shows that only 23% of referred disputes had been mediated in the private sector, while in the public sector the percentage had decreased to 18%. The practice resulted in going to mediation only in order to ratify a settlement that had already taken place between the parties.

In addition to these reasons that make labour matters unsuitable to compulsory mediation, Italian law is quite restrictive in relation to labour disputes: it obstructs facilitated negotiation by private neutrals of the worker's rights, both when those rights are not freely negotiable, and when they derive from mandatory provisions. In fact, today, no significant mediation activity can be reported in this field.

CONCLUSION: THE CONFIRMATION OF THE DISCIPLINE

The mediation scene in Italy is particularly lively and challenging these days. The trend of mediations, including both the number of procedures and that of reached agreements, is growing, albeit at different speeds depending on the specific matter and on the type of mediation used.

In January 2017, a ministerial committee (Commissione Alpa), which was in charge to evaluate the application and the

effects of Legislative Decree 28/2010, issued a proposal to apply minor changes to the existing legislation. First, the draft promoted the extension of mandatory mediation for six years more, thus recognising the value of this instrument. While the Commission suggested to exclude from mandatory mediation any commercial dispute under the jurisdiction of the Italian Companies Court whose value exceeds 250,000 euros, it suggested to include “duration” contracts in matters subject to compulsory mediation, and other relationships that require a quick and confidential resolution (professional and work contracts, tender, franchising, leasing, supply and administration contracts, unfair competition, transfer of shareholdings in partnerships). Indeed, even though it is preferable that the parties spontaneously resort to mediation, the obligation to attempt mediation has proved to have an impact over the sensitization of the parties and of the professionals about the use of alternative procedures and the conciliatory culture: the extension of mandatory mediation, or, at least, of the participation of the parties at the first meeting, would furtherly implement such trend, while it would have a deflative impact over the judiciary workload.

Moreover, the Commission suggested to include the obligation for the judge to motivate the order to mediate a dispute, and to eliminate the gratuity in the first mediation meeting. The proposal for revision did not receive much attention. Nevertheless, in April 2017, the Italian Government adopted a corrective action, Legislative Decree 50/2017, converted in Law 96/2017, that stabilized compulsory mediation in the legal system. In so doing, it abolished its transitory and experimental nature, and confirmed the value of the reform, to which we owe the fact that mediation has definitely entered the legal mainstream, and that judges and lawyers in particular have largely understood the benefits and the potential of the tool. Nevertheless, the renewal of the discipline should not hide the problems we identified with regard to the implementation of mediation. Efforts should be made to lessen the significant structural and organisational obstacles for mediation providers and mediators, which make me-

diation only a modestly effective tool for the citizen, while additional economic and professional incentives should be taken into consideration not to demotivate mediators, which would result in a lower quality of the service they provide. ❖

Positivação de Princípios no Código de Processo Civil

Hugo Filardi

Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito/UFRJ. Advogado e Professor.

Área do Direito: Direito Constitucional e Direito Processual.

Resumo: O presente trabalho aborda a inserção de princípios constitucionais no Código de Processo Civil de 2015.

Abstract: The present work addresses an insertion of constitutional principles in the Code of Civil Procedure of 2015.

Palavras-chave: Princípios constitucionais no processo civil – Devido processo legal.

Keywords: Constitutional principles in Code of Civil Procedure – due process of law

1. Teoria dos princípios e sua importância no Direito Processual Civil. 2. Inafastabilidade e inércia da tutela jurisdicional. 3. Duração razoável material do processo e ordem cronológica para julgamento. 4. Boa-fé processual. 5. Dignidade da pessoa humana, razoabilidade e eficiência. 6. Isonomia e contraditório efetivo. 7. Cooperação. 8. Motivação e publicidade. 9. Conclusão.

1. TEORIA DOS PRINCÍPIOS E SUA IMPORTÂNCIA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O Código de Processo Civil, sancionado pela Presidente Dilma Rousseff no dia 16 de março de 2015, traz em seu Livro I uma tentativa de sistematização de normas fundamentais de processo. Trata-se de uma importante conquista de todos os jurisdicionados, pois a positivação de princípios constitucionais de Direito Processual tem o condão de gerar diretamente uma

sensação de segurança jurídica na prestação da tutela jurisdicional. Ao buscar privilegiar resultados efetivos e não soluções de cunho artificial, o Direito Processual precisa passar a encarar os jurisdicionados como verdadeiros consumidores do serviço jurisdicional prestado pelo Estado¹.

Nesse caminho, a atividade judicial deve ser sempre pautada pelos princípios constitucionais, e a inserção dessas normas em legislação infraconstitucional reforça de maneira irrefutável o compromisso assumido pelo Poder Público de propiciar um diálogo humano entre Poder Judiciário e jurisdicionado, além de zelar pela prolação de decisões judiciais legítimas e coerentes com os valores de um Estado Democrático de Direito. PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO², ao discorrer sobre a positivação de princípios no Novo Código de Processo Civil, destacou que “essa importante inovação trouxe para a parte inicial do Código as principais garantias constitucionais que balizam o sistema processual, as quais passam a retratar a principiologia do novo Código de Processo Civil – ressalva merece ser dada para o caráter não taxativo desse rol. Todos os demais livros, com seus respectivos títulos e capítulos, foram desenvolvidos a partir desses vetores normativos, podendo-se afirmar que existe uma relação direta entre eles”.

Cumprе esclarecer que o Estado Democrático de Direito é caracterizado pela força normativa da Constituição³. Todo o sistema de compatibilidade do ordenamento jurídico é fundado na conformação e atrelamento das regras aos princípios constitucionais. A positivação de princípios constitucionais no Código de Processo Civil torna clara a intenção do legislador: fomentar a partir de uma reforma legislativa uma alteração drástica na forma de se portar do Poder Judiciário em sua relação com o cidadão comum.

1 Dinamarco, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo II, 4ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, página 729.

2 Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Junior, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, página 57.

3 Ver Konrad Hesse, *A força normativa da constituição*. Porto Alegre. Fabris Editores, 1991.

Credibilidade, previsibilidade e celeridade passam a ser metas preestabelecidas para nortear a atuação dos julgadores. Deveremos encontrar em muito pouco tempo um Poder Judiciário menos impositivo e mais sensível à pacificação⁴. A Justiça da sentença, se o objetivo do Código de Processo Civil for alcançado, dará lugar à Justiça da conciliação. Caberá a nós, consumidores da Justiça, exigir que os princípios positivados pelo Código de Processo Civil atinjam grau máximo de efetividade e permitam a criação colaborativa de um processo justo.

Cada vez mais os códigos atuais preveem a convivência harmoniosa de regras de incidência direta com normas de cunho principiológico para interpretação do Direito e possibilidade de sua constante renovação. Afinal, segundo CANOTILHO⁵, “o direito do estado constitucional democrático e de direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios”.

Ao longo deste ensaio, buscaremos tratar um a um dos princípios constitucionais transcritos no Código de Processo Civil, discorrendo sobre a inafastabilidade e inércia da tutela jurisdicional, duração razoável material do processo, ordem cronológica para julgamento, boa-fé, dignidade da pessoa humana, razoabilidade, eficiência, isonomia, contraditório, cooperação, motivação e publicidade.

2. INAFASTABILIDADE E INÉRCIA DA TUTELA JURISDI-CIONAL

A partir da consagração do direito de ação inserido como garantia processual através do artigo 5º, XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil, podemos afirmar que ninguém pode impedir que um jurisdicionado possa deduzir uma pretensão em Juízo. O direito de acesso à ordem jurídica justa é indispensável à manutenção do Estado Democrático de Direito, e a qualidade das decisões judiciais é diretamente proporcional à satisfação dos jurisdicionados com a prestação da tutela jurisdicional.

⁴ Watanabe, Kazuo. *Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado de conflitos de interesses*. Revista de Processo, volume 195, maio de 2011, página 381.

⁵ Canotilho, J.J. Gomes. *A “principialização” da jurisprudência através da Constituição*. Revista de Processo n.º 98, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, página 84.

O direito de ação deve ser facilitado, sob pena de contribuímos para que as normas de direito material estejam em um plano inalcançável para os jurisdicionados, permitindo que ilegalidades sejam perpetradas e que o Poder Judiciário seja visto como um órgão distante dos conflitos humanos. O direito de ação deve ser humanizado para contemplar os anseios da população. O real destinatário da tutela jurisdicional deve ser tratado com respeito e justiça, tornando o processo um método igualitário de debate e aplicação concreta da vontade legal.

Vejamus que o legislador também previu a utilização do processo como um meio adequado a tutelar não só de maneira repressiva a violação a direitos, mas textualmente assegurou a proteção a potenciais violações a direitos. A tutela preventiva de direitos garante, num contexto de pacificação social, a definição de standards comportamentais que podem inclusive impedir tenções em relações jurídicas de direito material que certamente ensejariam uma atuação posterior do Poder Judiciário e em momento irremediável e até inconciliável.

Ainda nesse diapasão, verificamos que o Estado-Juiz se despe de sua postura autoritária de pontífice supremo da interpretação normativa e definidor, sem qualquer compromisso social direto, de questões jurídicas para encampar uma posição de colaboração na construção conjunta de soluções negociadas entre jurisdicionados e o próprio Poder Judiciário. Não por acaso, conciliação, negociação, mediação e a arbitragem foram elencados com métodos complementares para dotar o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional de efetividade. A própria inversão no rito comum para processamento de ações de conhecimento possibilitando um momento de conciliação entre as partes antes mesmo da formação do contraditório e de apresentação de defesa fomenta um ideal de “deslitigiosidade” dos conflitos.

Definitivamente a inafastabilidade da tutela jurisdicional não passa apenas por assegurar aos jurisdicionados a propositura de medidas judiciais, mas está ligada aos ideais de efetiva resposta de mérito do Judiciário às questões postas para decisão, de construção de soluções que envolvam todos os sujeitos da rela-

ção processual e não sejam apenas impostas sem qualquer justificação ou aderência pelos julgadores e que permitam a exaustiva colaboração de todos os interessados com alegações e produção de provas na formação do convencimento dos juízes. Não há espaço para uma interpretação do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e do artigo 3º do Código de Processo Civil dissociada dos valores de democracia processual e da cláusula do devido processo legal.

Ainda sob essa ótica e por mais anacrônico que possa parecer, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, além de assegurar o acesso à justiça, cria freios à distribuição de ações desnecessárias ou destituídas de elementos para julgamento. O mau uso do Poder Judiciário deve sim ser coibido, pois o ajuizamento de ações sem substrato fático-probatório afeta diretamente o julgamento adequado de questões que realmente exigem a participação do Estado-Juiz. Para LEONARDO GRECO⁶, “se o direito de acesso à jurisdição fosse um direito subjetivo absoluto, não deveria sofrer qualquer limitação à guisa de pressupostos processuais e condições da ação. Se, ao contrário, fosse apenas um poder de desencadear uma atividade estatal no interesse público, a lei poderia impor-lhe discricionariamente limitações. Mas se ele é um direito fundamental de um cidadão a que se contrapõe o direito igualmente fundamental do adversário de não ser molestado por um processo inviável, porque isto reduz ou dificulta o pleno gozo do seu direito material que o Estado de Direito se comprometeu a tornar efetivo, então é preciso definir com clareza as limitações a esse direito impostas pela necessidade de conciliá-lo com os direitos fundamentais do seu adversário, de tal modo, que sem cercear o amplo acesso à justiça em benefício daquele que afirma ser titular de uma situação juridicamente protegida e da paz social, o direito à jurisdição não se torne para quem tem razão um meio de suprimir ou limitar o pleno gozo dos seus direitos”.

O acesso à justiça é uma garantia fundamental do jurisdicionado, ponto que não deve ser confundido em hipótese alguma

⁶ GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 14-15.

com estímulo à litigiosidade exagerada. Nesse sentido, as condições da ação (inserindo nesse contexto a justa causa no interesse processual com a juntada de documentação indispensável ao caso – artigo 320 do Código de Processo Civil), os pressupostos processuais e a possibilidade de julgamento liminar de improcedência são importantes mecanismos engendrados para assegurar julgamentos adequados e evitar a proliferação de ações descabidas.

3. DURAÇÃO RAZOÁVEL MATERIAL DO PROCESSO E ORDEM CRONOLÓGICA PARA JULGAMENTO

CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO⁷, inserindo o direito de ação como exercício de cidadania, afirmou que “o concurso da sociedade civil é condição primária para concretização das regras e princípios da Constituição. Sem a aderência da cidadania ativa e das instituições emanadas pelo corpo social em torno do ideário constitucionalista, frustram-se por inteiro as iniciativas, tanto públicas quanto privadas, de fazer valer a vontade da Constituição. Em suma, sem a força do povo, a Carta Política democrática, que hoje preside o sistema normativo brasileiro, ficará relegada ao plano estéril das intenções retóricas e sem aptidão para exercer o papel civilizatório e transformador da comunidade nacional”. O real destinatário da tutela jurisdicional deve ser tratado com respeito e justiça, tornando o processo um método igualitário de debate e de aplicação concreta da vontade legal.

Com a Emenda Constitucional n.º. 45, a efetividade processual se tornou uma obsessão concreta do legislador, sendo um dever do Estado assegurar a todos, seja no âmbito administrativo ou judicial, a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. A atividade jurisdicional deve ser compatível ao dinamismo e velocidade da sociedade contemporânea e as relações processuais devem ser compostas e solucionadas atendendo às reais necessidades dos jurisdicionados. Os jurisdicionados devem ter no Poder Judiciário um

⁷ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 356.

instrumento facilitador para obtenção de seus direitos e não um órgão inatingível e incompreensível de burocratização ilegítima e de empecilhos às suas atividades cotidianas.

A imposição do legislador sobre a necessidade de entrega de solução integral de mérito é recado claro para o Poder Judiciário rechaçar com veemência o encontro de soluções artificiais e deixar de se valer da chamada jurisprudência defensiva para não enfrentar questões de mérito. Nesse mesmo sentido, o Código de Processo Civil cuidou de prestigiar o sincretismo processual, preconizando que a solução adequada deve ser satisfeita de forma ágil. A interligação das tutelas executivas, cognitivas e cautelares no bojo de um mesmo processo visa trazer maior velocidade da satisfação de um direito chancelado pelo Poder Judiciário. A máxima do “ganhou, mas não levou” está sendo enfrentada pelo Legislativo ao prever a possibilidade de tutela jurisdicional menos engessada e com maior aderência às necessidades dos jurisdicionados.

A garantia da duração razoável do processo não pode ser interpretada dissociada da necessidade de uma entrega da tutela jurisdicional de mérito. De nada adianta uma prestação jurisdicional artificial que não efetivamente resolva a questão de direito material levada ao conhecimento do Poder Judiciário. Os aceleradores na atividade judicial não podem comprometer as demais garantias fundamentais do processo – sobretudo a ampla defesa e o contraditório – e também não podem gerar decisões que sirvam única e exclusivamente para estatísticas de produtividade absolutamente descoladas da evidente imposição qualitativa aos provimentos jurisdicionais.

Por isso, entendemos que a duração razoável do processo deve criar efeitos materiais e qualitativos e não ficar adstrita a componentes meramente formais. As decisões judiciais deverão sob essa ótica serem entregues dentro do menor espaço de tempo possível, mas logicamente respeitando o devido processo legal material e objetivando sempre a ultrapassagem de deficiências formais relevantes para prestigiar posicionamentos que enfrentem o mérito dos casos postos para apreciação do Judiciário. O

devido processo legal material impõe ao julgador a prestação da tutela jurisdicional coerente ao princípio da duração razoável material do processo.

Para evitar ainda a escolha imotivada do julgamento de determinados casos em detrimento de outros, buscou o legislador infraconstitucional estabelecer uma ordem cronológica para prolação de decisões. O julgamento dos casos em ordem cronológica é uma tentativa legislativa de estabelecer um critério objetivo para a prolação de sentenças e impedir que prolifere na sociedade a sensação de que existe um tratamento privilegiado para determinados processos em detrimento de outros.

A criação de uma norma impositiva de critérios claros para julgamentos cronológicos dos feitos tem o objetivo de propiciar que a entrega da tutela jurisdicional seja ágil para todos e não rápida para uns e demorada para outros. O artigo 12 do Código de Processo Civil elenca critérios objetivos para formação de uma lista pública de casos pendentes de julgamento, devendo o Poder Judiciário disponibilizar a todos uma relação em ordem de conclusão dos processos que estão aptos para julgamento. Entendemos que essa relação deve estar acessível em formato físico nos cartórios de processos e em meio digital nos sites do Poder Judiciário.

Obviamente que sentenças proferidas em audiência, homologações de acordos, improcedência liminar, julgamentos em bloco com base em teses firmadas em sede de casos repetitivos, decisões monocráticas da relatoria, embargos de declaração e agravos internos estão fora da sequência legal para decisões baseadas na cronologia da abertura de conclusão. Nesse mesmo sentido, os casos de urgência motivada no julgamento e de *habeas corpus* e mandado de segurança também não estão sujeitos à lista pública de julgamento por ordem cronológica de conclusão.

O legislador aliou a questão do tempo na entrega da tutela jurisdicional ao componente qualitativo da decisão. Definitivamente não podemos ter juízes somente ligados a métricas quantitativas de sentenças e decisões. O compromisso com a qualidade e o enfrenta-

mento de mérito deve estar caminhando lado a lado com a obsessão de abreviamento do curso do processo. O Poder Judiciário tem o dever de julgar da melhor forma no menor tempo possível.

4. BOA-FÉ PROCESSUAL

Não basta querer agir de boa-fé na relação processual. Qualquer das pessoas que figurem num processo deve pautar sua atuação objetivamente dentro dos limites de lealdade e proibidade. O processo deixa de ser uma competição e passa a ser visto como um instrumento para a construção conjunta e democrática de uma solução pacificadora para demandas judiciais.

A boa-fé processual deve ser enfrentada em sua acepção objetiva. A simples alegação de que pretende agir de boa-fé numa relação processual descasada de atos concretos de demonstração de retidão e respeito à prestação jurisdicional não interessa mais ao processo. Não basta querer ser sério e correto numa relação de direito processual: nesse novo prisma, as partes, juízes, terceiros, Ministério Público, peritos e outros agentes processuais precisam demonstrar que suas ações e omissões objetivamente atendem às expectativas legislativas e sociais de *fair play* processual.

Para HUMBERTO THEODORO JUNIOR⁸, “consiste o princípio da boa-fé objetiva em exigir do agente que pratique o ato jurídico sempre pautado em valores acatados pelos costumes, identificados com a ideia de lealdade e lisura. Com isso, confere-se segurança às relações jurídicas, permitindo-se aos respectivos sujeitos confiar nos seus efeitos programados e esperados”. A quebra da boa-fé objetiva independente de dolo ou culpa. Nesse ponto, a legislação processual adequadamente se vale de conceitos já consolidados pelo Código de Defesa do Consumidor, pelo Código Civil e pela dimensão socialmente adequada do princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

A disposição constante do artigo 5º do Código de Processo Civil aborda, além da questão da boa-fé processual, o abuso de

8 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 20ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 6.

direito processual. A utilização descabida de defesas processuais e o manejo de recursos protelatórios são exemplos de abusos de direito processual. Os juízes possuem meios de penalizar e impedir esse tipo de prática no Código de Processo Civil, rejeitando recursos, desentranhando manifestações incoerentes, aplicando multas processuais e até majorando honorários advocatícios.

LEONARDO GRECO⁹ afirma que o “processo precisa ser ético, pois, caso contrário, o seu resultado não será confiável. Os advogados são corresponsáveis, ao lado do juiz, pela manutenção desse clima de lealdade, honestidade e boa-fé no processo”. Logicamente que a cláusula de boa-fé processual é válida para as partes, terceiros interessados, magistrados, serventuários de Justiça, oficiais de Justiça, peritos, assistentes técnicos, prepostos, testemunhas e *amicus curiae*.

O legislador evidentemente foi muito feliz em encartar no Código de Processo Civil a necessidade de impor os sujeitos e agentes processuais a agirem sob o prisma da boa-fé objetiva. De toda sorte, competirá a nós uma mudança na forma como o processo é encarado: não mais estaremos numa arena de MMA ou numa aguerrida cancha de futebol na libertadores, e sim teremos que nos portar com a fidalguia dos tenistas e golfistas. A ideia de *fair play* processual deverá inclusive pautar a atuação de gerenciamento dos processos pelos magistrados, que serão obrigados a reprimir de maneira enérgica posturas objetivas mal concebidas pelos personagens do processo.

5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, RAZOABILIDADE E EFICIÊNCIA

O artigo 8º do Código de Processo Civil, na linha de irradiação positiva de conceitos exitosos importados de outros Diplomas normativos, estabelece especificamente para o direito Processual Civil a aplicação de normas de Direito Constitucional, Administrativo e Civil ligadas a interpretação dos magistrados ao texto legal. Ao mencionar claramente que “o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum”, o Código de Pro-

⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, Volume I, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2015, p. 532.

cesso Civil vinculou os magistrados a uma prestação da tutela jurisdicional mais humana e próxima dos jurisdicionados.

Além da tentativa de quebra da frieza normativa, o Código de Processo Civil estabeleceu que a atividade de julgamento deverá ser promovida em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, à proporcionalidade, à razoabilidade, à legalidade, à publicidade e à eficiência. Sem sombra de dúvidas, a intenção do legislador foi impor aos magistrados um patamar de efetividade na prestação da tutela jurisdicional apto a gerar confiança e satisfação aos jurisdicionados.

Nada mais coerente ao sistema jurídico do que pretender que a prestação jurisdicional pelo Estado esteja em perfeita sintonia com os demais serviços públicos e que juízes tenham o mesmo nível de engajamento e expectativa dos jurisdicionados, que os agentes públicos deveriam despertar na população. É reforço e diligência legislativa, sim, e nunca redundância, exigir dos juízes na condução de processos a mesma vinculação dos demais agentes públicos no exercício de suas funções aos princípios da legalidade, publicidade e eficiência.

A leitura do artigo 8º do Código de Processo Civil deve sim ser imediatamente ligada ao artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, e aos juízes deve ser exigida a mesma postura direcionada aos demais agentes públicos. Não podemos conceber a prestação jurisdicional sem observância à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Já sob a ótica da dignidade da pessoa humana, evidentemente devemos extrair que não se afigura legítima a concepção de decisões judiciais que não se justifiquem de forma clara. No campo processual, a dignidade da pessoa humana está ligada à observância estrita ao devido processo legal e à credibilidade na prolação de decisões judiciais. As decisões judiciais precisam ser compreendidas pelos seus destinatários, não sendo toleráveis provimentos não motivados e que busquem esconder suas verdadeiras razões com a utilização de um “juridiquês” defensivo e que afasta o jurisdicionado do debate processual.

O substantivo devido processo legal na Constituição da República Federativa do Brasil resta assegurado pela conjugação dos princípios do devido processo legal e da razoabilidade. A inserção da razoabilidade como um dos nortes de julgamento definidos pelo Código de Processo Civil é medida de extrema importância na efetivação das garantias fundamentais do processo justo aplicadas a questões regidas pela legislação processual civil.

O incompreensível descolamento entre direito processual e direito material é abrandado quando se determina que a atividade jurisdicional necessariamente deva observar a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade e a proporcionalidade. O legislador no Código de Processo Civil elencou que a atividade do juiz deve se pautar também na legalidade, na publicidade e na eficiência.

6. ISONOMIA E CONTRADITÓRIO EFETIVO

Todos os jurisdicionados podem participar e influir eficazmente na construção das decisões judiciais. Não só as partes, mas todos os jurisdicionados interessados. A qualidade das decisões judiciais está correlacionada à exaustiva colaboração e possibilidade de interferência dos jurisdicionados envolvidos, aliada à preservação do componente de entrega jurisdicional em um tempo satisfatório. O objetivo a ser perseguido é que ambos os princípios – duração razoável dos processos e garantia do contraditório – possam impregnar igualmente a atividade judicial. A decisão adequada passa necessariamente por uma prolação em tempo coerente com a necessidade das partes e com a observância da participação democrática dos jurisdicionados interessados.

DIERLE JOSÉ COELHO NUNES¹⁰ reforça a assertiva de que “o processo democrático não é aquele que aplica o direito com rapidez máxima, mas a estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada pelos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo constitucional, bem como pela celeridade, pelo direito ao recurso, pela fundamentação racional das decisões, pelo juízo natural e pela inafastabilidade do controle jurisdicional”.

¹⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 250.

É muito comum nos manuais de Direito Processual Civil atrelar a isonomia processual ao termo “paridade de armas”. Ora, se o legislador pretendeu fomentar um Judiciário menos belicoso e mais consensual, devemos começar suprimindo de nossos textos expressões que remetam a guerras e jogos. As partes não têm as mesmas armas, mas sim o direito ao exercício das mesmas garantias processuais inerentes ao exercício do direito de ação e de defesa. A isonomia é assegurada por paridade de tratamento, e não paridade de “armas”.

Na linha do contraditório efetivo, é vedado ao magistrado proferir decisões que interfiram na esfera de interesses de jurisdicionados sem que lhes seja dada oportunidade prévia de manifestação. As exceções das tutelas de urgência e evidência – inclusive nas demandas monitórias – não quebram a essência democrática e participativa da lei processual.

A impossibilidade de prolação de “decisões surpresa” nada mais é que um prestígio a uma relação processual desenvolvida de maneira madura e que possibilita ao magistrado acesso a argumentações consistentes e antagônicas que construam um provimento judicial mais sólido.

7. COOPERAÇÃO

Dentro da concepção de processo como um meio de solução pacificadora, os sujeitos do processo precisam compreender que não exercem pugilato e que necessitam estabelecer um laço mínimo de cooperação com o Poder Judiciário para que haja uma prestação adequada de tutela jurisdicional. Muitas das decisões artificiais que temos hoje são originadas justamente de uma postura pouco cooperativa das partes.

Na esteira de transformações sociais e legislativas que impactam diretamente o Direito Processual Civil, não é difícil constatar que o Código de Processo Civil de 2015 busca flexibilizar a concepção publicista do processo, abrindo margem negociada entre os jurisdicionados e o próprio julgador para a construção coletiva dos caminhos processuais que deverão ser percorridos

para a perfeita entrega da tutela jurisdicional. É certo que existe um núcleo duro de direitos inegociáveis em sede de processo, mas os jurisdicionados devem ter o direito de moldar a atuação jurisdicional às suas concretas necessidades.

KLAUS GUNTHER¹¹ já sustentou que “cidadãos em uma democracia não são apenas destinatários, mas também autores de suas normas jurídicas”. Nessa linha de raciocínio, os jurisdicionados não devem ser expectadores passivos da atividade judicial, eles precisam exigir do Poder Judiciário uma tutela efetiva, e isso passa por uma perfeita aderência da tramitação processual às necessidades de cada situação concreta de direito material submetida a julgamento.

Segundo ANTÔNIO CABRAL¹², “com o desenvolvimento de postulados de cooperação e boa-fé, genericamente aplicáveis aos sujeitos do processo, repercutiu a ideia colaborativa do contraditório que norteia a moderna compreensão do princípio, impondo a coparticipação dos sujeitos processuais. Assim, hoje o processo não é mais teorizado em torno do conflito ou da lide, mas a partir da agregação, da boa-fé, da conjugação entre interesses privados e interesses. Paralelamente, começaram a ser fomentadas, no Brasil e no estrangeiro, soluções processuais cooperativas, como a arbitragem, as convenções sobre a prova, acordos sobre as suspensões do processo e de prazos etc. Neste sentido, a jurisprudência francesa desenvolveu o *contrat de procedure*, um acordo entre os sujeitos processuais em que todos deliberam sobre as regras que disciplinarão aquele processo específico, fixando prazos para alegações e julgamento, dispensa de recursos, meios de prova que serão utilizados etc. Trata-se de instituto através do qual os sujeitos do processo, a despeito dos interesses materiais que os movem, atuam em conjunto para específicas finalidades processuais que a todos aproveitem”.

11 GUNTHER, Klaus. *Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito?* Reflexos sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa do direito. Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Tradução de Flavia Portella Puschel. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

12 CABRAL, Antonio. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 152-153.

A criação “de um processo para chamar de seu” certamente trará aos jurisdicionados uma sensação de efetivo julgamento e tratamento cuidadoso do seu caso, bem como permitirá que os provimentos jurisdicionais alcancem credibilidade. Esse ajuste procedimental pode ocorrer com o processo em curso ou até constar como cláusula de contrato. A tradicional “cláusula de foro” dos contratos, a toda evidência, será reescrita para abordar previamente questões de ônus probatório, custas judiciais, procedimento judicial, legislação em vigor e até recursos que deixarão de ser interpostos.

8. MOTIVAÇÃO E PUBLICIDADE

MICHELE TARUFFO¹³, na clássica obra sobre motivação da sentença, atrela a justificação das decisões à respectiva aceitação pela opinião popular. Os destinatários da decisão judicial não são apenas as partes ou seus advogados, mas também a opinião *quisque de populo*. Logo, é inegável que a motivação dos atos judiciais se coaduna com a presença de um Estado que se justifica e que está atento aos anseios populares. A completa motivação dos julgados é decorrência de um Estado em que a participação popular é estimulada e inerente à vida social.

A motivação das decisões judiciais talvez seja o melhor exemplo de como uma norma constitucional pode atingir potencialidade máxima a partir de melhorias e avanços no texto infraconstitucional. Não obstante haja consenso de que a motivação das decisões judiciais foi abordada na Constituição da República de 1988, é notável a alteração de prisma interpretativo gerada por um maior detalhamento e por garantias mais objetivas do exercício da justificação dos provimentos jurisdicionais.

O valor da cláusula aberta da justificação das decisões judiciais é diferente entre os ambientes socioculturais de 1973 e 2015. No primeiro ambiente, havia a necessidade de motivação das decisões, mas ela era tímida e com uma concepção de Estado totalitário e até opressor. Na segunda cena, a interpretação da motivação das decisões judiciais deverá ser sempre pautada na

13 TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 406.

compreensão pela sociedade da intervenção legítima do Estado e na certeza de que o Poder Judiciário tem o dever de prestar contas e justificar os seus atos perante os jurisdicionados.

O Código de Processo Civil de 2015 inovou não só ao manter a fundamentação dos elementos fáticos e jurídicos como elementos essenciais das sentenças, mas também ao considerar nulas decisões que (i) se limitarem à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; (ii) empregarem conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (iii) invocarem motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (iv) não enfrentarem todos os argumentos deduzidos no processo capazes; (v) se limitarem a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos e (vi) deixarem de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Esse maior detalhamento leva a crer que a nova sistemática processual acarretará a nulidade de atos decisórios que, apenas a título de exemplo, (i) simplesmente invoquem dispositivos legais para deferir ou não tutelas provisórias, (ii) defiram liminares em mandados de segurança simplesmente informando a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, (iii) julguem procedentes pedidos informando genericamente que as provas dos autos estão de acordo com a narrativa da petição inicial, isso sem qualquer análise mais detalhada e aderente ao caso, (iv) considerem apenas parcela de argumentos deduzidos nos autos no momento da prolação da decisão¹⁴ e (v) sigam ou deixem de seguir precedentes sem demonstrar o caminho percorrido.

¹⁴ “A decisão, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível. Incumbe ao Estado-juíz observar a estrutura importa por lei, formalizando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Transgride comezinha noção do devido processo legal, desafiando os recursos de revista, especial e extraordinário pronunciamento que, inexistente incompatibilidade com o já assentado, implique recusa em apreciar causa de pedir veiculada por autor ou réu. O juíz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidi-lo, em verdade ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 435.256. Ministro Relator Marco Aurélio Mello. 1ª Turma. Brasília, DF, 26 maio 2009. Publicação 21.08.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601233>>. Acesso em: 26 ago. 2016.

A motivação das decisões judiciais no Código de Processo Civil respeita e catalisa o modelo constitucional de processo que estimula provimentos jurisdicionais justificados e construídos em conjunto com os demais personagens da vida em sociedade. A ligação umbilical entre a motivação e a força dos precedentes faz com que as razões pelas quais determinada decisão foi concebida transbordem dos limites *inter partes* de uma relação processual convencional e sirvam como parâmetros de condutas sociais, além de permitir a igualitária aplicação das normas jurídicas entre os jurisdicionados.

A opção do legislador com essa releitura do princípio da motivação das decisões judiciais foi recriminar com declaração de nulidade todos os atos decisórios que não sejam construídos de maneira democrática, não respeitem a igualdade em suas concepções materiais e processuais, não possam ser exaustivamente compreendidos, não permitam controlabilidade e não sirvam para a fixação de *standards* de conduta.

As decisões artificiais e que apenas se prestam a atender estatísticas devem ser banidas de Estados constitucionais democráticos como o brasileiro. É injustificável que um jurisdicionado, em sua percepção de consumidor de serviços jurídicos, não tenha seus argumentos inteiramente analisados e não seja atendido a contento pelo Poder Judiciário.

E não se diga que atendimento a contento é deferimento de pedido: não, não é! Os jurisdicionados precisam de respostas convincentes, compreensíveis e justificáveis dos magistrados, e não de julgamentos favoráveis.

Já a exigência constitucional de publicidade está diretamente ligada à necessidade de controlabilidade e participação dos jurisdicionados interessados na atividade judicial. O Código de Processo Civil apenas reproduz o texto constitucional e pretende reforçar o comando normativo de que a atividade jurisdicional não deve ser exercida às escuras, e sim sob os holofotes da sociedade civil.

9. CONCLUSÃO

Precisávamos de um novo Código de Processo Civil? Sim, precisávamos mesmo de um novo Código de Processo Civil; menos pelas transformações legislativas impostas, que seguiram a linha das reformas pontuais efetuadas no Código de Processo Civil de 1973, e mais pelo impacto cultural que uma mudança drástica como essa pode gerar em magistrados, jurisdicionados e advogados. Era necessário mostrar que o formal universo processual está, sim, atento às constantes transformações sociais e que possui foco específico no jurisdicionado e na sua satisfação com a prestação do serviço jurídico.

O Código de Processo Civil de 1973 e suas constantes reformas foram muito úteis e, em uma rotação mais lenta, conseguiram mudar um cenário de prestação jurisdicional formal para uma atuação mais voltada ao atendimento de mérito de questões postas em juízo. De toda sorte, era necessária mais intensidade nessa passagem de postura do Poder Judiciário para com os jurisdicionados. O Código de Processo Civil de 2015, por certo, cumprirá um papel muito importante para a valorização do jurisdicionado e pela busca incessante de respostas que sejam convincentes e enfrentem objetivamente as tormentosas situações que são levadas à apreciação judicial.

Evidentemente, reformas legislativas não atreladas à adesão popular geram sensação de “letra morta”, mas esse não será o caso do Código de Processo Civil de 2015. O sentimento de necessidade de um Judiciário mais efetivo e até humano justifica, sim, a interferência legislativa nas regras processuais civis.

O Código de Processo Civil de 2015 pretende fortalecer a aplicação do modelo constitucional de processo e garante ao jurisdicionado um fórum de debates com igualdade de oportunidades e com decisões sempre justificadas. A inserção de normas principiológicas e em reforço ao texto constitucional apenas contribui para uma mais direta aproximação entre sociedade civil e o Poder Constituinte. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CABRAL, Antonio. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. A “*principlialização*” da jurisprudência através da Constituição. Revista de Processo nº. 98, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Junior, Eduardo Talamini e Bruno Dantas. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo II, 4ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo.

GUNTHER, Klaus. *Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito?* Reflexos sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa do direito. Teoria da responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Tradução de Flavia Portella Puschel. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Instituições de processo civil*, Volume I, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2015.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre. Fabris Editores, 1991.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2010.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 20ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016.

WATANABE, Kazuo. *Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado de conflitos de interesses*. Revista de Processo, volume 195, maio de 2011.

Notas sobre a Multipropriedade Imobiliária¹

Thiago Ferreira Cardoso Neves

Professor da EMERJ. Mestre e doutorando em Direito Civil pela UERJ. Visiting Researcher no Max Planck Institute – ALE. Vice-Presidente Administrativo da Academia Brasileira de Direito Civil. Advogado e Sócio Fundador do escritório Almeida e Neves Advogados.

RESUMO

Em pleno século XXI, a propriedade continua a ocupar um lugar central nas relações. Novas formas de exploração são pensadas e praticadas, aperfeiçoando e otimizando seu uso, gozo e fruição. Dentre elas está a multipropriedade imobiliária, por meio da qual diversos sujeitos compartilham a propriedade de um bem imóvel, dividido em frações de tempo, em que cada coproprietário exerce, de modo pleno, a titularidade da coisa em períodos temporais previamente estabelecidos. Com o advento da Lei nº 13.777/2018, esta, que já era uma prática do mercado imobiliário, especialmente no meio hoteleiro, passou a ser amplamente regulamentada, estimulando o seu uso, razão pela qual se faz necessário o exame dessas novas regras.

PALAVRAS-CHAVES

Multipropriedade imobiliária; Condomínio; Compartilhamento no tempo.

¹ Agradeço, *in memoriam*, à revisão final de minha amada e saudosa namorada, Isabela Salgado Santos de Oliveira, pós-graduada em direito público e privado pela EMERJ, e que com todo o seu amor e carinho fez as sugestões e correções necessárias ao aperfeiçoamento do texto. Saudades eternas.

ABSTRACT

In the 21st century property continues to occupy a central place in relationships. New forms of exploration are thought and practiced, perfecting and optimizing their use and enjoyment. Among them is the time sharing, whereby several subjects share the property of a real estate, divided in fractions of time, in which each co-owner fully exercises the ownership of the thing in periods previously established. With the advent of Law 13777/2018, which was already a practice of the real estate market, especially in the hotel industry, became widely regulated, stimulating its use, which is why it is necessary to examine these new rules.

KEYWORDS

Time sharing; Condominium; Sharing in time.

1. INTRODUÇÃO

A propriedade evoluiu ao longo dos tempos em paralelo à própria evolução da humanidade e do modo de se pensar a vida e a sociedade. Em alguns casos, os avanços não se deram no mesmo ritmo, como numa dança bem ensaiada, demonstrando um descompasso típico de uma espécie que continua a surpreender, embora nos consideremos seres racionais. Basta imaginar que em tempos não muito remotos, em que pese já considerada uma sociedade livre, a propriedade recaía até mesmo sobre pessoas. E isso não nos períodos mais sombrios da pré-história, em que o homem podia ser visto como uma coisa. Mas, logo ali, na esquina da história, no ainda próximo século XX, tínhamos o exemplo das mulheres, que eram vistas como incapazes e sob o domínio de seus maridos, cuja liberdade só foi conquistada no Brasil com o Estatuto da Mulher Casada, a Lei nº 4.121/1962. Não se passaram nem 60 anos.

Em outro campo, como o da propriedade sobre bens propriamente ditos, que é a destinação própria dela, também se viram inúmeras mudanças. Basta pensar que o exercício do domínio, até bem pouco tempo atrás, era inexoravelmente abso-

luto, de modo que o proprietário podia fazer com a coisa o que quisesse, sem que houvesse qualquer insurgência, e independentemente de estar dando a ela, ou não, uma função social. Eram outros tempos.

Ao longo dos séculos, o homem inventou e se reinventou, e deu à propriedade inúmeras destinações ou funções, tentando ajustá-la e moldá-la às novas realidades e às suas necessidades, como a ainda estarrecedora, para alguns, propriedade sobre bens virtuais. Tipicamente voltada à titularidade individual, no exercício pleno e exclusivo do domínio, também se admite a sua divisão entre mais de uma pessoa, formando-se um condomínio em que todos os titulares gozam das mesmas faculdades, o que acarreta, não raras vezes, inúmeros problemas práticos e relacionais.

E dentre essas inúmeras formas de se exercer coletivamente o domínio, recentemente se positivou, em nosso ordenamento, a possibilidade de se compartilhar a propriedade de bens imóveis no tempo, com o exercício pleno e exclusivo do direito, nos limites da fração temporal de cada titular, o que se chamou de multipropriedade imobiliária.

A Lei nº 13.777, publicada no apagar das luzes do ano de 2018, mais especificamente em seu dia 20 de dezembro, introduziu mais de duas dezenas de artigos no Código Civil e na Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015/73 – visando a regulamentar, de modo minucioso e detalhado, essa forma de exercício da propriedade, que já era, não sem alguma dificuldade, dada a falta de regulamentação, utilizada na prática do mercado imobiliário.

Assim, diante da novidade trazida pelo legislador, e de sua grande densidade social, faz-se necessária a exploração do tema, o que se pretende fazer neste texto, mediante breves e objetivas considerações.

2. A MULTIPROPRIEDADE

Multipropriedade, em sentido comum e simples, é uma propriedade compartilhada por um grande número de pesso-

as, correspondendo, pois, a um “supercondomínio”, em que um único bem é titularizado por diversos sujeitos.

Tem-se, então, uma situação jurídica complexa, na medida em que há o compartilhamento de um único bem por um número considerável de pessoas, o que, do ponto de vista prático, revela uma grande dificuldade, particularmente no exercício do domínio pelos indivíduos, sendo, pois, uma destacada fonte geradora de conflitos, que eclodem naturalmente da regra geral aplicável aos condomínios e disposta no art. 1.314 do Código Civil. Segundo ela, cada condômino pode exercer todos os direitos e faculdades sobre a coisa, respeitando-se, por certo, a condição de indivisibilidade. Então, todo e qualquer condômino tem o direito pleno sobre o bem², o que gera, a toda evidência, inúmeras disputas e indisposições entre os titulares³.

A situação condominial, então, é excepcional, e deve ser, quando possível, evitada, conclusão essa que decorre da própria preferência dada ao legislador à titularidade individual sobre as coisas. Isso se revela pelo disposto no art. 1.320 do Código Civil, que assegura o direito potestativo de todo e qualquer condômino exigir a divisão da coisa comum, de modo a pôr fim à indivisão, além da regra que limita a possibilidade de convenção de indivisão da coisa comum pelos condôminos a um prazo não superior a 05 anos⁴.

O que se percebe é que se numa situação condominial simples a possibilidade do surgimento de conflitos é imensurável, maior seria em um regime de multipropriedade, de modo que tal possibilidade levaria, em verdade, não um instrumento de paz social, mas sim de controvérsias e dissabores.

Por sorte, a multipropriedade retratada pelo legislador, e já praticada em diversos países, não diz respeito a um simples con-

² Como observa Marco Aurelio Viana, no condomínio a participação dos condôminos é qualitativamente idêntica, na medida em que “o poder é exercido em conjunto, tendo cada um deles o mesmo direito, idealmente, no todo e em cada uma de suas partes” (VIANA, Marco Aurelio S. *Comentários ao novo código civil: dos direitos reais*. Arts. 1.225 a 1.510. v. XVI. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 375).

³ Por essa razão, muitos se referem ao condomínio, em tom jocoso, como *condemônio*, dados os inúmeros conflitos que as relações condominiais geram.

⁴ Consoante o disposto no § 1º do art. 1.320 do Código Civil, *Podem os condôminos acordar que fique indivisa a coisa comum por prazo não maior de cinco anos, suscetível de prorrogação ulterior*.

domínio plurisubjetivo, com uma mera infinidade de sujeitos titularizando uma coisa comum, podendo dela se utilizar de modo ilimitado e pleno. A multipropriedade positivada em nosso ordenamento é, em verdade, uma propriedade limitada, mas não quanto ao exercício das faculdades pelos seus titulares, e sim quanto ao tempo, em que o titular exercerá de modo pleno e exclusivo a propriedade sobre o bem, mas limitando este exercício a períodos de tempo preestabelecidos, de uma forma que cada um dos coproprietários, dentro de limites temporais predeterminados, poderá exercer o uso e gozo, de modo pleno e exclusivo, sobre a coisa.

A multipropriedade, na forma como prevista, não é um fenômeno recente, pois já conhecida e empregada, desde o final da década de 1960, em países como França, Itália, Portugal e Estados Unidos, em que ficou conhecida pela expressão que ganhou ampla difusão, o *time-sharing*⁵. E embora idealizada para operações imobiliárias, a multipropriedade não se limita aos bens imóveis, admitindo-se, pois, sua aplicação também sobre os bens móveis⁶, como bem destaca Gustavo Tepedino que, ao conceituá-la, a definiu como “a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua”⁷.

Mas, como dito, foi no meio imobiliário que a multipropriedade se difundiu, de modo a permitir, de maneira muito mais ampla, o acesso e a exploração dos bens imóveis, pois permite um compartilhamento dos custos na aquisição e manutenção da coisa, sendo, pois, uma importante ferramenta para o mercado, sendo essa a razão pela qual, com o advento da Lei nº 13.777/2018, introduziu-se apenas a figura da multipropriedade imobiliária, cujo regramento será examinado a seguir.

5 Nesse sentido, ver TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. Saraiva: São Paulo, 1993. p. 01-02.

6 No mesmo sentido, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: reais*. v. 5. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 867.

7 TEPEDINO. Op. cit. p. 1.

3. A LEI Nº 13.777/2018 E O CONDOMÍNIO EM MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA

A multipropriedade imobiliária é uma espécie de condomínio sobre bens móveis em que cada condômino exerce, de modo exclusivo, as faculdades inerentes à propriedade, mas limitadas ao período de tempo estabelecido no contrato e na escritura registrada no competente registro de imóveis.

Inspirada, como já mencionado, em práticas empregadas em França, Itália, Portugal e, especialmente, nos Estados Unidos, neste último sob o nome de *time sharing*, a multipropriedade imobiliária é o compartilhamento da propriedade no tempo, em que se compartilha o domínio do bem imóvel em frações de tempo, correspondente à fração ideal titularizada por cada coproprietário.

A ideia que permeia a multipropriedade é a otimização dos custos e despesas, tanto na aquisição, quanto na manutenção de bens de elevado valor⁸, como se deu, a título de exemplo, nos EUA, em que o emprego dessa modalidade peculiar de copropriedade se difundiu na aquisição de casas de férias. Através dessa prática, fica ao alcance de um maior número de pessoas a compra de um imóvel próprio, o que também fomenta e estimula as negociações imobiliárias. Prova disso é o fato de que a multipropriedade se tornou uma poderosa ferramenta no enfrentamento da grave crise do mercado imobiliário europeu na década de 1970, cujo sucesso fez essa modalidade condominial se expandir para a aquisição de bens móveis como embarcações, computadores e joias⁹.

No Brasil, as operações de multipropriedade têm início na década de 1980 e voltavam-se, fundamentalmente, ao mercado imobiliário hoteleiro sob duas práticas: os *apart-hotéis* e a multipropriedade hoteleira, em que o interessado adquiria frações ideais do *apart-hotel* ou hotel que asseguravam o uso exclusivo

8 Como observam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, destacando as vantagens da multipropriedade imobiliária, "Além de democratizar o acesso a bens, beneficiando pessoas que não teriam meios econômicos ou interesse em adquirir e assumir a manutenção integral de um imóvel para fins de lazer, a venda de cotas de um condomínio multiproprietário auxilia a reduzir a ociosidade em sua ocupação, gerando mais empregos e renda". FARIAS; ROSENVALD. Op. cit. p. 870.

9 Cf. TEPEDINO. Op. cit. p. 2.

dos apartamentos por períodos de 07 dias no ano, de modo que cada unidade era fracionada em 52 períodos – que correspondem ao número máximo de semanas do ano¹⁰.

Sob esta fórmula, os titulares se tornavam condôminos da integralidade do empreendimento, e não de unidades autônomas, correspondendo a frações ideais do terreno, e por intermédio de um pacto adjeto denominado de escritura de convenção e regulamento, integrado por um calendário, cada condômino tinha assegurado o direito de utilização exclusiva de cada apartamento em determinada semana¹¹.

A Lei nº 13.777/2018 veio para positivar essa prática, a qual não se limita, contudo, ao mercado hoteleiro, buscando sanar as inúmeras controvérsias e dificuldades que sempre se apresentaram, especialmente pela falta de regulamentação legal.

A ausência de lei empurrava a estruturação da multipropriedade para o condomínio voluntário, que a toda evidência não é capaz de dar segurança jurídica a essa relação. Isso porque, como já vimos, o condomínio ordinário se estrutura, em sua essência, na divisibilidade da coisa e em uma destinação provisória, pois o Código Civil prevê expressamente que o condômino pode, a qualquer tempo, reclamar a divisão do bem, e que os coproprietários, embora possam convencionar a sua indivisibilidade, devem fazê-lo pelo prazo máximo de 05 anos, admitindo, contudo, sua prorrogação, o que sempre dependerá do consenso de todos. Então, a indivisibilidade do condomínio voluntário é precária, pois depende que todos os condôminos tenham o mesmo interesse, o que, por certo, é difícil de ocorrer na multipropriedade.

Nessa, é comum que os condôminos tenham interesses díspares, desde a exploração do imóvel com caráter econômico, para fins meramente especulativos, até o uso familiar. Desse modo, bastaria que um dos condôminos não tivesse mais interesse na manutenção da relação condominial para que tudo fosse por água abaixo.

¹⁰ Cf. TEPEDINO. Op. cit. p. 43.

¹¹ Cf. TEPEDINO. Op. cit. p. 43.

Por essa razão, em boa hora positivou o legislador essa modalidade especial de condomínio, pacificando, desse modo, inúmeros conflitos, trazendo mais clareza e segurança para aqueles que desejam se associar a outros nessa relação condominial, cujas regras passaremos a examinar.

3.1. A natureza condominial da multipropriedade imobiliária

O primeiro aspecto relevante a ser enfrentado é o da natureza jurídica da multipropriedade imobiliária. Como vimos anteriormente, a ausência de regulamentação legal colocava a multipropriedade no regime do condomínio ordinário, solução esta que não foi amparada pelo legislador, o que nos parece acertado. Isso porque, ao contrário do condomínio ordinário, na multipropriedade o coproprietário não titulariza uma fração ideal ou um quinhão, mas sim uma fração de tempo¹², como expressamente dispõe o art. 1.358-C do Código Civil, segundo o qual a “Multipropriedade é o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada”. Assim, o compartilhamento da propriedade se dá não pela divisão do bem em partes ou quinhões, mas sim em períodos temporais.

Do mesmo modo, assim como não ocorria antes da regulamentação legal, também não é possível falar na adoção da estrutura de um condomínio edilício, na medida em que não há unidades autônomas, como leciona Gustavo Tepedino, ao afirmar que “Do ponto de vista jurídico, não obstante a aparência de condomínio especial, pela menção a apartamentos, fisicamente considerados, não há a constituição de unidades autônomas, invocando o contrato normas típicas do condomínio ordinário”¹³.

12 Nesse sentido, afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal que “A topografia ajustada para a multipropriedade é pertinente, pois essa forma de copropriedade assemelha-se a um condomínio, em que vários proprietários compartilham custos de aquisição e manutenção do imóvel. No entanto, ao invés de uma fração ideal, cada multiproprietário titulariza uma unidade periódica e temporalmente poderá desfrutá-la com exclusividade, seja um imóvel urbano ou rural”. FARIAS; ROSENTHAL. Op. cit. p. 869-870.

13 TEPEDINO. Op. cit. p. 44.

De fato, a peculiaridade dessa copropriedade não autoriza sua inserção, de modo absoluto, sob o manto do regime dos condomínios edilícios, na medida em que não necessariamente se terá uma estrutura formada entre partes comuns e unidades autônomas. Por essa razão, o legislador acertadamente caracterizou a multipropriedade como uma forma particular de condomínio, nominando-a, no Capítulo VII-A do Título III do Livro III do Código Civil, atinente ao Direito das Coisas, de *Condomínio em Multipropriedade*.

A prova de que a multipropriedade imobiliária não se caracteriza, necessariamente, como condomínio edilício é a disposição da Seção VI do referido Capítulo VII-A, que traz as *Disposições Específicas Relativas às Unidades Autônomas de Condomínios Edilícios*. Na referida Seção, e mais particularmente no artigo que a inaugura, qual seja, o 1.358-O, prevê-se expressamente que “O condomínio edilício poderá adotar o regime de multipropriedade em parte ou na totalidade de suas unidades autônomas”.

Portanto, se o condomínio edilício poderá se estruturar sob o regime da multipropriedade imobiliária, é porque não necessariamente o será, pelo que não se pode concluir de outra forma que não seja a da não identidade entre essas duas espécies condominiais¹⁴.

Sem prejuízo, dispõe o art. 1.358-B do Código Civil que a multipropriedade se regerá, de modo supletivo e subsidiário, pelas demais disposições do Código e pelas disposições da Lei nº 4.591/1964 – a Lei de Condomínios – e da Lei nº 8.078/90. Com efeito, admite-se a aplicação ao condomínio em multipropriedade, mas sempre de modo supletivo e subsidiário, naquilo que não conflitar com as disposições do Código Civil, a lei que rege os condomínios edilícios, a demonstrar que, embora não sejam

14 Em sentido contrário, afirma o Professor e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Marco Aurélio Bezerra de Melo, que “De fato, a relação de direitos e deveres que vigora entre os condôminos assemelha-se ao condomínio edilício tradicional, conforme reconhece o Enunciado nº 89 da I Jornada de Direito Civil ao prescrever que ‘o disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do novo Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo”’. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito civil: coisas*. 3. ed. rev. e atual. Coordenação: J. M. Leoni Lopes de Oliveira e Marco Aurélio Bezerra de Melo. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 291.

sinônimos, são institutos assemelhados, a admitir o compartilhamento de regras.

Do mesmo modo, admite-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o que ocorrerá, muito particularmente, quando houver relação de consumo entre os condôminos e o administrador do condomínio ou a pessoa jurídica operadora do regime de *pool*, que examinaremos adiante¹⁵.

Disso se conclui que a multipropriedade é uma nova espécie condominial, diversa das anteriormente conhecidas, em que o direito de propriedade é exercido de modo limitado, partilhado no tempo entre os diversos coproprietários. A fração titularizada por cada um dos condôminos dá o direito de uso exclusivo da coisa por períodos determinados de tempo proporcionalmente àquela fração, de modo que o exercício do direito de propriedade jamais se dará de modo simultâneo, o que, ao contrário, é possível de ocorrer, por exemplo, entre condôminos ordinários.

3.2. A estrutura jurídica e o regime da multipropriedade imobiliária

A forma como se estrutura a multipropriedade imobiliária e o regime da relação travada entre os multiproprietários são explicitados de modo detalhado pelo Código Civil, dispondo desde a instituição dessa espécie condominial, até os direitos e obrigações dos condôminos pormenorizadamente.

3.2.1. Instituição do condomínio em multipropriedade e o exercício do direito pelos multiproprietários

Primeiro, e de suma importância, é como se dá a instituição do condomínio em multipropriedade. Esta se dará através de uma Convenção ou outro instrumento de instituição¹⁶, por ato entre vivos ou por testamento, devendo conter os requisitos do

¹⁵ Cf. FARIAS; ROSENVALD. Op. cit. p. 869.

¹⁶ Na forma do art. 1.358-H do Código Civil, “O instrumento de instituição da multipropriedade ou a convenção de condomínio em multipropriedade poderá estabelecer o limite máximo de frações de tempo no mesmo imóvel que poderão ser detidas pela mesma pessoa natural ou jurídica”.

art. 1.358-G¹⁷, e que deverá ser registrado no competente registro de imóveis.

O documento de instituição deve prever ainda, obrigatoriamente, a duração dos períodos correspondentes a cada fração de tempo, como se extrai do disposto no art. 1.358-F do Código Civil, podendo ainda estabelecer o limite máximo de frações de tempo do mesmo imóvel que poderão ser titularizadas pela mesma pessoa natural ou jurídica.

Tais disposições são de extrema necessidade, pois, como visto anteriormente, o art. 1.358-C define o instituto prevendo que no regime da multipropriedade cada condômino é titular de uma fração de tempo, a qual deve, por certo, estar previamente estabelecida e registrada individualmente, conforme prevê o § 10º do art. 176 da Lei nº 6.015/73, acrescido pela Lei nº 13.777/2018.

Esse detalhe é de grande relevância, pois o titular da fração de tempo a terá de modo individualizado, com matrícula própria, como se uma unidade autônoma fosse, inclusive podendo aliená-la a terceiros, independentemente da titularidade de outras frações por outros condôminos.

Por ter matrícula individualizada, a fração de tempo também poderá ter inscrição imobiliária individualizada pelos Municípios, como se vê do § 11º do art. 176 da Lei nº 6.015/73, a fim de que possa ser instituído, individualmente, o IPTU para cada unidade temporal, facilitando a cobrança e eventual inscrição em dívida ativa e execução por inadimplemento. Caso não existisse tal possibilidade, o IPTU incidiria sobre todo o imóvel, sem o fracionamento temporal da titularidade, de modo que o não pagamento do tributo obrigaria a cobrança em face de todos

¹⁷ Segundo o art. 1.358-G do Código Civil, além das cláusulas que os multiproprietários decidirem estipular, a convenção determinará (i) os poderes e deveres dos multiproprietários, especialmente em matéria de instalações, equipamentos e mobiliário do imóvel, de manutenção ordinária e extraordinária, de conservação e limpeza e de pagamento da contribuição condominial; (ii) o número máximo de pessoas que podem ocupar simultaneamente o imóvel no período correspondente a cada fração de tempo; (iii) as regras de acesso do administrador condominial ao imóvel para cumprimento do dever de manutenção, conservação e limpeza; (iv) a criação de fundo de reserva para reposição e manutenção dos equipamentos, instalações e mobiliário; (v) o regime aplicável em caso de perda ou destruição parcial ou total do imóvel, inclusive para efeitos de participação no risco ou no valor do seguro, da indenização ou da parte restante; e (vi) as multas aplicáveis ao multiproprietário nas hipóteses de descumprimento de deveres.

os condôminos. Vê-se, portanto, que tal previsão é medida de salutar importância para a efetividade e o sucesso do regime da multipropriedade, inclusive para fins fazendários.

Ainda no tocante à análise da fração de tempo, ela é, nos termos do art. 1.358-E do Código Civil, indivisível, de modo que o seu titular não pode parcelá-la, dividindo-a em períodos de tempo inferiores àquele disposto no instrumento de instituição do condomínio, que deve estar registrado no respectivo registro de imóveis. Então, fixado o período de tempo na convenção do condomínio ou no instrumento de constituição, não poderá o titular dividi-lo de outra forma.

Sem prejuízo, dispõe o § 1º do art. 1.358-E que cada fração de tempo não poderá ser inferior a um período de 07 (sete) dias, nos quais poderá ser exercido o direito de propriedade pelo titular de modo seguido ou intercalado, ou seja, 07 dias corridos ou intercalados. Isso significa que o período mínimo a ser titularizado é de 07 dias, mas não necessariamente o seu exercício, que poderá se dar de modo intercalado, em períodos inferiores àquele.

Da referida regra se infere que o imóvel objeto da multipropriedade não poderá ser dividido em frações de tempo superiores a 52 (cinquenta e duas), pois este é o número de semanas que existe em 01 ano, e a fração de tempo deverá ser de, no mínimo, 07 dias. Cada imóvel, portanto, poderá ser fracionado em, no máximo, 52 frações de 07 dias, perfazendo os 365 dias do ano. Por outro turno, nada impede que o bem seja dividido em frações de tempo superiores a 07 dias, como, por exemplo, 36 frações de 10 dias, de modo que cada titular terá o direito de usufruir, seguida ou intercaladamente, o direito por 10 dias no ano.

Ainda quanto ao exercício, e consoante o disposto nos incisos I e II do § 1º do art. 1.358-E, este poderá se dar de modo fixo e determinado, flutuante e misto. Na primeira hipótese, o titular irá usufruir o bem no mesmo período, todos os anos, como, por exemplo, na segunda semana do mês do maio. Quando flutuante, o uso e gozo da propriedade não será determinado por períodos fixos e predeterminados, variando anualmente, de modo

que cada titular exercerá o seu direito em períodos que variarão de ano para ano. Sem prejuízo, a regra de flutuação, que deverá estar preestabelecida, deve observar critérios objetivos e respeitará a isonomia, impedindo que determinados condôminos sejam beneficiados propositadamente, como, por exemplo, em eventual disposição que preveja que um determinado condômino seja sempre agraciado com o direito de uso do bem em um ano no Natal e no outro no Réveillon, sucessivamente. Já o último regime, o misto, combinam-se os dois anteriores.

Por fim, prevê o art. 1.358-N que o instrumento de instituição poderá reservar uma determinada fração de tempo que não será objeto de uso e gozo pelos condôminos, destinando-se tal período à realização de reparos no imóvel e em suas instalações, equipamentos e mobiliários, que forem indispensáveis ao exercício normal do direito de multipropriedade.

O exercício dessa fração de tempo para reparos poderá, nos termos do § 1º do referido dispositivo, ser atribuído ao próprio instituidor da multipropriedade, a quem será incumbida a realização dos reparos, ou aos multiproprietários proporcionalmente às suas respectivas frações.

3.2.2. Direitos e obrigações dos multiproprietários

Outra questão de grande importância em uma análise envolvendo o regime da multipropriedade imobiliária é a dos direitos e obrigações dos multiproprietários. A Lei nº 13.777/2018 reservou dois extensos dispositivos para o tratamento da matéria, fazendo inserir no Código Civil os artigos 1.358-I e 1.358-J, cada um deles com diversos incisos, enumerando exemplificativamente esses direitos e obrigações.

Um primeiro aspecto a ser examinado é exatamente o da natureza desse rol: é ele taxativo ou exemplificativo? Como já adiantamos, o rol dos direitos e obrigações dos multiproprietários é exemplificativo, isso porque tanto o art. 1.358-I quanto o art. 1.358-J preveem expressamente que são direitos e obrigações dos multiproprietários os enumerados na lei, *além daqueles pre-*

vistos no instrumento de instituição e na convenção do condomínio em multipropriedade. Assim, sem prejuízo daqueles expressamente previstos na lei, poderão as partes, no instrumento de instituição, estabelecer outros direitos e obrigações.

Cumpra observar que esses direitos e obrigações alcançam também os promitentes compradores e os cessionários dos direitos relativos a cada fração de tempo, uma vez que o art. 1.358-K do Código Civil prevê expressamente que aqueles sujeitos se equiparam aos multiproprietários para fins da observância dos direitos e obrigações.

No que toca aos direitos, prevê o art. 1.358-I CC que são, basicamente, 04: (i) usar e gozar, durante o período correspondente à sua fração de tempo, do imóvel e de suas instalações, equipamentos e mobiliário; (ii) ceder a fração de tempo em locação ou comodato; (iii) alienar a fração de tempo, por ato entre vivos ou por causa de morte, a título oneroso ou gratuito, ou onerá-la, devendo a alienação e a qualificação do sucessor, ou a oneração, ser informadas ao administrador; (iv) participar e votar, pessoalmente ou por intermédio de representante ou procurador, desde que esteja quite com as obrigações condominiais, em assembleia geral do condomínio em multipropriedade, e o voto do multiproprietário corresponderá à quota de sua fração de tempo no imóvel, e em assembleia geral do condomínio edilício, quando for o caso, e o voto do multiproprietário corresponderá à quota de sua fração de tempo em relação à quota de poder político atribuído à unidade autônoma na respectiva convenção de condomínio edilício.

Sobre os direitos, algumas observações devem ser feitas.

Primeiro, no que toca ao uso e gozo da coisa, este se dará de modo pleno, por cada multiproprietário, apenas no período correspondente à fração de tempo por ele titularizada. É possível perceber, pois, que no condomínio em multipropriedade há uma nítida diferença entre o condomínio ordinário, em que todos têm o direito de uso pleno da coisa, ao mesmo tempo, observado, por certo, o direito dos demais de também exercê-lo.

A segunda observação diz respeito à cessão da fração de tempo em locação ou comodato. Tal direito assegura ao titular a possibilidade de ceder temporariamente a posse do bem imóvel a terceiro, de modo oneroso ou gratuito, pelo período de tempo titularizado pelo multiproprietário, de modo que pode ele explorar economicamente a coisa, mediante locação, ou beneficiar terceiros com a possibilidade de uso gratuito da coisa, no caso de comodato.

Terceiro aspecto a ser observado diz respeito à alienação da fração de tempo. Como cada fração tem autonomia, mediante registro e matrícula própria, pode o seu titular cedê-la definitivamente a terceiro mediante negócio translativo, como a compra e venda ou a doação.

Diante da existência de uma multipropriedade, com a possibilidade de subsistir dezenas de condôminos, a lei facilitou o regime da alienação. Primeiro, não há dúvida de que o modo de transferência da propriedade se dará pelo registro, por se tratar de um bem imóvel. Por isso, dispõe o art. 1.358-L que a transferência e a produção de efeitos perante terceiros se dará na forma da lei civil.

Sem prejuízo, tal alienação independe de autorização ou cientificação dos demais condôminos, inclusive não existindo direito de preferência, salvo se o próprio instrumento de instituição ou a convenção assim dispuserem. Evita-se, com tal disposição, um irreal concurso de interessados, que poderia levar, inclusive, a uma inviabilização da celebração do negócio translativo pelo titular.

Já quanto aos deveres, o legislador se estendeu e previu 09 hipóteses. São elas: pagar a contribuição condominial do condomínio em multipropriedade e, quando for o caso, do condomínio edilício, ainda que renuncie ao uso e gozo, total ou parcial, do imóvel, das áreas comuns ou das respectivas instalações, equipamentos e mobiliário; responder por danos causados ao imóvel, às instalações, aos equipamentos e ao mobiliário por si, por qualquer de seus acompanhantes, convidados ou prepostos ou por pessoas por ele autorizadas; comunicar imediatamente ao administrador

os defeitos, avarias e vícios no imóvel dos quais tiver ciência durante a utilização; não modificar, alterar ou substituir o mobiliário, os equipamentos e as instalações do imóvel; manter o imóvel em estado de conservação e limpeza condizente com os fins a que se destina e com a natureza da respectiva construção; usar o imóvel, bem como suas instalações, equipamentos e mobiliário, conforme seu destino e natureza; usar o imóvel exclusivamente durante o período correspondente à sua fração de tempo; desocupar o imóvel, impreterivelmente, até o dia e hora fixados no instrumento de instituição ou na convenção de condomínio em multipropriedade, sob pena de multa diária, conforme convencionado no instrumento pertinente; permitir a realização de obras ou reparos urgentes.

Assim como fizemos quando da análise dos direitos, algumas considerações precisam ser feitas quanto aos deveres.

A primeira delas diz respeito aos deveres de responder pelos danos causados ao imóvel, às instalações, aos equipamentos e ao mobiliário, e de não modificar, alterar ou substituir o mobiliário, os equipamentos e as instalações do imóvel.

Consoante o disposto no art. 1.358-D do Código Civil, o imóvel objeto da multipropriedade é indivisível, não se sujeitando à ação de divisão ou de extinção de condomínio, e inclui as instalações, os equipamentos e o mobiliário destinados a seu uso e gozo.

De tal previsão se infere que as instalações, os equipamentos e os mobiliários integram o condomínio em multipropriedade, ou seja, são de domínio de todos os multiproprietários, compondo um verdadeiro conjunto indivisível de bens, pelo que não podem, por exemplo, ser modificados ou alienados por nenhum dos titulares, exceto se houver a anuência de todos os demais.

Essa afirmação se comprova pelo disposto no § 2º do art. 1.358-J do Código Civil, o qual prevê que a responsabilidade pelas despesas referentes a reparos no imóvel, bem como suas instalações, equipamentos e mobiliários é de todos os condôminos, quando disser respeito ao uso normal da coisa e do desgaste natural desta, e será de exclusividade do multiproprietário quando o dano decorrer do uso anormal do bem por este.

A segunda consideração é correlata ao direito de usar e gozar a coisa apenas no período de tempo da fração titularizada. Sendo um direito do condômino, é também um dever, ou seja, ele só pode exercer essas faculdades, com exclusividade e de modo pleno, durante a fração de tempo de sua propriedade. Por isso, igualmente prevê o legislador que o multiproprietário tem o dever de desocupar o imóvel, impreterivelmente, até o dia e hora fixados no instrumento de instituição ou na convenção de condomínio em multipropriedade.

Última consideração quanto aos deveres diz respeito às consequências pela sua não observância. Segundo o disposto no § 1º do art. 1.358-J, o descumprimento dos deveres sujeitará o multiproprietário à pena de multa, a qual será progressiva no caso de descumprimento reiterado, reiteração essa que também poderá acarretar a perda temporária do direito à utilização do imóvel.

Veja-se que o legislador estabeleceu graves sanções, particularmente ao condômino antissocial, que reiteradamente descumpre os seus deveres, podendo ensejar, inclusive, a supressão temporária do direito à utilização do imóvel.

Sobre essa punição, debates surgirão acerca da possibilidade de *expulsão* desse condômino, ou seja, da perda definitiva da propriedade pelo descumprimento reiterado dos deveres, tal qual como ocorre na discutida questão da possibilidade de expulsão do condômino antissocial nos condomínios edilícios.

No âmbito dos condomínios edilícios, a jurisprudência, particularmente do STJ¹⁸, tem caminhado no sentido da impossibilidade de expulsão e consequente perda da propriedade pelo condômino antissocial, ante a ausência de previsão legal. Pensamos que tal raciocínio deve ser aplicado ao condomínio em multipropriedade, particularmente porque, sendo uma lei recente, editada muito após a instauração dessa controvérsia, o silêncio do legislador quanto a essa medida drástica não se revela um mero esquecimento, mas sim um silêncio eloquente, no sentido de não admitir essa sanção.

18 Nesse sentido ver o AREsp 1.296.887 - SP. Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Des. convocado do TRF-5). DJ 29/06/2018.

3.2.3. Administração da multipropriedade

O condomínio é um ente despersonalizado, reconhecendo-se a sua legitimidade apenas na tutela dos interesses coletivos, quais sejam, os interesses dos condôminos *lato sensu*. Por questões de ordem prática, confere-se ao condomínio legitimidade para a defesa dos interesses comuns, evitando-se que todos os condôminos tenham que conjuntamente buscar a tutela destes. Nesse sentido, o condomínio não é um representante dos condôminos, não podendo substituí-los na defesa dos seus interesses individuais¹⁹.

Se assim o é, a coletividade dos condôminos – o condomínio – necessita de um representante e gestor, alguém que administre e gerencie os interesses envolvidos, coordenando o uso e gozo do imóvel e, conseqüentemente, das frações de tempo. Tal função, nos termos do art. 1.358-M do Código Civil, é exercida pelo administrador, que é a pessoa indicada no instrumento de instituição ou na Convenção do condomínio para esse fim. No caso de falta de indicação formal nesses documentos, a nomeação do administrador competirá à assembleia geral dos condôminos.

Em que pese, na estrutura do nosso ordenamento, a função de administrador ser comumente atribuída às pessoas naturais, o administrador do condomínio em multipropriedade pode ostentar a natureza de pessoa jurídica, não havendo impedimento legal para tal²⁰, a permitir que uma pessoa jurídica especializada, com profissionais habilitados, exerça a função.

Competirá ao administrador, sem prejuízo de outras atribuições previstas no ato de instituição do condomínio, a coordenação da utilização do imóvel pelos multiproprietários; a determinação dos períodos a serem utilizados pelos condôminos no caso de se adotar sistema flutuante ou misto; a manutenção, conservação e limpeza do imóvel; troca ou substituições de instalações, equipamentos e mobiliários; elaboração do orçamento anual; a cobrança dos condôminos das cotas de custeio do imóvel; e o pagamento das despesas comuns com os fundos arrecadados.

¹⁹ Nesse sentido, ver, exemplificativamente, o REsp 1.177.862 – RJ. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. DJe 01/08/2011.

²⁰ Assim sustentam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. FARIAS; ROSENVALD. Op. cit. p. 875-876.

3.3. Condomínio edilício em multipropriedade

Como explicitado anteriormente, o condomínio em multipropriedade não se caracteriza, necessariamente, como um condomínio edilício. Muito pelo contrário, a sua instituição dependerá de previsão expressa em convenção, assim como poderá ser estabelecida proibição para a adoção do regime multiproprietário, como prevê o art. 1.358-U CC.

A constituição, então, de um regime de multipropriedade em condomínios edilícios é facultativa, de modo que poderá ser adotada, inclusive, apenas em parte do condomínio, como dispõe o art. 1.358-O do Código Civil, o qual prevê que “o condomínio edilício poderá adotar o regime de multipropriedade em parte ou na totalidade de suas unidades autônomas”.

A regulamentação do regime multiproprietário nos condomínios edilícios vem ao encontro das necessidades do mercado, especialmente nos regimes de *pool* hoteleiro ou de locação, visando a atender aos anseios dos investidores, que adquirem cotas desses empreendimentos em busca do retorno decorrente da exploração econômica das unidades imobiliárias.

No caso de condomínios residenciais, em que pese ser plenamente possível a instituição da multipropriedade, especialmente em locais de veraneio, o regime encontrará mais resistência, dado o risco de aumento dos conflitos já comuns nos condomínios edilícios em razão da grande rotatividade de condôminos nas unidades, potencializando as controvérsias entre os indivíduos.

Sem prejuízo, a Lei nº 13.777/2018 explicitou minuciosamente as regras atinentes à estrutura da multipropriedade nos condomínios edilícios, visando a trazer maior segurança e estabilidade ao regime, o que se mostra louvável, merecendo, então, um exame à parte.

3.3.1. A instituição do condomínio edilício em multipropriedade

Na seção inaugural das disposições específicas relativas à multipropriedade em unidades autônomas de condomínios edilícios, o Código Civil tratou da forma de sua instituição. Segundo

o disposto no art. 1.358-O, o condomínio edilício poderá adotar o regime da multipropriedade mediante previsão no instrumento de instituição – a Convenção – ou por deliberação da maioria absoluta dos condôminos.

Por certo, até por questões práticas, a forma mais comum de instituição do regime nos condomínios edilícios será a Convenção, a qual, consoante previsão do parágrafo único do art. 1.358-O do Código Civil, será de iniciativa e de responsabilidade do proprietário do terreno, do promitente comprador ou cessionário ou promitente cessionário deste, o construtor ou o corretor de imóveis, e o ente da Federação imitado na posse do imóvel no caso de desapropriação, tudo na forma do art. 31, a, b e c da Lei nº 4.591/1964.

A estes, então, competirá elaborar o instrumento, o qual deverá conter, necessariamente, além das disposições inerentes a toda e qualquer Convenção, previstas no art. 1.332 e 1.334 do Código Civil, e as disposições comuns a todas as convenções em multipropriedade previstas no art. 1.358-G, também (i) a identificação das unidades sujeitas ao regime da multipropriedade, no caso de empreendimentos mistos; (ii) a indicação da duração das frações de tempo de cada unidade autônoma sujeita ao regime da multipropriedade; (iii) a forma de rateio, entre os multiproprietários de uma mesma unidade autônoma, das contribuições condominiais relativas à unidade, que, salvo se disciplinada de forma diversa no instrumento de instituição ou na convenção de condomínio em multipropriedade, será proporcional à fração de tempo de cada multiproprietário; (iv) a especificação das despesas ordinárias, cujo custeio será obrigatório, independentemente do uso e gozo do imóvel e das áreas comuns; (v) os órgãos de administração da multipropriedade; (vi) a indicação, se for o caso, de que o empreendimento conta com sistema de administração de intercâmbio, na forma prevista no § 2º do art. 23 da Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008, seja do período de fruição da fração de tempo, seja do local de fruição, caso em que a responsabilidade e as obrigações da companhia de intercâmbio limitam-se ao contido na documentação de sua contratação;

(vii) a competência para a imposição de sanções e o respectivo procedimento, especialmente nos casos de mora no cumprimento das obrigações de custeio e nos casos de descumprimento da obrigação de desocupar o imóvel até o dia e hora previstos; (viii) o quórum exigido para a deliberação de adjudicação da fração de tempo na hipótese de inadimplemento do respectivo multiproprietário; e (ix) o quórum exigido para a deliberação de alienação, pelo condomínio edilício, da fração de tempo adjudicada em virtude do inadimplemento do respectivo multiproprietário.

Dentre tais previsões, de suma importância é aquela que versa sobre as despesas, cujo custeio é obrigatório pelos condôminos multiproprietários. É inerente a toda relação de propriedade, e isso não é diferente nos regimes condominiais, que os proprietários arquem com as despesas associadas ao bem, inclusive as extraordinárias, as quais comumente se referem a gastos que se incorporam à própria coisa.

A importância de tal previsão decorre das consequências do inadimplemento, as quais são drásticas no caso da multipropriedade em condomínio edilício. Segundo a redação do art. 1.358-S, no caso de não pagamento das despesas ordinárias ou extraordinárias pelo multiproprietário, poderá o condomínio adjudicar a sua fração de tempo, em conformidade com o disposto no Código de Processo Civil. Dá-se, então, a faculdade de o condomínio tomar para si a fração do devedor, medida essa extrema, levando-se em consideração o direito de propriedade por ele titularizado.

Mais gravosas ainda são as consequências do inadimplemento quando o imóvel integrar o regime de *pool* hoteleiro ou *pool* de locação. Nesse sistema, transfere-se a administração e exploração das unidades imobiliárias para uma administradora, a qual prestará aos hóspedes e clientes os serviços de hospedagem por intermédio das unidades e partes comuns de propriedade dos condôminos.

Geralmente constituído sob a forma de uma sociedade em conta de participação, em que o sócio ostensivo é a administrado-

ra e os sócios participantes/ocultos são os proprietários do imóvel, o *pool* hoteleiro otimiza a geração de lucros e receitas dos bens de propriedade dos condôminos, mediante a exploração destes por uma pessoa jurídica especializada no ramo. Os lucros auferidos com essa exploração são partilhados entre os titulares, independentemente da efetiva ocupação individual de cada unidade autônoma, sendo a administradora remunerada pelo seu serviço.

Instituído o *pool*, havendo inadimplemento do multiproprietário com o pagamento das despesas ordinárias e extraordinárias, preveem os incisos do parágrafo único do art. 1.358-S CC três possibilidades, as quais devem estar previstas na Convenção: (i) a proibição de o condômino utilizar o imóvel até a integral quitação da dívida; (ii) a transferência da fração de tempo do devedor ao *pool* da administradora; ou (iii) a transferência automática de poderes à administradora com a imposição da obrigação dela utilizar, por conta e ordem do inadimplente, a integralidade dos valores líquidos a que o devedor tiver direito para amortizar suas dívidas condominiais, seja do condomínio edilício, seja do condomínio em multipropriedade, até sua integral quitação, devendo eventual saldo ser imediatamente repassado ao multiproprietário.

É possível perceber, nestes casos, que o legislador estabeleceu uma maior rigidez quando da hipótese de inadimplemento no sistema de *pool*, admitindo-se, inclusive, a perda da fração em favor deste.

Outra exigência feita pela lei diz respeito ao regimento interno. Segundo o comando do art. 1.358-Q CC, instituído o regime de multipropriedade em condomínio edilício, imperiosa será a elaboração de um regimento interno, em complementariedade à Convenção.

A decisão do legislador nos parece acertada, na medida em que o instrumento convencional se presta ao estabelecimento das regras estruturais e de organização do próprio condomínio, competindo ao regimento interno descer às minúcias sobre o funcionamento daquele, além do estabelecimento das disposições acerca dos direitos e obrigações das partes envolvidas e do uso da coisa.

Segundo o dispositivo em exame, o regimento interno deverá prever, no mínimo, (i) os direitos dos multiproprietários sobre as partes comuns do condomínio edilício; (ii) os direitos e obrigações do administrador, inclusive quanto ao acesso ao imóvel para cumprimento do dever de manutenção, conservação e limpeza; (iii) as condições e regras para uso das áreas comuns; (iv) os procedimentos a serem observados para uso e gozo dos imóveis e das instalações, equipamentos e mobiliário destinados ao regime da multipropriedade; (v) o número máximo de pessoas que podem ocupar simultaneamente o imóvel no período correspondente a cada fração de tempo; (vi) as regras de convivência entre os multiproprietários e os ocupantes de unidades autônomas não sujeitas ao regime da multipropriedade, quando se tratar de empreendimentos mistos; (vii) a forma de contribuição, destinação e gestão do fundo de reserva específico para cada imóvel, para reposição e manutenção dos equipamentos, instalações e mobiliário, sem prejuízo do fundo de reserva do condomínio edilício; (viii) a possibilidade de realização de assembleias não presenciais, inclusive por meio eletrônico; (ix) os mecanismos de participação e representação dos titulares; (x) o funcionamento do sistema de reserva, os meios de confirmação e os requisitos a serem cumpridos pelo multiproprietário quando não exercer diretamente sua faculdade de uso; (xi) a descrição dos serviços adicionais, se existentes, e as regras para seu uso e custeio.

Trata-se, portanto, de um rol exemplificativo que estabelece apenas minimamente as matérias a serem versadas no documento, na medida em que deverão os condôminos estabelecer, com o maior detalhamento possível, o funcionamento do regime, a evitar ao máximo os conflitos inerentes a essa relação.

3.3.2. A administração do condomínio edilício em multipropriedade

Outro aspecto relevante do condomínio edilício em multipropriedade diz respeito à sua administração. Já constatamos que no ambiente da multipropriedade se faz necessária a nome-

ação de um administrador, dada a complexidade das relações e a despersonalização do condomínio, exigindo-se um representante da coletividade de condôminos.

Se assim o é na multipropriedade de um modo geral, maior necessidade haverá da nomeação de um administrador no caso da sua instituição no âmbito de um condomínio edilício, foco maior de tensão e que traz maiores dificuldades para a administração do ambiente.

Ciente da realidade fática dos condomínios edilícios, previu o legislador, no art. 1.358-R, a imperiosa contratação de um administrador profissional, o que, por certo, é adequado não apenas para a representação apropriada do condomínio e, conseqüentemente, dos interesses dos condôminos, mas também para o gerenciamento do uso da propriedade pelos multiproprietários e da manutenção do imóvel e todas as suas instalações.

Por essa razão, a administração não se limitará à gestão do condomínio, mas abrangerá também as unidades autônomas, de modo a uniformizar o tratamento, assegurando os interesses de todos coletivamente.

Com esse propósito, os poderes conferidos ao administrador são amplos, embora restritos aos atos de gestão da multipropriedade, incluindo a possibilidade de alteração do regimento interno quanto aos aspectos inerentes à operacionalização da gestão da coisa, o que se extrai da expressa autorização do § 4º do art. 1.358-R do Código Civil.

4. CONCLUSÃO

O presente texto teve como propósito apresentar, de modo sistematizado e breve, as muitas regras atinentes ao regime da multipropriedade imobiliária introduzidas pela Lei nº 13.777/2018.

Das linhas anteriormente escritas, é possível perceber as inúmeras peculiaridades desse regime que é, sem sombra de dúvidas, importante para o desenvolvimento e retomada do crescimento do mercado imobiliário, ainda combalido com a crise econômica que persiste em nosso país.

Por meio dele, abre-se um leque maior de possibilidades para a aquisição de imóveis, seja para uso próprio, seja para investimento, a revelar o seu caráter e destinação híbrida e multiforme.

É certo que a multipropriedade imobiliária não pode (e nem deve) ser tratada como uma tábua de salvação, em que todos aqueles que se encontram em situação de naufrágio devem se apegar para sair dos problemas que se encontram.

No entanto, é ela um bom caminho para o soerguimento desse mercado tão importante, especialmente nos grandes centros urbanos e nos polos turísticos, incentivando as incorporações imobiliárias que geram receitas, criam empregos e levam também a uma maior arrecadação de tributos.

Por isso, a sua normatização era mais do que necessária, a fim de estabelecer as regras básicas para a sua instituição, antes cercada de muitas incertezas, levando à insegurança jurídica, o que nunca é recomendável. ❖

5. BIBLIOGRAFIA

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: reais*. v. 5. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito civil: coisas*. 3. ed. rev. e atual. Coordenação: J. M. Leoni Lopes de Oliveira e Marco Aurélio Bezerra de Melo. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. Saraiva: São Paulo, 1993.

VIANA, Marco Aurelio S. *Comentários ao novo código civil: dos direitos reais*. Arts. 1.225 a 1.510. v. XVI. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

O Litisconsórcio Necessário do Administrador na Ação Anulatória de Deliberação de Aprovação de Contas sem Ressalvas

Virgílio Mathias

Advogado, pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-Rio, pós-graduado em Direito Societário e Mercado de Capitais pela FGV-Rio.

PALAVRAS-CHAVE

Administrador; aprovação de contas sem ressalva; deliberação; ação anulatória de deliberação assemblear; litisconsórcio.

RESUMO

Este artigo busca analisar a existência de litisconsórcio necessário passivo entre uma companhia e seus administradores na ação anulatória de assembleia de aprovação de contas, tema jurídico que consideramos ser dos mais relevantes. O ponto de partida para este debate surge da premissa de que os sócios prejudicados por atos de gestão de determinado administrador podem ingressar contra a sociedade com ação para anular a deliberação acima em referência. Nessa ação, o administrador deve ser também citado por formação de litisconsórcio passivo necessário?

Dessa forma, inicialmente, pretendemos expor breves aspectos da assembleia de aprovação de contas. Em seguida, trataremos da importância de questionar judicialmente a deliberação de aprovação de contas, a fim de viabilizar a ação reparatória contra os administradores. Ato contínuo, abordaremos o tema processual do litisconsórcio, diferenciando-se o necessário do fa-

cultativo. Posteriormente, pontuaremos a antiga discussão acerca do litisconsórcio facultativo unitário nas ações anulatórias de assembleia.

Por fim, concluiremos acerca da necessidade de incluir ou não os administradores no polo passivo da ação.

KEYWORDS

Company Director; approval of accounts without reservation; deliberation; joinder of parties.

ABSTRACT

The question that is analyzed in this article is whether or not, in an application to set aside a company meeting that was convened to approve the accounts, it is mandatory for the company and its directors to be joined as co-defendants to the lawsuit. The basic premise in the debate is that members of a company who consider that they have been prejudiced by the management act of a given director (administrator) are entitled to apply to court for an order setting aside the deliberation that approved said act. The question that arises is whether service of process must be served on the director as a compulsory co-defendant?

The author begins by examining certain aspects of meetings convened to approve company accounts and then examines the importance of members that are dissatisfied with the outcome challenging before a court the deliberations that led to approval of the accounts. This challenge is an important step in ensuring the viability of a damages lawsuit against the directors. Following this analysis, the author examines the procedural rules as to joinder of parties, drawing a distinction between compulsory joinder and permissive joinder and ponders the long standing debate as to whether there is a need for the permissive joinder pertaining to applications to set aside company meetings to be 'unitary' joinder i.e. a joinder leading to all of the joined parties being uniformly subject to the effects of the final court order. The author concludes the paper with an examination of whether or

not it is necessary to include the individual directors (administrators) as defendants to the lawsuits challenging approval of the company's accounts.

BREVES ASPECTOS DA ASSEMBLEIA PARA A APROVAÇÃO DE CONTAS

A assembleia para a aprovação de contas constitui a manifestação dos sócios perante os seus administradores. A realização anual da assembleia geral ordinária nos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social é obrigatória, conforme disposição do art. 132 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“Lei das S/A”)¹.

A convocação da assembleia geral faz-se mediante anúncio publicado por 3 (três) vezes, no mínimo, contendo as seguintes informações: local, data e hora da assembleia e a ordem do dia. A assembleia é convocada pelos diretores ou pelo conselho de administração.

Reputam-se relevantes para a convocação da assembleia três fatores: quem convocou a assembleia, a publicidade do ato de convocação e se as matérias que serão objeto de discussão foram devidamente delimitadas.

Entre as matérias a serem decididas na assembleia geral ordinária, encontra-se a aprovação das contas dos administradores, oportunidade em que se examina, se discute e se delibera sobre as demonstrações financeiras.

A existência de um momento oportuno para isso, previsto na Lei das S/A, decorre do direito à fiscalização dos sócios sobre a gestão da sociedade. Como esse direito não é irrestrito, sob pena de se criar entraves à regular administração, a fiscalização deve restringir-se às condições previstas em lei, como, por exemplo, funcionamento de um conselho fiscal, utilização de audito-

¹ “Art. 132. Anualmente, nos 4 (quatro) primeiros meses seguintes ao término do exercício social, deverá haver 1 (uma) assembleia-geral para:

I - tomar as contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras;

II - deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos;

III - eleger os administradores e os membros do conselho fiscal, quando for o caso;

IV - aprovar a correção da expressão monetária do capital social (artigo 167).”

ria independente, acesso às informações financeiras e operações realizadas pela companhia e, discutir, em assembleia, as contas e a administração financeira da sociedade.

Portanto, nesse aspecto, a assembleia geral materializa os reflexos do direito de fiscalização pelo sócio. Observe-se que o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA considera que o acionista, individualmente, não tem legitimidade para propor ação de prestação de contas contra o administrador, porque entende que, de acordo com a Lei das S/A, as contas são tomadas em assembleia².

Para viabilizar o devido debate sobre as informações financeiras desenvolvidas pelo administrador, os sócios deverão ter acesso prévio aos documentos necessários, que demonstrem as finanças e as contas da sociedade. A intenção dessa medida é dar conhecimento efetivo sobre os documentos da administração, que serão submetidos a votação em assembleia. Seria contraproducente e ineficaz dar conhecimento aos sócios sobre as contas e demonstrações financeiras na própria assembleia sem qualquer antecedência, sobretudo porque existem sócios que não possuem conhecimento técnico sobre essa matéria e, assim, necessitam do auxílio de um profissional especializado.

A análise das demonstrações financeiras permite uma avaliação patrimonial da empresa, sua liquidez, lucratividade e endividamento. Nas palavras de JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, na tomada de contas dos administradores, “a assembleia exerce, neste item, funções típicas de um tribunal de contas”. (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 14. Ed., São Paulo: Atlas, 2015, pág. 361).

É de enorme interesse do sócio ter conhecimento sobre como está a sua sociedade. Logo, sem a prévia análise desses documentos, ocorreria uma votação que, sem dúvida, jamais poderia representar a real vontade social. Sublinhe-se que o material apresentado anteriormente à deliberação se afigura um projeto das demonstrações financeiras da companhia. A aprovação dos acionistas torna o aludido projeto em efetivas demonstrações

² Resp 792.660/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2006, DJ 10/04/2006, p. 191.

financeiras. A administração da sociedade, portanto, tem a obrigação de prestar todas as informações previamente à realização da assembleia.

Além de disponibilizar os documentos, os administradores devem também comparecer à assembleia (art. 134, § 1º e 164 da Lei das S/A)³, para efetuar a apresentação das contas e prestar os esclarecimentos.

MODESTO CARVALHOSA compreende que os administradores devem comparecer à assembleia e efetuar a apresentação, sob pena de não atender ao direito dos sócios de serem informados:

“Se os administradores não fizerem a apresentação dos documentos, torna-se impossível deliberar sobre as matérias referentes às contas da administração. A ausência dos administradores acarreta, assim, sua responsabilidade por quebra de dever de prestar contas aos sócios.” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. Parte Especial. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pág. 262).

Como os acionistas debatem as demonstrações financeiras, o comparecimento dos administradores visa a possibilitar que sejam esclarecidas eventuais dúvidas sobre elas.

Entretanto, a presença do administrador na assembleia não atende somente ao direito de fiscalização dos sócios; essa circunstância também concede ao administrador a possibilidade de defender o resultado do exercício social, a fim de obter a exoneração prevista no art. 134, § 3º, da Lei das S/A⁴.

As contas podem ser aprovadas com ou sem reserva. A função da “reserva”, que deve ser expressa, repousa na possibilidade de aprovar as demonstrações financeiras, sem exonerar o administrador. Assim, a aprovação das contas sem reserva acarreta a quitação ao administrador.

3 “§ 1º Os administradores da companhia, ou ao menos um deles, e o auditor independente, se houver, deverão estar presentes à assembleia para atender a pedidos de esclarecimentos de acionistas, mas os administradores não poderão votar, como acionistas ou procuradores, os documentos referidos neste artigo”;

“Art. 164. Os membros do conselho fiscal, ou ao menos um deles, deverão comparecer às reuniões da assembleia-geral e responder aos pedidos de informações formulados pelos acionistas”.

4 “§ 3º A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 286)”.

Diante da possibilidade de conseguir a quitação, o administrador não só tem o dever de comparecer à assembleia, para atender à fiscalização dos sócios, mas também tem o direito de defender a sua administração e o resultado obtido, para exonerar-se. Assim, a ata de assembleia deve ser expressa sobre eventual reserva da aprovação de contas. Se não houver qualquer referência à reserva na ata de aprovação, reserva alguma houve.

Embora deva comparecer à assembleia, registre-se que o sócio que também exercer a atividade de administrador é impedido de votar as suas contas. Evidentemente, esse impedimento funda-se no conflito formal de interesses. Esse sócio, indubitavelmente, irá aprovar a sua administração. Por isso, esse notório conflito acarreta a nulidade do eventual voto do sócio administrador.

O acionista administrador fica terminantemente proibido de votar. Há essa precaução no sentido de o voto sequer acontecer. O art. 134, § 1º, da Lei das S/A⁵ veda de pronto o voto do acionista administrador.

Trata-se de regra diferente da prevista no art. 115, § 4º, da Lei das S/A⁶, dispondo que o voto com potencial conflito de interesses é anulável: o acionista pode votar, e a validade do voto será examinada após a deliberação.

Caso o sócio administrador venha a violar o art. 134, § 1º, da Lei das S/A, o voto será nulo. No entanto, somente haverá a anulabilidade da deliberação se o voto dele não for indispensável à aprovação ou à reprovação das contas. Há uma clara distinção entre a anulabilidade do voto e a anulabilidade da deliberação. A anulabilidade do voto “somente acarretará esta (a anulabilidade da deliberação) se não alcançado o quórum deliberativo, já que as deliberações são tomadas pelo método colegial. Como é de se distinguir também a parte válida da deliberação da parte inválida. Somente esta será anulável. É a aplicação do princípio da

5 “§ 1º Os administradores da companhia, ou ao menos um deles, e o auditor independente, se houver, deverão estar presentes à assembleia para atender a pedidos de esclarecimentos de acionistas, mas os administradores não poderão votar, como acionistas ou procuradores, os documentos referidos neste artigo”.

6 § 4º A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido.

validade do separável.” (LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*, 6ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 592).

Como não poderia deixar de ser, a não aprovação das contas da administração constitui fato gravíssimo que acarreta o dever de destituir os administradores, sob pena de conivência ou conluio. (CARVALHOSA, Modesto. *Sociedades anônimas* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 3, pág. 717).

A NECESSIDADE DE A COMPANHIA ANULAR JUDICIALMENTE A APROVAÇÃO DAS CONTAS DO ADMINISTRADOR

A Lei das S/A prevê os deveres dos administradores: de diligência (arts. 153)⁷, de agir de acordo com as suas atribuições (arts. 154)⁸ e consagra também os deveres de lealdade (art. 155)⁹, de agir de acordo com os interesses da Companhia (art. 156)¹⁰ e o de prestar informações (art. 157)¹¹.

A Lei das S/A consagra também que o administrador não responde pessoalmente pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão. Ou seja, “os administradores que agirem dentro dos padrões de regularidade exigidos pela lei não respondem pessoalmente pelos atos que praticarem, ainda que estes venham a causar prejuízos à sociedade.” (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*, 14. Ed. – São Paulo: Atlas, 2015, pág. 409).

7 “Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

8 “Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

9 “Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:

I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo;

II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia;

III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir”.

10 “Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse”.

11 “Art. 157. O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular”.

O art. 158 da Lei das S/A¹² prevê que o administrador responderá civilmente pelos prejuízos que causar, quando proceder, ainda que dentro das suas atribuições e poderes, com culpa e dolo, ou quando violar a Lei ou o Estatuto da Companhia.

A tarefa de averiguar se o administrador efetuou regular ato de gestão não é simples. Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência adotam os critérios do *business judgment rule*, a fim de examinar se o administrador agiu regularmente.

Os riscos e os resultados ruins fazem parte da vida do administrador de empresa, de modo que eles não devem servir como o motivo para responsabilizá-lo. O que realmente importa é se o administrador agiu diligenciando para ter as informações necessárias na tomada de decisão, se agiu de boa-fé, com honestidade e visando ao melhor interesse da companhia. Assim sendo, a tomada de decisão deve ter sido informada, baseada em informações razoavelmente necessárias. Da mesma forma, ela deve ser refletida, após a análise de alternativas e consequências, e, acima de tudo, desinteressada do ponto de vista pessoal.

O art. 159, § 6º da Lei das S/A permite a aplicação dos critérios do *business judgment rule*¹³ no direito brasileiro.

Os prejuízos que o administrador possa causar à companhia, violando os critérios do *business judgment rule*, poderão ser ressarcidos por meio da ação de responsabilidade civil prevista no art. 159 da Lei das S/A¹⁴. Trata-se da ação social, ou seja, a demanda a ser proposta pela sociedade, em razão dos prejuízos sofridos por ela, contra o administrador. Os sócios não possuem legitimidade para ingressar com esta ação, porque sofrem apenas danos indiretos. O prejuízo é diretamente sofrido pela sociedade, logo, a legitimidade ativa para esta demanda é da sociedade.

12 “Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto”.

13 “§ 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”.

14 “Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio”.

Essa ação de responsabilidade civil necessita, conforme previsão do art. 159 da Lei das S/A, de uma prévia deliberação e aprovação em assembleia.

Ocorre que, na hipótese de o administrador lesante ter obtido anteriormente a aprovação de suas contas sem ressalva, revela-se imprescindível também, para a propositura da aludida demanda indenizatória, obter a anulação judicial da deliberação de aprovação das contas. Repare-se que, para superar essa deliberação, não pode a sociedade afastá-la por si só unilateralmente.

A sociedade tem o dever de desconstituir a deliberação de aprovação de contas sem ressalvas por meio judicial, estando impossibilidade de, *per se*, realizar sua revisão para desaprovar as contas.

Portanto, “uma vez aprovadas, sem reserva, as contas e as demonstrações financeiras, assembleia posterior não pode ‘revogar’ a deliberação anterior e decidir pela propositura de ação de responsabilidade contra os administradores. Constituindo reconhecimento negativo da dívida, a aprovação, sem reserva, é ato irreatável e irrevogável da companhia, que não pode ser desfeito por posterior deliberação assemblear. O ‘quitos’ somente deixa de produzir efeitos se desconstituído judicialmente nos termos do art. 286¹⁵”.

A aprovação de contas sem ressalvas, como se vê, acarreta a exoneração do administrador, sua quitação, conforme dispõe o art. 134, § 3º da Lei das S/A. Assim, tendo sido o administrador exonerado, a companhia não pode simplesmente retirar dele, por ato próprio, essa quitação.

Essa exoneração é relevantíssima para o administrador. Como ele coloca em risco o seu nome e o seu patrimônio, precisa ter a segurança jurídica de que, uma vez aprovadas as contas sem ressalvas, encontra-se livre de qualquer responsabilidade. Não seria, portanto, razoável que, após a aprovação de contas sem reserva, obtendo-se a quitação, a companhia pudesse simplesmente revisar tal ato.

15 LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *in Tratado de direito comercial*, volume 2: tipos societários, sociedade limitada e sociedade anônima/Fabio Ulhoa Coelho – São Paulo: Saraiva, 2015, págs. 450/451.

A quitação é tão valiosa ao administrador, que ele pode, inclusive, exigir judicialmente que a companhia delibere sobre as suas contas, caso haja mora ou recusa dessa deliberação, pois a aprovação representa o cumprimento dos seus deveres legais.

Assim, o ordenamento jurídico impõe a anulação da deliberação de aprovação das contas somente por meio de ação judicial, justamente porque essa deliberação cria o direito à exoneração aos administradores, de modo que somente o Judiciário poderá rever a questão:

“Por se tratar de ato unilateral da assembleia geral, a aprovação das contas da administração é irrevogável e irrevogável. Não pode, portanto, a assembleia rever seu ato de aprovação que criou direito para os administradores, sendo necessária uma declaração judicial de anulação”. (CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. Vol. III, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 720).

Essa conclusão pode ser obtida da leitura do art. 286 da Lei das S/A¹⁶, indicando a necessidade de se promover a ação judicial “para anular as deliberações tomadas em assembleia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação”. ALÍPIO SILVEIRA ensina que: “todas as palavras da lei têm seu significado, sua função, sua finalidade. Por isso mesmo, na lei não se presumem frases ou palavras supérfluas”. (SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1968, p. 27/28).

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA também já se manifestou a respeito, reconhecendo a necessidade de a revogação ser admitida somente pela via judicial:

“AGRAVO REGIMENTAL - SOCIEDADE ANÔNIMA - APROVAÇÃO SEM RESSALVAS DAS CONTAS PELA

16 “Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembleia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação”.

ASSEMBLEIA GERAL - PRÉVIA ANULAÇÃO DO ATO DE APROVAÇÃO PARA EVENTUAL RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR - NECESSIDADE - AGRAVO IMPROVIDO.

1. Salvo se anulada, a aprovação das contas sem reservas pela assembleia geral exime os administradores de quaisquer responsabilidades.

2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no Ag 950.104/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 30/03/2009).

Não poderia ser diferente, pois a anulação da assembleia de aprovação de contas decorreria por vício da manifestação de vontade da companhia ao aprová-las sem reserva, quando deveria ter decidido sobre as contas em outro sentido. Como é cediço, os vícios de manifestação de vontade são anuláveis, logo necessitam do pronunciamento judicial para acarretar a invalidade.

Se uma sociedade oferece quitação a um prestador de serviço, essa quitação, evidentemente, não pode ser revista por meio de ato exclusivo dela. Não pode a sociedade, depois, considerar que aquela quitação não seria válida e demandar o prestador de serviço. A quitação tornaria o pedido improcedente. A sociedade tem que reconhecer judicialmente o vício na manifestação de vontade, para afastar a quitação concedida e, a partir daí, postular o que lhe for cabível.

O mesmo ocorre com o administrador da sociedade. Para demandar o administrador, a fim de obter a reparação de danos, deve a sociedade invalidar judicialmente a assembleia que aprovou as contas sem ressalva, ofertando-lhe quitação.

A ação anulatória da assembleia de aprovação de contas também se demonstra fundamental, porquanto a companhia não poderia, ao mesmo tempo, aprovar as contas do administrador e aprovar, também, a propositura da ação de reparação civil contra ele. Essa circunstância afigura-se completamente contraditória, vedada pelo *venire contra factum proprium*.

Portanto, caso as contas tenham sido aprovadas sem ressalvas e a companhia venha a verificar, futuramente, vício na sua manifestação dessa vontade, terá que propor a ação anulatória de assembleia:

“A aprovação sem reserva das demonstrações financeiras e das contas dos administradores opera a desoneração de sua responsabilidade e dos membros do conselho fiscal, salvo erro, dolo, fraude, simulação ou coação, conforme determina o § 3º. A aprovação sem reserva pressupõe que os acionistas concordaram com a atuação dos administradores, liberando-os de qualquer responsabilidade por eventuais prejuízos causados, hipótese em que a assembleia geral fica, em princípio, impedida de aprovar a propositura de ação de responsabilidade prevista no artigo 159”. (EIZERIK, Nelson. A lei das S/A comentada. Volume II – arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pág. 164).

Nos moldes da doutrina, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA também consagra a necessidade de anular a aprovação das contas para exigir a responsabilidade civil do administrador: “a aprovação de contas pela assembleia geral implica quitação, sem cuja anulação os administradores não podem ser chamados à responsabilidade” (REsp nº 257.573/DF, Min. ARI PARGENDLER, DJU 25.6.2001, p. 172).

A mencionada Corte já decidiu também que, “no caso de aprovação de contas, não bastaria a prévia deliberação da assembleia geral para a propositura da ação de responsabilidade civil, como ocorreu na hipótese, mas, mister, antes de tal propositura ou concomitantemente a ela, o ajuizamento da ação de anulação da assembleia que aprovou as contas da sociedade (art. 286 da mencionada lei)”. (AgRg no Ag 640.050-RS, 4ª Turma, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julg. Em 19/05/2009).

Em outra oportunidade, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA também sublinhou que: “ante a aprovação das contas sem ressalvas, referente aos exercícios de 2006 e 2007, que, por expres-

sa disposição legal, exonera os administradores e diretores de quaisquer responsabilidades, a ação com tal propósito deve, necessariamente, ser precedida de ação destinada a anular a disposição assemblear, mediante alegação e demonstração de vício de consentimento. Sobressai evidenciado, portanto, o não preenchimento da destacada condição de procedibilidade para a presente ação, a ensejar a extinção do feito sem julgamento de mérito.” (REsp nº 1515710/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 02/06/2015).

Dessa forma, chega-se também à inevitável conclusão de que a exoneração, decorrente da aprovação das contas, embora se revele bastante relevante para o administrador, se demonstra, ao mesmo tempo, relativa, pois tudo aquilo que tenha escapado ao conhecimento dos acionistas poderá ser revisto judicialmente no prazo de 2 (dois) anos, nos termos do art. 286 da Lei das S/A.

LITISCONSÓRCIOS NECESSÁRIO E FACULTATIVO

Feitas algumas considerações sobre a necessidade de invalidar a aprovação de contas do administrador pela via judicial, a fim de viabilizar a propositura da ação indenizatória, passa-se a expor alguns pontos relevantes acerca do litisconsórcio. Busca-se aqui trazer maiores elementos, processuais, para definir se os administradores devem ou não participar da ação anulatória de assembleia que aprovou as contas deles sem ressalva.

O litisconsórcio é a pluralidade de sujeitos em um dos polos de uma relação processual¹⁷. Segundo CANDIDO RANGEL DINAMARCO, “essa presença simultânea de pessoas que, de alguma forma, adquiriram a qualidade de autores ou de réus no mesmo processo (aquisição de qualidade de parte) é que caracteriza o litisconsórcio”¹⁸.

Ou seja, existindo mais de um autor ou mais de um réu (art. 113 do CPC), ocorrerá a formação de litisconsórcio. Assim,

¹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 17 ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, pág. 449.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio: um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984, pág.16.

o litisconsórcio pode ser ativo, passivo ou em ambos os polos (misto).

A formação de litisconsórcio decorre de vários motivos (art. 113, incisos I, II e III do CPC)¹⁹. Os demandantes ou demandados, por exemplo, podem ser titulares do mesmo direito ou da mesma obrigação, ou pode ocorrer uma conexão entre o pedido ou a causa de pedir deles. Da mesma forma, pode ocorrer uma afinidade de fato ou de direito, que justifique a comunhão desses agentes. Por exemplo, dois passageiros de um mesmo voo cancelado podem demandar num mesmo processo perdas e danos em razão desse mesmo fato, embora também possam demandar em processos separados. Por outro lado, um contrato assinado por 6 (seis) contratantes somente poderá ser anulado desde que haja a formação de litisconsórcio, fazendo com que os 6 (seis) contratantes façam parte da mesma relação jurídico-processual.

As hipóteses exemplificativas são variadas e, por isso, a doutrina processual estabeleceu alguns critérios para a formação do litisconsórcio.

Para sermos objetivos, sobretudo porque o tema litisconsórcio é riquíssimo, não iremos tratar de todas essas classificações, mas sim das duas que interessam especificamente para este estudo. Essas duas classificações são o litisconsórcio necessário e o litisconsórcio facultativo.

Nas palavras de ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, a causa de formação do litisconsórcio, às vezes, decorre de uma força aglutinadora muito intensa “capaz de fazer com que a constituição de um processo litisconsorcial seja inevitável”²⁰. Ou seja, o processo somente pode desenvolver-se se houver a formação do litisconsórcio. É o caso dos contratantes acima citados. No entanto, a força aglutinadora pode não ser tão forte, de modo que o litisconsórcio seja formado por mera conveniência do demandan-

¹⁹ “Art. 113. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II - entre as causas houver conexão pelo pedido ou pela causa de pedir;

III - ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito”.

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro* – 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, pág. 80.

te. O processo, assim, não precisa da formação do litisconsórcio para se desenvolver com regularidade.

A diferença entre o litisconsórcio necessário, exemplificado no primeiro caso (os contratantes), e o litisconsórcio facultativo, exemplificado no segundo caso (os passageiros), é a essencialidade da formação do litisconsórcio. Ou seja, deve ser verificado se se afigura ou não imprescindível a pluralidade de partes para que o processo seja regular, para que a sentença seja eficaz.

Dois conhecidos exemplos acadêmicos ilustram a questão: o Ministério Público ajuizando uma ação anulatória de casamento e dois acionistas promovendo a ação anulatória de assembleia. Não há como anular o casamento sem que o casal componha o polo passivo da ação (necessário). Por outro lado, é possível anular a assembleia somente com um acionista no polo ativo da demanda (facultativo).

O litisconsórcio facultativo depende, portanto, da exclusiva vontade do demandante, conforme se observa do caso do voo atrasado ou no caso dos acionistas, citados anteriormente. Nesses casos, há a faculdade de eles se unirem para desenvolver um único processo, compondo, conjuntamente, o polo ativo da ação.

Outro exemplo é o do credor que opta por demandar somente um de seus devedores solidários. Ou seja, se o credor tivesse a vontade de demandar todos os devedores solidários, ele poderia, mas jamais seria uma obrigação ou ônus incluir todos eles no polo passivo da ação.

Trata-se, portanto, do litisconsorte admissível, mas não exigível. Aqui não se pode deixar de observar que o instituto do litisconsórcio facultativo, embora denote ser uma faculdade, não deve ser utilizado invariavelmente, porquanto sua admissão visa a prestigiar a economia processual e harmonia dos julgados. Conforme ensina CANDIDO RANGEL DINAMARCO:

“É mais econômico realizar um processo só, ainda que possa ser mais complexo e durar mais, do que fazer dois processos, com duplicação dos atos e dos custos de cada um deles. Por outro lado, é de toda conveniência evitar

conflitos entre julgados, que podem ser causa de injustiças e desmerecem a seriedade das instituições judiciárias: nos casos em que as situações jurídicas materiais de dois sujeitos são interligadas com as de outros, cumprem-se adequadamente os objetivos da jurisdição se as situações de todos vierem a serem definidas em um só momento, por uma sentença só e sem discrepâncias ou incoerências comprometedoras. [...]

Haveria grotesco conflito de julgados se uma sentença anulasse o casamento em relação ao marido, mas a mulher, não tendo sido parte no processo, permanecesse casada. Mas há também, embora em grau menos intenso, se uma das vítimas do mesmo acidente obtiver a condenação do motorista culpado e, quanto à outra, em outro processo, a sentença julgar a demanda improcedente sob o fundamento de o motorista não ter agido com culpa; ou quando duas pessoas que contrataram com uma terceira movem demanda a esta, em processos separados, obtendo uma delas a tutela jurisdicional para que o contrato se cumpra e, quanto à outra, seja este havido por nulo; etc. Tal desarmonia não acontece quando se forma o litisconsórcio.”²¹

Extraem-se, assim, vantagens do litisconsórcio, que justificam a sua utilização. Todavia, se a utilização do litisconsórcio dificulta a marcha processual, deve ser prontamente evitado, como ocorre com o caso do litisconsórcio multitudinário.

O litisconsórcio necessário, por sua vez, diferentemente do facultativo, não possui qualquer discricionariedade. Ele decorre por força de dois motivos: determinação legal ou natureza da relação jurídica discutida no processo (art. 114 do CPC)²².

A hipótese que ilustra com qualidade o litisconsórcio por força de lei é a ação de usucapião de imóvel. O art. 246, § 3º, do

21 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, págs.334/335.

22 “Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes”.

CPC²³ exige, expressamente, a citação do proprietário do imóvel e dos proprietários dos imóveis confinantes. Assim sendo, trata-se de litisconsórcio necessário por exigência legal. A lei optou por incluir na lide determinados personagens, sem os quais o processo não produzirá uma sentença eficaz. A sentença que, eventualmente, venha a reconhecer o direito do autor não será oponível ao vizinho não citado, que poderá discutir os limites da sua área em outra ação.

Há também a formação do litisconsórcio necessário em razão da natureza da relação jurídica. Sendo a relação jurídica incidível, atrai-se a formação do litisconsórcio necessário. Dessa forma, não importa se há ou não dispositivo legal sobre essa questão; o que importa é se a relação jurídica exige a participação de todos os seus titulares, caso haja qualquer controvérsia em juízo sobre ela.

Dessa forma, a decisão judicial, para atingir essa relação jurídica, necessita que todos os sujeitos estejam formando a relação processual. Como dito, não há como anular um casamento sem o casal estar na causa, assim como não há como anular um contrato sem que todos os contratantes estejam compondo a demanda.

O Código de Processo Civil de 2015 encerrou a discussão doutrinária sobre os efeitos da sentença proferida (inexistência, ou nulidade, ou ineficácia relativa) diante da ausência da citação do litisconsórcio necessário²⁴.

O art. 115, inciso I, do CPC prevê a nulidade da sentença de mérito quando ausente o contraditório com o litisconsorte necessário e unitário, ao passo que o inciso II daquele dispositivo prevê a ineficácia da sentença de mérito somente em relação ao litisconsorte necessário simples ausente, ou seja, o que não foi citado.

Assim, cumpre ao autor da ação ou ao juiz no curso do processo observar a ausência de eventuais litisconsortes necessários

23 § 3º Na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada.

24 VIANA ARAÚJO, Luciano. *In Comentários ao novo Código de Processo Civil*, coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer – Rio de Janeiro. Forense, 201, pág. 187.

(art. 115, parágrafo único, do CPC)²⁵, a fim de que não incida na hipótese do art. 115, inciso I, do CPC²⁶. Trata-se de matéria de ordem pública, fiscalizável de ofício.

Entretanto, importante lembrar que não é admissível a formação de litisconsórcio, por determinação judicial, no curso do processo, quando o terceiro a ser citado não for litisconsorte necessário.

No caso, questiona-se se o administrador deve compor a relação jurídico-processual da ação anulatória de assembleia de aprovação de contas. A situação revela-se, como visto, de suma importância, pois apresenta influência sobre a validade da sentença. Assim, imperioso avaliar se a disposição do art. 115, inciso I, do CPC aplica-se à hipótese em exame.

Entretanto, antes de aprofundar essa questão, reputamos relevante traçar a diferença dela com a reiterada discussão acerca da necessidade ou não de incluir todos os sócios de uma sociedade na demanda que visa a anular uma deliberação assemblear.

A EXAUSTIVA DISCUSSÃO SOBRE A NECESSIDADE DE INCLUIR TODOS OS SÓCIOS DA COMPANHIA NA AÇÃO ANULATÓRIA DE ASSEMBLEIA

A doutrina e a jurisprudência já discutiram longamente se um acionista que pretende anular a deliberação de uma sociedade anônima aberta que contém centenas de sócios teria que citar todos esses sócios.

Daí infere-se a enorme relevância desse tema, porque, objetivamente, obrigar o autor a incluir na ação centenas de acionistas da companhia seria o mesmo que lhe tolher a tutela jurisdicional. O acesso à justiça, sem dúvida, ficaria inviabilizado. O tumulto processual seria inaceitável.

Por outro lado, há quem, mesmo assim, sustente a necessidade de inclusão de todos eles, afirmando que os sócios sofrem

²⁵ “Parágrafo único. Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo”.

²⁶ “Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

II – nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo”.

efeitos “diretos” da sentença proferida na ação e que existe uma comunhão de interesses a justificar a reunião desses sócios na causa. Diz-se, assim, que a relação de direito material é una e incidível e, por isso, todos eles deverão necessariamente participar da relação processual, porque a sentença todos atinge. Se a relação é incidível, se demonstraria o impositivo reconhecimento do litisconsórcio necessário.

Essa posição apresenta dois graves problemas a nosso ver. Primeiro, não existe litisconsórcio necessário ativo no direito brasileiro, de modo que não se pode condicionar o acionista, que pretende demandar, à vontade dos demais. O direito de ir à juízo jamais pode ser condicionado a outrem (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88). Ao nosso ver, sem mais delongas, trata-se de fundamento simples e suficiente para afastar qualquer reconhecimento de litisconsórcio necessário ativo. Nesse passo, registre-se que a conhecida sugestão de incluir no polo passivo o pretense litisconsórcio já denota não se tratar mais de um litisconsórcio no polo ativo, o que é suficiente para concluir, mais uma vez, que o litisconsórcio necessário ativo não existe.

Em segundo lugar, ainda que se insista em defender que os sócios poderiam ser incluídos no polo passivo da demanda, a verdade é que, como a deliberação em assembleia representa manifestação de vontade da sociedade, esta deve ser, em regra, a única ré na ação²⁷.

MODESTO CARVALHOSA ensina que “no que concerne ao polo passivo da demanda de impugnação, ela deve ser dirigida contra a sociedade, pois é um ato dela que se busca desconstituir”²⁸.

Os sócios de uma companhia não se confundem com a própria. Os direitos e obrigações da pessoa jurídica não se confundem com os dos sócios. Afinal, entre o sócio e a sociedade há uma relação de participação. Aquele é titular de quotas ou ações,

27 Sobre este ponto: Apelação Cível 85.120-1, julgada pela 5a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e reportada por Nelson Eizirik em sua obra *Sociedade Anônima – Jurisprudência*, Tomo II, 1998.

28 CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. Vol. III, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 742.

por isso, participante da sociedade, possuindo para com ela direitos e deveres, e a sociedade, por sua vez, em razão de uma ficção jurídica criada em nosso ordenamento, possui autonomia, sua personificação jurídica autônoma.

Portanto, não haveria motivo para incluir os sócios no polo passivo da demanda.

A doutrina e a jurisprudência, preocupadas com o acesso à justiça, adotaram uma solução pragmática: reconheceram que haveria um litisconsórcio unitário facultativo. Bastaria, assim, citar a sociedade como sendo a única ré e os acionistas que se interessassem no litígio que ingressassem na causa como assistentes.

A adoção desse entendimento, sem dúvida, supera a incômoda inclusão dos variados sócios da companhia na ação judicial, mas, ao mesmo tempo, traz questões processuais delicadas referentes aos efeitos da sentença e aos efeitos da coisa julgada (teoria de LIEBMAN), sobretudo os produzidos em relação aos terceiros que não participaram do litígio, o que não se pretende aprofundar neste trabalho.

De todo modo, importante reparar que o litisconsórcio unitário facultativo acima indicado deve ocorrer somente entre o sócio (demandante) e os demais sócios, no polo ativo da ação, e não entre a sociedade (ré) e os demais sócios, no polo passivo da demanda. A pessoa jurídica é quem suporta a anulação da deliberação que revelou a sua manifestação de vontade.

Portanto, o nosso entendimento, s.m.j., é o de que na ação anulatória de assembleia, o acionista e a sociedade, em regra, não formam, entre si, no polo passivo, litisconsórcio necessário nem facultativo, porque, como já dito, eles possuem posições jurídicas distintas²⁹.

Sendo a situação jurídica do sócio manifestamente distinta da situação da sociedade, titular da declaração de vontade ex-

²⁹ Diante do Novo CPC, criou-se um novo capítulo nessa discussão sobre o litisconsórcio necessário entre os sócios e a sociedade. Isso porque tal lei criou litisconsórcio necessário entre eles no seu art. 601, para ação de dissolução parcial de sociedade. Seu parágrafo único ainda chegou ao requinte de possibilitar a exclusão da sociedade, caso todos os sócios tenham sido citados. O dispositivo já vem sendo considerado como uma péssima opção legislativa. (Adamek, Marcelo Vieira von. Dissolução parcial de sociedade: comentários breves ao CPC/2015/ Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Marcelo Viera von Adamek – São Paulo: Malheiros, 2016).

posta na deliberação assemblear, aquele não tem legitimidade passiva *ad causam*.

Dessa forma, o acionista que não ingressou com a ação pode ingressar na causa promovida por outro acionista como seu assistente litisconsorcial, caso pretenda ajudá-lo no litígio. No entanto, se esse terceiro pretende ingressar na ação para ajudar na defesa da sociedade, ingressaria como mero assistente simples, pois não é legitimado para compor o polo passivo da demanda, uma vez que somente sofrerá efeitos reflexos da eventual anulação da assembleia.

Cumprido lembrar que é justamente papel do assistente simples atuar de forma subordinada, em razão da sua relação jurídica conexa. Dessarte, o assistente simples visa à vitória do assistido, uma vez que sua relação com o assistido poderá sofrer reflexos da sentença a ser proferida naquela demanda.

Dito isso, frise-se que a hipótese desenvolvida neste capítulo, embora seja tema relevante nas ações anulatórias de assembleia, não se demonstra idêntica com o tema deste artigo e, por isso, entendemos que a abordagem feita linhas acima não influencia necessariamente nele.

Isso porque os acionistas, além de não se confundirem com a companhia, não se confundem também com a posição de administradores, tanto sob a ótica dos direitos quanto sob a ótica das obrigações.

Portanto, trata-se de hipótese diversa ao assunto principal deste artigo, de modo que não pode ser confundida com o exercício de verificar se: (a) os administradores devem formar litisconsórcio necessário com a companhia no polo passivo; (b) ou se eles sequer, na verdade, poderiam ser réus da ação; (c) ou se, no máximo, incorreriam na posição de assistentes simples.

EXAME DO PROBLEMA E CONCLUSÃO

Em regra, a ação anulatória de ato jurídico deve ser proposta contra quem praticou o ato. Portanto, na hipótese, a ação deve ser corretamente proposta contra a sociedade, titular da deliberação

da assembleia geral. A manifestação de vontade, de fato, sempre será dos sócios, mas representando a vontade da sociedade.

Portanto, dúvida não há de que a sociedade tem que ser a ré na ação anulatória de assembleia.

Como a assembleia geral constitui órgão da companhia e não possui personalidade jurídica, cabe exclusivamente à sociedade responder à ação anulatória, uma vez que responsável pela regularidade do ato, e não os acionistas ou os administradores. Daí que, sendo ato da sociedade e de mais ninguém, poder-se-ia sustentar que não há litisconsórcio necessário com quem quer que seja.

Dessa sorte, se os ex-administradores não possuem legitimidade passiva na ação anulatória, sequer, então, poderiam ser legitimados para a causa a fim de compor o polo passivo. Basta observar que eles não teriam, isoladamente, legitimidade passiva para a ação. Se não pode sequer compor o polo passivo, não há, conseqüentemente, litisconsórcio necessário.

Dessa forma, entendendo-se que a deliberação em assembleia é de responsabilidade exclusiva da própria sociedade, parece que não ocorreria a hipótese de litisconsórcio necessário, porque o administrador, em tese, seria um terceiro somente interessado no resultado dessa ação, podendo nela intervir como assistente.

Portanto, a aprovação ou a reprovação das contas pela assembleia geral, como um ato unilateral praticado pela companhia, interessa somente a ela, não havendo, assim, a necessidade de uma pluralidade de administradores no polo passivo da ação, juntamente com a sociedade.

Além disso, pode ser entendido também que o direito à quitação recebido pelo administrador, por força da assembleia que aprovou as contas sem ressalvas, possui um momento adequado para o seu debate, uma vez que pode ser amplamente discutido, com o devido exercício do contraditório e da ampla defesa, na própria ação indenizatória.

Nada impede que, na ação indenizatória, os ex-administradores discutam a quitação, alegando-a como matéria de defesa,

além de, evidentemente, demonstrar, também, a solidez e regularidade da administração então desenvolvida.

Como já destacado, a ação anulatória de assembleia somente se fez necessária para viabilizar à sociedade acionar os ex-administradores, ou seja, a fim de superar o vício na manifestação de vontade e afastar uma eventual conduta contraditória.

Por outro lado, apesar desses tentadores argumentos para não admitir o litisconsórcio necessário, podemos sopesar que a deliberação de aprovação de contas sem ressalvas cria o direito de exoneração para a administração, e, por isso, o administrador teria o direito de participar do litígio e defender as suas contas na ação anulatória.

A exoneração de responsabilidade é um ato formalizado numa deliberação da assembleia geral ordinária, praticada após o exame das contas, das demonstrações financeiras, do parecer de auditores independentes e do conselho fiscal. Tal assembleia não se consubstancia em debate *pro forma*. Mais do que isso, ela cria o direito de quitação para os administradores, que os exonera de responsabilidades, e que, logicamente, não pode ser desconstituído por simples ato posterior da própria sociedade.

Observe-se que, quando a companhia aprova a propositura da ação de reparação de danos contra o administrador, este é afastado do seu cargo, e novo administrador assume o seu lugar. Afastar o administrador, acusado de eventual conduta ilícita ou danosa, numa ação promovida, por exemplo, pelo acionista controlador contra a sociedade, poderia acarretar uma demanda “zé contra zé”, de modo que a companhia, influenciada pelo controlador, poderia simplesmente concordar com o pedido da inicial, para anular a assembleia e afastar a quitação então outorgada. Relembre-se que essa concordância do pedido seria um caso típico de autocomposição, e essa sentença, prevista no art. 487, III, a, do CPC, seria também meramente homologatória.

Ocorre que, se somente o judiciário pode anular o ato jurídico perfeito que cria direito a terceiros, o judiciário deveria, efetivamente, julgar a questão, o que, sem dúvida, ressalta ainda mais a relevância do tema que ora se discute.

Assim sendo, na prática, o que a Lei das S/A busca impedir é a retratação da companhia, por vontade dos seus acionistas, da exoneração concedida aos administradores.

Se a assembleia, cuja anulação se busca, gera um direito ao administrador, não se demonstra razoável que tal direito possa ser desconstituído em um processo sem a presença desse titular. Seria proferida sentença judicial que afeta em cheio a esfera jurídica do administrador sem que este tivesse exercido direitos constitucionais comezinhos.

Além disso, como visto acima, se a presença dos administradores na assembleia é obrigatória, quer seja para esclarecer alguma dúvida, quer seja para defender as suas contas e demonstrações financeiras, parece que a presença dos administradores deveria ser também obrigatória em sede judicial.

A verdade é que a deliberação de aprovação de contas sem reservas não se encontra na mesma situação de outras deliberações efetuadas em assembleia. Esse é o ponto que deve ser aqui considerado: qual matéria foi objeto de decisão.

A depender da matéria decidida no conclave, serão observados diferentes aspectos e direitos em disputa, o que, conseqüentemente, definirá a composição dos polos processuais na demanda.

A deliberação sobre a destinação de lucros e sobre a distribuição de dividendos, por exemplo, deve seguir o entendimento de que a decisão tomada a respeito desses temas se revela uma manifestação de vontade da companhia. Manifestação essa que afetará os seus acionistas, os quais possuem o direito de participar dos lucros sociais na forma do art. 109, inciso I, da Lei das S/A.

Levantado e aprovado o balanço e, em seguida, verificada a existência do lucro líquido, o acionista tem direito a receber lucros e dividendos, cujos valor e forma de distribuição concretizarão esse direito de recebê-los, colocando o acionista na posição de credor da companhia.

Se, porventura, um acionista considerar inválida essa deliberação, ele poderá promover a ação anulatória dessa deliberação contra a companhia. Nessa hipótese, a nosso ver, não terá que

incluir no polo passivo os administradores ou os demais sócios, como já explicado no capítulo anterior. A deliberação, trazida ao debate judicial, se refere a uma relação jurídica entre o sócio demandante e a sociedade demandada, personagens suficientes para litigar sobre a questão.

Não se demonstra, portanto, necessária a inclusão dos administradores ou dos demais sócios no polo passivo da ação. Os sócios, se quiserem, poderão assistir a companhia ou o sócio, com vista a lhe obter uma decisão favorável.

Difícil chegar a essa mesma conclusão, no sentido de que caberiam litigar somente o sócio prejudicado e a companhia, no caso da deliberação de aprovação de contas sem ressalvas. Essa hipótese nos parece bem distinta da anterior, porquanto a relação jurídica em disputa não se limita somente ao sócio, insatisfeito com a deliberação, e à companhia, que se manifestou no sentido de aprová-la sem restrições.

Tal deliberação cria, como visto, também um direito ao administrador de quitação das suas responsabilidades, trazendo tal personagem para essa relação jurídica de forma indissociável. Há uma unicidade da situação jurídico-material.

Dessarte, é impositivo termos o acionista, legitimado para discutir a validade da assembleia; a sociedade, legitimada para defender a sua manifestação de vontade; e o administrador, legitimado para defender a sua exoneração. Não é possível separar a aprovação das contas sem ressalvas com o direito à exoneração do administrador: um ato acarreta inevitavelmente o outro.

Portanto, o pedido de anulação da deliberação que aprovou as contas sem ressalvas atinge não só a companhia, indiscutivelmente legitimada para o caso, mas também o administrador, porque apresenta a consequência lógica de desconstituir a quitação obtida pelo administrador. Ousamos, neste passo, dizer que tanto a companhia quanto o administrador são atingidos por essa sentença na mesma intensidade. Aliás, um dos propósitos da referida ação anulatória é desconstituir a quitação dada ao administrador para possibilitar a ação de reparação de danos contra ele.

Dessarte, além da sociedade, o administrador deve ser também citado para compor a relação processual da ação anulatória em comento, uma vez que possui relação de direito material incidível, uma vez que a procedência do pedido lhe subtrairá a quitação adquirida da sociedade. Se a relação de direito material é incidível, configura-se a hipótese de litisconsórcio necessário.

Sem dúvida, “quem não pode entrar na porta, por lhe faltar ingresso, não pode entrar indo com outrem” (Pontes de Miranda), de modo que se afigura correta a alegação de que somente pode ser litisconsorte quem pode ser parte.

É verdade também que, de forma geral, o administrador, isoladamente, não pode ser o único réu para o pedido anulatório de assembleia, porque tal deliberação se demonstra a manifestação de vontade da companhia, e não dele.

No entanto, nos parece claro que, no caso do pedido anulatório da deliberação de aprovação de contas sem ressalva, o pleito não se volta, a rigor, somente contra a sociedade. Tal pedido volta-se também contra o administrador, passando, assim, a possuir legitimidade passiva *ad causam*, porque a pretensão de anular a aludida deliberação nada mais é do que também anular a sua quitação.

A alegação de que os administradores sequer poderiam ser, isoladamente, réus na ação anulatória não leva em consideração que o pedido anulatório da deliberação busca, a rigor, a anulação da quitação obtida pelos ex-administradores.

A nosso ver, portanto, os administradores possuem legitimidade passiva para ação anulatória em comento e são litisconsortes necessários. É característico do litisconsórcio necessário que os litisconsortes tenham que, conjuntamente, participar da demanda, para, só assim, configurar a completude do polo passivo da ação.

Ou seja, um dos litisconsortes isoladamente não se revela suficiente para o processo ter o seu prosseguimento regular. Da mesma forma que seria insuficiente anular um casamento, chamando para ação somente um dos cônjuges, no caso da anulação

de assembleia do caso gerador, não basta chamar somente a companhia ou somente o administrador, é necessária a participação de ambos.

Não nos parece correto, também, que a discussão da quitação dada ao administrador fosse postergada para a ação de responsabilidade civil, quando a assembleia de aprovação de contas já teria sido, em tese, desconstituída.

Até poderia ser sustentado, que, conforme ensinado por LIEBMAN³⁰, a sentença entre duas partes pode produzir efeitos reflexos e secundários, sobre terceiros, mas esses terceiros não estão vinculados à coisa julgada entre as partes. Assim, quando forem demandados, o administrador poderia discutir o alcance daquela sentença anulatória, promovendo o reexame de todos os seus fundamentos e conclusões, pois a coisa julgada não o prejudicaria. Logo, não haveria problema algum para os administradores discutirem, na ação de perdas e danos, a quitação.

RONALDO CRAMER faz uma boa explicação sobre esse ponto: “[...] imagine-se que duas pessoas disputem, numa ação reivindicatória, a propriedade de um apartamento. A sentença julga procedente o pedido em favor do autor e transita em julgado. Não há dúvida de que o porteiro do edifício onde se localiza o apartamento deve respeitar a sentença e aceitar a entrada do novo proprietário. Todavia, por ser terceiro, o porteiro poderá pretender modificar a sentença em outro processo, se tiver interesse jurídico (ele pode se considerar o verdadeiro proprietário do apartamento). Vê-se, assim, que o porteiro deve respeitar a sentença (eficácia da sentença), mas pode tentar alterá-la em outro processo, justamente porque não fez parte do processo no qual essa sentença foi proferida”³¹.

No entanto, embora concordemos com LIEBMAN, não concordamos com a aplicação desse entendimento nessa hipótese, porque nos parece que os administradores não são meros terceiros interessados, já que são titulares do próprio direito material discutido na ação anulatória.

30 Consoante o seu estudo sobre a eficácia natural da sentença e a autoridade da coisa julgada.

31 CRAMER, Ronaldo. *Ação rescisória por violação da norma jurídica*, Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2016, pág. 55.

Além disso, adotar o entendimento acima seria prestigiar o inequívoco risco de decisões conflitantes. O pedido da ação anulatória poderia ser julgado procedente para anular a deliberação, mas, na ação indenizatória, com a defesa dos ex-administradores, ser proferida sentença, reconhecendo a validade da quitação. Imperioso concordar que não se demonstra razoável a deliberação ser considerada nula, mas a quitação decorrente de tal deliberação ser considerada válida.

Agrega-se ao exposto que postergar a discussão da quitação para ação indenizatória acarreta violação aos direitos de ampla defesa e do contraditório dos administradores. Eles já começariam a ação “perdendo”, pois teriam que iniciar a defesa deles para superar uma sentença, já indicando a invalidade da assembleia de aprovação de contas, sentença essa que jamais puderam influenciar.

Assim, não cabe aos administradores o mero papel da assistência simples na ação anulatória da deliberação que aprovou as contas sem ressalvas, mas sim o de litisconsórcio necessário, por força da unicidade da relação de direito material. ❖

BIBLIOGRAFIA

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 14^a Ed., São Paulo: Atlas, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro* – 2^a Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. Parte Especial. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. *Sociedades anônimas* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. Vol. III, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CRAMER, Ronaldo. *Ação rescisória por violação da norma jurídica*, Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2016, pág. 55.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil*, parte geral e processo de conhecimento, 17^a ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio: um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

EIZERIK, Nelson. *A lei das S/A comentada*. Volume II – arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. in *Tratado de direito comercial*, volume 2: tipos societários, sociedade limitada e sociedade anônima/Fabio Ulhoa Coelho – São Paulo: Saraiva, 2015, págs. 450/451.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*, 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1968.

VIANA ARAÚJO, Luciano. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer – Rio de Janeiro. Forense, 201, pág. 187.

O Julgamento Antecipado Parcial sem ou com Resolução do Mérito no CPC/2015

Luciano Vianna Araújo

*Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP.
Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP.
Professor de Direito Processual Civil na PUC/Rio,
nos cursos de graduação e de pós-graduação lato
sensu. Advogado.*

RESUMO:

Neste estudo, analisa-se a técnica do julgamento antecipado parcial sem ou com resolução do mérito, positivada expressamente pelo Código de Processo Civil de 2015. Aborda-se as hipóteses de cabimento do julgamento antecipado parcial, a possibilidade da obrigação ser ilíquida, a natureza da decisão que julga antecipada e parcialmente o mérito, bem como o recurso pertinente. Enfrenta-se a questão dos trânsitos em julgado parciais e os respectivos termos finais dos prazos para a propositura da ação rescisória, assim como das interlocutórias não recorríveis imediatamente proferidas antes da decisão antecipada parcial e a necessidade ou não de sua reiteração. Por fim, defende-se a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência na decisão que julga antecipada e parcialmente.

PALAVRAS-CHAVE:

Julgamento antecipado parcial. Sem ou com resolução do mérito. Código de Processo Civil de 2015. Hipóteses de cabimento. Iliquidez da obrigação. Natureza da decisão. Trânsito em julgado parcial. Termo final do prazo para propositura da ação rescisória. Honorários advocatícios.

ABSTRACT:

In this study the author analyzes the mechanism of summary judgment of part of a claim with or without a ruling on the merits (i.e. with or without prejudice). This mechanism is expressly provided for in the Civil Procedure Code of 2015. The author examines the following: the circumstances in which a summary judgment can be issued on part of a claim; whether it is possible for the court to make an unliquidated award; the legal classification of a summary judgment that deals with the merits of part of the claim; the relevant avenue of appeal. The author considers the question of when summary judgments become *res judicata* (final, binding and no longer subject to appeal) and also considers: the limitation period for the filing of applications to set aside the summary judgment; the issue of non-appealable interlocutory orders issued immediately prior to the summary judgment on part of the claim and whether or not these issues need to be subsequently re-issued. In closing, the author argues that the court, in issuing summary judgment on part of a claim, is entitled to make an order for loss of suit payment of legal fees.

KEYWORDS:

Summary judgment of part of a claim. With or without a ruling on the merits. With or without prejudice. Civil Procedure Code of 2015. Applicability. Unliquidated award. Legal classification of the order. Partial *res judicata*. Limitation period for the filing of an application to set aside. Legal fees.

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. O julgamento conforme o estado do processo. 3. A extinção parcial do processo. 4. O julgamento antecipado parcial do mérito. 4.1 A cumulação de pedidos. 4.2 Hipóteses de cabimento. 4.2.1 Pedidos incontroversos. 4.2.2 Desnecessidade de produção de outras provas. 4.3 Obrigação ilíquida e o julgamento antecipado parcial do mérito. 5. A natureza jurídica da decisão antecipada parcial de mérito. 6. O recurso contra a deci-

são antecipada parcial. 7. O trânsito em julgado da decisão antecipada parcial e o termo inicial para a contagem do prazo para a propositura da ação rescisória. 8. O Enunciado nº 611 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. 9. Honorários advocatícios. 10. Conclusão.

1 - INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 positivou, nos artigos 354, parágrafo único, e 356, a técnica do julgamento antecipado parcial sem ou com resolução do mérito.

Noutras palavras, a partir do Código de Processo Civil de 2015, não se discute mais a possibilidade da cisão do julgamento com ou sem resolução do mérito.

Na forma do art. 354, parágrafo único, do CPC/2015, nos casos de *extinção do processo*, seja por força do art. 485 do CPC/2015 (decisão terminativa – sem resolução do mérito), seja por força do art. 487, incisos II e III, do CPC/2015 (decisão definitiva – com resolução do mérito), deve-se proferir decisão a respeito de *parcela do processo*.

Nos termos do art. 356 do CPC/2015, o magistrado deve julgar (art. 485, inciso I, do CPC/2015 – decisão definitiva – com resolução do mérito), na fase ordinatória, um dos pedidos cumulados ou parte de um único pedido e, na fase decisória, julgar os demais pedidos cumulados ou a outra parte de um único pedido ainda não apreciada.

Alguns doutrinadores já admitiam na vigência do Código de Processo Civil de 1973 *Reformado*, notadamente após a Lei nº 11.232/2005, a possibilidade do fracionamento do julgamento, o que – em conformidade com o sistema então vigente – se denominava *sentenças parciais*¹.

Nesse sentido, os artigos 354, parágrafo único, e 356, ambos do Código de Processo Civil de 2015, põem fim a qualquer discussão a respeito da possibilidade da cisão do julgamento com ou sem resolução do mérito, restando claro que o *princípio da*

¹ A respeito, leia-se o meu *Sentenças parciais?*. São Paulo: Saraiva, 2011, Coleção Direito e Processo, coordenador Cassio Scarpinella Bueno.

unicidade da sentença, como qualquer outro, comporta exceções, principalmente a bem do sistema processual².

A técnica do julgamento antecipado parcial com ou sem resolução do mérito (artigos 354, parágrafo único, e 356, ambos do CPC/2015) confere tutela jurisdicional tempestiva. Realiza-se, com o julgamento antecipado parcial, a eficiência processual.

2 - O JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

No denominado processo *sincrético*, exerce-se tanto a atividade cognitiva quanto a atividade executiva num único processo sem solução de continuidade.

Não se pode confundir o “processo sincrético”, no qual as atividades cognitivas e executivas são exercidas num único processo, com a “fase sincrética” do processo civil, que marca o momento histórico em que o processo era estudado apenas sob a análise do procedimento, e o direito de ação era visto como um “apêndice” do próprio direito material. Na fase sincrética do processo civil, tinha-se a vinculação do direito processual com o direito material. Por seu turno, o processo sincrético reúne as atividades cognitiva e executiva numa única unidade, visando ao reconhecimento e à satisfação do direito da parte num mesmo processo.

Tem-se, assim, uma fase cognitiva, em que a atividade jurisdicional substitui a vontade das partes para *declarar* o direito, e, posteriormente, uma fase executiva (de cumprimento de sentença), em que a atividade jurisdicional substitui a vontade das partes para *realizar* o direito reconhecido na decisão de mérito.

A fase cognitiva subdivide-se em 4 (quatro) subfases, a saber: postulatória, de saneamento e de organização, instrutória e decisória, todas com vistas à prolação da decisão de mérito.

Na subfase postulatória, prevalecem os atos de postulação das partes (petição inicial, contestação e, se for o caso, reconvenção). Por sua vez, na subfase de saneamento e de organização, pratica-se ato tendente a eliminar vício sanável para permitir ou julgamento conforme o estado do processo ou a organização

² Nesse sentido, a lição de Humberto Theodoro Júnior, *in* Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 56ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015, página 823.

das provas a serem produzidas na subfase subsequente. Por seu turno, na subfase instrutória, realizam-se as provas, exceto a documental, que, em regra, deve acompanhar a petição inicial e a contestação. Por fim, na subfase decisória, o juiz profere sentença, aplicando o direito ao caso concreto.

O julgamento antecipado da lide constituiu um avanço do Código de Processo Civil de 1973 em relação ao Código de Processo Civil de 1939, pois esse último exigia, em princípio, a realização de audiência de instrução e julgamento em todos os processos, ainda que não houvesse prova oral a ser nela produzida³, a fim de assegurar a presença das partes perante o juiz, representante do Estado-juiz.

O julgamento conforme o estado do processo⁴ pode ser de *extinção do processo* (art. 354 do CPC/2015) ou de *julgamento antecipado do mérito* (art. 355 do CPC/2015).

Na extinção do processo (art. 354 do CPC/2015), o juiz profere tanto decisão terminativa, sem resolução do mérito (art. 485 do CPC/2015), quanto prolata decisão definitiva, com resolução do mérito.

Todavia, os casos de resolução do mérito consistem na decisão que reconhece a prescrição ou a decadência (art. 487, inciso II, do CPC/2015) ou na decisão que homologa o reconhecimento da procedência do pedido, a transação ou a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção (art. 487, incisos III do CPC/2015).

Trata-se das denominadas “falsas sentenças”, porque o juiz não julga, efetivamente, a causa, aplicando o direito ao caso con-

3 Nesse sentido, a lição de Humberto Theodoro Júnior, in *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 56ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015, página 823.

4 O capítulo X (Do julgamento conforme o estado do processo) do Livro II do Código de Processo Civil de 2015 possui 4 seções, quais sejam: seção I, da extinção do processo; seção II, do julgamento antecipado do mérito; seção III, do julgamento antecipado parcial do mérito; e seção IV, do saneamento e da organização do processo. Parece-me que as 2 (duas) primeiras seções (I e II) tratam das hipóteses de julgamento conforme o estado do processo, isto é, da *extinção do processo* e do *julgamento antecipado do mérito*. A seção III aborda, especificamente, o fracionamento da sentença de mérito, ao versar sobre o *julgamento antecipado parcial do mérito*, ao passo que o parágrafo único do art. 354 (seção I) prescreve o fracionamento do julgamento sem ou com resolução de mérito, ao versar sobre a *extinção parcial do processo*. Por fim, sendo impossível o julgamento conforme o estado do processo, a seção IV dispõe sobre o *saneamento e a organização do processo*, visando preparar a subfase subsequente, a instrutória.

creto. Limita-se a homologar a autocomposição ou a reconhecer a prescrição ou a decadência.

No julgamento antecipado do mérito (art. 355 do CPC/2015), o juiz acolhe ou rejeita o pedido formulado na ação ou na reconvenção com fundamento no art. 487, inciso I, do CPC/2015, sem que seja necessária a produção de provas na subfase instrutória que, portanto, fica prejudicada.

Uma vez que o Código de Processo Civil de 2015 admite o fracionamento do julgamento, no capítulo do julgamento conforme o estado do processo, estipulou-se tanto a extinção *parcial* do processo (art. 354, parágrafo único, do CPC/2015) quanto o julgamento antecipado *parcial* do mérito (art. 356 do CPC/2015).

3 - A EXTINÇÃO PARCIAL DO PROCESSO

O art. 354, parágrafo único, do CPC/2015 dispõe que, nos casos de *extinção do processo*, seja por decisão terminativa (sem resolução do mérito), com base no art. 485 do CPC/2015, seja por decisão definitiva (com resolução do mérito), com fulcro no art. 487, incisos II e III, do CPC/2015, a decisão pode dizer respeito a apenas *parcela do processo*.

Nos casos de *extinção do processo*, o juiz sequer aprecia a pretensão formulada na ação ou na reconvenção (art. 487, inciso I, do CPC/2015). O juiz restringe-se a homologar a autocomposição (art. 487, inciso III, do CPC/2015) ou reconhece a prescrição ou a decadência (art. 487, inciso II, do CPC/2015).

Logo, se for a hipótese de *extinção parcial do processo*, deve-se proferir decisão nesse sentido o quanto antes, sem postergá-la até o julgamento da outra parcela do processo.

O próprio art. 354, parágrafo único, do CPC/2015 prescreve o recurso de agravo de instrumento contra esse julgamento parcial.

4 - O JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO

Como exposto, o Código de Processo Civil de 2015 positivou o julgamento antecipado parcial com ou sem resolução do mérito (art. 354, parágrafo único, e art. 356, ambos do CPC).

O julgamento antecipado parcial do mérito permite a cisão do ato decisório, em prol de uma resolução imediata e célere das questões que não dependem de produção de (outra) prova, como esclarece **ARRUDA ALVIM**⁵.

Nesta passagem, diga-se que o juiz não possui a faculdade de proferir decisão parcial, nos casos previstos em lei. Trata-se de um dever do magistrado. A norma é imperativa, como ensina **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**⁶.

O art. 356 do CPC/2015 prescreve o julgamento antecipado parcial do mérito nos seguintes termos:

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

5 in Novo contencioso cível no CPC/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, página 236, revisora Thereza Alvim.

6 in Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 56ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015, página 824.

De acordo com o *caput* do art. 356 do CPC/2015, o julgamento antecipado parcial do mérito tem por objeto um ou mais dos pedidos formulados ou parcela de um dos pedidos.

A despeito do texto legal, à evidência, mesmo na hipótese de um pedido único, cabe o julgamento antecipado parcial do mérito de parte(s) deste único pedido. Por exemplo, numa demanda em que se pede a condenação ao pagamento de um mútuo, a existência do mútuo e o respectivo inadimplemento mostram-se incontroversos. As partes divergem, por exemplo, apenas em relação à incidência da multa moratória. Nada impede que se profira desde logo o julgamento antecipado parcial do mérito, condenando-se ao pagamento do mútuo, deixando para posterior decisão a questão da incidência ou não da multa moratória, cujo julgamento depende da produção de prova.

Em resumo, não só quando há cumulação de pedidos aplica-se a técnica do julgamento antecipado parcial do mérito, mas também quando há pedido único, em relação a parcela(s) desse pedido.

4.1- A Cumulação de Pedidos

O art. 327 do CPC/2015⁷ autoriza, expressamente, a cumulação de pedidos num único processo.

A doutrina classifica a cumulação de pedidos em própria ou imprópria. Dá-se a cumulação própria quando se pretende o acolhimento de todos os pedidos formulados. Por sua vez, a cumulação imprópria ocorre quando se pretende o acolhimento de um dos pedidos formulados.

A cumulação própria pode ser simples ou sucessiva. No primeiro caso, cumulação própria simples, existe uma independência entre os pedidos. Por exemplo, a cobrança de várias dívidas contra a mesma pessoa. Na cumulação própria sucessiva,

⁷ Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que:

I - os pedidos sejam compatíveis entre si;

II - seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;

III - seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

existe uma dependência entre os pedidos. Pode-se cumular o pedido de investigação de paternidade com o pedido de condenação ao pagamento de alimentos. Nessa hipótese, o julgamento do pedido condenatório ao pagamento de alimentos pressupõe a procedência do pedido de investigação de paternidade. Há evidente *precedência e dependência* entre um pedido e outro.

No caso de cumulação própria simples, o julgamento antecipado parcial do mérito pode ser em relação a qualquer um dos pedidos ou parcela deles. No caso de cumulação própria sucessiva, o julgamento antecipado do mérito deve ser em relação ao pedido antecedente.

A cumulação imprópria pode ser subsidiária (art. 326 do CPC/2015⁸) ou alternativa (art. 326, parágrafo único, do CPC/2015⁹). Na cumulação imprópria subsidiária, o demandante pede a procedência do pedido principal e, acaso não acolhido, a procedência do pedido subsidiário. Na cumulação imprópria alternativa, caberá ao juiz alternativamente acolher um dos pedidos formulados pelo demandante, sem que tenha havido prévia manifestação de preferência por um deles.

No caso de cumulação imprópria, seja ela subsidiária, seja ela alternativa, parece-me que a aplicação da técnica do julgamento antecipado parcial do mérito pressupõe uma definição, desde logo, de qual pedido o órgão jurisdicional irá acolher, bem como de que o objeto do julgamento antecipado parcial do pedido consiste numa parte desse pedido acolhido, relegando para posterior julgamento outra(s) parcela(s) desse mesmo pedido.

Não se confundem os casos de cumulação imprópria alternativa com o de pedidos alternativos, dada a natureza da obrigação (art. 325 do CPC/2015¹⁰).

8 Art. 326. É lícito formular mais de um pedido em ordem subsidiária, a fim de que o juiz conheça do posterior, quando não acolher o anterior.

9 Art. 326.Parágrafo único. É lícito formular mais de um pedido, alternativamente, para que o juiz acolha um deles.

10 Art. 325. O pedido será alternativo quando, pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo.

Parágrafo único. Quando, pela lei ou pelo contrato, a escolha couber ao devedor, o juiz lhe assegurará o direito de cumprir a prestação de um ou de outro modo, ainda que o autor não tenha formulado pedido alternativo.

4.2- Hipóteses de Cabimento

Conforme os incisos do *caput* do art. 356 do CPC/2015, o juiz deve decidir parcialmente o mérito quando um ou mais pedidos formulados ou parcela deles (I) mostrar-se incontroverso ou (II) estiver em condições de imediato julgamento nos termos do art. 355 do CPC/2015.

De um lado, o inciso I do art. 356 do CPC/2015 versa sobre a **incontrovérsia do pedido** e, de outro lado, o inciso II do art. 356 do CPC/2015 dispõe sobre a **desnecessidade de produção de outras provas**, para o julgamento do pedido, situações distintas.

Por isso, não se pode exigir a ocorrência tanto do inciso I quanto do inciso II do *caput* do art. 356 do CPC/2015 para que ocorra o julgamento antecipado parcial do mérito.

Noutras palavras, não se revelam cumulativas as hipóteses dos incisos I e II do art. 356 do CPC/2015, para que se aplique a técnica do julgamento antecipado parcial do mérito.

4.2.1- Pedidos Incontroversos

Quando o inciso I do art. 356 do CPC/2015 refere-se à incontrovérsia, parece-me que ela diz respeito aos pedidos propriamente ditos, e não aos fatos necessários ao julgamento deles, como sugere a própria *leitura* do texto legal.

Entretanto, não só a *interpretação literal* do art. 356, inciso I, do CPC/2015 autoriza tal conclusão, mas, também, a sua *leitura* em conformidade com as demais normas do Código de Processo Civil de 2015, numa *interpretação sistemática*, bem como a formulação de uma melhor e coerente técnica de julgamento antecipado parcial (*interpretação teleológica*).

De início, por todos, leia-se **JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI**¹¹, segundo o qual a incontrovérsia liga-se aos fatos (constitutivos do direito do autor):

11 Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VII, São Paulo: Saraiva, 2016, página 284, coordenadores José Roberto F. Gouvêa, Luiz Guilherme Bondioli e João Francisco N. da Fonseca.

A primeira delas quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela de um deles mostrar-se incontrovertido, isto é, quando o seu fato constitutivo estiver confessado na defesa apresentada pelo réu ou não for impugnado (art. 336 do CPC), ou, ainda, resultar patente da prova documental produzida pelas partes.

Anote-se que, mesmo confessado o fato constitutivo do direito do autor, o réu pode (i) negar as consequências jurídicas que lhe são atribuídas pelo demandante ou (ii) alegar algum fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor. Dessa forma, não se trata de fato incontroverso, mas, sim, de pedido incontroverso.

Para **DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES**¹², trata-se, sim, de pedido incontroverso, diante do reconhecimento pelo réu:

A incontrovérsia de um dos pedidos ou de parcela de um pedido prevista no inciso I do art. 356 do Novo CPC deve ser compreendida como o parcial reconhecimento jurídico do pedido. O dispositivo não trata da incontrovérsia dos fatos, mas do pedido, e a única forma de o pedido do autor se tornar incontroverso é por meio de ato de autocomposição unilateral do réu. Nesse caso, caberá ao juiz julgar a parcela incontroversa por meio da sentença homologatória de mérito prevista no art. 487, III, “a”, do Novo CPC.

RICARDO ALEXANDRE DA SILVA¹³ aponta como requisito para o julgamento antecipado parcial do mérito o pedido incontroverso:

Pedido incontroverso é aquele que não foi especificamente impugnado pelo réu. Haverá pedido incontroverso quando, em caso de cumulação, o réu deixar de

¹² Manual de Direito Processual Civil, 8ª edição, Salvador, Juspodium, 2016, páginas 624/625.

¹³ Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 961, coordenadores Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas.

impugnar um dos pedidos ou quando o único pedido for passível de fracionamento e o réu impugnar somente parte dele.

LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART e DANIEL MITIDIERO¹⁴ asseveram que a incontrovérsia que justifica o julgamento antecipado parcial do mérito é aquela que se relaciona com o pedido formulado pelo demandante:

A incontrovérsia fática só leva à tutela definitiva da parcela incontroversa se for suficiente para caracterizar incontrovérsia do pedido ou de parcela do pedido. Caracterizada, pode levar ao julgamento imediato de parcela do pedido ou de um dos pedidos em regime de cumulação simples.

NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY¹⁵ defendem, também, tratar-se de incontrovérsia do pedido, embora admitam que não somente a incontrovérsia do pedido possa levar ao julgamento antecipado parcial do mérito, pois sugerem que a incontrovérsia relativa (prova inequívoca da verossimilhança da alegação) também permita a cisão do julgamento.

Diante da incontrovérsia do pedido, o juiz deve proferir sentença meramente homologatória, aliás, por conta de um reconhecimento, expresso ou tácito, do próprio réu (art. 487, inciso III, alínea a, do CPC/2015¹⁶).

A respeito, leia-se o ensinamento de **FREDIE DIDIER JR.**¹⁷:

Cabe julgamento antecipado parcial se um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles *i)* mostrar-se incontroverso ou *ii)* estiver em condições de imediato julgamento nos termos do art. 355 (art. 356, I e II, CPC). Na primeira hipótese, não há propriamente julgamento

¹⁴ Novo Curso de Processo Civil, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, páginas 227/228.

¹⁵ Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 969.

¹⁶ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
III - homologar:

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

¹⁷ Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 17ª edição, Salvador: Juspodivm, 2015, página 691.

antecipado do mérito: há resolução parcial do mérito em razão da autocomposição parcial (art. 487, III, CPC).

Não faria sentido não prever a técnica do julgamento antecipado parcial do mérito diante da incontrovérsia do próprio pedido, por conta de um reconhecimento, tácito ou expresso, pelo próprio réu, e prevê-la para a *incontrovérsia dos fatos meramente* (art. 356, inciso II, do CPC/2015).

A hipótese de desnecessidade de produção de outras provas encontra-se, a bem da verdade, no inciso II do art. 356 do CPC/2015, quando se reporta ao art. 355 do CPC/2015, especificamente ao inciso I do art. 355 do CPC/2015.

Mais uma vez, veja-se a lição de **FREDIE DIDIER JR.**¹⁸, ao versar sobre o inciso II do art. 356 do CPC/2015:

Na segunda hipótese, está-se, aí sim, diante do mesmo julgamento antecipado do mérito da causa, restrito, porém, a um ou alguns dos pedidos cumulados ou a parcela deles.

Por essas razões, não concordo com a doutrina quando ela sugere que as hipóteses dos incisos I e II do *caput* do art. 356 do CPC/2015 se sobrepõem, resumindo-se à situação em que não se faz necessária a produção de qualquer outra prova para o julgamento antecipado parcial do mérito, por serem os fatos constitutivos do direito do autor incontroversos.

A meu ver, o inciso I do art. 356 do CPC/2015 complementa a previsão constante do art. 354, parágrafo único, do CPC/2015¹⁹, inclusive em relação à aplicação das regras previstas nos parágrafos do art. 356 do CPC/2015. Nesse contexto, o inciso I do art. 356 do CPC/2015 dispõe sobre a aplicação da técnica do julgamento antecipado parcial do mérito nos casos de “extinção do processo”, por autocomposição entre as partes (art. 487, inciso III, do CPC/2015).

¹⁸ Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 17ª edição, Salvador: Juspodivm, 2015, página 691.

¹⁹ Art. 354. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* pode dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que será impugnável por agravo de instrumento.

4.2.2- Desnecessidade de Produção de Outras Provas

O demandado deve impugnar os fatos constantes da petição inicial, sob pena de se presumir verdadeiros aqueles não impugnados, conforme o art. 341 do CPC/2015²⁰. Trata-se do ônus da impugnação especificada da defesa.

Nesse contexto, a segunda hipótese de aplicação da técnica do julgamento antecipado do mérito (art. 356, inciso II, do CPC/2015) ocorre quando não se faz necessária a produção de qualquer outra prova para o julgamento de um ou mais dos pedidos formulados ou de parcela deles, encontrando-se o pedido em condições de imediato julgamento nos termos do art. 355 do CPC/2015.

Duas situações tornam desnecessária a produção de provas, isto é, primeiro, os fatos já se encontrarem suficientemente provados (art. 355, inciso I, do CPC/2015) e, em segundo lugar, a presunção relativa de veracidade dos fatos decorrente da revelia (art. 355, inciso II, do CPC/2015).

Segundo o art. 355, inciso I, do CPC/2015, quando não houver necessidade de produção de outras provas, julga-se antecipadamente o mérito. Por força do art. 356, inciso II, do CPC/2015, nessa mesma situação, aplica-se a técnica de julgamento parcial do mérito.

Não há necessidade de produção de outras provas quando a prova documental for suficiente para o esclarecimento das questões de fato²¹. Da mesma maneira, não há necessidade de produção de outras provas nas situações do art. 374 do CPC/2015.

Em conformidade com o art. 374 do CPC/2015, dispensa-se a produção de prova sobre os fatos notórios (inciso I), confessados (inciso II), incontroversos (inciso III) e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (inciso IV):

20 Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:

I - não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;

III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.

21 São raras as hipóteses de prova do direito (art. 376 do CPC/2015).

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Fosse a interpretação do inciso I do art. 356 do CPC/2015 no sentido de que os fatos (e não o pedido) são incontroversos, haveria, sim, uma sobreposição entre as hipóteses do inciso I e do inciso II, haja vista que não dependem de prova, à vista do art. 374, inciso III, do CPC/2015, os fatos incontroversos, além dos notórios, confessados e daqueles sobre os quais milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Todavia, como defendido acima, o inciso I do art. 356 do CPC/2015 versa sobre a incontrovérsia do pedido propriamente dito.

Ora, não faz sentido algum postergar o julgamento do(s) pedido(s) ou de parcela do pedido único quando não se exige, para a prolação da sentença, a produção de qualquer outra prova.

Dessa forma, o inciso II do art. 356 do CPC/2015 dispõe sobre a aplicação da técnica do julgamento antecipado parcial do mérito nos casos do art. 355 do CPC/2015 (julgamento antecipado do mérito).

Por outro lado, o art. 356, inciso II, do CPC/2015, ao se referir ao art. 355 do CPC/2015, inclui também a hipótese do inciso II desse último artigo, isto é, “o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349”.

Dentre as garantias constitucionais do processo decorrentes do *devido processo legal*, encontra-se o direito ao contraditório. Para o exercício do direito ao contraditório, assegura-se ao réu o direito de ser citado, para que tome conhecimento do processo.

Todavia, se por um lado o réu tem o direito de ser citado, por outro lado o réu tem o ônus de se defender.

A revelia, ou seja, a ausência de resposta acarreta a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo demandante na inicial, conforme o art. 344 do CPC/2015²², o que autoriza a aplicação da técnica do julgamento antecipado parcial do mérito.

No entanto, nos termos do art. 346, parágrafo único, do CPC/2015, “o revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar”.

Assim, admite-se expressamente que, embora revel, possa o réu pleitear a produção de provas, tendentes a contrapor as alegações do demandante, de acordo com o art. 349 do CPC/2015²³; situação em que se não se aplica a técnica do julgamento antecipado parcial do mérito.

4.3 Obrigação Ilíquida e o Julgamento Antecipado Parcial do Mérito

Nos termos da lei (art. 356, parágrafo 1º, do CPC/2015), pode-se reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida no julgamento antecipado parcial de mérito.

Assim, não constitui óbice ao julgamento antecipado parcial de mérito a iliquidez da obrigação cuja existência se reconhece na decisão.

Em sentido contrário, **LEONARDO FARIA SCHENK**²⁴ sustenta que, “por outro lado, quando a apuração do valor depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa (art. 491, II), a cisão do julgamento do mérito estará vedada”.

Parece-me que, da mesma forma, nada impede que, em sede de *extinção parcial do processo*, o juiz homologue o reconheci-

22 Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

23 Art. 349. Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção.

24 *in* Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017, páginas 542/543, organizadores Lênio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha, coordenador executivo Alexandre Freire.

mento de procedência de pedido ilíquido formulado na ação ou na reconvenção (art. 487, inciso III, a, do CPC/2015) ou a transação que tenha por objeto obrigação ilíquida (art. 487, inciso III, b, do CPC/2015).

Nestes casos (*extinção parcial do processo e julgamento antecipado parcial do mérito*), deve-se realizar posteriormente a liquidação da obrigação, em conformidade com os artigos 509 a 512 do CPC/2015.

A liquidação pode ser tanto por arbitramento (art. 510 do CPC/2015) quanto pelo procedimento comum (art. 511 do CPC/2015).

Conforme o art. 356, parágrafo 2º, do CPC/2015, realiza-se a liquidação da obrigação mesmo na pendência de recurso, até porque o agravo de instrumento não possui, por força de lei, efeito suspensivo (artigos 995 e 1.019, inciso I, do CPC/2015).

Diante da natureza da atividade de liquidação, atividade cognitiva, nem mesmo a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento impede que se proceda à liquidação *provisória* da obrigação, objeto do julgamento antecipado parcial de mérito. Em sentido contrário, **RICARDO ALEXANDRE DA SILVA**²⁵ entende que, se for dado efeito suspensivo ao agravo de instrumento, não se poderá realizar a liquidação de sentença.

A concessão do efeito suspensivo ao agravo de instrumento impedirá, por certo, a execução da decisão antecipada parcial de mérito (art. 995, parágrafo único, do CPC/2015²⁶).

O art. 356, parágrafo 2º, do CPC/2015 confere um benefício ao julgamento antecipado parcial de mérito, qual seja: não se pode exigir caução na execução, ainda que haja recurso contra essa interposto. Conforme **CASSIO SCARPINELLA BUENO**²⁷, “a diferença desse cumprimento provisório com a sua disciplina genérica

25 Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 961, coordenadores Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas.

26 Art. 995.

§ único. 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.

27 *in* Comentários ao novo Código de Processo Civil, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016, página 558.

está em que, *nesse caso*, a satisfação do direito não pressupõe prestação de caução. Assim, excepciona-se, nos casos de julgamento antecipado e parcial do mérito, a regra do inciso IV do art. 520”.

Em sentido contrário, **ARRUDA ALVIM**²⁸ e **LEONARDO FARIA SCHENK**²⁹ sustentam que, apesar do disposto no art. 356, parágrafo 2º, do CPC/2015, o juiz pode exigir caução. Em reforço a esse posicionamento, diga-se que o enunciado 49 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados assevera que “no julgamento antecipado parcial de mérito, o cumprimento provisório da decisão inicia-se independentemente de caução (art. 356, § 2º, do CPC/2015), sendo aplicável, todavia, a regra do art. 520 IV”.

Não me parece correta a possibilidade de se exigir caução em total afronta ao disposto no art. 356, parágrafo 2º, do CPC/2015, sob pena de se tornar “letra morta”, conforme leciona **DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES**³⁰.

Vale lembrar, todavia, que, no regime do cumprimento provisório da sentença, o art. 520, inciso IV, do CPC/2015 exige, em princípio, caução para que se proceda o levantamento de depósito de dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real. Adite-se que, após dispensar o oferecimento de caução nos incisos do art. 521 do CPC/2015, o parágrafo único do mesmo art. 521 autoriza o juiz a manter a exigência de caução mesmo naquelas hipóteses que a dispensariam. Tal regramento poderia sugerir, embora não concorde com esse raciocínio, que a caução pode ser exigida mesmo no cumprimento provisório da decisão antecipada parcial de mérito, quando o juiz, por decisão fundamentada, entender prudente.

Note-se que, em relação ao julgamento antecipado parcial do mérito, a aplicação da técnica de julgamento prevista no art. 942 do CPC/2015 exige reforma da decisão interlocutória, en-

28 *in* Novo contencioso cível no CPC/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, página 236, revisora Thereza Alvim.

29 *in* Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017, página 543, organizadores Lênio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha, coordenador executivo Alexandre Freire.

30 Manual de Direito Processual Civil, 8ª edição, Salvador, Juspodium, 2016, página 625.

quanto que, quando se trata de sentença, aplica-se tal técnica de julgamento em qualquer situação de julgamento por maioria, com ou sem reforma da decisão recorrida. Noutras palavras, certo ou errado, o legislador positivou regras diversas para o julgamento parcial e para o julgamento conjunto de todos os pedidos. Da mesma forma, nada impede que o legislador positive regras diversas para o cumprimento da sentença (dispensa de caução).

A liquidação da obrigação e o cumprimento da decisão antecipada parcial de mérito realizam-se em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz, segundo o art. 356, parágrafo 4º, do CPC/2015.

O que determina a realização em autos suplementares da atividade de liquidação e de execução é a possibilidade destas atividades atrapalharem a decisão do(s) outro(s) pedidos que não foram objeto do julgamento antecipado parcial do mérito, como informa ALEXANDRE FREITAS CÂMARA³¹.

5 - A NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO ANTECIPADA PARCIAL DE MÉRITO

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, reformado pela Lei nº 11.232/2005, defendi que a decisão que julgava antecipada e parcialmente o mérito possuía natureza de *sentença parcial*³².

Parece-me que tal posição se encontrava respaldada pelo direito positivo então vigente, notadamente os conceitos legais de sentença e de decisão interlocutória.

Relembre-se que, de acordo com a redação originária do Código de Processo Civil de 1973, o conceito legal de sentença exigia tanto o *efeito* (*fim* do processo) quanto o *conteúdo* da decisão (sentença terminativa ou sentença definitiva):

Art. 162.

§ 1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

31 *in O Novo Processo Civil Brasileiro*, 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2018, página 219..

32 A respeito, leia-se o meu *Sentenças parciais?*, São Paulo: Saraiva, 2011, Coleção Direito e Processo, coordenador Cassio Scarpinella Bueno.

Contudo, a Lei nº 11.232/2005, ao introduzir o modelo de processo sincrético para as obrigações de pagar quantia certa, modificou o conceito legal de sentença, retirando dele o *efeito* (necessidade de pôr fim ao processo), mantendo apenas o *conteúdo* (sentença terminativa ou sentença definitiva). A redação do art. 162, parágrafo 1º, do CPC/1973 *Reformado* passou a ser a seguinte:

Art. 162.

§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.

Em todo o período de vigência do Código de Processo Civil de 1973, e, diga-se, desde as Ordenações, o conceito legal de decisão interlocutória não foi modificado. O art. 162, parágrafo 2º, do CPC/1973 assim conceituava a decisão interlocutória:

Art. 162

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

Assim, parecia-me que, à vista do próprio conceito legal, decisão interlocutória poderia julgar apenas questão incidente, o que, por óbvio, afasta o mérito.

Por questão incidente, deve-se entender o ponto controverso que surge ao longo do processo, jamais a pretensão formulada pelo demandante desde o início do processo.

Nesse contexto, defendi que a decisão que julgava antecipada e parcialmente o mérito possuía natureza de *sentença parcial*³³.

Entretanto, o Código de Processo Civil de 2015 *retoma* o conceito legal de sentença, previsto no Código de Processo Civil de 1973 em sua redação original, exigindo tanto o conteúdo (sentença terminativa ou sentença definitiva) quanto o efeito (fim do processo ou, ao menos, do procedimento em primeiro grau), conforme o art. 203, parágrafo 1º:

33 A respeito, leia-se o meu *Sentenças parciais?*, São Paulo: Saraiva, 2011, Coleção Direito e Processo, coordenador Cassio Scarpinella Bueno.

Art. 203.

1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

Logo, do ponto de vista legal (art. 203, § 1º, do CPC/2015), a definição de sentença exige novamente tanto o *conteúdo* (art. 485 ou art. 487 do CPC/2015) quanto o *efeito* (fim da fase cognitiva).

Entretanto, numa mudança radical, pois o conceito legal de decisão interlocutória manteve-se o mesmo desde as Ordenações, o Código de Processo Civil de 2015 alterou a definição de decisão interlocutória:

Art. 203.

2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

A partir do Código de Processo Civil de 2015, não há óbice legal para que a decisão interlocutória tenha por objeto o mérito da causa; só não pode julgar o mérito e pôr fim à fase cognitiva, porque aí enquadrar-se-ia no conceito legal de sentença.

Assim, a decisão interlocutória pode, no sistema do Código de Processo Civil, ter o conteúdo de sentença, isto é, uma das hipóteses do art. 485 (terminativa) ou do art. 487 (definitiva), ou apreciar uma *verdadeira* questão incidental, ou seja, um ponto controvertido que tenha surgido no curso do processo.

Nesse contexto, em consonância com o direito positivo vigente, compreendo que, no Código de Processo Civil de 2015, o julgamento antecipado parcial do mérito dá-se por *decisão interlocutória*. No mesmo sentido, a doutrina de **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**³⁴, **JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI**³⁵,

34 *in Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 56ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015, página 826.

35 *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VII, São Paulo: Saraiva, 2016, página 287, coordenadores José Roberto F. Gouvêa, Luiz Guilherme Bondioli e João Francisco N. da Fonseca.

de CASSIO SCARPINELLA BUENO³⁶ e ALEXANDRE FREITAS CÂMARA³⁷.

ARRUDA ALVIM³⁸ reforça esse entendimento:

Embora a decisão que julga antecipadamente parcela do mérito tenha o *conteúdo* de sentença, *não* visa a extinguir o processo, sendo decisão interlocutória passível de agravo de instrumento, nos termos do art. 356, § 5º, do CPC/2015.

Como exposto, a partir do Código de Processo Civil de 2015, a decisão interlocutória pode, sim, ter o *conteúdo* da sentença, isto é, qualquer uma das hipóteses do art. 485 ou do art. 487 do CPC/2015; o que não pode é, simultaneamente, ter o *conteúdo* da sentença e o efeito (*pôr fim à fase cognitiva*), pois, aí, seria uma sentença, na forma do art. 203, parágrafo 1º, do CPC/2015.

De qualquer forma, vale dizer que *pragmaticamente* o legislador, no art. 354, parágrafo único, e no art. 356 do CPC/2015, não se fere nem a sentença nem a decisão interlocutória.

Adite-se que, ao dispor sobre a ação rescisória, o *caput* do art. 966 do CPC/2015, ao prever as hipóteses de cabimento da ação rescisória, refere-se à “decisão de mérito”, transitada em julgada, como sendo passível de rescisão, e não à sentença especificamente.

6 - O RECURSO CABÍVEL CONTRA A DECISÃO ANTECIPADA PARCIAL

Em relação à decisão antecipada parcial, seja sem resolução do mérito (art. 354 c/c o art. 485 do CPC/2015), seja com resolução do mérito (art. 354 c/c o art. 487, incisos II e III, do CPC/2015 e art. 356 c/c o art. 487, inciso I, do CPC/2015), o Código de Processo Civil de 2015, independentemente de definir a natureza desses pronunciamentos jurisdicionais (sentença ou decisão interlocutória), deixa claro que o recurso cabível é o de

³⁶ in *Manual de Direito Processual Civil*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2018, página 391.

³⁷ in *O novo Processo Civil brasileiro*, 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2018, página 219..

³⁸ in *Novo contencioso cível no CPC/2015*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, página 236, revisora Thereza Alvim.

agravo de instrumento, conforme os artigos 354, parágrafo único, e 356, parágrafo 5º, do CPC/2015.

Dessa forma, independentemente da natureza que se atribua à decisão antecipada parcial, ou seja, sentença ou decisão interlocutória, indiscutível o cabimento do agravo de instrumento.

Especificamente em relação ao julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356 do CPC/2015), o art. 1.015, inciso II, do CPC/2015 já asseguraria o direito de interpor agravo de instrumento.

Lembre-se de que tanto no julgamento de apelação quanto no de agravo de instrumento votam 3 (três) desembargadores (art. 941, parágrafo 2º, do CPC/2015³⁹).

O Código de Processo Civil de 2015 extinguiu a figura do revisor no julgamento da apelação. Agora, além do relator, participam do julgamento da apelação e do agravo de instrumento 2 (dois) desembargadores *vogais*, os quais não têm necessariamente prévio conhecimento do recurso, à semelhança do que sempre ocorreu no julgamento do agravo de instrumento.

Não há previsão expressa no Código de Processo Civil de 2015, para sustentação oral pelos advogados na sessão de julgamento do agravo de instrumento interposto contra a decisão antecipada parcial de mérito, conforme o art. 937 do CPC/2015.

Todavia, nada impede que o regimento interno do próprio tribunal o preveja (art. 937, inciso IX, do CPC/2015⁴⁰), como sugere **ARRUDA ALVIM**⁴¹.

A(s) parte(s) pode(m) requerer ao órgão colegiado a oportunidade de sustentar oralmente as suas razões recursais, dada a matéria (mérito) objeto do julgamento, inclusive diante do princípio da cooperação processual (art. 6º do CPC/2015).

Não me parece possível um negócio jurídico processual a respeito do cabimento de sustentação oral em sede de agravo

39 Art. 941.

§ 2º No julgamento de apelação ou de agravo de instrumento, a decisão será tomada, no órgão colegiado, pelo voto de 3 (três) juízes.

40 Art. 937

IX - em outras hipóteses previstas em lei ou no regimento interno do tribunal.

41 *in* **Novo contencioso cível no CPC/2015**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, página 237, revisora Thereza Alvim.

de instrumento, na medida em que não se trata de poderes nem de faculdades processuais exclusivos das partes (art. 190 do CPC/2015⁴²), interferindo diretamente no julgamento do recurso.

Diga-se que, por força do art. 942, parágrafo 3º, inciso II, do CPC/2015⁴³, aplica-se no julgamento do agravo de instrumento interposto contra a decisão antecipada parcial de mérito a técnica de ampliação do julgamento. A ressalva é de que, no caso desse agravo de instrumento, impõe-se que haja a reforma da decisão de primeiro grau por decisão não unânime, o que não se exige (reforma) no julgamento da apelação (*caput* do art. 942 do CPC/2015⁴⁴).

Relembre-se que, no cumprimento da decisão antecipada parcial de mérito, tem-se um benefício, isto é, dispensa-se a prestação de caução (art. 356, parágrafo 2º, do CPC/2015).

7 - TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO ANTECIPADA PARCIAL E O TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO RESCISÓRIA

Conforme o art. 356, parágrafo 2º, do CPC/2015, procede-se à liquidação e à execução provisórias da decisão antecipada parcial de mérito, mesmo na pendência de recurso, dispensada, inclusive, a exigência de caução do juízo.

O art. 356, parágrafo 3º, do CPC/2015 acrescenta que, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

Para **HUMBERTO THEODORO JÚNIOR**⁴⁵, e me parece com toda a razão, no sistema do Código de Processo Civil de

42 Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

43 Art. 942.

§ 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:

II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.

44 Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.

45 *in Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, 56ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015, página 825.

2015, “a coisa julgada forma-se paulatinamente, à medida que as parcelas do objeto litigioso vão sendo decididas e exaurem-se as possibilidades de recursos”.

Logo, tratando-se de decisão que julga o mérito, opera-se, após o trânsito em julgado, os efeitos da coisa julgada material.

Evidentemente, a decisão antecipada parcial de mérito pode ser objeto de ação rescisória. Aliás, nesse sentido, o *caput* do art. 966 do CPC/2015, ao prever as hipóteses de cabimento da ação rescisória, refere-se à “decisão de mérito”, transitada em julgada, como sendo passível de rescisão, e não à sentença especificamente.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973 *Reformado*, havia séria divergência a respeito do termo inicial para a contagem do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória, quando ocorria trânsitos em julgado em momentos distintos para cada um dos pedidos.

Em 2003, o Superior Tribunal de Justiça fixou o termo inicial como sendo o fim do prazo para a interposição do último recurso cabível, ainda que houvesse partes irrecuráveis de decisões anteriores, conforme o acórdão proferido pela Corte Especial, ao julgar embargos de divergência EREsp 404.777, relator Ministro Peçanha Martins.

Em 2009, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado 401 da súmula de jurisprudência dominante, no mesmo sentido daquele precedente de 2003, qual seja:

O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.

Por outro lado, em 2014, ao julgar o recurso extraordinário RE 666.589, Primeira Turma, relator Ministro Marco Aurélio, por ofensa à intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF), o Supremo Tribunal Federal admitiu a existência de trânsitos em julgado parciais e o consequente início do prazo para a propositura da ação rescisória a partir de cada um deles:

COISA JULGADA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL. CAPÍTULOS AUTÔNOMOS.

Os capítulos autônomos do pronunciamento judicial preluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da rescisória.

Diga-se que o Tribunal Superior do Trabalho possuía entendimento em sentido oposto ao do Superior Tribunal de Justiça, na forma do enunciado 100 da súmula de sua jurisprudência dominante, que reconhecia termos iniciais distintos e contemporâneos ao trânsito em julgado de cada pedido irrecorrido, em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O Código de Processo Civil de 2015 positivou o enunciado 401 da súmula de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conforme o art. 975:

Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

Não me parece a melhor solução, pois, de acordo com o art. 356, parágrafos 2º e 3º, do CPC/2015, realiza-se a liquidação e a execução provisórias da decisão antecipada parcial de mérito, dispensada, inclusive, a prestação de caução. E, transitada em julgada a decisão parcial de mérito, torna-se definitiva a execução.

Nesse contexto, a extinção do direito à rescisão pode ocorrer muito tempo depois do término da execução da decisão antecipada parcial de mérito, o que pode levar à insegurança jurídica, notadamente diante do que prescreve o art. 525, parágrafos 12 a 15, do CPC/2015.

CASSIO SCARPINELLA BUENO⁴⁶ defende, a meu ver com razão, que nada impede que, diante do trânsito em julgado da decisão antecipada parcial de mérito (art. 356, parágrafo 3º, do CPC/2015), a parte proponha desde logo a ação rescisória

⁴⁶ *in* Manual de Direito Processual Civil, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2018, página 739.

correspondente, sem aguardar o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

Por sua vez, TERESA ARRUDA ALVIM, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO e ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO⁴⁷ defendem que o termo inicial para a propositura da ação rescisória seria o trânsito em julgado da decisão antecipada parcial do mérito e, à vista do art. 975 do CPC/2015, o termo final seria o de 2 (dois) anos após o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo:

O termo inicial para ação rescisória, na hipótese de julgamento antecipado parcial de mérito, é o trânsito em julgado da decisão que julga parcialmente o mérito. O termo final é até dois anos após o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

Note-se que, a prevalecer o disposto no art. 975 do CPC/2015, o prazo, para a ação rescisória contra a decisão de julgamento antecipado parcial de mérito, será sempre superior ao de 2 (dois) anos.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI⁴⁸ sustenta, de outra parte, a inconstitucionalidade do art. 975 do CPC/2015, criticando, inclusive, “a esdrúxula redação do *caput* do art. 975 do novel diploma processual, que já desponta natimorto, dada a sua manifesta inconstitucionalidade”.

Parece-me que o correto é admitir os trânsitos em julgado parciais e, da mesma forma, termos iniciais distintos para cada ação rescisória contra as correspondentes decisões rescindendas limitado sempre o prazo decadencial a 2 (dois) anos do respectivo termo inicial.

Por fim, diga-se que, em conformidade com o art. 966, parágrafo 2º, do CPC/2015⁴⁹, admite-se também a propositura de

⁴⁷ Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 621.

⁴⁸ Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VII, São Paulo: Saraiva, 2016, página 290, coordenadores José Roberto F. Gouvêa, Luiz Guilherme Bondioli e João Francisco N. da Fonseca.

⁴⁹ Art. 966.

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do *caput*, será rescindível a decisão transitada em julgado que,

ação rescisória contra decisão não de mérito, desde que ela impeça a propositura de nova demanda.

Portanto, nos casos de decisão antecipada parcial sem resolução do mérito (art. 354 c/c o art. 485, ambos do CPC/2015), se o vício que ensejou a extinção do processo for daqueles que devem ser corrigidos para a propositura de nova demanda (art. 486, parágrafo 1º, do CPC/2015⁵⁰), cabe a propositura de ação rescisória.

Em resumo, na hipótese de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485 do CPC/2015, a parte pode propor ação rescisória contra a decisão antecipada parcial sem resolução do mérito.

8 - O ENUNCIADO Nº 611 DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS

Sabe-se que o Código de Processo Civil de 2015 previu um rol taxativo de hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, conforme o art. 1.015 do CPC/2015.

Em relação às questões não recorríveis imediatamente por agravo de instrumento, deve-se suscitá-las em preliminar de apelação ou nas respectivas contrarrazões, nos termos do art. 1.009, parágrafo 1º, do CPC/2015⁵¹, sob pena de preclusão.

Nesse contexto, surge uma importante questão: no que concerne às decisões interlocutórias *irrecorríveis imediatamente*, por ausência de previsão legal (art. 1.015 do CPC/2015), proferidas antes do julgamento antecipado parcial com ou sem resolução do mérito (art. 354, parágrafo único, e art. 356 ambos do CPC/2015), a parte deve requerer sua anulação e/ou sua reforma no recurso de agravo de instrumento interposto contra o julgamento anteci-

embora não seja de mérito, impeça:

I - nova propositura da demanda;

50 Art. 486.

§ 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.

51 Art. 1.009

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

pado parcial com ou sem resolução do mérito (art. 354, parágrafo único, e art. 356, parágrafo 5º, ambos do CPC/2015) ou nas correspondentes contrarrazões ou pode relegar a revisão daquela decisão para quando do julgamento da apelação ou das respectivas contrarrazões (art. 1.009, § 1º, do CPC/2015)?

O Enunciado nº 611 do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC propõe a seguinte solução para o tema:

(arts. 1.015, II; 1.009, §§ 1º e 2º; 354, parágrafo único; 356, §5º; 485; 487). Na hipótese de decisão parcial com fundamento no art. 485 ou no art. 487, as questões exclusivamente a ela relacionadas e resolvidas anteriormente, quando não recorríveis de imediato, devem ser impugnadas em preliminar do agravo de instrumento ou nas contrarrazões. (Grupo: Recursos (menos os repetitivos) e reclamação)

Conforme o Enunciado nº 611 do FPPC, as questões decididas anteriormente e contra as quais não cabe agravo de instrumento, relacionadas *exclusivamente* com a decisão antecipada parcial com ou sem resolução de mérito, devem ser impugnadas em preliminar do agravo de instrumento ou nas correspondentes contrarrazões, apresentados contra o julgamento antecipado parcial com ou sem resolução do mérito (art. 354, parágrafo único, e 356, parágrafo 5º, do CPC/2015).

Parece-me correta a solução dada à questão pelo Enunciado nº 611 do FPPC. No entanto, deve-se dar o devido valor ao advérbio *exclusivamente* inserto no Enunciado nº 611 do FPPC.

Isso porque, como bem esclarecem **FREDIE DIDIER JR.** e **LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA**⁵², 3 (três) situações podem ocorrer:

a) A decisão anterior dizia respeito a questão relacionada *exclusivamente* à parcela do objeto litigioso examinada na decisão agravada;

52 Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, 13ª edição, Salvador: Juspodivm, 2016, página 229.

b) A decisão anterior dizia respeito a questão relacionada *exclusivamente* à parcela que não foi examinada na decisão agravada – e que será, portanto, examinada, na sentença;

c) A decisão anterior dizia respeito a questão *comum* à parcela do objeto litigioso examinada na decisão agravada e à parcela que será examinada na sentença.

Em primeiro lugar, leia-se a lição de **RENATA CORTEZ**⁵³, que foi quem submeteu essa difícil questão ao Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC:

Por isso, entendemos que a melhor interpretação para solucionar a lacuna legislativa aqui analisada é a apontada por Henrique Mouta, porém com algumas complementações. Entendemos que o ideal é que a parte questione a decisão logo no agravo interposto contra a decisão que julgou parcialmente o mérito, como preliminar, relativamente a todos os pedidos (tanto os julgados parcialmente como os que apenas serão apreciados na sentença), em face dos argumentos de Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha, alhures referidos. Em assim procedendo, a questão estará, de logo, resolvida e restará alcançada pela preclusão consumativa, não podendo ser renovada na apelação nem nas contrarrazões respectivas no que concerne ao pedido (ou parcela dele) que será apreciado na sentença. Mas essa solução não pode ser imposta à parte, como decorrência do disposto no art. 1.009, 1º do CPC, que expressamente estabelece que não há preclusão até a interposição do apelo ou do oferecimento das contrarrazões.

Por isso é que, na hipótese da questão não ser atacada no agravo no tocante ao pedido (ou parcela dele) que apenas será apreciado na sentença, a matéria poderá ser

⁵³ Disponível em <http://inteiretor.org/2016/comentando-enunciados/enunciado-no-611-do-fppc/>. Acesso em 3 de novembro de 2017.

suscitada como preliminar da apelação ou das contrarrazões respectivas, não havendo que se cogitar de preclusão temporal.

Logo, **RENATA CORTEZ** propõe que se deva, desde logo, submeter à revisão do Tribunal todas as decisões interlocutórias irrecuráveis imediatamente quando da interposição do agravo de instrumento contra o julgamento antecipado parcial; digam essas decisões interlocutórias respeito ao objeto do julgamento antecipado parcial do mérito ou não.

Todavia, segundo **RENATA CORTEZ**, no que concerne ao pedido ou à parcela do pedido que será julgado somente por ocasião da sentença, não restará preclusa a questão, caso a parte relegate sua revisão para o julgamento da apelação.

Por sua vez, veja-se o ensinamento de **JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO**⁵⁴:

Em relação à primeira hipótese, entendo que o art. 1.009, § 1.º, do CPC/2015, deve ser estendido ao agravo de instrumento contra decisão parcial de mérito. Portanto, o agravante, ao manejar seu apelo (art. 356, § 5.º, do CPC/2015), necessariamente deverá impugnar a questão anterior relativa ao indeferimento de produção de prova, eis que, quando foi assim decidido pelo magistrado de primeiro grau, a interlocutória não estava sujeita ao agravo de instrumento.

Por outro lado, se a questão processual for comum, a resolução antecipada de um dos capítulos não impede que seja suscitada na apelação ou contrarrazões futuras, exclusivamente em relação ao capítulo de mérito constante na sentença.

Portanto, para **JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO**, se for questão relacionada exclusivamente ao objeto da decisão an-

⁵⁴ Disponível em http://www.academia.edu/23192367/A_RECORRIBILIDADE_DAS_INTERLOCUT%C3%93RIAS_NO_NOVO_CPC_VARIA%C3%87%C3%95ES_SOBRE_O_TEMA. Acesso em 03 de novembro de 2017.

tecipada parcial, a parte deve pedir a revisão da decisão interlocutória irrecorrível imediatamente em preliminar do agravo de instrumento contra o julgamento antecipado parcial. Todavia, se a questão for comum àquela que só será julgada na sentença, a parte pode recorrer da decisão interlocutória irrecorrível imediatamente quando da interposição da apelação ou nas respectivas contrarrazões, restritos os eventuais efeitos da revisão da decisão pelo Tribunal ao objeto da sentença.

Por seu turno, **CAROLINA UZEDA**⁵⁵ defende o seguinte:

Parece melhor solução compreender que estamos diante de um fenômeno de diferimento da preclusão temporal para impugnação das decisões interlocutórias não agraváveis, as quais deverão ser recorridas na primeira oportunidade, independentemente de sua relação com o pedido julgado de forma parcial. Assim, todas as decisões interlocutórias prolatadas até o momento do julgamento parcial do mérito deverão ser impugnadas em preliminar do agravo de instrumento (e de suas contrarrazões). Caso a parte opte por não agravar da decisão parcial de mérito, a oportunidade para recorrer dessas decisões será transferida para a apelação.

A questão, aqui, está mais ligada ao momento de interposição do recurso, que à existência (ou não) de “relação” com a decisão de mérito impugnada. Isto se confirma pelo fato de ser possível a interposição de recurso em preliminar de apelação, ainda que a decisão não tenha qualquer laço de prejudicialidade com a sentença.

Por conseguinte, para **CAROLINA UZEDA**, se houver recurso contra o julgamento antecipado parcial, todas as decisões interlocutórias irrecorríveis imediatamente deverão ser objeto de preliminar do respectivo agravo de instrumento, guardem relação ou não com o pedido ou parcela dele objeto do julgamento antecipado parcial. Caso não haja recurso contra a decisão ante-

⁵⁵ Disponível em <https://correio-forense.jusbrasil.com.br/noticias/395210830/ncpc-o-julgamento-parcial-do-merito-e-sua-impugnacao>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

cipada parcial de mérito, as decisões interlocutórias irrecorríveis imediatamente poderão ser objeto de apelação ou das respectivas contrarrazões.

LUIZ GUILHERME AIDAR BONDIOLI⁵⁶ defende que, no agravo de instrumento interposto contra a decisão parcial de mérito, se deve requerer a revisão da decisão interlocutória irrecorrível imediatamente relacionada com o objeto do julgamento antecipado parcial:

Por tudo isso, quando julgado parcialmente o mérito com apoio no art. 356 do CPC, é em preliminar do agravo de instrumento previsto no § 5º desse art. 356 ou nas respectivas contrarrazões que se devem invocar as questões prévias relacionadas com a fatia do *meritum causae* já julgada.

Para **FREDIE DIDIER JR.** e **LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA**⁵⁷, “na primeira hipótese (letra *a*), cabe ao agravante impugnar, também, a decisão anterior, sob pena de preclusão”. Isso porque o julgamento parcial do mérito pode levar à coisa julgada material daquele pedido ou da parcela do pedido decidido definitivamente. Em seguida, **FREDIE DIDIER JR.** e **LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA**⁵⁸ esclarecem que “a situação ‘b’ é mais simples. Nesse caso, o agravante não terá de impugnar a decisão anterior, que poderá ser impugnada na apelação, nos termos do § 1º do art. 1.009 do CPC”. Se a decisão interlocutória irrecorrível imediatamente diz respeito exclusivamente ao pedido ou a parcela do pedido a ser julgado pela sentença, não há motivo para a sua revisão quando do julgamento do recurso contra a decisão parcial do mérito, podendo ser postergada para o momento da apreciação do recurso de apelação. Por fim, **FREDIE DIDIER JR.** e **LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA**⁵⁹ concluem que, no que concerne à letra *c*, surgem maiores dú-

56 Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XX, coordenação José Roberto F. Gouvêa, Luís Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca, São Paulo: Saraiva, 2016, página 89.

57 Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, 13ª edição, Salvador: Juspodivm, 2016, página 229.

58 Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, 13ª edição, Salvador: Juspodivm, 2016, página 229.

59 Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, 13ª edição, Salvador: Juspodivm, 2016, página 229.

vidas e, portanto, possibilidades, quais sejam: (i) impugnação da decisão anterior no agravo de instrumento e na apelação; (ii) impugnação da decisão anterior apenas na apelação, uma única vez; (iii) impugnação da decisão anterior apenas no agravo de instrumento, uma única vez. Segundo **FREDIE DIDIER JR.** e **LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA**⁶⁰, “a decisão anterior tem de ser impugnada apenas no agravo de instrumento, uma única vez”. No entender deles, tal interpretação prestigiaria melhor a preclusão, bem como concretizaria os princípios da boa-fé processual, da razoável duração do processo e da cooperação.

Como se vê acima, não só há dissenso na doutrina como também existem múltiplas soluções para essa questão processual.

O Enunciado nº 611 do Fórum Permanente de Processualistas Civis pretendeu dar uma resposta a essa questão. No entanto, dada a divergência doutrinária, limitou-se às questões *exclusivamente* relacionadas com o julgamento antecipado parcial do mérito, as quais foram definidas anteriormente por decisão interlocutória irrecorrível imediatamente.

Partindo das hipóteses sugeridas por **FREDIE DIDIER JR.** e **LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA**, eis a minha opinião sobre o tema:

- a) A decisão anterior dizia respeito a questão relacionada *exclusivamente* à parcela do objeto litigioso examinada na decisão agravada;

Nesse caso, se a decisão interlocutória disser respeito *exclusivamente* ao pedido ou à parcela dele que foi objeto do julgamento antecipado parcial com ou sem resolução de mérito (art. 354, parágrafo único, e art. 356 do CPC/2015), a parte deve, *sob pena de preclusão*, pedir, em preliminar do agravo de instrumento ou das correspondentes contrarrazões, a anulação ou a reforma daquela decisão interlocutória anteriormente proferida (art. 1.009, § 1º, do CPC/2015, por analogia) e contra a qual não cabia recurso de agravo de instrumento (art. 1.015 do CPC/2015).

⁶⁰ Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, 13ª edição, Salvador: Juspodivm, 2016, página 229.

b)A decisão anterior dizia respeito a questão relacionada *exclusivamente* à parcela que não foi examinada na decisão agravada – e que será, portanto, examinada, na sentença;

Nessa hipótese, se for decisão interlocutória irrecorrível imediatamente (art. 1.015 do CPC/2015) que não se refira ao pedido ou à parcela dele objeto do julgamento antecipado parcial do mérito, a parte deve aguardar a posterior apelação ou as respectivas contrarrazões (art. 1.009, § 1º, do CPC/2015) para pleitear a revisão dela, seja para pedir a anulação, seja para pedir a reforma, sendo inadmissível ampliar o objeto do agravo de instrumento (art. 354, parágrafo único, e art. 356, parágrafo 5º, do CPC/2015) para incluí-la.

c)A decisão anterior dizia respeito a questão *comum* à parcela do objeto litigioso examinada na decisão agravada e à parcela que será examinada na sentença.

Por fim, nessa situação, se a parte *não* recorrer em preliminar do agravo de instrumento ou das contrarrazões (art. 1.009, § 1º, do CPC/2015, por analogia), interposto contra o julgamento antecipado parcial com ou sem resolução do mérito (art. 354, parágrafo único, e art. 356, parágrafo 5º, do CPC/2015), contra a decisão interlocutória irrecorrível imediatamente (art. 1.015 do CPC/2015), a parte poderá pedir a revisão, tanto para anular quanto para reformar, da decisão interlocutória em futura apelação ou nas contrarrazões (art. 1.009, § 1º, do CPC). Todavia, os efeitos do julgamento dessa questão pelo Tribunal recairão exclusivamente sobre o pedido ou a parcela dele que foi objeto da sentença, sendo inadmissível se pretender retroagir seus efeitos ao pedido ou à parcela dele que foi decidida pelo julgamento antecipado parcial, sob pena de se ofender a preclusão, caso não tenha transitado em julgado ainda a decisão parcial, ou a coisa julgada, caso já tenha transitado em julgado a decisão parcial de mérito.

9 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Por fim, a doutrina diverge sobre a possibilidade de se condenar o vencido a pagar honorários advocatícios, quando da prolação da decisão antecipada parcial.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI⁶¹ leciona que, em qualquer uma das hipóteses de julgamento antecipado parcial de mérito, não cabe a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, o que deverá ocorrer apenas na sentença:

Em qualquer das situações acima referidas, embora se verificando sucumbência da parte parcialmente derrotada, somente na sentença é que deverá ser fixada, de forma global e definitiva, a verba honorária, ocasião na qual o juiz poderá avaliar, à luz dos critérios especificados no § 2º do art. 85 do CPC, a atuação integral dos advogados em todas as etapas do processo. Ademais, apenas na sentença é que será possível aplicar, se for o caso, a regra do art. 86, atinente à denominada sucumbência recíproca.

De outra parte, partindo do pressuposto de que “a prolação de decisão parcial de mérito depende da inexistência de alternativa entre os pedidos”⁶², **FLÁVIO YARSHELL, GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA** e **VIVIANE SIQUEIRA RODRIGUES**⁶³ admitem a condenação no pagamento de honorários de sucumbência:

Nada impede que as condenações em honorários e ressarcimento de despesas aconteçam por decisões interlocutórias parciais de mérito. Se elas podem ser proferidas e também podem transitar em julgado de maneira inde-

61 Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VII, São Paulo: Saraiva, 2016, página 285, coordenadores José Roberto F. Gouvêa, Luiz Guilherme Bondioli e João Francisco N. da Fonseca.

62 Como exposto acima, a meu ver, nada impede que, na hipótese de cumulação imprópria de pedidos, seja subsidiária, seja alternativa, se profira decisão antecipada parcial. Entretanto, para tanto, o juiz deve, desde logo, definir qual dos pedidos cumulados ele ira acolher, para deferir parcela deste pedido na decisão antecipada parcial, postergando para a sentença o julgamento das demais parcelas.

63 Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, São Paulo: Saraiva, 2016, página 273, diretor Luiz Guilherme Marinoni, coordenadores Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero.

pendente em relação à sentença, elas guardam conteúdo próprio a autorizar definição sobre despesas reembolsáveis a quem as antecipou e honorários devidos por quem sucumbiu no pedido parcialmente examinado. Na verdade, a causalidade até impõe que a condenação em reembolsar despesas e pagar honorários seja simultânea à apreciação do mérito feita antecipada e parcialmente. Do contrário (se a sucumbência fosse definida apenas ao final e uma única vez), poderia ocorrer a quebra da causalidade, por inexistência de compatibilidade entre a sentença e a imposição de sucumbência quanto ao pedido julgado parcialmente em outro pronunciamento judicial.

A meu ver, o juiz deve, ao proferir a decisão antecipada parcial, sem ou com resolução do mérito, condenar o vencido a pagar honorários de sucumbência ao advogado da parte vencedora.

Como acima visto, a cumulação pode ser tanto *própria* quanto *imprópria*. Na primeira hipótese, pretende-se os dois pedidos cumulados, de forma *simples* (autonomia entre os pedidos) ou de forma *sucessiva* (o julgamento do segundo pedido depende do acolhimento do primeiro). Na cumulação *imprópria*, pretende-se um dos dois pedidos apenas. A cumulação *imprópria* pode ser *subsidiária* (a parte manifesta preferência por um dos pedidos) ou *alternativa* (cabará ao juiz definir qual dos dois, sem que haja uma predileção pelo demandante). Ressaltou-se acima também que se faz possível o julgamento antecipado parcial mesmo no caso de pedido único, desde que diga respeito à(s) parcela(s) desse pedido. Não vejo óbice à fixação da verba honorária em nenhum desses casos, mantidas as mesmas ressalvas feitas acima à possibilidade de cisão do julgamento, em cada hipótese de cumulação.

A decisão antecipada parcial deve abordar todos os *capítulos* relativos ao(s) pedido(s) julgado(s) ou à(s) parcela(s) do pedido único apreciado, incluindo, portanto, a condenação ao pagamento dos honorários sucumbenciais.

10 - CONCLUSÃO

Neste estudo, analisou-se a decisão antecipada parcial sem ou com resolução do mérito, isto é, a cisão do julgamento, positivada expressamente no Código de Processo Civil de 2015.

O julgamento conforme o estado do processo comporta 2 (duas) espécies, quais sejam: a extinção do processo (art. 354 do CPC/2015) e o julgamento antecipado do mérito (art. 355 do CPC/2015).

Verificou-se que tanto no caso de *extinção do processo* quanto na hipótese de *julgamento antecipado do mérito* cabe a cisão do julgamento, com a prolação de decisão antecipada parcial sem ou com resolução do mérito, nos termos do art. 354, parágrafo único (extinção *parcial* do processo), e do art. 356 (julgamento antecipado *parcial* do mérito) do CPC/2015.

A extinção *parcial* do processo pode ensejar uma decisão *terminativa* (art. 485 do CPC/2015) ou uma decisão *definitiva* (art. 487, incisos II e III, do CPC/2015).

A doutrina denomina de *falsas sentenças* aquelas previstas nos incisos II e III do art. 487 do CPC/2015, porque, nesses casos, o juiz ou reconhece a prescrição da pretensão ou a decadência do direito ou homologa a autocomposição das partes, decorrente do reconhecimento do pedido, da renúncia ao pedido ou da transação. Nessas situações, o juiz não aplica o direito ao caso concreto, acolhendo ou rejeitando o pedido (art. 487, inciso I, do CPC/2015).

O fracionamento do julgamento confere às partes tutela jurisdicional tempestiva, manifestação da *eficiência* processual. Acrescente-se que não se trata de uma *faculdade* do juiz proferir decisão antecipada parcial. Trata-se de um dever do magistrado, desde que preenchidos os requisitos legais.

O julgamento antecipado parcial do mérito, positivado no art. 356 do CPC/2015, aplica-se mesmo quando existir um pedido único. À evidência, a cisão do julgamento revela-se mais comum quando houver cumulação de pedidos.

A cumulação pode ser tanto *própria* quanto *imprópria*. Na primeira hipótese, pretende-se os dois pedidos cumulados, de

forma *simples* (autonomia entre os pedidos) ou de forma *sucessiva* (o julgamento do segundo pedido depende do acolhimento do primeiro). Na cumulação imprópria, pretende-se um dos dois pedidos apenas. A cumulação imprópria pode ser *subsidiária* (a parte manifesta preferência por um dos pedidos) ou *alternativa* (caberá ao juiz definir qual dos dois, sem que haja uma predileção pelo demandante).

No caso de cumulação própria simples, o julgamento antecipado parcial pode ser em relação a qualquer um dos pedidos cumulados ou a parcela deles.

Na hipótese de cumulação própria sucessiva, parece-me que o julgamento antecipado parcial deve ter, em princípio, por objeto o pedido antecedente.

Tratando-se de cumulação imprópria, seja ela subsidiária, seja ela alternativa, parece-me que a aplicação da técnica da cisão do julgamento exige uma definição pelo juiz desde logo de qual dos pedidos irá acolher, a fim de permitir o julgamento de parcela dele.

O julgamento antecipado parcial do mérito ocorre quando um ou mais pedidos formulados ou parcela deles (i) mostrar-se incontroverso (art. 356, inciso I, do CPC/2015) ou quando estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355 do CPC/2015 (art. 356, inciso II, do CPC/2015).

A incontrovérsia é, sim, do pedido formulado pelo demandante (art. 356, inciso I, do CPC/2015), e não dos fatos constitutivos do direito do autor. Trata-se de hipótese de autocomposição, a qual enseja a decisão homologatória pelo juiz (art. 487, inciso III, do CPC/2015).

O réu pode não contestar os fatos constitutivos do direito do autor, mas negar as consequências jurídicas atribuídas pelo demandante ou alegar algum outro fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor. Tudo a reforçar que não se trata de fato incontroverso, mas, sim, de pedido incontroverso ou de parcela dele.

O art. 356, inciso I, do CPC/2015 acaba por complementar a regra do art. 354, parágrafo único, do CPC/2015, inclusive em

relação à aplicação das regras previstas nos parágrafos do art. 356 do CPC/2015. Trata-se, aqui, de extinção *parcial* do processo (art. 487, inciso III, do CPC/2015).

O art. 356, inciso II, do CPC/2015 impõe a cisão do julgamento quando um ou mais pedidos ou parcela deles estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355 do CPC/2015. Trata-se, aqui, de julgamento antecipado *parcial* do mérito (art. 487, inciso I, do CPC/2015).

Duas situações tornam, em princípio, desnecessária a produção de provas: primeiro, quando os fatos já se encontram suficientemente provados (art. 355, inciso I, do CPC/2015) e, segundo, quando ocorre a presunção de veracidade dos fatos alegados decorrente da revelia (art. 355, inciso II, do CPC/2015).

Não há necessidade de produção de (outras) provas quando a prova documental for suficiente para o esclarecimento dos fatos.

Da mesma maneira, não há necessidade de produção de prova a propósito de fatos notórios (art. 374, inciso I, do CPC/2015), confessados (art. 374, inciso II, do CPC/2015), incontroversos (art. 374, inciso III, do CPC/2015) e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (art. 374, inciso IV, do CPC/2015).

Por outro lado, o art. 356, inciso II, do CPC/2015 impõe o julgamento antecipado parcial do mérito quando ocorrer o efeito material da revelia (art. 344 do CPC/2015) e não houver requerimento de prova pelo réu (art. 349 do CPC/2015), em conformidade com o art. 355, inciso II, do CPC/2015.

O Código de Processo Civil de 2015 admite, expressamente, que, embora revel, possa o réu pleitear a produção de provas, tendentes a contrapor as alegações do demandante (art. 349 do CPC/2015).

O art. 356, parágrafo 1º, do CPC/2015 permite que se reconheça, por meio da decisão antecipada parcial de mérito, a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

Nada impede que se homologue o reconhecimento de procedência de *parte* de pedido ilíquido formulado (art. 487, III, a,

do CPC/2015) ou que se homologue transação parcial que tenha por objeto obrigação ilíquida (art. 487, III, c, do CPC/2015), o que seria uma extinção *parcial* do processo (art. 354, parágrafo único, do CPC/2015).

Nos casos de obrigação ilíquida, procede-se à correspondente liquidação por arbitramento (art. 510 do CPC/2015) ou pelo procedimento comum (art. 511 do CPC/2015).

Mesmo a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto contra a decisão antecipada parcial não impede a imediata liquidação, pois a atividade cognitiva, a ser realizada na liquidação *provisória*, não causa qualquer prejuízo ou embaraço ao réu.

Evidentemente, a concessão de efeito suspensivo obsta o cumprimento provisório da decisão antecipada parcial (art. 995, parágrafo único, do CPC/2015).

A liquidação e o cumprimento provisórios da decisão antecipada parcial não exigem que o credor preste caução (art. 356, parágrafo 2º, do CPC/2015).

Conforme o art. 356, parágrafo 3º, do CPC/2015, uma vez transitada em julgado a decisão antecipada parcial, o cumprimento provisório torna-se definitivo.

A partir do Código de Processo Civil de 2015, não há óbice legal para que a decisão interlocutória tenha por objeto o mérito da causa; só não pode julgar o mérito (*conteúdo*) e pôr fim à fase cognitiva (*efeito*), porque aí enquadrar-se-ia no conceito legal de sentença (art. 203, parágrafo 1º, do CPC/2015).

Assim, a decisão interlocutória pode, no sistema do Código de Processo Civil vigente, ter o *conteúdo* de sentença, isto é, uma das hipóteses do art. 485 (terminativa) ou do art. 487 (definitiva) ambos do CPC/2015, ou apreciar uma *verdadeira* questão incidental, ou seja, um ponto controvertido que tenha surgido no curso do processo (art. 203, parágrafo 2º, do CPC/2015).

Nesse contexto, em consonância com o direito positivo vigente, compreendo que, no Código de Processo Civil de 2015, o julgamento antecipado parcial do mérito dá-se por *decisão interlocutória*.

Em relação à decisão antecipada parcial, seja sem resolução do mérito (art. 354 c/c o art. 485 do CPC/2015), seja com resolução do mérito (art. 354 c/c o art. 487, incisos II e III, do CPC/2015 e art. 356 c/c o art. 487, inciso I, do CPC/2015), o Código de Processo Civil de 2015, independentemente de definir a natureza desses pronunciamentos jurisdicionais (sentença ou decisão interlocutória), deixa claro que o recurso cabível é o de agravo de instrumento, conforme os artigos 354, parágrafo único, e 356, parágrafo 5º, do CPC/2015.

Dessa forma, independentemente da natureza que se atribua à decisão antecipada parcial, ou seja, sentença ou decisão interlocutória, indiscutível o cabimento do agravo de instrumento.

Especificamente em relação ao julgamento antecipado parcial de mérito (art. 356 do CPC/2015), o art. 1.015, inciso II, do CPC/2015 já asseguraria o direito de interpor agravo de instrumento.

Não há previsão expressa no Código de Processo Civil de 2015, para sustentação oral pelos advogados na sessão de julgamento do agravo de instrumento interposto contra a decisão antecipada parcial de mérito, conforme o art. 937 do CPC/2015.

Todavia, nada impede que o regimento interno do próprio tribunal o preveja (art. 937, inciso IX, do CPC/2015).

A(s) parte(s) pode(m) requerer ao órgão colegiado a oportunidade de sustentar oralmente as suas razões recursais, dada a matéria (mérito) objeto do julgamento, inclusive diante do princípio da cooperação processual (art. 6º do CPC/2015).

Não me parece que caiba um negócio jurídico processual a respeito do cabimento de sustentação oral em sede de agravo de instrumento, na medida em que não se trata de poderes nem de faculdades processuais exclusivos das partes (art. 190 do CPC/2015), interferindo diretamente no julgamento do recurso.

Diga-se que, por força do art. 942, parágrafo 3º, inciso II, do CPC/2015, aplica-se no julgamento do agravo de instrumento interposto contra a decisão antecipada parcial de mérito a técnica de ampliação do julgamento. A ressalva é de que, no caso desse agravo de instrumento, impõe-se que haja a reforma da

decisão de primeiro grau por decisão não unânime, o que não se exige (reforma) no julgamento da apelação (*caput* do art. 942 do CPC/2015).

Se, conforme o art. 356, parágrafo 3º, do CPC/2015, uma vez transitada em julgado a decisão antecipada parcial, o cumprimento provisório torna-se definitivo, impõe-se reconhecer, primeiro, a possibilidade de propositura imediata da ação rescisória contra a decisão antecipada parcial de mérito e, em segundo lugar, admitir que, a partir do respectivo trânsito em julgado, conta-se o prazo decadencial de 2 (dois) anos, a despeito do dispõe o art. 975 do CPC/2015.

Como exposto acima, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, ao julgar o RE 666.589, a existência de trânsitos em julgado parciais e o conseqüente início do prazo para a propositura da ação rescisória a partir de cada um deles. Nesse sentido, o art. 975 do CPC/2015 revela-se inconstitucional.

Diga-se que, em conformidade com o art. 966, parágrafo 2º, do CPC/2015, cabe também a propositura de ação rescisória contra decisão não de mérito, desde que ela impeça a propositura de nova demanda.

Portanto, nos casos de decisão antecipada parcial sem resolução do mérito (art. 354 c/c o art. 485, ambos do CPC/2015), se o vício que ensejou a extinção do processo for daqueles que devem ser corrigidos para a propositura de nova demanda (art. 486, parágrafo 1º, do CPC/2015⁶⁴), cabível a ação rescisória.

Logo, na hipótese de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485 do CPC/2015, a parte pode propor ação rescisória contra a decisão antecipada parcial sem resolução do mérito.

No que tange às interlocutórias irrecuráveis imediatamente, proferidas antes da decisão antecipada parcial, existem 3 (três) possibilidades, a propósito da sua revisão no julgamento do agravo de instrumento interposto contra o julgamento parcial, quais sejam:

64 Art. 486.

§ 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.

a) A decisão anterior dizia respeito a questão relacionada *exclusivamente* à parcela do objeto litigioso examinada na decisão agravada;

Nesse caso, se a decisão interlocutória disser respeito *exclusivamente* ao pedido ou à parcela dele que foi objeto do julgamento antecipado parcial com ou sem resolução de mérito (art. 354, parágrafo único, e art. 356 do CPC/2015), a parte deve, *sob pena de preclusão*, pedir, em preliminar do agravo de instrumento ou das correspondentes contrarrazões, a anulação ou a reforma daquela decisão interlocutória anteriormente proferida (art. 1.009, § 1º, do CPC/2015, por analogia) e contra a qual não cabia recurso de agravo de instrumento (art. 1.015 do CPC/2015).

b) A decisão anterior dizia respeito a questão relacionada *exclusivamente* à parcela que não foi examinada na decisão agravada – e que será, portanto, examinada, na sentença;

Nessa hipótese, se for decisão interlocutória irrecorrível imediatamente (art. 1.015 do CPC/2015) que não se refira ao pedido ou à parcela dele objeto do julgamento antecipado parcial do mérito, a parte deve aguardar a posterior apelação ou as respectivas contrarrazões (art. 1.009, § 1º, do CPC/2015) para pleitear a revisão dela, seja para pedir a anulação, seja para pedir a reforma, sendo inadmissível ampliar o objeto do agravo de instrumento (art. 354, parágrafo único, e art. 356, parágrafo 5º, do CPC/2015) para incluí-la.

c) A decisão anterior dizia respeito a questão *comum* à parcela do objeto litigioso examinada na decisão agravada e à parcela que será examinada na sentença.

Por fim, nesta situação, se a parte *não* recorrer em preliminar do agravo de instrumento ou das contrarrazões (art. 1.009, § 1º, do CPC/2015, por analogia), interposto contra o julgamento antecipado parcial com ou sem resolução do mérito (art. 354, parágrafo único, e art. 356, parágrafo 5º, do CPC/2015), contra a decisão in-

terlocutória irrecorrível imediatamente (art. 1.015 do CPC/2015), a parte poderá pedir a revisão, tanto para anular quanto para reformar, da decisão interlocutória em futura apelação ou nas contrarrazões (art. 1.009, § 1º, do CPC). Todavia, os efeitos do julgamento dessa questão pelo Tribunal recairão exclusivamente sobre o pedido ou a parcela dele que foi objeto da sentença, sendo inadmissível se pretender retroagir seus efeitos ao pedido ou à parcela dele que foi decidida pelo julgamento antecipado parcial, sob pena de se ofender a preclusão, caso não tenha transitado em julgado ainda a decisão parcial, ou a coisa julgada, caso já tenha transitado em julgado a decisão parcial de mérito.

Por fim, a decisão antecipada parcial deve abordar todos os *capítulos* relativos ao(s) pedido(s) julgado(s) ou à(s) parcela(s) do pedido único apreciado, incluindo, portanto, a condenação ao pagamento dos honorários sucumbenciais. ❖

BIBLIOGRAFIA:

ARAÚJO, José Henrique Mouta

Disponível em http://www.academia.edu/23192367/A_RECORRIBILIDADE_DAS_INTERLOCUT%C3%93RIAS_NO_NOVO_CPC_VARIA%C3%87%C3%95ES_SOBRE_O_TEMA. Acesso em 03 de novembro de 2017

ARAÚJO, Luciano Vianna

Sentenças parciais?, São Paulo: Saraiva, 2011, Coleção Direito e Processo, coordenador Cassio Scarpinella Bueno.

ARENHART, SÉRGIO CRUZ

Novo Curso de Processo Civil, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARRUDA ALVIM, Teresa

Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel

Novo contencioso cível no CPC/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, revisora Thereza Alvim

BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar
Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XX, coordenação José Roberto F. Gouvêa, Luís Guilherme A. Bondioli e João Francisco N. da Fonseca, São Paulo: Saraiva, 2016, página 89.

BUENO, Cassio Scarpinella
Comentários ao novo Código de Processo Civil, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016;

Manual de Direito Processual Civil, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas
O Novo Processo Civil Brasileiro, 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2018.

CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins
Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CORTEZ, Renata
Disponível em <http://inteiroteor.org/2016/comentando-enunciados/enunciado-no-611-do-fppc/>. Acesso em 3 de novembro de 2017

CRUZ E TUCCI, José Rogério
Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VII, São Paulo: Saraiva, 2016, página 284, coordenadores José Roberto F. Gouvêa, Luiz Guilherme Bondioli e João Francisco N. da Fonseca.

DA CUNHA, Leonardo Carneiro
Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, 13ª edição, Salvador: Juspodivm, 2016.

DA SILVA, Ricardo Alexandre
Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, página 961, coordenadores Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas.

DIDIER JR., Fredie
Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 17ª edição, Salvador: Juspodivm, 2015;

Curso de Direito Processual Civil, vol. 3, 13ª edição, Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme

Novo Curso de Processo Civil, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel

Novo Curso de Processo Civil, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade

Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson

Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção

Manual de Direito Processual Civil, 8ª edição, Salvador, Juspodium, 2016.

PEREIRA, Guilherme Setoguti J.

Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, São Paulo: Saraiva, 2016, página 273, diretor Luiz Guilherme Marinoni, coordenadores Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva

Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES, Viviane Siqueira

Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, São Paulo: Saraiva, 2016, página 273, diretor Luiz Guilherme Marinoni, coordenadores Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero.

SCHENK, Leonardo Faria

Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017, páginas 542/543, organizadores Lênio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha, coordenador executivo Alexandre Freire.

THEODORO JÚNIOR, Humberto
Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 56ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TORRES DE MELLO, Rogério Licastro
Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

UZEDA, Carolina
Disponível em <https://correio-forense.jusbrasil.com.br/noticias/395210830/ncpc-o-julgamento-parcial-do-merito-e-sua-impugnacao>. Acesso em 03 de novembro de 2017

YARSHELL, Flávio
Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, São Paulo: Saraiva, 2016, página 273, diretor Luiz Guilherme Marinoni, coordenadores Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero.

Crítica ao Garantismo Penal Hiperbólico Monocular

Ana Paula Couto

Advogada. Professora de Direito Processual Penal na graduação e na pós-graduação da Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Veiga de Almeida. Especialista em Direito Público e Direito Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Mestra em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

Marco Couto

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

Sumário: Resumo. Abstract. 1. Introdução. 2. O Garantismo Penal Idealizado por Luigi Ferrajoli. 3. O Garantismo Penal Integral. 4. O Garantismo Penal Hiperbólico Monocular. 5. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO: Este trabalho tem como objeto o garantismo penal. Pauta-se a investigação pelo seguinte problema: de que forma os operadores do Direito têm embasado as suas teses utilizando o garantismo penal idealizado por Luigi Ferrajoli? A fim de analisar essa questão, propõe-se comparar o chamado garantismo penal integral e o chamado garantismo penal hiperbólico monocular. A justificativa para este trabalho decorre do fato de a academia não poder ficar à margem do que acontece na realidade forense. A pesquisa pode contribuir para o avanço na compreensão sobre o papel

do garantismo penal. A metodologia de pesquisa utilizada consiste na análise dos dispositivos legais em vigor no Brasil e de textos doutrinários que abordam o garantismo penal. O objetivo do trabalho é demonstrar a forma como o garantismo penal é indevidamente invocado na prática forense. Os resultados da pesquisa indicam que parte da doutrina tem contribuído para esse desvio de ordem prática. A conclusão é no sentido de que, para embasar as suas teses no garantismo penal, os operadores do Direito devem ter maior compromisso com as ideias sustentadas por Luigi Ferrajoli.

PALAVRAS-CHAVE: Garantismo penal. Integral. Hiperbólico monocular.

ABSTRACT: This work has as its object the penal guarantees theory. The investigation is based on the following problem: how have legal practitioners based their thesis on the penal guarantees theory as devised by Luigi Ferrajoli? In order to analyze this question, a comparison between the so-called integral penal guarantees theory and the so-called hyperbolic monocular penal guarantees theory is proposed. The justification for this work stems from the fact that the academy cannot be kept apart from what happens in forensic reality. This research may contribute to advancing the understanding of the role of penal guarantees. The research methodology used consists of the analysis of legal provisions in force in Brazil and theoretical texts that address penal guarantees. The purpose of this paper is to demonstrate how penal guarantees are improperly invoked in forensic practice. The results of this research indicate that part of the doctrine has contributed to this practical deviation. The conclusion is that, in order to base their thesis on the penal guarantees theory, legal practitioners must have a greater commitment to the ideas supported by Luigi Ferrajoli.

KEYWORDS: Penal guarantees theory. Integral. Hyperbolic monocular.

1. INTRODUÇÃO

A realidade forense criminal tem demonstrado diariamente o “emprego” do chamado garantismo penal em situações bas-

tante diversas, levando-se a crer que todos os pedidos formulados pelas defesas podem ser embasados na mencionada teoria.

Em verdade, afirmar que o garantismo penal tem sido “empregado” no dia a dia forense consiste em verdadeira força de expressão. A rigor, o que se pode afirmar, sem qualquer chance de erro, é que expressiva quantidade de advogados e defensores públicos tem embasado as suas teses no garantismo penal que acreditam existir ou no garantismo penal que querem acreditar que exista, sem qualquer preocupação em seguir o que verdadeiramente foi idealizado por Luigi Ferrajoli.

Não são raros os casos em que pedidos inusitados são formulados com a afirmação de que devam ser deferidos em respeito ao garantismo penal, como se nunca se pudesse indeferir um pleito defensivo sem desrespeito à mencionada teoria.

Com a colaboração de parte da doutrina que, a título de examinar o garantismo penal, acaba por sustentar teses que nele não encontram fundamento, muitos advogados e defensores públicos ficam estimulados a formular seus pedidos levando em conta não propriamente o ensinamento de Luigi Ferrajoli, mas sim a visão bastante distorcida que alguns autores dele apresentam.

É nesse cenário que este artigo pretende desenvolver as suas ideias, buscando demonstrar que a contribuição do garantismo penal, tal como idealizado, é verdadeiramente importante para o Direito, não sendo necessário que se extrapolem os verdadeiros limites da mencionada teoria para empregá-la em situações incompatíveis com a mesma.

2. O GARANTISMO PENAL IDEALIZADO POR LUIGI FERRAJOLI

O doutrinador Luigi Ferrajoli¹ notabilizou-se pela teoria do garantismo penal por ele idealizada, sendo certo que a sua mais conhecida obra, qual seja, “Direito e razão: teoria do garantismo penal”, cuja qualidade técnica lhe garante um inegável prestígio,

¹ Luigi Ferrajoli nasceu em Florença, na Itália, em 6 de agosto de 1940, tendo atuado como juiz de 1967 a 1975. A partir de 1970, foi professor de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito na Universidade de Camerino, onde também foi diretor da “Facoltà di Giurisprudenza”. Desde 2003, leciona na Universidade de Roma Tre.

aprofunda a análise sobre questões penais e processuais penais com as quais os operadores do Direito diariamente se deparam.

Evidentemente, a extensão deste artigo não permite uma análise mais densa da teoria mencionada, mas é importante ressaltar alguns princípios nos quais a mesma se embasa, a fim de que se possa, oportunamente, interpretar questões cotidianas que merecem reflexão neste momento.

Nesse aspecto, cabe registrar os seguintes princípios expressamente mencionados pelo autor como base de sua teoria: (1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito, (2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito, (3) princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal, (4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento, (5) princípio da materialidade ou da exteriorização da ação, (6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal, (7) princípio da jurisdicionariedade, no sentido lato ou no sentido estrito, (8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação, (9) princípio do ônus da prova ou da verificação e (10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade².

Expostos os dez princípios mencionados, é importante destacar alguns pontos que serão úteis na compreensão da teoria garantista como um todo, impedindo que sejam feitas análises radicalmente favoráveis aos indiciados ou aos acusados que, em verdade, não têm respaldo nas ideias de Luigi Ferrajoli.

Um primeiro ponto a ser destacado trata do reconhecimento feito pelo autor da necessidade do Direito Penal, tanto que destacado o princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito. Portanto, não se pode incluí-lo entre aqueles que sustentam o abolicionismo penal, ou seja, não se pode qualificá-lo como abolicionista³.

2 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

3 O termo abolicionista é aqui empregado fazendo referência às doutrinas que acusam o Direito Penal de ilegítimo, seja porque moralmente não admitem nenhum tipo de objetivo como capaz de justificar as aflições que o mesmo impõe, seja porque consideram vantajosa a abolição da forma jurídico-penal da sanção punitiva e a sua substituição por meios pedagógicos de controle social de tipo informal.

É bem verdade que o radicalismo dos abolicionistas não chega a contaminar, de forma significativa, os operadores do Direito, sendo certo que, neste ponto específico, se reconhece, de uma forma geral, a imprescindibilidade do Direito Penal, sobretudo para punir práticas criminosas mais graves, girando a discussão propriamente sobre o grau da pena a ser aplicada e sua forma de aplicação, e não sobre a sua necessidade.

Um segundo ponto a ser destacado refere-se à adoção do chamado princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal, o qual importa o reconhecimento da imprescindibilidade da resposta penal nos casos para os quais não se verifique alguma alternativa razoável.

Veja-se que há coerência na adoção dos dois princípios mencionados, na medida em que se reconhece a importância do Direito Penal, afastando-se os argumentos abolicionistas, mas é ressaltado o seu *status* de *ultima ratio*.

Um terceiro ponto a ser destacado relaciona-se ao princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação, sendo importante tal aspecto especialmente para que se resguarde a imparcialidade do julgador.

O desafio passa não apenas pela separação formal na atuação desses dois importantes operadores do Direito – juiz e acusador –, mas, sobretudo, pela equidistância que o julgador deve guardar de ambas as partes, sem a qual dificilmente será possível esperar um julgamento verdadeiramente justo.

Um quarto ponto a ser destacado refere-se ao princípio do ônus da prova ou da verificação, segundo o qual se chega à conclusão lógica no sentido de que cabe à acusação comprovar a culpa do acusado, descabendo ao acusado comprovar a sua inocência.

Isso é facilmente constatado quando se recorda que o princípio da inocência⁴, previsto em sede constitucional, apenas confere ao acusado o *status* de culpado após o trânsito em julgado da sentença condenatória ou do acórdão condenatório.

4 Art. 5, LVII, da Constituição Federal: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Diante de tais princípios, que não revelam qualquer radicalismo de Luigi Ferrajoli, é importante verificar a análise que se tem feito por parte daqueles que aderem ao chamado garantismo penal integral, sendo certo que, posteriormente, será fundamental examinar situações nas quais fica clara a opção de alguns operadores do Direito pelo chamado garantismo penal hiperbólico monocular.

3. O GARANTISMO PENAL INTEGRAL

Logo de início, convém definir o chamado garantismo penal integral como sendo a aplicação da teoria do garantismo penal idealizada por Luigi Ferrajoli, com a rigorosa observância dos direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também com a observância dos deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos).

Veja-se que os mencionados direitos e deveres fundamentais têm sede constitucional, nada justificando que se apliquem os direitos com toda a força e que se esqueçam os deveres, como se os mesmos não tivessem a mesma previsão.

Em artigo que examina cuidadosamente o garantismo penal, Douglas Fischer, de forma acertada, destaca a necessidade de serem objeto de preocupação pelos operadores do Direito as duas óticas referidas, nos seguintes termos.

Em síntese, do garantismo penal integral decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados.⁵

Saliente-se que nada justifica o embasamento de teses flagrantemente descabidas a título de observância da teoria do garantismo penal, sendo certo que, muito ao contrário, o que encontra amparo na mencionada teoria é justamente a adoção de razoáveis pontos de vista, e não um radicalismo injustificado.

Curiosamente, muitos advogados e defensores públicos sustentam com veemência a necessidade de serem conferidas as

⁵ FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 48.

mesmas condições de atuação para a acusação e para a defesa, no que efetivamente têm razão.

Não faz qualquer sentido se prestigiar a acusação em excesso, tratando as pretensões defensivas com má vontade, como se não fosse dever do juiz que preside o processo se manter equidistante de ambas as partes.

Veja-se que, sob o ponto de vista formal, em regra, o legislador confere tratamento igualitário à acusação e à defesa, não se podendo acusá-lo de privilegiar qualquer das partes no tratamento legislativo.

Prova isso, por exemplo, é o fato de os prazos recursais serem idênticos para a acusação e para a defesa, não se verificando qualquer descompasso no tratamento igualitário que as partes merecem ter no processo.

Aliás, é sabido que o defensor público tem prazo em dobro, conforme previsto no art. 5, § 5, da Lei 1060/50⁶, em redação dada pela Lei 7871/89, e nos artigos 44, I, 89, I, e 128, I, da Lei Complementar 80/94.^{7 8 9}

Mas há motivos bastante razoáveis para que se confira esse tratamento desigual, não se podendo desconhecer as condições em que atua o defensor público e a dificuldade que o mesmo enfrenta, não obstante o seu preparo técnico, diante da avassaladora quantidade de processos que são submetidos à sua análise.

Portanto, o ponto que interessa neste momento se refere, em verdade, ao desejo apresentado por muitos advogados e defensores públicos no sentido de que prevaleçam, a qualquer

6 Art. 5, § 5, da Lei 1060/50: Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

7 Art. 44 da Lei Complementar 80/94: São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União: I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

8 Art. 89 da Lei Complementar 80/94: São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios:

I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

9 Art. 128 da Lei Complementar 80/94: São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer:

I – receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

custo, os interesses de seu cliente ou assistido, praticamente sustentando que as regras processuais apenas devem servir para favorecê-lo, e nunca para prejudicá-lo.

Ainda com relação à questão dos prazos processuais que, corretamente, o legislador previu de forma igualitária para a acusação e a defesa, a prática forense tem revelado uma questão simples e, ao mesmo tempo, interessante.

Como é de conhecimento geral, o legislador previu momentos específicos para a acusação e a defesa indicarem as testemunhas que pretendem ouvir em juízo, oportunizando a produção de provas orais para ambas as partes.

Dessa maneira, o art. 41, *caput*, do CPP¹⁰, afirma que o *Parquet*, no momento do oferecimento da denúncia, deve indicar as suas testemunhas, enquanto o art. 396-A, *caput*, do CPP¹¹, afirma que a defesa deve indicar as suas testemunhas por oportunidade da apresentação da sua resposta preliminar.

O legislador não podia ter sido mais claro em tais dispositivos, mas, ainda assim, muitos advogados e defensores públicos insistem em não indicar as suas testemunhas, “protestando pela produção de prova oral”, ou mesmo indicando testemunhas sabidamente fictícias, algumas com nomes de artistas e de pessoas famosas, fazendo-se uma verdadeira brincadeira no processo criminal.

Posteriormente, dias antes das audiências de instrução e julgamento ou mesmo no momento das aludidas audiências, os advogados e os defensores públicos qualificam as suas verdadeiras testemunhas, inclusive, em muitas oportunidades, trazendo-as para depor em juízo sem qualquer comunicação prévia no processo.

Rigorosamente, devem ser indeferidas tais oitivas porque foi superado o momento processual adequado para a vinda aos autos das qualificações das testemunhas, o que causa perplexidade e até mesmo indignação por parte dos advogados e defensores públicos.

10 Art. 41 do CPP: A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

11 Art. 396-A do CPP: Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

É claro que o art. 209, *caput*, do CPP¹², permite a oitiva da chamada testemunha de juízo, mas, para tanto, é necessário que o julgador reconheça a necessidade de sua oitiva, não constituindo direito da defesa a oitiva de testemunha que não foi devidamente qualificada no momento da apresentação da resposta preliminar.

Entender que a ampla defesa, garantida pelo texto constitucional¹³, autoriza o desrespeito aos momentos processuais fixados pelo legislador de maneira inequívoca, em verdade, constitui um indesculpável desvio de perspectiva, sendo certo que, a rigor, a acusação e também a defesa devem estar atentas ao que dispõe o legislador.

Um outro ponto que se mostra interessante é a preservação dos direitos que a vítima possui, a qual deve ser respeitada e tratada dignamente durante todos os atos processuais, mormente naqueles em que a sua presença é necessária.

É sabido que o art. 217, *caput*, do CPP¹⁴, busca garantir um mínimo de tranquilidade para a vítima no momento de seu depoimento em juízo, razão pela qual, em casos excepcionais, o réu deverá ser retirado da sala de audiências durante a sua oitiva.

Veja-se que o legislador foi cuidadoso a ponto de afirmar que o réu apenas não assistirá ao depoimento da vítima se a sua presença causar humilhação, temor ou sério constrangimento, o que significa dizer que, em regra, o acusado presenciará a oitiva.

Também de forma cuidadosa, o legislador previu, em tais casos, a participação do acusado através de videoconferência, sendo certo que ele apenas não assistirá ao depoimento da vítima quando também essa alternativa se mostrar inviável.

Ainda assim, aqueles que radicalizam indevidamente a utilização do garantismo penal sustentam que a ampla defesa garante ao réu permanecer na sala de audiências durante todas

12 Art. 209 do CPP: O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

13 Art. 5, LV, da Constituição Federal: Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

14 Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

as oitivas a serem realizadas, sem qualquer exceção, esquecendo-se que, a exemplo do réu, também a vítima é titular de direitos.

Também com relação à vítima, o art. 201, § 2, do CPP¹⁵, prevê o seu direito de ser informada quanto ao ingresso e saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

Há uma evidente preocupação do legislador com a vítima, sendo certo que se busca preservá-la de novas investidas do réu, ao mesmo tempo em que se pretende mantê-la informada sobre o andamento do processo, já que, naturalmente, a repercussão processual é de seu interesse.

Nessa medida, é preciso compreender que o chamado garantismo penal integral impõe o reconhecimento dos direitos previstos na legislação em vigor que não se referem exclusivamente ao indiciado no inquérito policial ou ao acusado no processo criminal, uma vez que também outros atores – em especial, a vítima – têm direitos a serem reconhecidos no contexto processual.

Feitas essas observações, é fundamental examinar o radicalismo que existe no ponto de vista de alguns operadores do Direito, no momento em que adotam a teoria do garantismo penal, o que, verdadeiramente, lhes confere uma visão distorcida de uma teoria tão importante no mundo jurídico.

4. O GARANTISMO PENAL HIPERBÓLICO MONOCULAR

O título deste artigo, agora tratado mais especificamente, decorre de uma expressão bastante precisa adotada por Douglas Fischer, a qual melhor fica explicitada nas palavras do mencionado autor.

Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de direitos fundamentais individuais implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de garantismo penal hiperbólico monocular: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isola-

15 Art. 201, § 2, do CPP: O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

da (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, não é e nunca foi o propósito único do garantismo penal integral.¹⁶

O autor não podia ter sido mais preciso, uma vez que há, por parte de muitos operadores do Direito, um exagero dirigido, maximizando-se os direitos em favor dos indiciados nos inquéritos policiais e dos acusados nos processos criminais, como se o garantismo penal, idealizado por Luigi Ferrajoli, tivesse apenas esse propósito, esquecendo-se dos demais envolvidos no contexto processual.

Há sempre questões de ordem prática que bem demonstram tal exagero dirigido, sendo interessante transcrever a ementa de um acórdão, oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, inserido no livro intitulado *Garantismo Penal Aplicado*, escrito por Amilton Bueno de Carvalho¹⁷.

Roubo majorado. Agravante do art. 61, inciso II, alíneas *c* e *h*. Afastamento. Palavra da vítima. Especial valor.

A palavra da vítima, em delitos da espécie, onde tudo ocorre às escondidas, assume especial valor, máxime quando não provado interesse espúrio na condenação.

A agravante de cometer crime “contra velho” não é verificável tão só por critério cronológico, mas pelas condições pessoais do ofendido.

A agravante da “surpresa” não se aplica aos delitos de roubo porque ínsita à conduta do próprio crime – “violência”.

À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo para reduzir a pena imposta.¹⁸

O ponto específico que se pretende abordar nesse julgado diz respeito à exclusão da circunstância agravante decorrente da

¹⁶ FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 48.

¹⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 5.

¹⁸ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 70005419502, julgada em 18 dez. 2002.

condição de velho da vítima, especialmente porque, no caso concreto, a defesa, ao apelar, sequer sustentou tal tese, a qual foi reconhecida de ofício pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No caso concreto, a vítima tinha 74 anos de idade, razão pela qual a sentença de primeiro grau, no momento da fixação da pena, reconheceu a incidência da circunstância agravante prevista no art. 61, II, *h*, do Código Penal¹⁹.

À época dos fatos, o mencionado dispositivo impunha o acréscimo da pena quando a vítima tivesse o *status* de “velho”, sendo certo que, posteriormente, por força da Lei 10741/03, a sua redação foi alterada para determinar o acréscimo da pena nos casos em que a vítima tenha mais de sessenta anos de idade.

Entretanto, o acórdão aludido afirma que a velhice não é critério cronológico, para concluir que o fato de a vítima ter 74 anos de idade não lhe confere, necessariamente, o *status* de velho, de forma que, para a incidência da mencionada circunstância agravante, seria necessário comprovar a fragilidade da vítima decorrente do seu tempo de vida, o que não ocorreu no caso concreto.

Em outras palavras, adotando um critério não previsto pelo legislador, o acórdão tratou de aliviar a resposta penal que lhe foi imposta na sentença, sendo difícil acreditar que algum julgado ficaria imune de crítica se adotasse o mesmo radicalismo contrário aos interesses da defesa.

Outro interessante exemplo prático do radicalismo que orienta a atuação de alguns operadores do Direito em favor dos acusados pode ser igualmente colhido na referida obra escrita por Amilton Bueno de Carvalho²⁰, sendo certo que o julgamento também advém do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

A questão relaciona-se à incidência da circunstância agravante prevista no art. 61, II, *e*, do Código Penal, sendo a ementa do respectivo acórdão esclarecedora do entendimento adotado, valendo a sua transcrição.

¹⁹ Art. 61 do Código Penal: São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II - ter o agente cometido o crime:

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida.

²⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de. Garantismo penal aplicado. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 33.

Penal. Roubo majorado. Circunstância agravante. Crime cometido contra irmã. Controle de constitucionalidade. Agressão aos princípios da igualdade, secularização e racionalidade. Inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do artigo 61, inciso II, “e”, do Código Penal. O patrimônio e a integridade da irmã do denunciado, enquanto bens jurídicos, merecem a mesma proteção que é alcançada a qualquer do povo, sob pena de violação ao princípio constitucional da igualdade.

Se a condição parental não facilitou a consumação do crime, tampouco revestiu descumprimento de dever jurídico assistencial ou causou dano psicológico à vítima, não há razão alguma para o acréscimo de pena, pois a valoração de circunstância que em nada altera o juízo de reprovação agride o princípio da racionalidade.

A exasperação da pena, calcada tão somente no descumprimento de um dever moral de fidelidade de um irmão para com o outro, agride o princípio constitucional da secularização.

Compete ao julgador fiscalizar a constitucionalidade da lei, suprimindo, dentre seus sentidos possíveis, aqueles incompatíveis com os preceitos constitucionais, utilizando-se da técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (lição do Prof. Lênio Luiz Streck).

À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo.²¹

O que se verifica também nesse caso concreto é a opção exagerada em prol da defesa, criando-se um mecanismo para afastar a opção claramente feita pelo legislador sem qualquer mácula à Constituição Federal.

Veja-se que o art. 61, II, *e*, do CP²², prevê, expressamente e de maneira razoável, a majoração da pena quando se trata de crime praticado contra irmão, o que exatamente ocorreu no caso

²¹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 70004388724, julgada em 26 jun. 2002.

²² Art. 61 do Código Penal: São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II - ter o agente cometido o crime:

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge.

agora em destaque, sendo certo que apenas um esforço muito grande do aplicador da lei e uma certa criatividade podem ser capazes de afastar a aplicação da mencionada norma.

Verdadeiramente, ainda que a chamada inconstitucionalidade parcial sem redução de texto seja sustentada por alguns autores^{23 24}, o acórdão em exame utilizou-se de tal técnica para, de forma exagerada, aliviar a situação do condenado.

Para encerrar este tópico, é importante enfatizar um exemplo ainda mais gritante de opção do aplicador do Direito pelo chamado garantismo penal hiperbólico monocular, constante na já mencionada obra de Amilton Bueno de Carvalho²⁵, radicalizando-se, de forma muito clara, o propósito de suavizar a situação do acusado.

O caso trata de uma tentativa de roubo praticada por duas pessoas, tendo ocorrido o desmembramento dos autos, sendo certo que, por oportunidade do julgamento de um dos envolvidos, a juíza de primeiro grau condenou o acusado por tentativa de roubo simples, excluindo a causa de aumento de pena decorrente do concurso de agentes²⁶.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, tendo a segunda instância confirmado a sentença, merecendo destaque a ementa do acórdão confirmatório, que teve o seguinte teor.

Roubo. Concurso. Corrupção de menores. Culpabilidade.

Se a grave ameaça emerge unicamente em razão da superioridade numérica dos agentes, não se sustenta a majorante do concurso, sob pena de “bis in idem”.

Inepta é a inicial do delito de corrupção de menores (Lei

23 STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 477-478.

24 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade do Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 264.

25 CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 75.

26 Art. 157 do Código Penal: Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. § 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade:

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas.

2252/54) que não descreve o antecedente (menores não corrompidos) e o conseqüente (efetiva corrupção pela prática do delito), amparado em dados seguros coletados na fase inquisitorial.

O princípio da coculpabilidade faz a sociedade também responder pelas possibilidades sonegadas ao cidadão – réu.

Recurso improvido, com louvor à juíza sentenciante.²⁷

O que se percebe com grande nitidez no caso em destaque é uma certa miopia do aplicador da lei, uma vez que em nenhum momento o legislador pretendeu permitir tal interpretação, a qual só tem lugar se, verdadeiramente, o propósito for beneficiar, a qualquer custo, o acusado, aliviando a resposta penal que lhe seja conferida.

São esses julgados, que trouxemos para exemplificar a questão, e muitos outros que evidenciam a equivocada invocação da teoria do garantismo penal, idealizada por Luigi Ferrajoli e tantas vezes aplicada sob um ponto de vista que nega a sua origem.

5. CONCLUSÃO

A título de conclusão, é importante registrar que a teoria do garantismo penal é adotada de maneira tão distinta pelos operadores do Direito que a sustentam que o analista mais desatento corre o risco de concluir que existe mais de uma teoria.

Isso porque os princípios já externados neste estudo que embasam verdadeiramente a teoria idealizada por Luigi Ferrajoli não permitem a sua aplicação radical, servindo, muito ao contrário, para embasar uma razoável aplicação da mesma.

Apenas para lembrar de três dos dez princípios já referidos neste estudo, é preciso registrar que ninguém pode negar a importância, por exemplo, do princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação, do princípio do ônus da prova ou da verificação ou do princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

²⁷ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 70002250371, julgada em 21 mar. 2001.

A exemplo dos demais princípios, esses três acima destacados viabilizam um processo criminal que atende aos interesses das partes e permitem a prolação do julgamento da maneira mais justa possível.

Nada justifica que se radicalize a teoria para adotá-la como base para qualquer tipo de pedido a ser formulado pelos advogados e defensores públicos, como se também aos indiciados no inquérito policial ou aos réus no processo criminal propriamente dito não pudessem ser impostas regras a serem obedecidas.

Não são todos os pedidos defensivos que devem ser acolhidos, sendo absolutamente indevida a ideia no sentido de que o garantismo penal possa ser utilizado como fundamento para qualquer pedido a ser feito em prol dos indiciados ou dos acusados.

É importante registrar que existem outras pessoas envolvidas no processo criminal, cujos direitos devem ser igualmente reconhecidos e respeitados, como as testemunhas e as vítimas, por exemplo.

Em sua obra “Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis”, Rubens Casara faz uma espécie de desabafo com relação ao qual não concordamos, mas que merece transcrição diante da seriedade com a qual o mencionado autor enfrenta o tema.

Percebe-se, pois, que só será possível reconstruir o Estado Democrático de Direito se os membros das agências estatais, em especial do Poder Judiciário, forem dotados da coragem necessária para fazer cumprir o projeto constitucional. Coragem que falta sempre que as decisões judiciais se distanciam das normas constitucionais para atender às maiorias de ocasião ou se submeter aos interesses dos grandes grupos econômicos e daqueles que detêm o poder político. Sem coragem para fazer valer as “regras do jogo”, não há Estado Democrático de Direito, e sim mero simulacro, aquilo que se está a chamar de Estado pós-democrático.²⁸

28 CASARA, Rubens. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2017, p. 221.

Temos o maior respeito pela trajetória profissional e acadêmica de Rubens Casara, mas divergimos no ponto em que afirma que a coragem é necessária para a observância do que nomina como projeto constitucional.

É certo que se pode apontar falhas do sistema de justiça brasileiro, o que, aliás, pode ser feito também com relação ao que ocorre em muitos outros países, mas é preciso compreender que o reconhecimento do chamado projeto constitucional há de ser feito por todos os operadores do Direito, seja para reconhecer e respeitar direitos dos indiciados nos inquéritos policiais ou dos acusados nos processos criminais propriamente ditos, seja para reconhecer e respeitar direitos de outros envolvidos no contexto processual.

Ocorre que o reconhecimento e o respeito de direitos de outros envolvidos no contexto processual pode, eventualmente, gerar prejuízo aos indiciados no inquérito policial ou aos acusados no processo criminal, tudo em observância às chamadas regras do jogo.

O jogo processual, verdadeiramente, deve ser jogado com a observância das regras que lhe são pertinentes, seja para favorecer os indiciados nos inquéritos policiais e os réus nos processos criminais, seja para prejudicá-los, sendo absolutamente indevida a adoção do garantismo penal hiperbólico monocular.

Afinal, não existe jogo cujas regras sempre favoreçam apenas um dos jogadores. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CASARA, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade do Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)?
In: CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo; FISCHER, Douglas (Coord.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

O Procedimento Judicial das Medidas Protetivas de Urgência Previsto na Lei 11.340/2006

Yedda Christina Ching San Filizzola Assunção

Juíza de Direito Titular do IV Juizado de Violência Doméstica do TJRJ

Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil.

RESUMO:

Apresentamos interpretação de normas da Lei 11.340/2006 que se referem às Medidas Protetivas de Urgência, de afirmada natureza jurídica penal, estabelecendo padrão de método de processamento judicial, tendente não apenas a aplicar com maior abrangência e efetividade a garantia constitucional e a norma legal, mas também visando à abertura de espaços de composição cível de eventuais conflitos familiares e parentais subjacentes à questão da violência doméstica – nem sempre relacionados exclusivamente a cristalização de papéis de gênero, e principalmente observando uma nova compreensão do direito penal como o instrumento estatal de fato eficaz a soluções de conflitos nas sociedades pós-industriais ocidentais.

ABSTRACT:

We present interpretation of norms of the Brazilian law 11340/2006 that refer to the emergency protective measures, of asserted criminal legal nature, establishing a standard of judicial processing method, tending not only to apply with greater scope and effectiveness of the constitutional guarantee and the legal norm, but also in order to open spaces of civil composition

of any family and parental conflicts underlying the issue of domestic violence – not always related solely to crystallization of gender roles, and mainly observing a new understanding of criminal law, as the state instrument effectively to conflict solutions in Western post-industrial societies.

PALAVRAS CHAVES:

Lei 11.340. Lei Maria da Penha. Medidas Protetivas de Urgência. Procedimento. Violência doméstica.

KEYWORDS:

Law 11.340. Maria da Penha law. Emergency protective measures. Procedure. Domestic violence.

ÍNDICE:

1. Introdução
Importância, método de interpretação
2. O procedimento judicial das medidas protetivas previstas na lei 11340/2006
3. A lei 13827/2019, aplicação antecipada do afastamento do lar.
4. Conclusão.

INDEX:

1. Introduction. Importance, method of interpretation
2. The judicial procedure for the protective measures provided for in law 11340/2006
3. Law 13827/2019, Law 13827/2019, early application of the protective action of home clearance.
4. Conclusion.

1. INTRODUÇÃO

Nas sociedades pós-industriais, o direito penal, antes visto como instrumento de pressão punitiva, converteu-se em instrumento de punição dos grupos sociais minoritários e mais frágeis.

O espectro ideológico de esquerda, que antes afirmava a necessidade de redução de tal busca punitiva, converteu-se para afirmar a necessidade da efetiva aplicação de um discurso de segurança. E um discurso utilizando o Direito Penal, em uma terceira velocidade ¹ – não agora focada nos procedimentos burocráticos ou nas garantias dos réus –, mas mirando a efetividade da proteção das vítimas efetivas ou potenciais.

Nesse contexto, exsurtem as normativas internacionais, compromissando os países que as ratificam a elaborar normas penais e processuais tendentes a **erradicar** a violência contra a mulher, e após decisão de Tribunal Internacional – também exemplo de um direito penal não tradicional – no Brasil, é editada a Lei 11.340/2006.

A Lei conhecida com Maria da Penha não cria tipos penais, apenas explicita a questão da violência contra a mulher, restringindo-se, porém, à violência doméstica. E nesse contexto apresenta Medidas Protetivas a serem judicialmente deferidas para assegurar, cautelarmente, direitos pessoais, patrimoniais ou sociais da vítima.

É um novo olhar, não para o réu, mas para quem está mais fraco naquela relação.

A melhor interpretação da lei, no tocante à aplicação de Medidas Protetivas, é não tratar as partes como inimigas, como antagonistas, mas como partícipes de uma dinâmica viciada, cabendo ao Estado, pelo Poder Judiciário, modificar essa dinâmica, realizando um procedimento célere, efetivo e humano para a solução do conflito violento.

2. O PROCEDIMENTO JUDICIAL DAS MEDIDAS PROTETIVAS PREVISTAS NA LEI 11340/2006

A lei Maria da Penha é um marco no direito brasileiro, inovando nas possibilidades, método de requerimento e aplicação de proteção à vítima. Contudo, no que se refere ao procedimento judicial adotado, temos apenas algumas regras, algumas imprecisas.

¹ SILVA SANCHES, Jêsus Maria, A Expansão do Direito Penal, aspectos da política Criminal nas sociedades pós-industriais, Ed. Revista dos Tribunais.

Não há regulação legal das fases procedimentais, ou da extensão da atuação judicial, razão pela qual mostra-se indispensável a análise e aprimoramento dos procedimentos empiricamente adotados, em especial nas Medidas Protetivas de Urgência.

A primeira regra, prevista no artigo 18, estabelece que o prazo para apreciação judicial liminar da medida protetiva é de 48 horas, contadas não da data do encaminhamento dos autos ao juiz, mas do recebimento em cartório do requerimento, seja ele originário da delegacia, seja apresentado de forma autônoma pela vítima. Reconhece-se, portanto, a particular urgência do requerimento, a celeridade a ser imposta na tramitação.

No mesmo prazo, deve o juiz determinar o atendimento da vítima pela Defensoria Pública ou por advogado nomeado, bem como comunicar a narrativa da vítima ao MP. É de se esclarecer que não se previu o encaminhamento dos autos, mas apenas a ciência dos fatos narrados pela vítima. Contudo, em um sistema de processamento ainda físico, mostra-se indispensável o envio dos autos para assegurar a ciência pessoal do Ministério Público. Ainda dentro do prazo de 48 horas, a vítima é encaminhada para atendimento jurídico.

A melhor compreensão é de que as medidas protetivas se dirigem exclusivamente ao juiz. O artigo 19 da lei e seu parágrafo único deixam claro que não é cabível – mais do que apenas dispensável, a manifestação do Ministério Público antes da apreciação das Medidas Protetivas. A referida norma reforça a natureza jurídica penal das medidas protetivas, mas evidencia que não há conteúdo punitivo na decisão, apenas conteúdo gerencial de crise social, afastando a intervenção do Ministério Público.

Não há previsão de contraditório anterior ou posterior à decisão judicial, o que causa certo desconforto no intérprete que insiste em uma aplicação tradicional do Direito. As medidas protetivas não são enquadráveis em classificações procedimentais cíveis – quer como medidas cautelares, quer como procedimentos de jurisdição voluntária, e muito menos como ações cíveis autônomas. Aqui temos, claramente, um exemplo

de um novo direito, a tutela de uma garantia fundamental, por ação direta, que obriga terceiro ou a si mesmo, mas que exige uma decisão judicial para acrescer coercitividade ao direito constitucionalmente assegurado.

Ainda que sem contraditório, havendo a intervenção estatal, é indispensável a oportunidade de manifestação daquele contra quem se exige o direito. Contudo, é necessário ratificar: a lei não previu a garantia de um contraditório processual, mas apenas a oportunidade para que o requerido possa apresentar modificações à pretensão, daí porque não se pode pretender aplicação de efeitos de revelia ou contumácia, ou ônus de sucumbência. O réu é tão somente intimado, segundo a tradicional classificação de Barbosa Moreira, uma vez que não se defende das alegações da requerente, apenas toma ciência dos termos do processo e do que deve fazer e deixar de fazer.²

Decorre ainda da interpretação do artigo 12, III, da Lei 11340/2006 que nos requerimentos autônomos de medidas protetivas, ajuizados diretamente pela mulher que se apresenta como vítima ou por interessado, não é exigível representação postulatória, tal como ocorre na representação feita em sede policial.

Melhor esclarecendo, diferentemente de situações de prisão temporária ou de interceptação telefônica, nas medidas protetivas previstas na Lei 11340/2006, a autoridade policial não faz requerimento; o documento encaminhado pela delegacia de polícia com o requerimento de medidas protetivas não deve ser compreendido como uma atividade intelectual da autoridade policial, mas sim como uma pretensão da vítima, apresentada ao juízo em formulário preenchido em sede policial.

Dessa forma, não deve haver qualquer estranhamento na apresentação de um requerimento de medida protetiva originado em uma delegacia seguido de um relatório final no inquérito promovendo pelo arquivamento, inexistindo qualquer irregularidade ou ilegalidade na concessão de Medidas Protetivas nessa hipótese.

² BARBOSA MOREIRA, José Carlos; O novo processo Civil Brasileiro, ed. Forense, 23ª edição, 2005. Fls. 26/27

A autonomia do procedimento de medidas protetivas de urgência é evidente. Não se trata de procedimento cautelar, porque não acessório à ação penal. A lei 11.340/2006 autoriza a propositura de requerimento de medida protetiva fundado na constatação de “*prática de violência doméstica e familiar*”. Dessa forma, o fundamento não é a ocorrência de crime ou contravenção, mas sim qualquer conduta violadora dos direitos da mulher, ainda que não particularmente protegida pelo direito penal com a tipificação.

Essa particularidade é importante para demonstrar de forma inequívoca a necessidade de nova interpretação do direito apresentado na Lei 11.340/2006. Não se trata de regramento simples de direito material ou processual, mas de criação de nova sistemática interpretativa baseada em moderna concepção das funções e fundamentos do direito penal.

As ações de Medidas Protetivas não guardam simetria com eventual ação penal voltada a imposição de pena, de tal forma que é possível prever situações nas quais seriam os réus criminalmente absolvidos por excludentes de ilicitude, mas condenados a manter determinadas condutas em medidas de proteção à mulher.

Ademais, as medidas protetivas são dotadas de provisoriedade, fungibilidade, revogabilidade e substitutividade, sendo cabível a qualquer tempo durante o curso do processo alteração da decisão liminar, a fim de melhor adequar a decisão final à situação daquele determinado grupo envolvido na violência doméstica.

Desde logo, é preciso afirmar o **caráter dúplice** de todas as medidas protetivas. **As medidas obrigam compulsoriamente aos requeridos, mas devem ser tidas como antecipadamente compromissadas pela requerente**, ou seja, a obrigação estabelecida na medida protetiva deve também ser praticada pela requerente.

Quando a vítima requer uma Medida Protetiva de Urgência, e isso deve ser esclarecido a ela, está afirmando implicitamente que se compromete a realizar todas as condutas necessárias ao cumprimento da medida. Assim, se requer o afastamento do companheiro da casa, está afirmando que não o quer mais dentro da

residência e não o convidará para nela ingressar, da mesma forma se afirmar que deseja a proibição de aproximação, está afirmando que não irá procurar o requerido, ou dele se aproximar.

A consequência para o descumprimento da obrigação assumida pela vítima-requerente é a perda da coercitividade da medida. Não se pode imputar ao requerido o descumprimento da medida se houver comprovação de uma conduta ativa da requerente estimulando a prática.

Voltando à questão da provisoriedade das medidas protetivas, esta deve ser analisada com maiores detalhes: considerando que as medidas protetivas previstas no artigo 22 restringem a liberdade ou outros direitos do requerido – e devem ser apreciadas de forma incidental - entendo que há que se reconhecer a necessidade de fixação de prazo nas decisões liminares de medidas protetivas.

Assim decidindo, fixando um prazo na decisão inicial que deferir medidas protetivas, informa-se às partes a necessidade de resolução do conflito dentro de curto prazo. E na hipótese de o réu intimado não apresentar qualquer restrição à decisão proferida, é de se reconhecer o direito da vítima ou requerente.

A questão não é unânime. Há quem decida simplesmente julgando procedente o requerimento e estabelecendo uma proibição de aproximação perene. Outras decisões são no sentido de deferir liminarmente a medida protetiva e, após o decurso do prazo fixado, extinguir a medida pela perda superveniente do interesse.

Antes me filiava a essa última corrente; hoje, revi a posição, estabelecendo um ponto intermediário.

A reconhecida necessidade de proteção à vítima contra a violência fundamenta as medidas protetivas, mas também deve fundamentar outras decisões no âmbito do direito de família. A medida protetiva é um instrumento de apoio, concedido de forma urgente, para alterar a dinâmica do relacionamento entre a vítima e o suposto agressor, mas não será tal decisão a única, ou mesmo a principal que comporá o conflito existente entre as partes.

Dentro do procedimento, após a intimação do réu para ciência da decisão liminar, é cabível a realização de audiência de viés conciliatório para estabelecer não apenas limites de convivência entre as partes envolvidas no processo criminal, mas também, e *principalmente* para resolver questões familiares e patrimoniais relacionadas a extinção do casamento.

Ainda que a Jurisprudência dos Tribunais Superiores seja no sentido de afastar, ao meu sentir erroneamente, a possibilidade de aplicação dos preceitos de justiça restaurativa aos delitos ocorridos em situação de violência doméstica, é indispensável reconhecer a necessidade de conciliar os interesses cíveis das partes envolvidas no conflito.

Na realidade cotidiana, percebemos que muitos casos, senão a maioria dos casos de violência doméstica têm origem, ao menos em parte, em uma má compreensão de direitos e deveres do casamento e da parentalidade, má compreensão essa que se perpetua se houver uma atuação meramente burocrática e processualista do juiz da causa.

Há que se ressaltar contudo nesse ponto que, no tocante aos direitos e deveres do casamento e da parentalidade, não há preponderância de direitos pelo gênero – afirmação fruto da efetividade da ideologia feminista na sociedade ocidental – daí porque, na conciliação de tais direitos e deveres, não deve haver qualquer viés protetivo de gênero na atuação judicial, mas apenas a observação do melhor interesse das crianças e adolescentes envolvidos nas relações familiares, bem como a finalidade de erradicação da violência contra a mulher.

Dessa forma, a decisão final proferida na Medida Protetiva, embora seja dotada de provisoriedade, deve também ser marcada de efetividade e certeza. Assim, é de se reconhecer a necessidade de prolação de decisão de mérito para a pretensão apresentada. Contudo com prazo certo, tal como na aplicação das penas restritivas de direito, ou de *sursis*, deve a decisão indicar período de duração, locais de cumprimento ou de abstenção.

É cabível assim, na hipótese de provimento do pedido da mulher, não apenas fixar as medidas protetivas previstas nos artigos 22 e 23 da Lei 11.340/2006, mas também determinar frequência a grupos reflexivos de gênero, de conscientização de alcoolismo e drogadição, bem como determinar encaminhamentos a atendimentos médicos, sociais ou jurídicos.

Esclareça-se que, considerando a ausência de contraditório e, como já afirmado, a inexistência de simetria entre Medida Protetiva e Ação Penal, destaca-se a inexistência de formação de coisa julgada. A decisão de estabelecimento de Medida Protetiva não importa em reconhecimento de autoria, e sequer de materialidade de crime, ainda que originados no mesmo Registro de Ocorrência.

3. A LEI 13.827/2019 E A APLICAÇÃO ANTECIPADA DA MEDIDA DE AFASTAMENTO DO LAR

Sancionada recentemente, a Lei 13.827/2019 prevê a antecipação da aplicação da Medida Protetiva de afastamento do lar quando *verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica*.

A referida lei tem diversos dispositivos de duvidosa constitucionalidade, sendo indispensável, antes mesmo de qualquer declaração, a realização de uma interpretação constitucional.

É importante ressaltar que, ainda a partir de uma interpretação literal, temos a aproximação da hipótese de atuação **restrita** a situação análoga, prevista no artigo 25 do Código Penal, a Legítima Defesa. Lá utiliza-se a expressão “ injusta agressão atual ou iminente a direito seu ou de outrem”.

Assim, é de se compreender que a aplicação antecipada da medida da pena é *absolutamente excepcional*, restrita a casos em que a vítima de fato se encontre na iminência – por fatores físicos e temporais - de sofrer agressão à sua vida ou ao seu corpo.

De uma forma clara, não deve ser admitida aplicação antecipada de afastamento do lar quando a vítima não estiver dentro da casa, não estiver sob o jugo do seu agressor – ainda que por decisão judicial. A justificativa para tal compreensão é a celerida-

de do rito já imposto pela Lei 11.340/2006: toda e qualquer medida protetiva, inclusive o afastamento do agressor do lar, deve ser apreciada em até quatro dias, contados da data do registro da ocorrência em sede policial.

Se quatro dias é o trâmite legal, o espectro de aplicação da Lei 13.827 é apenas **o período de tempo antes da decisão judicial**, sendo vedada a realização de reapreciação do requerimento de medida, com base no mesmo fato apresentado, por outro juiz, e com mais razão vedado o atual de qualquer policial.

Repita-se, a antecipação do afastamento do lar, anterior ou concomitante com o registro de ocorrência, somente pode ser realizada se a vítima estiver na iminência de sofrer lesão física. Informando ela que dispõe de local de acolhimento ou permanência, no qual aguardará a decisão judicial a ser proferida, é incabível o afastamento do agressor do lar.

Tal interpretação se justifica pela evidência de violação ao direito de intimidade e propriedade do suposto futuro agressor. Não se está exagerando em dizer que outra interpretação, mais alargada, é, senão um exercício de futurologia, o desapossamento em decorrência de mero juízo de possibilidade de agressão, não probabilidade.

Além disso, pelo princípio da inelegibilidade da Jurisdição, nenhum outro órgão da administração pública, senão o Poder Judiciário, pode realizar apreciação de aplicação da lei sem autorização constitucional. É, portanto, flagrantemente inconstitucional a pretensão de se admitir que delegados de polícia e policiais em geral decidam sobre vedações ao exercício do direito de propriedade de alguém, ainda que contra ele pese imputação de prática de crime violento.

Ademais, a referida lei se limita a uma única medida protetiva, o afastamento do lar, mantendo a evidente exclusividade de jurisdição do Poder Judiciário das demais medidas protetivas, algumas complementares a essa primeira.

Por tudo, compreendemos que a Lei 13.827 pretendeu, com uma medida policialesca, solucionar a histórica ineficiência do

poder público na criação de abrigos e casas de acolhimento à mulher. Não havendo local onde a mulher possa aguardar em segurança a apreciação da sua pretensão de afastamento do seu potencial agressor, criou-se uma norma inconstitucional que fingirá proteger a mulher, mas que apenas fingirá, uma vez que retirado o dito agressor à força policial, nada impede o seu retorno algumas horas depois. Quem protegerá essa mulher nas 48 horas após a atuação policial? Ou se pretende que haja uma permanência de escolta policial à vítima? Ou pior, se pretende a efetiva restrição da liberdade do suposto iminente agressor através da sua prisão, como sugere o segundo parágrafo do artigo 12C ?

Indispensável que seja repensada a estrutura da afirmada rede de proteção à mulher vítima de violência doméstica, para de fato criar mecanismos, instituições de acolhimento, abrigo, desenvolvimento social das vítimas, muito mais do que entregar a elas uma decisão judicial cuja coercitividade depende exclusivamente da vontade do dito agressor.

4. CONCLUSÃO:

A Lei 11.340/2006 estabeleceu um novo paradigma de proteção na sociedade, apresentando a possibilidade de restrição à liberdade por condutas não criminalmente tipificadas, mas que atingem direitos constitucionalmente protegidos – especificamente atendendo às mulheres vítimas de violência doméstica.

Na sistemática protetiva da lei, foi apresentado o procedimento de Medida Protetiva de Urgência, com natureza híbrida, não definida em um ramo tradicional do Direito. Passados mais de 10 anos do advento da lei, tal procedimento ainda não foi regulamentado e causa controvérsias, sendo ainda necessário estabelecer a natureza, objeto e limites das decisões proferidas.

O presente trabalho apresenta sugestão de procedimento de Medida Protetiva e processamento em vara de violência doméstica e familiar, estabelecendo a natureza criminal das Medidas Protetivas, bem como o processamento diferenciado e globante, tendente a não apenas apaziguar o conflito entre as

partes pelo decurso do tempo, mas fazendo incidir a ação estatal na solução da questão original do atrito, seja ela psicológica, jurídica ou social.

O procedimento deverá ser composto de uma decisão liminar, seguida da intimação das partes e do Ministério Público. Percebendo-se o interesse e a possibilidade, deverá ser aberto ambiente para as partes solucionarem voluntariamente um conflito subjacente à questão da violência. Independentemente, porém, deverá ser proferida sentença de mérito, provendo ou não o requerimento de Medidas Protetivas apresentado pela vítima. ❖

Consequencialismo Judicial na Suspensão de Segurança nos Julgamentos de Direito Regulatório

Alexander Leonard Martins Kellner

Mestre em Direito da Regulação, FGV DIREITO RIO (2019). Pós-graduado em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (2013), Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2011). Bolsista CAPES/FGV Direito Rio.

RESUMO

A relação entre a interpretação das normas jurídicas e a realização e concretização, baseada em consequências, de propósitos constitucionalmente assegurados parece cada vez mais frequente na jurisprudência dos tribunais brasileiros. Nesse sentido, juízes, desembargadores e ministros parecem introduzir uma lógica e racionalidade jurídica baseadas em argumentos consequencialistas quando da prolação de decisões judiciais. O principal ponto é que, quando a autoridade judicante fundamenta uma certa decisão, por meio da análise das consequências produzidas por ela e eventuais alternativas, o decisor deve elaborar uma fundamentação dependente de critérios científicos, extrajurídicos de adequação. O problema é que juristas não gozam de capacidade epistemológica para manusear corretamente os referidos critérios. O presente trabalho analisa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando da prolação de decisões no âmbito de pedidos de suspensão de segurança relacionados ao direito regulatório. O objetivo do trabalho se consubstancia na localização de problemas relacionados à dimensão positiva do raciocínio consequencialista

e, com base em uma justificação de segunda ordem, o trabalho objetiva propor uma de segunda ordem aos ministros do STJ: sempre aplicar 4 (quatro) das 5 (cinco) etapas da análise de impacto regulatório quando do julgamento de pedidos de suspensão de segurança no âmbito do direito regulatório.

PALAVRAS-CHAVE:

Regulação. Consequencialismo. Neil Maccormick. Luis Fernando Schuartz. Decisões de segunda ordem.

ABSTRACT

The relationship between the interpretation of legal norms and the realization and concretization, based on consequences, of constitutionally assured purposes seems increasingly frequent in the jurisprudence of the Brazilian courts. In this sense, judges, appeal court judges and ministers appear to introduce a logic and juridical rationality based on consequentialist arguments when rendering judicial decisions. The main point is that when the judicial authority bases a certain decision, by analyzing the consequences produced by it and possible alternatives, the decision maker should elaborate a reasoning based on scientific, extra-legal criteria of adequacy. The problem is that jurists do not have the epistemological ability to correctly handle those criteria. This paper analyzes the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ) in the rendering of decisions in the context of requests for suspension of security related to the regulatory law. The scope of this work is to locate problems related to the positive dimension of consequentialist reasoning and, therefore, based on a second order justification, the work aims to propose the following second order strategy to the STJ ministers: always apply 4 (four) of the 5 (five) steps of the analysis of regulatory impact when judging requests for suspension of security under the regulatory law.

KEY WORDS:

Regulation. Consequentialism. Neil Maccormick. Luis Fernando Schuartz. Second order decisions.

“A fundamentação deve ser completa, embora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça seja muito tolerante com motivações insuficientes”.

(GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil. Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais**. Volume III. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 295.)

1. INTRODUÇÃO

A relação entre a interpretação das normas jurídicas e a realização e concretização, baseada em consequências, de propósitos constitucionalmente assegurados parece cada vez mais frequente na jurisprudência dos tribunais brasileiros¹. Nesse sentido, juízes, desembargadores e ministros parecem introduzir uma lógica e racionalidade jurídica baseadas em argumentos consequencialistas quando da prolação de decisões judiciais. O principal ponto é que, quando a autoridade judicante fundamenta uma certa decisão analisando as consequências produzidas por ela e pelas suas alternativas, “o decisor abre um flanco para requerimentos de prestação de contas cujo atendimento estará sujeito a critérios científicos (extrajurídicos) de adequação”².

O chamado pedido de suspensão de segurança, também conhecido como suspensão de liminar ou de sentença, viabiliza ao presidente do tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso suspender a execução de segurança, liminar ou sentença concedida pelo juiz de primeiro grau. Nos termos da literalidade do artigo 4º da Lei nº 8.437/1992³, a suspensão deve ser utilizada apenas para evitar lesão à ordem, à saúde, à segurança e à eco-

1 Sobre a presença de argumentos de mesma natureza em decisões tributárias mais recentemente proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), confira-se: PISCITELLI, Thatiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 1.

2 SCHUARTZ, Luis Fernando. **Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem**. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e Interpretação. Racionalidades e Instituições**. São Paulo, 2011, p. 384.

3 Art. 4 Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

nomia pública. Ocorre que inferências judiciais que discorram a respeito de eventuais lesões à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública parecem demandar coerência entre as premissas teóricas e empíricas inseridas pelo julgador quando de sua decisão. A referida coerência parece dependente de critérios científicos, extrajurídicos de adequação.

O pedido de suspensão de segurança é um instituto processual que não possui qualquer limitação disciplinar de aplicação. Por tal razão, o instituto é aplicado ao direito regulatório com base na própria literalidade da Lei nº 8.437/1992, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, muitas vezes uma agência reguladora ou um ente federativo, em casos de manifesto interesse público, muitas vezes consubstanciados em interesses econômicos e regulatórios.

Ao se trabalhar com argumentos consequencialistas, o jurista se depara com um plano bidimensional. Assim, uma primeira dimensão é positiva ou descritiva e uma segunda dimensão é decisória ou normativa. A dimensão descritiva representa uma prognose sobre o futuro e a dimensão normativa se resume a uma classificação entre estados de mundo preferíveis a partir da identificação das diferentes alternativas de decisão. Por terem características próprias, cada uma das referidas dimensões possui problemas próprios e são submetidas ao crivo de racionalidades distintas.

O principal foco do presente trabalho será a localização de problemas estruturais relacionados à dimensão descritiva do raciocínio consequencialista. O foco se justifica, na medida em que o alcance universal da pretensão de validade que necessariamente acompanha todo juízo consequencialista restringe-se à sua dimensão descritiva.⁴

O trabalho tem como objeto a análise crítica do uso do consequencialismo judicial nos pedidos de suspensão de segurança, nos julgamentos relacionados à atividade regulatória, nos ter-

4 SCHUARTZ, Luis Fernando: *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*. Op. Cit., p. 383-418

mos do artigo 4º da Lei 8.437 de 1992.⁵ A ideia aqui é verificar como os argumentos consequencialistas são operacionalizados nos pedidos de suspensão de segurança submetidos ao crivo do Superior Tribunal de Justiça para, a partir daí, direcionar a análise aos problemas oriundos de uma aplicação generalizada de raciocínios consequencialistas ao direito.

Para tanto, foi realizada a formação da base de dados sobre o processo de justificação de decisões no Superior Tribunal de Justiça, especificamente no que tange aos pedidos de suspensão de segurança em âmbito regulatório. A referida perspectiva empírica tem como objetivo responder às seguintes perguntas de pesquisa: (i) o Superior Tribunal de Justiça se utiliza de argumentos consequencialistas quando da análise de pedidos de suspensão de segurança relacionados à regulação? (ii) No caso de confirmação da pergunta acima, constata-se a ausência ou a presença de documentos, estudos e dados capazes de servir de suporte para as prognoses inerentes à argumentação com base em consequências? As hipóteses que motivaram a própria elaboração do trabalho são: (i) os ministros utilizam argumentos consequencialistas quando da fundamentação dos referidos pedidos de suspensão; e (ii) a maior parte dos referidos juízos sobre o futuro não são acompanhados de estudos, documentos técnicos ou dados aptos a lhes fornecer suporte.

Com a confirmação das referidas hipóteses, a postura argumentativa da autoridade judicante que realiza prognoses sem lastro em estudos, dados e documentos técnicos parece esbarrar na pretensão de universalização decorrente do princípio da isonomia. Se casos semelhantes devem ser tratados da mesma forma, uma decisão não pode se basear em palpites ou opiniões vulgares de magistrados em campos em que o referido jurista não possui preparo acadêmico, técnico, científico ou profissional. Assim, o julgador precisa respeitar alguma coerência entre as premissas teóricas e empíricas inseridas quando de sua decisão ante à possibilidade de universalização da referida decisão.⁶

⁵ Ressalte-se que na nova Lei do mandado de segurança (Lei 12.016/2009), a matéria é regulada pelo artigo nº 15.

⁶LEAL, Fernando A. R.; GUEIROS, D. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. v. 7, 2017, p. 819-843.

Dessa forma, o trabalho será dividido em 3 (três) blocos principais: (i) um primeiro destinado à apresentação da metodologia utilizada; (ii) um segundo destinado à apresentação dos dados colhidos; e (iii) uma parte final destinada à realização de uma análise crítica, com uma proposição de aderência por parte da autoridade judicante a uma decisão de segunda ordem de aplicação obrigatória de 4 (quatro) das 5 (cinco) etapas típicas da análise de impacto regulatório quando do julgamento de pedidos de suspensão de segurança no âmbito do direito regulatório⁷.

2. METODOLOGIA

O presente trabalho se utilizou de uma metodologia predominantemente empírica para a discussão de problemas teóricos. Como objeto, considera-se todos os julgamentos de direito regulatório no período de 01/07/1992 até 01/07/2018. O marco inicial, em 01/07/1992, foi utilizado por simbolizar a entrada em vigor da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992, uma vez que a mesma foi publicada na referida data⁸.

O instituto da suspensão de segurança surge no Direito brasileiro com o artigo n^o 13 da Lei 1.533 de 1951, que disciplinava o mandado de segurança. Em 1992, a Lei 8.437 estendeu a suspensão de liminar também às medidas cautelares. A opção por se utilizar como marco inicial a data de 01/07/1992, além de possuir relação com o alargamento das possíveis hipóteses de incidência do pedido de suspensão, também se justifica com a própria cronologia histórica do surgimento das agências reguladoras no Brasil⁹.

⁷ Com base em uma justificação de segunda ordem (isonomia ou justiça formal de Neil MacCormick), fundamenta-se uma estratégia ou decisão de segunda ordem (Cass Sunstein e Edna Ullmann-Margalit ou Adrian Vermeule) de adoção pela autoridade judicante de 4 (quatro) das 5 (etapas) de uma AIR quando da realização de prognoses em pedidos de suspensão de segurança que versem sobre direito regulatório.

⁸ Art. 5 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. Conforme informação no site do planalto, a referida lei foi publicada no DOU de 1.7.1992. Acesso em 17.07.2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8437.htm>.

⁹ As agências reguladoras foram instituídas no Brasil a partir da década de 90. Exemplos: Lei 9.427/1996 (Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL); Lei 9.472/1997 (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL); Lei 9.478/1997 (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP); Lei 9.782/1999 (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA); Lei 9.961/2000 (Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS); Lei 9.984/2000 (Agência Nacional de Águas – ANA); Lei 10.233/2001 (Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ); MP 2.228-1/2001 (Agência Nacional do Cinema – ANCINE); Lei 11.182/2005 (Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC).

O marco final referente à data de 01/07/2018 foi estipulado de forma arbitrária, com o intuito de impedir o exame de novas decisões após a conclusão da análise descritiva.

A escolha por analisar pedidos de suspensão se justifica por se tratar de um remédio jurídico que incorpora elementos não jurídicos, a exemplo de efeitos de uma determinada decisão sobre o mundo prático. Tal fato se evidencia com a própria utilização, pelo artigo 4º da Lei nº 8.437 de 1992, das expressões “ordem”; “saúde”; “segurança”, e “economia públicas”¹⁰. A aferição de potencial lesão à economia pública, por exemplo, é uma análise de efeitos práticos no mundo dos fatos econômicos.

A busca pelas decisões que formam a base de dados aqui descrita se processou por meio da utilização dos seguintes termos: “suspensão”, “segurança”, “agência” e “reguladora”. Os referidos termos foram inseridos no campo “pesquisa livre” na página de pesquisa de jurisprudência do sítio do STJ da seguinte forma: “**suspensão adj3 segurança e agência adj reguladora**”. O intuito de combinar os termos de pesquisa da forma descrita foi viabilizar a análise do maior número de decisões com pertinência temática.

Em relação à busca, um total de 55 (cinquenta e cinco) decisões monocráticas e 3 (três) acórdãos foram encontrados.

2.1 Formação da base de dados

Inicialmente, deve restar consignada a exclusão dos 3 (três) acórdãos que foram localizados. O Agravo Interno na SLS 2129/BA¹¹ foi desprovido com a reafirmação integral das razões utili-

10 Art. 4 Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno. Suspensão de liminar e de sentença. Decisão que permite a prestação de serviços de transporte de passageiros sem a devida autorização do órgão competente. Suspensão deferida. Lesões à ordem e segurança públicas comprovadas. Agravo interno desprovido. Agravo Interno na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2129 - BA: 2016/0062650-3. Agravante: Roberto Aguiar Da Silva de Caetite - Me - Microempresa. Agravada: AGERBA - Agencia Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicações da Bahia. Relator: Ministra Presidente Laurita Vaz. Brasília, DF. Data de Julgamento: 05/10/2016. Publicação: 21/10/2016.

zadas na decisão monocrática tomada na SLS 2129/BA. Assim, como a referida decisão já constava da base de dados, o referido acórdão foi excluído.

O Agravo Regimental na SS 2727/DF¹² também foi desprovido com base em idêntica argumentação utilizada na decisão monocrática prolatada na SS 2727/DF. Dessa forma, o referido acórdão também foi excluído.

Por fim, o Conflito de Competência CC 41444 – AM¹³ versava exclusivamente sobre questões processuais e, por tal razão, foi retirado da base de dados.

No que se refere ao número de decisões monocráticas, apesar de o sítio virtual do STJ mencionar 55 (cinquenta e cinco) resultados, o número se encontra equivocado. A razão é simples. O resultado deixou de contemplar uma reconsideração de entendimento do Ministro Edison Vidigal no bojo da suspensão da SL 000079 - RJ¹⁴. Assim, além da decisão monocrática de deferimento na SL 000079 – RJ, prolatada pelo Ministro Nilson Naves, o Ministro Edison Vidigal prolatou uma segunda decisão monocrática com a reversão do entendimento anterior. Trata-se do Agravo Regimental na SL 000079 – RJ¹⁵. O número de 55 (cinquenta e cinco) resultados incluiu apenas a segunda decisão e desconsiderou a primeira. Ocorre que as 2 (duas) decisões são úteis para a análise que aqui se objetiva realizar e, portanto, ambas foram incluídas na base de dados.

Assim, com um resultado preliminar de 56 (cinquenta e seis) decisões monocráticas prolatadas pela presidência do Supe-

12 _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental na suspensão de liminar e de sentença. Decisão atacada pelo incidente suspensivo que interfere na função regulatória da ANEEL quanto à fiscalização da produção e comercialização de energia elétrica. Grave lesão à ordem pública configurada. Suspensão deferida. Agravo regimental desprovido. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 2727 - DF: 2014/0183348-0. Agravante: Santo Antonio S.A. Agravada: ANEEL. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF. Data de Julgamento: 03/09/2014. Publicação: 16/10/2014.

13 _____. Superior Tribunal de Justiça. Conexão. Continência. Conflito de Competência nº CC 41444 – AM: 2004/0015602-2. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Data de Julgamento: 06/02/2004. Publicação: 16/02/2004.

14 _____. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar nº 79 - RJ (2004/0045807-7). Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, DF. Data de Julgamento: 13/04/2004.

15 _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 79 - RJ (2004/0045807-7). Relator: Ministro Edison Vidigal. Brasília, DF. Data de Julgamento: 27/04/2004.

rior Tribunal de Justiça, passou-se à leitura atenta de cada decisão, com o intuito de analisar a pertinência temática das referidas decisões com o objetivo do trabalho aqui exposto. Verificou-se que 14 (quatorze) decisões não versavam sobre o instituto da suspensão de segurança e não apresentariam os requisitos almejados pela pesquisa para se qualificarem como aptas a integrar a base de dados. Para tal fim, foram excluídos Recursos Especiais, Recursos em Mandado de Segurança, Agravos em Recursos Especiais, Conflitos de Competência e Agravo em Medida Cautelar.

Ainda nesse sentido, 6 (seis) decisões tomadas no bojo de pedidos de suspensão versavam sobre questões meramente processuais e por isso foram retiradas.

A base de dados é composta por 36 (trinta e seis) decisões monocráticas, sendo que 2 (duas) foram prolatadas em reconsideração a uma decisão monocrática anterior no bojo do mesmo pedido de suspensão. No caso, o já mencionado AgRg na SL 000079 e o AgRg na SLS 001639¹⁶.

Nesse sentido, finaliza-se a delimitação do objeto a ser explorado e descrito. As referidas decisões monocráticas do STJ serão analisadas com base nas proposições teóricas que tratam do uso de argumentos consequencialistas por aplicadores do Direito, em especial, sob a perspectiva da autoridade judicante.

3. APRESENTAÇÃO DE RESULTADOS

Respondendo à 1ª (primeira) pergunta de pesquisa, constatou-se de modo afirmativo que em 31 (trinta e uma) decisões monocráticas os ministros decisores do Superior Tribunal de Justiça se utilizaram de argumentos consequencialistas quando da fundamentação dos referidos pedidos de suspensão. Tal número assume expressão considerando-se a base de dados de 36 (trinta e seis) decisões monocráticas.

Assim, a presente seção destina-se a responder à 2ª (segunda) pergunta de pesquisa formulada na introdução do presente trabalho, qual seja, se a maior parte dos referidos juízos sobre o

16 _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e Sentença nº 001639 - RJ (2012/0175070-5). Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF. Data de Julgamento: 02/10/2012.

futuro é, ou não, acompanhada de estudos, documentos técnicos ou dados aptos a lhes fornecer suporte. Confira-se:

BASE DE DADOS

Nº	Caso	Tema	Re- que- rente/ Inte- ressa- da	Pre- sença de argu- mento con- se- quen- cialis- ta?	Exem- plo de formula- ção	O voto dos ministros acompanha documen- tos, estudos ou dados?	Resultado
1	SLS nº 2162	M R E / GSF	ANEEL	Sim	Ofensa à ordem e a eco- nomia públicas.	Não – ape- nas indica precedentes: Ex.: SLS nº 2.039/DF	Def.
2	SLS nº 2305	Crédito Quiro- gráfá- rio	A N A - TEL	Não	N/A	N/A	Não conhecido.
3	SLS nº 2264	Con- cessão de Trecho	ANTT	Não	N/A	N/A	Não conhecido.
4	SS nº 2878	Tarifa	A R E - SEP	Sim	Não se eviden- cia lesão à coleti- vidade	Não – ape- nas indica precedentes: Ex.: SLS nº 2.039/DF	Não conhecido.
5	SS nº 2869	Tarifa	A R - SESP	Sim	Não se eviden- cia lesão à coleti- vidade	Não – ape- nas indica precedentes: Ex.: SLS nº 771/SC	Não conhecido.

6	SLS nº 2157	Pedágio	ANTT	Sim	Equação econômico-financeira.	Sim. (1) Petição nº 255542/2016; e (2) PARECER TÉCNICO: 040/2015/GEINV/SUINF.	Def.
7	SLS nº 2129	Transporte/Fiscalização	AGER-BA	Sim	Desequilíbrio econômico-financeiro.	Não. Apenas remete a cópias de processos ajuizados pela mesma interessada.	Def.
8	SLS nº 2102	FID	ANEEL	Sim	Simulação do impacto financeiro.	Sim. Simulação do impacto financeiro realizada pelo Superintendente de Regulação de Serviços da ANEEL.	Def.
9	SLS nº 2118	Sustação de Protestos de Duplicata - Fiscalização	ARSAL	Sim.	Não decorrem efeitos lesivos.	Não.	Indef.

10	SS nº 2806	Ajuste Financeiro (CCEE)	ANEEL	Sim.	Lesão à ordem e economia públicas.	Não. Afirma alteração em preço pago pelos consumidores sem mencionar estudo.	Def.
11	SS nº 2727	Reserva de Energia elétrica (CCEE)	ANEEL	Sim.	Lesão à ordem pública.	Não. apenas indica precedentes: Ex.: SLS nº 1911/DF.	Def.
12	SLS nº 2022	Linha Telef.	ANATEL	Sim.	Não se atinge o equilíbrio econômico-financeiro.	Não. apenas indica precedentes: AgRg na SLS nº 1.320/BA.	Não conhecido.
13	SLS nº 1996	Transporte	ANTT	Sim.	Causa desequilíbrio econômico-financeiro.	Não.	Def.
14	SLS nº 1964	Transporte	ANTT	Sim.	Causa desequilíbrio econômico-financeiro.	Não.	Def.
15	SLS nº 1956	Qualidade de Serviço	ANATEL	Sim.	Não se atinge o equilíbrio econômico-financeiro.	Não. apenas indica precedentes: Ex.: AgRg na SLS nº 1320/BA.	Indef.

16	SLS nº 1906	TAXI Irregular	ARSAL	Sim.	Não se verifica grave dano.	Não. apenas indica precedentes: AgRg na SLS 951/RS.	Indef.
17	SLS nº 1858	Iluminação	ANEEL	Não.	N/A	N/A	Não conhecido.
18	SS nº 2659	Licitante	ANA-TEL	Não.	N/A	N/A	Remessa ao STF.
19	SLS nº 1701	Royalties	ANP	Sim.	Não geram lesão à economia do Estado.	SIM. Ex.: RDC/ANP nº 40/2009 e RD nº 983/2011 da ANP.	Indef.
20	SLS nº 1729	Contrato	ANTT	Sim.	Não gera lesão à ordem e economia públicas.	Não.	Indef.
21	SS nº 2637	Compensação Financeira	ANEEL	Sim	Causa lesão aos outros municípios.	Não.	Indef.
22	SLS nº 001639	Dano Ambiental	ANP	Sim.	Não prospera a alegação de lesão à ordem econômica.	Não	Indef.

23	SLS nº 1652	Posse/Obra Pública	ANTT	Sim.	Circulação da produção interna bruta estadual não se encontra embarcada.	Não/Remissão genérica aos autos.	Indef.
24	SS nº 2601	Concurso Público	ADA-SA	Não.	N/A	N/A	Indef.
25	SS nº 2373	Transporte Intermunicipal	ARSAL	Sim.	Risco de grave lesão à ordem pública e à segurança públicas.	Não. Apenas remissão a precedentes. Ex.: AgRg na SLS n. 989/BA.	Def.
26	SLS nº 1266	Reajuste Tarifário	ANEEL	Sim.	Isso parece significar o afastamento do reajuste.	Não	Indef.
27	SS nº 1930	Desconto em passagem	ANAC	Sim.	"Probabilidade"	Não.	Indef.
28	SS nº 1925	Espaço Público/Co-brança	ANA-TEL	Sim.	Valor não é significativo.	Não.	Def. em parte.
29	SLS nº 373	Gás	AR-SEP	Sim.	Risco inverso de prejuízo.	Não.	Indef.

30	SLS nº 183	Reajuste Tarifário	ANEEL	Sim.	Aumento do "Risco Brasil"	Não.	Def.
31	SS nº 1442	Corte de água	ARCE	Sim.	Consequências também no desenvolvimento econômico.	Não.	Indef.
32	SLS nº 54	Contrato/ Prorrogação	ANEEL	Sim.	Não ultrapassa o efeito da conjectura.	Não, porém adota uma postura de não agir.	Def.
33	SL nº 79	Royalties	ANP	Sim.	Qualquer que seja a minha decisão, trará efeitos negativos.	Não.	Def.
34	SS nº 1248	Transporte	ARCE	Sim.	Impactos econômicos negativos de transporte clandestino.	Não.	Def.
35	AgRg na SLS nº 1639	Dano Ambiental	ANP	Sim.	Lesão à economia.	Sim. Documentação acostada às fls. 1236/1258. Comprovação de Prejuízo.	Def. Parcial

36	AgRg na SL nº 79	Royal-ties	ANP	Sim.	Manutenção dos efeitos apenas reduz os valores devidos.	Sim. Parecer Técnico nº 074/2003/SPG e Parecer Técnico nº 075/2003/SPG.	Indef.
----	------------------	------------	-----	------	---------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------	--------

Uma primeira informação é importante. Em 5 (cinco) casos foram constadas a ausência de argumentos consequencialistas nas referidas decisões monocráticas: (i) no caso da SLS nº 2305, discutiu-se a inclusão da ANATEL como credora quirografária no processo de Recuperação Judicial da OI S.A. Restou comprovado que a ANATEL manejou indevidamente a via suspensiva como sucedâneo recursal. Por tal razão, o pedido suspensivo não foi conhecido; (ii) na SLS nº 2264, o pedido não chegou a ultrapassar nem mesmo a preliminar referente à legitimidade ativa para o ajuizamento do pedido de suspensão. Ao contrário do que ocorreu em outros casos de não conhecimento que foram mantidos na base de dados, a decisão monocrática na SLS nº 2264 não chega a adentrar o mérito do pleito; (iii) na SLS nº 1858, não existiu ação originária proposta contra o Poder Público que formulou o pedido de suspensão, no caso o município de Apuiaries-CE. A ação originária foi ajuizada pelo ente municipal, sendo um pedido liminar deferido em favor do referido requerente. Ocorre que, com a interposição de um agravo de instrumento, o relator do referido recurso atribuiu ao mesmo efeito suspensivo. A decisão objeto do referido pedido de suspensão é a decisão que atribui efeito suspensivo ao referido agravo. Por tal razão, o pedido sequer foi conhecido; (iv) em relação ao pedido SS nº 2.659, chegou-se à conclusão de que a questão jurídica posta seria predominantemente constitucional. Assim, os autos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal; e (v) o pedido de suspensão SS nº 2601 versou sobre simples aprovação em concurso público, não possuindo qualquer pertinência temática ao trabalho aqui proposto.

Em relação aos documentos, estudos ou dados, buscou-se a indicação pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça de um documento, estudo ou dado técnico específico sobre o caso. O fato de o referido documento, estudo ou dado ser produzido por parte do processo ou terceiro alheio ao processo não parece possuir relevância, uma vez que o objetivo do trabalho não é questionar a decisão em termos de validade, mas sim verificar normativamente se se está diante de uma decisão que esbarra na pretensão de universalização decorrente do princípio da isonomia.

Uma vez realizados os referidos esclarecimentos, constata-se que, em relação aos 31 (trinta e um) casos em que houve a utilização de argumentos consequencialistas, somente em 5 (cinco) casos o voto dos ministros fez remissão aos documentos, estudos ou dados técnicos. No caso:

Os 5 (cinco) casos acompanhados por dados técnicos

Caso	Identificação dos documentos, estudos ou dados:
SLS nº 2157	Petição nº 255542/2016; e PARECER TÉCNICO: 040/2015/GEINV/SUINF.
SLS nº 2102	Simulação do impacto financeiro realizada pelo Superintendente de Regulação de Serviços da ANEEL.
SLS nº 1701	RDC/ANP nº 40/2009 e RD nº 983/2011 da ANP.
AgRg na SLS nº 1639	Documentação técnica acostada às fls. 1236/1258. Comprovação de Prejuízo econômico.
AgRg na SL nº 79	Parecer Técnico nº 074/2003/SPG e Parecer Técnico nº 075/2003/SPG.

Assim, em 26 (vinte e seis) casos ou 83,1% (oitenta e três vírgula um) por cento dos casos que compõem a base de dados, não houve qualquer prova que justificasse a conclusão da prospecção realizada. Nos referidos precedentes, a possibilidade de ocorrência de suposta lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas foram analisadas sem apego a possibilidades reais de concretização e probabilidades estatísticas de ocorrência.

Por tal razão, a hipótese de pesquisa restou confirmada. De fato, a maior parte de prognoses quando do julgamento de pedi-

dos de suspensão de segurança em casos de direito regulatório não passam de espasmos intuitivos dos julgadores, ainda que eventualmente bem-intencionados.

A confirmação da hipótese de pesquisa parece indicar que as referidas decisões carecem de fundamentação racional. No ponto, outro número deve ser mencionado. Em 9 (nove) decisões monocráticas, os ministros indicaram de forma expressa precedentes supostamente aptos a dar lastro às referidas prospeções. Ocorre que as referidas remissões parecem pouco acrescentar. Confira-se como exemplo o caso da SLS nº 1906. Na referida suspensão de liminar e de sentença, discutia-se o transporte intermunicipal de passageiros. Ao buscar fundamentar a possibilidade de ocorrência de grave dano ao setor de transportes e à segurança pública, o Ministro cita um caso totalmente diferente do tema debatido, no caso um precedente relativo ao fornecimento de medicamentos. Confira-se:

Este Tribunal Superior entende que não basta, para o deferimento do excepcional pedido de suspensão, a mera alegação de que a decisão atacada causa grave prejuízo ao Poder Público. É imprescindível a cabal demonstração de que a manutenção da decisão atacada tem o condão de obstaculizar o exercício da atividade pública ou mesmo causar prejuízos que impossibilitem a prestação do serviço, situação esta não identificada na análise dos autos. Neste sentido: “AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PORTADORA DE LEUCEMIA. ALEGADA LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS NÃO COMPROVADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. Cabe ao requerente da medida excepcional, de forma inequívoca e fundamentada, demonstrar que o cumprimento imediato da medida atacada provoca sérios prejuízos aos bens jurídicos listados no art. 4º da Lei n. 8.437/1992. Precedentes. – (...). Agravo regimental improvido.”¹⁷

17_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 951/RS. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Brasília, DF. Data de Julgamento: 05/02/2009.

A referida remissão, apesar de ser uma estratégia usual quando da fundamentação de decisões jurídicas, parece insuficiente quando da utilização de argumentos consequencialistas por parte da autoridade judicante. Tal fato parece evidenciar a dificuldade imposta pela natureza metodológica retrospectiva do direito, para fins de realização de prospecções encabeçadas por aplicadores especializados na referida retrospectiva. Da mesma forma, os julgadores parecem deixar de observar qualquer conexão entre o pedido ou causa de pedir dos referidos precedentes, devendo ainda ser ressaltada que qualquer questão de afinidade por ponto comum de direito parece extremamente tênue para fundamentar prospecções. Como mencionado, a SLS nº 1906 versa sobre transporte intermunicipal de passageiros e a SLS 951/RS versa sobre fornecimento de medicamento para paciente portadora de leucemia.

O caso acima descrito não parece ser isolado. As remissões utilizadas pelos Ministros parecem não contribuir para o enfrentamento de incertezas estruturais inerentes à dimensão descritiva de argumentações consequencialistas aplicadas ao direito.

3.1. CONSEQUÊNCIAS APONTADAS

A identificação das consequências apontadas pelos julgadores dos pedidos de suspensão que compõem a base de dados parece indicar que as consequências consideradas quando do momento da prolação de decisões são majoritariamente consequências econômicas¹⁸, a despeito da própria redação da Lei nº 8.437/92. A utilização dos termos de busca “agência” e “reguladora” parecem ter influenciado no resultado obtido. Confira-se uma tabela para fins de facilitação da compreensão correta da base de dados:

¹⁸ O sentido de economia adotado pelo presente trabalho é um sentido amplo, sem qualquer preocupação classificatória de acordo com sub-ramos econômicos. Para fins de consulta de uma conceituação mais precisa, ver: DWECK, Esther; POSSAS, Mario. Luiz. Crescimento Econômico num modelo micro-macroeconômico de simulação. *Economia e Sociedade*. UNICAMP. Impresso. v. 20, 2011, p. 1-31.

Natureza dos argumentos consequentialistas

Caso	Natureza do Argumento	Exemplo de formulação
SLS nº 2162	econômico	Ofensa à ordem e a economia públicas.
SS nº 2878	econômico	Não se evidencia lesão à coletividade
SS nº 2869	econômico	Não se evidencia lesão à coletividade
SLS nº 2157	econômico	Equação econômico-financeira.
SLS nº 2129	econômico	Desequilíbrio econômico-financeiro.
SLS nº 2102	econômico	Simulação do impacto financeiro.
SLS nº 2118	econômico	Não decorrem efeitos lesivos.
SS nº 2806	econômico	Lesão à ordem e economia públicas.
SS nº 2727	econômico	Lesão à ordem pública.
SLS nº 2022	econômico	Não se atinge o equilíbrio econômico-financeiro.
SLS nº 1996	econômico	Causa desequilíbrio econômico-financeiro.
SLS nº 1964	econômico	Causa desequilíbrio econômico-financeiro.
SLS nº 1956	econômico	Não se atinge o equilíbrio econômico-financeiro.
SLS nº 1906	econômico	Não se verifica grave dano.
SLS nº 1701	econômico	Não geram lesão à economia do Estado.
SLS nº 1729	econômico	Não gera lesão à ordem e economia públicas.
SS nº 2637	econômico	Causa lesão aos outros municípios.
SLS nº 001639	econômico	Não prospera a alegação de lesão à ordem econômica.
SLS nº 1652	econômico	Circulação da produção interna bruta estadual não se encontra embaraçada.
SS nº 2373	econômico	Risco de grave lesão à ordem pública e à segurança públicas.
SLS nº 1266	econômico	Isso parece significar o afastamento do reajuste.

SS nº 1930	econômico	“Probabilidade”
SS nº 1925	econômico	Valor não é significativo.
SLS nº 373	econômico	Risco inverso de prejuízo.
SLS nº 183	econômico	Aumento do “Risco Brasil”
SS nº 1442	econômico	Consequências também no desenvolvimento econômico.
SLS nº 54	econômico	Não ultrapassa o efeito da conjectura.
SL nº 79	econômico	Qualquer que seja a minha decisão, trará efeitos negativos.
SS nº 1248	econômico	Impactos econômicos negativos de transporte clandestino.
AgRg na SLS nº 1639	econômico	Lesão à economia.
AgRg na SL nº 79	econômico	Manutenção dos efeitos apenas reduz os valores devidos.

Diante do exposto acima, constata-se que, em relação aos 31 (trinta e um) casos em que houve a utilização de argumentos consequentialistas, todos estavam diretamente relacionados a aspectos econômicos do respectivo setor regulado, a despeito das variadas formas de formulação do argumento, muitas vezes não evidente. Os casos versaram sobre argumentos econômicos, mesmo quando se valeram de expressões vagas como “lesão à coletividade”. Como exemplo do afirmado, pode ser destacado o pedido de suspensão SLS nº 2878. O pedido de suspensão SLS nº 2878 foi ajuizado pela Companhia de Gás de São Paulo – COMGÁS contra acórdão proferido pela 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Possui como interessada a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARESEP. O pedido foi ajuizado para que seja aplicado o reajuste previsto na Deliberação ARSEPS n. 575/2014, por meio do qual se reajustariam as tarifas com atenção ao IGP-M da Fundação Getúlio Vargas, em razão da ausência de finalização do indicador de revisão específico (RTQ) pela ARESEP.

O pedido deixou de ser conhecido, fato que não impediu o referido ministro julgador de realizar análises prospectivas. Confira-se:

Ainda que assim não fosse, no caso em exame, não se evidencia grave lesão aos bens tutelados pela lei de regência, lesões essas que pudessem atingir a coletividade em questão, sendo certo que uma mera estipulação de prazo para concluir a revisão tarifária estipulada em contrato não tem o potencial lesivo alegado na inicial¹⁹.

A estipulação de prazos para conclusão de revisões tarifárias parece ser um assunto econômico, porém o ministro mencionou genericamente o termo “lesão” sem se valer expressamente da redação prevista no art. 4º da Lei 8.437 de 1992. Por tal razão, apesar de o artigo 4º mencionar a possibilidade de suspensão para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, a base de dados é composta em sua totalidade por julgados relacionados à seara econômica. Nesse sentido, os critérios científicos, extrajurídicos de adequação relacionados aos casos que compõem a base de dados são essencialmente critérios econômicos.

4. ANÁLISE CRÍTICA

O Poder Judiciário pode contribuir de forma autônoma e drástica para o incremento de riscos econômicos de qualquer setor regulado, muitas vezes em razão de sua morosidade e da falta de previsibilidade das decisões judiciais.²⁰ O pedido de suspensão de segurança parece referendar o afirmado, uma vez que sob a justificativa de prevenção de riscos econômicos, nos termos da literalidade do artigo 4º da Lei nº 8.437/1992, o instituto submete ao crivo do Poder Judiciário a análise de casos concretos que envolvem raciocínios prospectivos e critérios científicos, extrajurídicos de adequação. Como restou constatado, no caso do presente trabalho, critérios essencialmente econômicos. Assim, a utilização

19 _____. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e Sentença nº 002878 - SP (2012/0175070-5). Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF. Data de Julgamento: 02/10/2012.

20 JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2016, p. 149.

de critérios extrajurídicos de adequação pela autoridade julgante será objetivamente inadequada se as consequências associadas à decisão forem diversas das imaginadas quando de sua fundamentação. No ponto, confira-se Luis Fernando Schuartz:

Isto porque qualquer juízo consequencialista contém uma dimensão descritiva, na qual deverá ser positivamente especificada, para cada alternativa de decisão disponível, a sua respectiva consequência; e tal especificação (e possivelmente, por extensão, também a decisão que nela se baseia) será objetivamente inadequada se puder ser mostrado que as consequências associadas às decisões em questão são diversas daquelas imaginadas pelo decisor.²¹

Em complementação ao raciocínio do referido autor, a demonstração de discrepância entre as consequências imaginadas e as consequências associadas à decisão parece atribuir um ônus de argumentação ao autor da decisão que independe da existência das referidas discrepâncias. A dimensão descritiva do raciocínio consequencialista parece estar relacionada à confiabilidade das prognoses realizadas, a despeito de sua verificação prática. O que parece realmente estar em jogo é a possibilidade de submissão da argumentação utilizada pela autoridade julgante, quando da argumentação consequencialista, a um conjunto comum de condições de racionalidade. Não custa lembrar que essas condições são condições “universais”²² de racionalidade, em razão da mencionada pretensão de universalização decorrente do princípio da isonomia.

Assim, a racionalidade de uma decisão não parece depender de uma aferição concreta de uma consequência fática ou da discrepância entre uma consequência fática e uma consequência imaginada, mas sim de um processo de argumentação como um processo de justificação. “Logo, a noção essencial é a de dar (o que

21 SCHUARTZ, Luis Fernando: *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*. Op. Cit., p. 384.

22 Id.

se entende por, e é apresentado como) boas razões justificatórias em defesa de reivindicações ou decisões.”²³ A visão aqui é de Neil Maccormick, que considera que o processo que vale ser estudado é o processo de argumentação como processo de justificação.²⁴

É interessante a compreensão de que a racionalidade das decisões que compõem a base de dados parece depender de um processo de justificação de segunda ordem. Um bom exemplo seria a própria justiça formal, que talvez não se relacione imediatamente com o caso concreto em análise²⁵. Seguindo a referida lógica de justificações de segunda ordem, existem estratégias de segunda ordem que podem ser relacionadas ao referido processo de justificação. Exemplificativamente, podemos pensar em casos em que não existe a possibilidade de atribuição de uma razão de primeira ordem para a tomada de uma decisão. Nesses casos, estratégias de decisão de segunda ordem são consideradas racionais.²⁶

O presente trabalho utiliza-se de uma concepção genérica de que decisões de segunda ordem podem ser conceituadas como decisões sobre decisões. Alguns autores consideram que não seriam simples decisões sobre decisões, mas dependeriam de uma agenda relacionada à redução de custos de decisões ou até um comportamento de evitar a tomada de decisões.²⁷ Assim, uma decisão que considere consequências econômicas pode ser considerada racional se for adequadamente fundamentada, a despeito da ocorrência prática ou não das referidas consequên-

23 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução: Waldéa Barcellos. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 19.

24 Id.

25 Id.

26 VERMEULE, Adrian. *Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law)*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2239155>. O referido autor discorre sobre agências e casos de incerteza genuína. A possibilidade pode ser aplicada analogicamente ao caso do Poder Judiciário nos julgamentos de pedidos de suspensão de segurança em matéria regulatória. Confira-se o seguinte trecho: “*There is a category of agency decisions in which it is rational to be arbitrary, in the sense that no first-order reason can be given for agency choice within a certain domain, yet some choice or other is inescapable, legally mandatory, or both. In some cases, even coin-flipping may be a perfectly rational strategy of decisionmaking for agencies*”. Ibid., p. 2.

27 SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*. No. 57, 1998, p. 2-3. Confira-se: “*Our particular interest here is in second-order decisions. The term requires some clarification. In the case of second-order desires, one deals with desires-about-desires; in the case of second-order beliefs, one deals with beliefs-about-beliefs. In the case of second-order decisions, however, one does not exactly deal with decisions-about-decisions. Rather, one deals with the decision about appropriate strategies for avoiding decisions or for reducing their costs. More particularly, our concern is with strategies that people use in order to avoid getting into an ordinary decision-making situation in the first instance*”.

cias econômicas aferidas no momento de sua prolação. Nesse sentido, “a justificação de segunda ordem deve, portanto, envolver a justificação de escolhas: escolhas entre possíveis deliberações rivais. E essas são escolhas a fazer dentro do contexto específico de um sistema jurídico operante.”²⁸ Quais seriam as deliberações rivais nos pedidos de suspensão de segurança em análise? Prospecções baseadas em estudos, dados e documentos técnicos *versus* prospecções não baseadas em estudos, dados ou documentos técnicos. Neil MacCormick considera que a justificação de segunda ordem “está preocupada com o que faz sentido no mundo (jurídico), enquanto o argumento silogístico estabelece a moldura segundo a qual referidos critérios fazem sentido enquanto argumentos jurídicos.”²⁹

Qual seria a moldura legal no presente caso? O dever de fundamentação e a Lei nº 8.437/1992. Por imposição constitucional, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentados, sob pena de nulidade.³⁰ A fundamentação, também chamada de motivação, é a análise, a justificação ou o pronunciamento que a autoridade judicante realiza em suas decisões sobre todas as questões de fato e de direito que antecedem o julgamento do pedido. A fundamentação deve ser observada para justificar racionalmente a decisão da autoridade judicante.³¹ Para utilizar Maccormick, essa pode ser considerada a moldura legal estabelecida pelo argumento silogístico. Ocorre que o dever de fundamentação e a literalidade do artigo 4º da Lei nº 8.437/1992 não parecem suficientes para análises consequencialistas em pedidos de suspensão de segurança.

Nesse sentido, a questão que se coloca é a seguinte: como pode a argumentação jurídica nos referidos pedidos de suspensão

28 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Op. Cit., p. 129.

29 PISCITELLI, Thatiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*. Op. Cit., p. 19.

30 Artigo nº 93, inciso IX da Constituição Federal da República Federativa do Brasil: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

31 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. Recursos e Processos da Competência Originária dos Tribunais*. Volume III. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015. p. 295.

de segurança avançar quando as normas tiverem sido esgotadas?³² A resposta parece ser obtida com uma justificação de segunda ordem. A razão é simples e decorre do fato de que qualquer justificação de uma decisão na área regulatória deve envolver a criação de uma “deliberação” que é (em seu estrito senso lógico) “universal” ou “genérica”.³³ A ideia aqui é de simples aplicação do princípio da isonomia, seja entre entes reguladores ou particulares regulados.

A título meramente exemplificativo, no Pedido de Suspensão de Liminar e Sentença n° 183 – SLS 000183, no qual foi analisada uma decisão liminar que impedia a cobrança de revisão tarifária de consumo de energia elétrica³⁴ perpetrada pela ANEEL, o presidente do Superior Tribunal de Justiça deferiu o pedido de suspensão com base em argumentação consequencialista ampla³⁵, por meio de uma aparente concepção própria do chamado “Risco Brasil”. Confira-se:

Assim, já decidi em hipótese semelhante (SL 57-DF – SLS 143) o descumprimento de cláusulas contratuais, impedindo a correção do valor real da tarifa, nos termos em que previsto no contrato de concessão, causa sérios prejuízos financeiros à empresa concessionária, podendo afetar gravemente a qualidade dos serviços e sua manutenção, implicando ausência de investimentos no setor, prejudicando os usuários, e causando reflexos negativos na economia pública, porquanto inspira insegurança e riscos na contratação com a Administração Pública, **afastando investidores, resultando graves consequências também para o interesse público como um todo, além, é claro, de repercutir negativamente no chamado risco Brasil (grifou-se)**³⁶.

32 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Op. Cit., p. 127.

33 Id.

34 Interessante ressaltar a questão da tributação exclusiva: à exceção do ICMS, do II e do IE, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo e combustíveis minerais do País. Tal fato parece referendar o caráter específico do setor. Em razão de iminência constitucional, não incide IPI sobre energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo e combustíveis minerais.

35 Sobre o uso e a não fungibilidade das expressões “argumento prático”, “argumento pragmático” e “argumento consequencialista” ver: MENDONÇA, Jose Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 51 e ss.

36 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e de Sentença n° 183 – CE: SLS 000183. Relator: Ministro Presidente Edson Vidigal. Brasília, DF. Data de Julgamento: 06/10/2005.

A referida argumentação foi aliada a uma rápida menção, em apenas um pequeno parágrafo, ao exercício regular de competência legal por parte da ANEEL³⁷. No entanto, a linha argumentativa parece centralizar-se em argumentos consequencialistas de cunho econômico. É interessante considerar que a postura do relator parece assumir um tipo de versão “maximin”³⁸. Confira-se outro trecho da decisão que parece evidenciar o afirmado:

Entendo que o interesse público não se resume à contenção de tarifas, sendo evidenciado, também, na continuidade do fornecimento de energia, na manutenção do contrato de concessão do serviço público, **de modo a viabilizar investimentos no setor, para que o país não volte à escuridão (grifou-se)**.³⁹

No caso concreto em análise, a argumentação consequencialista parece ter tido um peso maior do que o argumento do exercício regular de competência legal por parte da ANEEL. O problema parece residir no fato de que as referidas consequências utilizadas no Pedido de Suspensão de Liminar e Sentença nº 183 – SLS 000183 não são sustentadas por nenhum dado empírico ou laudo técnico que permita aferir eventual probabilidade de realização prática no mundo real.

Ainda, conforme o trecho destacado, o julgador parece ter feito menção à chamada “crise do apagão” ocorrida no Brasil entre 1 de julho de 2001 e 19 de fevereiro de 2002, durante o segundo mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, sendo causada por falta de planejamento e investimentos em geração de energia.

Aqui, faz-se necessária uma ressalva ao leitor. A referência à chamada “crise do apagão” é uma mera especulação do au-

37 “Não me passou despercebido, também, que a ANEEL agiu no exercício regular de competência legal e que a fórmula contratualmente prevista para o reajuste tarifário é complexa...”. Id.

38 VERMEULE, Adrian. **Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law)**. Op. Cit. Confira-se o seguinte trecho: “*Substantively, courts sometimes err by assuming that uncertainty demands worst-case reasoning. Courts, that is, assume that under uncertainty some version of maximin or (more generally) highly “conservative” assumptions are the only rational course*”.

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e de Sentença nº 183 - CE: SLS 000183. Op. Cit.

tor do presente trabalho, uma vez que a correta identificação da crise a qual o julgador se referiu não pode ser extraída da fundamentação da decisão e, nesse caso, nem dos autos. Diversas outras crises ocorreram no setor elétrico e, como a possibilidade de volta do país à escuridão é um dos principais fundamentos utilizados pelo julgador para sustentar o deferimento do pedido de suspensão, a correta identificação parece elemento básico para interpretar a referida prognose.⁴⁰

O caso descrito é um bom exemplo da ampla margem que se abre para arbitrariedades quando se chancela uma aplicação generalizada de raciocínios consequencialistas ao direito. Meras intuições, opiniões e palpites não parecem contribuir para a criação de deliberações universalizáveis em conformidade com as quais decisões concretas podem ser justificadas:

Se acabasse se revelando que essas deliberações poderiam ser criadas somente de modo arbitrário, a ideia de ‘justificação’ envolvida seria bastante fraca, e qualquer noção de que a racionalidade orientasse o processo seria vazia⁴¹.

5. PROPOSTA NORMATIVA

A existência do consequencialismo judicial na seara regulatória com a implementação de intervenções regulatórias pelo Superior Tribunal de Justiça foi comprovada por meio dos resultados obtidos com a pesquisa empírica realizada.

Os 26 (vinte e seis) casos que se valeram de argumentos consequencialistas sem a indicação de estudos, dados ou documentos técnicos não parecem resultar de uma deliberação universalizável. No entanto, parece ser possível a formulação de uma proposta apta de ser operacionalizada por meio de uma decisão de segunda ordem por parte dos ministros julgadores.

40 Por exemplo, no ano de 1999 ocorreu uma severa crise no setor elétrico que atingiu onze unidades federativas do Brasil e o Paraguai na noite de quinta-feira, 11 de março de 1999, estendendo-se pela madrugada do dia seguinte. Inicialmente, o evento foi considerado o maior apagão ocorrido no Brasil, até ser superado pelo blecaute de 2009, que também atingiu o Paraguai. A versão oficial do acontecimento diz que o apagão foi causado pela queda de um raio na subestação de Bauru.

41 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Op. Cit., p. 128.

No Direito, existem juízes que aderem à decisão de segunda ordem de favorecer determinadas regras, com a finalidade de promover previsibilidade e minimizar os encargos de decisões futuras.⁴² Nesse sentido, a proposta aqui é simples. Os ministros do STJ podem aderir a uma decisão de segunda ordem de sempre aplicar 4 (quatro) das 5 (cinco) etapas da análise de impacto regulatório quando do julgamento de pedidos de suspensão de segurança no âmbito do direito regulatório. Explica-se: a análise de impacto regulatório é uma análise consequencialista em ascensão na prática regulatória composta pelas seguintes etapas: (i) qualificação e coleta de dados técnicos a respeito das possíveis consequências dos atos regulatórios; (ii) adoção de um critério de valoração a respeito de tais consequências; (iii) a avaliação delas; (iv) a adoção ou rejeição do ato, ou sua correção de rumo; e (v) monitoramento das consequências.⁴³

As 4 (quatro) primeiras etapas acima descritas podem perfeitamente ser aplicadas pela autoridade judicante. A principal delas, talvez consubstanciada na qualificação e coleta de dados técnicos, parece resolver o problema epistêmico enfrentado pelos juízes quando da elaboração de prognoses. A coleta de dados pode ser satisfatória e pode até transformar casos de incerteza em casos de risco ou até em casos de certeza. A coleta de dados pode ser insatisfatória ou até inviável financeiramente ou institucionalmente. Nessas hipóteses, parece ser justificada a deferência em favor de dados, estudos ou pareceres técnicos já constantes dos autos, ou seja, produzidos de forma parcial pelas partes. Não se trata exatamente de uma postura deferente em favor exclusivamente das agências, mas sim de uma postura deferente em favor de qualquer documento técnico apto a lastrear eventuais prognoses na seara regulatória. Em casos de incerteza, decisões de primeira ordem costumam ser resolvidas com deferência.⁴⁴

42 SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*. Op. Cit., p. 3.

43 MENDONÇA, Jose Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Op. Cit., p. 428.

44 VERMEULE, Adrian. *Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law)*. Op. Cit. Confira-se o seguinte trecho: “*There is a proper role for courts in ensuring that agencies have adequately invested resources in information-gathering, which may resolve uncertainty, perhaps by transforming it into risk or even certainty. Yet*

Aqui, a exigência é bem mais simples e parece mais compatível com a função judicante. Em muitos casos, as agências são partes, ou não estão necessariamente corretas. Uma deferência técnica a dados, estudos ou pareceres pode não ser a melhor solução de primeira ordem, mas parece ser uma estratégia/decisão de segunda ordem que respeita o princípio da isonomia e da justificação de segunda ordem já mencionada.

As demais etapas (ii, iii e iv) parecem inerentes ao próprio julgamento, porém, devem ser individualizadas expressamente para fins de ampliação da correta compreensão do intérprete da decisão. Por outro lado, o monitoramento das consequências por parte do Poder Judiciário parece esbarrar na inércia da jurisdição.⁴⁵

Por fim, deve ser ressaltado que as referidas etapas não esbarram na pretensão de universalização decorrente do princípio da isonomia. Podem ser aplicadas a qualquer setor regulado, como de fato são. Trata-se de um guia para a decisão de pedidos de suspensão de segurança na seara regulatória, e não uma reflexão metateórica. A sugestão de utilização das referidas etapas pela autoridade judicante parece útil, pois é imediatamente operativa e não gera ônus excessivos ao julgador. Mesmo uma coleta de dados limitada aos documentos e dados técnicos já presentes nos autos e produzidos de forma parcial pelas partes já parece preferível à ausência de fundamentação técnica de prognoses. Do mesmo modo, uma indicação expressa de qual critério de valoração foi utilizado (segunda etapa) e da avaliação das consequências com base no referido critério (terceira etapa) já se apresenta como meio de fomentar o aprimoramento da argumentação jurídica para fins de fundamentação de prognoses.

6. CONCLUSÃO

Quando a autoridade judicante fundamenta uma decisão por meio da análise de eventuais consequências produzidas pela

the procedural and substantive problems I have identified may recur at the meta-level, for in some cases the value of further investments in information-gathering will itself be genuinely uncertain. If so, courts should defer to agencies' second-order choices about informational investments on the same grounds that justify deference to agencies' first-order choices under uncertainty".

45 Art. 2o da Lei 13.105 de 2015: O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

referida decisão ou por eventuais decisões alternativas, o julgador possui o ônus de produzir uma argumentação dependente de critérios científicos (extrajurídicos) de adequação. Ocorre que a autoridade judicante não possui capacidade epistêmica para manusear corretamente os referidos critérios científicos sem a remissão e o auxílio de profissionais especializados, estudos, dados e documentos técnicos. A opinião de juristas em áreas exógenas ao direito, como a área econômica, segue a sorte de opiniões vulgares e palpites comuns ao homem médio.

Decisões jurídicas elaboradas por juristas com base em argumentos consequencialistas econômicos sem qualquer referência a estudos, dados ou documentos técnicos parecem desprovidas de qualquer processo de raciocínio replicável. Por outro lado, não parece coerente investir em uma campanha de isolamento do ramo jurídico ao apelo consequencialista, uma vez que uma decisão judicial que desconsidera radicalmente eventuais possíveis consequências de sua prolação esbarra na pretensão de universalização decorrente do princípio da isonomia.

A decisão de segunda ordem de sempre aplicar 4 (quatro) das 5 (cinco) etapas da análise de impacto regulatório quando do julgamento de pedidos de suspensão de segurança no âmbito do direito regulatório parece coerente quando da utilização de argumentos econômicos consequencialistas. Tal coerência decorre do principal motivo de implementação da análise de impacto regulatório consubstanciado em fomentar transparência e previsibilidade econômica⁴⁶ aptas a atrair investimentos externos.

Uma estratégia de segunda ordem parece amenizar os problemas oriundos da dimensão positiva do argumento consequencialista, além de contribuir para a procedimentalização de uma aplicação racional e universalizável de critérios científicos, extrajurídicos de adequação por parte da autoridade judicante. ❖

46 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado**. Porto Alegre: Abar, 2003, p. 37. Disponível em <<http://www.abar.org.br/dados/bancoDeMidia/arquivos/agenciasreguladoras.pdf>>. Acesso em: 07/11/2018.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Resolução n.º 61, de 20 de novembro de 2008. Altera a política tarifária para voos internacionais regulares com origem no Brasil e regulamenta o art. 49 da Lei 11.182/05. Disponível em: <goo.gl/cTwbft>. Acesso em: 10 out. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). Resolução Normativa n.º 658, de 14 de abril de 2015. Estabelece a obrigação de entrega de energia dos CCEARs por disponibilidade proveniente de Leilões de Energia Nova e o critério de alocação dos custos decorrentes da operação de usinas termelétricas despachadas por ordem de mérito, cujo Custo Variável Unitário seja superior ao valor do Preço de Liquidação das Diferenças. Disponível em: <goo.gl/MYBk6N>. Acesso em: 10 out. 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.243, p.79-112, jan. 2006.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n.38, p.6-50, jan./jun. 2011.

ARIDA, Persio; BACHA, Edmar Lisboa; LARA-RESENDE, André. Credit, interest and jurisdictional uncertainty: conjectures on the case of Brazil. In: **Working Paper**, Rio de Janeiro, Instituto de Política Econômica da Casa das Garças, Departamento de Economia da PUC-RJ, Banco Mundial, 2003. p.265-293. Disponível em: <goo.gl/WXax5Q>. Acesso em: 27 nov. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <goo.gl/bqf3YS>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Altera disposições do Código do Processo Civil, relativas ao mandado

de segurança. Disponível em: <goo.gl/kLmk32>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964. Estabelece normas processuais relativas a mandado de segurança. Disponível em: <goo.gl/jA7Txu>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Lei n.º 5.021, de 9 de junho de 1966. Dispõe sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público civil. Disponível em: <goo.gl/8MYxwR>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/DeRygi>. Acesso em: 23 jul. 2018.

_____. Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/9HsTge>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n.º 8, de 1995. Disponível em: <goo.gl/rY8Ez8>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/kPnwu7>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/BDspNP>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional

de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/h4XWTQ>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 9.961 de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/4s2KbG>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/zJQMQA>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/nkj7kc>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 11.182, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/z4Gi8Y>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/tFnjXb>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <goo.gl/wNd9du>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Medida Provisória n.º 1.570-5, de 21 de agosto de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/fEhBTx>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Medida Provisória n.º 2.228-1, de 6 de setembro de 2001. Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema, cria o

Conselho Superior do Cinema e a Agência Nacional do Cinema - ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional - PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional - FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/TmVKGR>. Acesso em: 08 out. 2018.

_____. Presidência da República. Casa Civil. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro**. Relatório do grupo de trabalho interministerial, Brasília, 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AGINT NA SLS 2129/BA 2016/0062650-3. Relator: Ministra Presidente Laurita Vaz. Julgamento: 05/10/2016. Órgão Julgador: CE - Corte Especial. Publicação: 21/10/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SLS 79 - RJ (2004/0045807-7). Relator: Ministro Edison Vidigal. Julgamento: 27/04/2004. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ. Publicação: 27/04/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SLS 951/RS. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Julgamento: 02/02/2009. Órgão Julgador: CE - Corte Especial. Publicação: 05/02/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SLS 001639 - RJ (2012/0175070-5). Relator: Ministro Felix Fischer. Julgamento: 28/09/2012. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ. Publicação: 02/10/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na SS 2727 DF 2014/0183348-0. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgamento: 03/09/2014. Órgão Julgador: CE - Corte Especial. Publicação: 16/10/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. SS 2878. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Julgamento: 26/01/2017. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ. Publicação: 03/02/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. CC 41444 AM 2004/0015602-2. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento:

11/02/2004. Órgão Julgador: S1 - Primeira Seção. Publicação: 16/02/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. SL 000079 - RJ (2004/0045807-7). Relator: Ministro Nilson Naves. Julgamento: 02/04/2004. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ (Decisão Monocrática). Publicação: 13/04/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. SLS 183 - CE: SLS 000183. Relator: Ministro Presidente Edson Vidigal. Julgamento: 06/10/2005. Órgão Julgador: Ministro Presidente do STJ. Publicação: 06/10/2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**. Organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista. Brasília: STJ, 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1266290/PE. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Julgamento: 12/11/2013. Publicação: 16/12/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma.

CALABRESI, Guido; MELAMED, A. Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral (1972). **Faculty Scholarship Series**, 1983. Disponível em: <goo.gl/XViib3>. Acesso em: 13 out.2018.

CÂMARA MUNICIPAL DE FORTALEZA. Lei n.º 8.744, de 10 de julho de 2003. Institui a cobrança remunerada pelo uso de logradouros públicos, do espaço aéreo, do solo e do subsolo do município de Fortaleza, para implantação de redes de infraestrutura e passagem de equipamentos destinados à prestação de serviços de telecomunicações, por entidades de direito público ou privado. Disponível em: <goo.gl/S6LR5c>. Acesso em: 13 out.2018.

CASTELAR, Armando. O judiciário e a economia: evidência empírica para o caso brasileiro. In: **Judiciário e economia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. p.54-75. Disponível em: <goo.gl/KAvNT3>. Acesso em: 26 nov. 2018.

CASTELAR, Armando; SICSU, João (Orgs.). **Sociedade e economia: estratégias de crescimento e desenvolvimento**. Brasília: Ipea, 2009.

COOTER, Robert D. **The Strategic Constitution**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

DAVIDSON, Paul. Is Probability Theory Relevant for Uncertainty? A Post-Keynesian Perspective. **Journal of Economic Perspectives**, v.5, n.1, p.129-143, 1991.

DWECK, Esther; POSSAS, Mario. Luiz. Crescimento econômico num modelo micro-macroeconômico de simulação. **Economia e Sociedade**, Campinas, v.20, n.1, p.1-31, 2011.

FARBER, Daniel A. **Law and public choice: a critical introduction**. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: recursos e processos da competência originária dos tribunais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GREENAWALT, Kent. **Law and objectivity**. New York: Oxford University Press, 1992.

GRIGOLEIT, Hans Christoph. Anforderungen des Privatrechts na die Rechtstheorie. In: JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver. **Rechtswissenschaftstheorie**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p.51-78.

HARREMOES, Poul. Ethical Aspects of Scientific Incertitude in Environmental Analysis and Decision Making. **Journal of Cleaner Production**, v.11, p.705-712, 2003.

JESTAEDT, Matthias. **Das mag in der Theorie richtig sein**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

_____. **Die Verfassung hinter die Verfassung: Schönburger Gespräche zu Recht und Staat**. Auflage: Ferdinand Schöningh, 2009.

JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver. **Rechtswissenschaftstheorie**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Controle judicial de uma administração pública complexa**. São Paulo: Malheiros, 2016. v.1.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Subjective Probability: A Judgment of Representativeness. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul.; TVERSKY, Amos (Eds.). **Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases**. Cambridge: Cambridge University Press, 1972. p.463-490.

KNIGHT, Frank H. **Risk, Uncertainty, and Profit**. Boston, Mass.: HoughtonMifflinCo., 1933.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KREPS, David M. **Notes on the theory of choice**. Boulder, Colo.: Westview Press, 1988.

LEAL, Fernando A. R. **Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens**. Baden-Baden: Nomos, 2014. v.1.

_____. **Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15**. In: LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. p.25-30.

_____. **Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação**. **Revista de Investigações Constitucionais**, v.3, p.215-226, 2016.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. **Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”**. **Revista de Estudos Institucionais**, v.2, n.1, p.192-213, jul. 2016.

LEAL, Fernando A. R.; DIAS, Daniela Gueiros. **Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário**. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v.7, p.819-843, 2017.

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1993.

_____. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

_____. **Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

_____. **Die Gesellschaft der Gesellschaft I**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1978.

_____. **Institutions of law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: instrumentos do fortalecimento do Estado**. Porto Alegre: Abar, 2003. Disponível em: <goo.gl/RXQCQJ>. Acesso em: 07 nov. 2018.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Direito, regulação e economia: estudos para o debate brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEIßNER, Annekatrin. **Kooperative Bildungsverantwortung als Weg aus der Armut**. Dissertation – Universität Passau, 2015.

MENDONÇA, Jose Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MEYERHOF SALAMA, Bruno; BARRIONUEVO, Arthur. **Processo de nomeação de dirigentes de agências reguladoras: uma análise descritiva**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. **A crise e a regulação: o futuro da regulação administrativa**. In: GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado (Coord.). **A crise e o direito público: VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público**. Edição de Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, out. 2013. p.95-132.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NEUPERT, Michael. **Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit:** das Rahmen-Bild-Modell der verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte bei der Eingriffsverwaltung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

NIDA-RÜMELIN, Julian. **Kritik des Konsequentialismus.** München: Oldenbourg, 1993.

OBADIA, Isaac José. **Sistema de gestão adaptativo para organizações com tecnologia perigosa:** a cultura de segurança como pressuposto de excelência nuclear. Tese (D. Sc. em Engenharia de Produção) – COPPE/UFRJ, Rio de Janeiro, 2004.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo.** 5.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; 2017.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v.262, p.95-144, jan./abr. 2013.

PINHEIRO, Armando Castelar; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Regulação das ferroviárias.** Rio de Janeiro: Editora FGV, FGV, IBRE, 2017.

PISCITELLI, Thatiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário.** São Paulo: Noeses, 2011.

PONSER, Richard. Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives. **The Journal of Legal Studies**, v.9, n.2, p.243-252, mar. 1980.

_____. Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts) an Analytical Framework. In: KESSLER, Daniel P. (Ed.). **Regulation Versus Litigation: Perspectives from Economics and Law.** Chicago: The University of Chicago Press, 2011. p.11-26.

QUIGGIN, John. **Generalized expected utility theory: the rank-dependent model.** Australian National University. Springer Science+Business Media Dordrecht, 1993.

_____. **Zombie economics: how dead ideas still walk among us.** Princeton, NJ: Princeton University Press, 2010.

RADAELLI, Claudio M. Diffusion without convergence: how political context shapes the adoption of the regulatory impact assessment. **Journal of European Public Policy**, Londres, v.12, n.5, p.924-943, out. 2005.

RESNIK, Michael D. Choices. **An Introduction to Decision Theory**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2006.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Die Hoffnung auf radikale Demokratie. Fragen an die Theorie des kommunikativen Handelns**. Bern: Peter Lang, 2002.

_____. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p.25-45.

_____. **Norma, contingência e racionalidade: estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Quando o bom é o melhor amigo do ótimo: a autonomia do direito perante a economia e a política da concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.245, p.96-127, maio 2007.

_____. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.383-418.

STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. **Economics**. 4th ed. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 2005.

SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. **Simpler: the future of government**. New York: Simon & Schuster, 2009.

_____. **Worst-case scenarios**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.

_____. **Laws Of Fear. Beyond the Precautionary Principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SUNSTEIN, Cass R.; PILDES, Richard H. Reinventing the Regulatory State. **The University of Chicago Law Review**, v.62, p.1-129, 1995.

SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-Order Decisions. **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper**, n.57, 1998.

VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. A análise de impacto como mecanismo de controle do tabaco. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v.8, n.32, out./dez. 2010.

_____. **Avaliação de impacto regulatório**: uma ferramenta à disposição do Estado. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <goo.gl/2BCo8i>. Acesso em: 08 dez. 2018.

VERMEULE, Adrian. **Law and the limits of reason**. New York: Oxford University Press, 2009.

_____. Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law). **SSRN**, 25 mar. 2013. Disponível em: <goo.gl/b7paun>. Acesso em: 13 out. 2018.

_____. **The constitution of risk**. Harvard Law School. New York: Cambridge University Press, 2014.

WALTON, Douglas N. **Legal argumentation and evidence**. University Park, PA: The Pennsylvania State University Press, 2002.

WOOLDRIDGE, Jeffrey M. **Introdução à econometria**: uma abordagem moderna. Tradução de Priscilla Rodrigues da Silva Lopes e Livia Marina Koepl; revisão técnica de Heloisa Pinna Bernardo. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

WORLD BANK. **Global Development Finance**. World Bank Publications, 2006. Disponível em: <goo.gl/SYDajh>. Acesso em: 28 nov. 2018.

Crime Organizado e a Política Externa – O Controle do PCC nas Fronteiras Mostra a Fragilidade da Política Externa Brasileira

Antonio Baptista Gonçalves

Advogado. Presidente da Comissão de Criminologia e Vitimologia da OAB/SP subseção do Butantã. Pós-Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de La Mantanza, Pós-Doutor em Ciência da Religião pela PUC/SP, Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela PUC/SP, MBA em Relações Internacionais pela FGV. Especialista em Direitos Fundamentais e em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra e pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. O primeiro Comando da Capital – PCC – do surgimento às sintonias finas e ao mercado da droga – 3. A transnacionalização do crime organizado e a cooperação internacional – 4. O PCC e o comando das fronteiras brasileiras – 5. O Estado Democrático de Direito Brasileiro – 6. A política externa brasileira e o controle de fronteiras – Conclusão.

RESUMO

O crime organizado, em especial as facções criminosas, tem acesso às fronteiras brasileiras para a livre circulação de substâncias ilícitas como maconha, cocaína e demais drogas. O controle

e monitoramento estatal são falhos e não conseguem coibir as atividades criminosas na velocidade necessária.

O volume econômico das atividades e a transnacionalidade impressionam, a destacar as atividades do Primeiro Comando da Capital em transações entre Bolívia e Paraguai com o escoamento das drogas pelos principais portos brasileiros, o que denota que a política externa brasileira é frágil e a organização interna do Estado Democrático Brasileiro está muito aquém da disciplina do crime organizado.

ABSTRACT

Organized crime, especially criminal factions, has access to Brazilian borders for the free circulation of illicit substances such as marijuana, cocaine and other drugs. State control and monitoring are flawed and fail to curb criminal activity at the required speed.

The economic volume of the activities and the transnationality impress in particular on the activities of the First Command of the Capital in transactions between Bolivia and Paraguay with the flow of drugs by the main Brazilian ports, which indicates that the Brazilian foreign policy is fragile, and the internal organization of the Brazilian Democratic State falls far short of the discipline of organized crime.

Palavras-chave: Crime Organizado; Política Externa; Estado Democrático de Direito.

Key Words: Organized crime; Foreign policy; Democratic state.

1. INTRODUÇÃO

O Governo Federal relutou para reconhecer a existência das facções criminosas. Na maior cidade da Federação, São Paulo, mesmo diante das ações do Primeiro Comando da Capital, que impactaram a população em dois momentos com maior gravidade: primeiro, em 18 de fevereiro de 2001, quando da megarebelião em 29 presídios do Estado, por ser dia de visita, perto de

10 mil familiares tornaram-se reféns. E, segundo, em 12 de maio de 2006, quando houve um toque de recolher na cidade por parte da facção, que se seguiu por dias com conflitos e mortes tanto de criminosos como de policiais.

Atualmente não há mais como refutar a existência do Primeiro Comando da Capital e muito menos a sua relevância no universo do crime organizado. Até começo de 2018, o PCC tinha mais de 29 mil filiados no Brasil, com maior concentração nos Estados de São Paulo, Mato Grosso do Sul e Paraná. Os três não possuem maior quantidade de filiados por questão aleatória, mas sim por se tratar dos Estados estratégicos para garantir a rota da droga advinda das fronteiras com o Paraguai e a Bolívia e o seu consequente escoamento pelos portos de Santos, em São Paulo, e Paranaguá, no Paraná, para grandes centros consumidores da Europa e da Ásia.

O PCC não é a única facção criminosa brasileira e tampouco a primeira. O Comando Vermelho, no Rio de Janeiro, fundado no começo da década de 1970 e com claros interesses no tráfico de drogas internacional, foi o detentor principal do mercado de drogas por longo período no Brasil. Mesmo com a mão forte do Estado na repressão, com a criação de mais de 180 leis penais desde a promulgação do Código Penal de 1940 até final de 2018, o crime organizado segue em crescimento e expansão, especialmente nas fronteiras. De tal sorte que, a nossa principal indagação é: Por que o crime organizado transnacional cresce nas fronteiras brasileiras?

O crime organizado se estruturou, se paramentou e formou uma estrutura empresarial de suas atividades, particularmente com o mercado da droga, sem descurar de ações também lucrativas como tráfico de armas e munições, contrabando de cigarros, roubo de carros, venda de autopeças e componentes eletrônicos de veículos, desmanches clandestinos, dentre outros. E se aproveita das lacunas estatais para explorar as falhas de controle de fronteiras tanto para entrar com drogas e mercadorias ilícitas no Brasil como para escoar a produção e exportação da droga, preferencialmente por via marítima.

Em contrapartida, caminha o Estado, despreparado, desestruturado para controlar um país continental e com uma população carcerária que somente aumenta e está entre as três maiores do mundo com mais de setecentos mil presos. Será que o Governo Federal possui uma política externa eficiente que consiga combater o crime organizado e estar, concomitantemente, em consonância com os ditames internacionais do combate ao crime organizado? Eis o que passaremos a analisar.

2. O PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL – PCC – DO SURGIMENTO ÀS SINTONIAS FINAS E AO MERCADO DA DROGA

O surgimento da facção criminosa que viria a dominar os presídios, em especial, no Estado de São Paulo, se deve às falhas do Estado Democrático de Direito Brasileiro, que se mostrava, já naquela época, muito despreparado para lidar com a questão prisional.

Importante destacar que, em 1992, São Paulo foi vítima da maior chacina de sua história, o que ficou conhecido como o “massacre do Carandiru”. O que se viu em 14 de outubro de 1992 foi um ataque brutal: em meia hora de terror, policiais armados com escopetas, metralhadoras, revólveres e facas acaram os detentos e deixaram um rastro de 111 mortes, com abundantes sinais de execução, corroborados pelo testemunho de sobreviventes¹.

O relato abaixo, extraído de uma das mais importantes revistas de circulação da época, demonstra a truculência com que o Estado lidou com a rebelião e também a ferocidade dos próprios detentos:

Eram 4 horas da tarde. Começam os trinta minutos decisivos, a meia hora de horror. Há pouca luz e muita fumaça no corredor de pouco mais de 2 metros de largura. A PM tem lanternas. Os presos correm entre as celas. Xingam os policiais. “Aqui é o choque”, anunciam os soldados no 2º pavimento. ‘Chegou a morte’, gritam,

1 Fonte: <https://veja.abril.com.br/blog/reveja/carandiru-1992-8220-aqui-e-o-choque-chegou-a-morte-8221/>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

raivosos e ameaçadores. São alvejados por sacos de urina e fezes. Os presos brandem estiletes sujos de sangue. “Vocês vão morrer de Aids”, desafiavam os detentos. Uma saraivada de tiros ecoa pelo prédio².

A questão que se coloca é a brutalidade das ações, o ato de tratar o preso como um mero número que não fará falta se este morrer ou não, a ausência de humanidade, justiça e do importar com o ser humano. Foi exatamente a violência da resposta contra a rebelião que transformou a ação estatal em tragédia, um verdadeiro massacre, que por anos a fio o Estado tentou escamotear e culminou com o julgamento dos envolvidos e seus claros excessos.

O fato é que a violência estatal foi o combustível necessário que um pequeno grupo de detentos precisou para criar um discurso de luta por união dos presos em busca de melhores condições dentro dos presídios e da luta contra um Estado opressor. O estatuto do PCC é claro: 2) Lutar sempre pela PAZ, JUSTIÇA, LIBERDADE, IGUALDADE e UNIÃO, visando sempre ao crescimento da organização, respeitando sempre a ética do crime. E, 18) Todos os integrantes têm o dever de agir com severidade em cima de opressões, assassinatos e covardias realizados por Policiais Militares e contra a máquina opressora, extermínios de vidas, extorsões que forem comprovadas, se estiver ocorrendo na rua ou nas cadeias por parte dos nossos inimigos, daremos uma resposta à altura do crime. Se alguma vida for tirada com esses mecanismos pelos nossos inimigos, os integrantes do Comando que estiverem cadastrados na quebrada do ocorrido deverão se unir e dar o mesmo tratamento que eles merecem, vida se paga com vida e sangue se paga com sangue³.

O primeiro ponto, portanto, é que o Estado contribuiu através da opressão, da violência, da relativização e supressão de direitos para a união dos próprios presos para lutarem contra um opressor comum: o Estado. O segundo ponto é a continuidade

2 Fonte: <https://veja.abril.com.br/blog/reveja/carandiru-1992-8220-aqui-e-o-choque-chegou-a-morte-8221/>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

3 FELTRAN, Gabriel. **Irmãos: Uma história do PCC**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 307 e 309.

da ineficiência estatal, porque, ao não saber lidar com os presos mais violentos e perigosos, sem conseguir com eficácia controlá-los dentro dos presídios junto dos demais, o Estado optou por juntar todos os indivíduos mais perigosos em um único presídio e, assim, mantê-los dentro de uma “rédea mais curta”, isto é, um controle mais exacerbado.

Se no plano das ideias a solução poderia ter alguma justificativa, o que se viu na prática foi a contribuição inequívoca do Estado em juntar pessoas que não se conheciam e foram apresentadas por suas credenciais comuns: lideranças e violência. Essa combinação possibilitou a fortificação e formação de grupos com interesses comuns. De tal sorte que o Estado foi o responsável direto pela criação e desenvolvimento das facções criminosas, em especial, do Primeiro Comando da Capital.

Se os oito fundadores não estivessem juntos na Cadeia de Custódia de Taubaté, o famigerado Piranhão, não haveria a união de esforços e, muito menos, o interesse em dominar o presídio mais violento e se tornar o grupo mais temido e respeitado perante os demais.

Em 1993, ano da criação do PCC, a população carcerária era de 126,2 mil presos⁴. Mas com números muito menos assustadores se comparados com os atuais. Os números são elevados, pois, segundo o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, temos pouco mais de 600.000 presos, sendo que 40% são provisórios e apenas 35% com execução definitiva. 95% são homens e quase 25% do total de presos é decorrente do crime de tráfico⁵.

Intrigante, pois, que esses números são diversos dos apresentados pelo Conselho Nacional do Ministério Público em relatório divulgado apenas dois meses antes do citado acima que mostra uma realidade diversa: população carcerária de pouco mais de 700.000 presos, com uma ocupação em 175% da capacidade.

4 Fonte: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

5 Dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça. Fonte: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em 21 de março de 2019.

de, isto é, com notada superlotação. Se analisarmos por região, a situação somente piora, pois, no Norte do Brasil, temos quase três vezes a quantidade de presos em relação ao espaço disponível⁶.

Assim, qual dos dois relatórios deverá ter a população carcerária mais próxima à realidade? Ou será que o Estado deseja minorar os números? Tendo em conta que existem estados brasileiros, como São Paulo, que contam uma chacina com vários mortos como um homicídio, a fim de minorar os números, então reputamos ser essa possibilidade a explicar a diferença numérica tão díspare.

Assim, falha o Estado Democrático de Direito quando não há o respeito à dignidade da pessoa humana ao manter os presos em locais superlotados com população carcerária muito superior às condições sanitárias e dignas. Da mesma sorte, ao não respeitar os direitos dos presos, retardar sua progressão de regime, não o retirar do sistema quando já cumpriu pena, mas permanece preso por equívoco estatal.

E para finalizar esse pequeno quadro estatístico, temos o perfil da população: de 18 a 24 anos, 31% do total dos presos; de 25 a 29 anos, temos 25%; e dos 30 a 34 anos, temos 19%, ou seja, a população carcerária brasileira é composta de 18 a 34 anos em 75% do total dos presos⁷, um número assustador. Além disso, dessa realidade prisional, nos faltam ainda dois dados relevantes: o primeiro: 67% da população carcerária é negra, isso quer dizer que a cada três presos, dois são negros. E o último dado se refere à escolaridade: 6% dos detentos são analfabetos; 9% é alfabetizado; 53% tem o ensino fundamental incompleto; 12% tem o ensino fundamental completo. Isso significa que oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o ensino fundamental ou o têm incompleto é de 50%. Ao passo que na população brasileira, cerca de 32% da

⁶ Fonte: <http://www.cnmmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisonal-em-numeros>. Acesso em 21 de março de 2019.

⁷ Fonte: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

população completou o ensino médio, apenas 8% da população prisional o concluiu⁸.

A grande parte da “mão de obra” dos irmãos do Primeiro Comando da Capital é formada por pessoas dentro dessas características. Já os membros superiores e pertencentes às sintonias, das quais falaremos adiante, possuem um discernimento diferenciado, uma maior sagacidade, que reflete em seu poder de comando.

E seu líder atual se encaixa nessa classificação, pois Marcos Willians Herbas Camacho, o Marcola, sempre foi considerado um estrategista, porque era um ladrão de bancos e foi responsável por um dos principais assaltos de que São Paulo possui registro. Ele criou e aplicou um plano para roubar uma transportadora de valores que lhe rendeu 15 milhões de reais sem a troca ou disparo de um único tiro.

Marcola sempre defendeu a discrição para que a facção pudesse crescer sem chamar a atenção do Estado e, portanto, ter liberdade de ação para exercer seu potencial de crescimento. Não era esse o pensamento dos principais líderes da facção no ano em que Marcola ascendeu ao comando no final de 2002, porque nessa época, Cesinha e Geleião ainda impingiam o terror e a violência contra o Estado.

E não podemos descurar da responsabilidade do Estado Democrático de Direito pela aliança entre PCC e CV. Afinal, por pura incompetência, juntou-se em um presídio federal em Bangu o líder do Comando Vermelho, Fernandinho Beira-Mar, com os então líderes do PCC, Cesinha e Geleião, em 2002, que para lá foram transferidos. É o que relata a jornalista Fátima de Souza:

Eram apenas duas facções distintas, que se respeitavam, desde que cada uma ficasse em seu próprio território. E foram os governos das duas cidades que colaboraram para que as duas facções formassem uma aliança. O de São Paulo, que querendo “esconder” e enfraquecer a facção, a espalhou pelo país, em especial, no Rio de Janeiro.

8 Fonte: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

ro, para onde mandou os dois chefões do PCC na época: Cesinha (Cesar Augusto Roriz) e Geléia (José Márcio Felício). O governo carioca deu a sua contribuição, não só porque aceitou acolhê-los, mas os colocou em Bangu, ao lado de comandantes do CV, ao lado de Fernandinho Beira-Mar. Não demorou para que eles se encontrassem, se conhecessem e se aliassem, descobrindo que, unidos, teriam mais força. Assim nasceu a união PCC/CV. As consequências? Passaram a traficar drogas e armas em total sintonia, aumentando seus negócios, trocando armas por drogas e vice-versa. Deixou de existir um limite de “território” com ambas as facções abrindo “espaços” uma para a outra... O PCC pôde entrar nos morros cariocas, o CV foi bem recebido nas favelas paulistas. Além disso, montaram um esquema de “proteção” entre eles... bandidos procurados em São Paulo são bem-recebidos - e escondidos - no Rio de Janeiro e vice-versa... É mais do que uma ligação de simpatia. São negócios conjuntos⁹.

Com a morte de Cesinha e a expulsão de Geleião, Marcola assumiu o posto de líder do PCC e tratou de implementar novos moldes à organização e, em especial, distribuir o comando. Assim, surgiram as sintonias.

As sintonias são organismos autônomos, como departamentos de uma empresa, essenciais para o seu funcionamento, mas com autonomia e liderança. Esse conjunto de sintonias era subordinado à sintonia fina geral, da qual Marcola segue exercendo a liderança. O que se processou na prática foi a descentralização do cotidiano da facção.

A sintonia final é o órgão aos quais as demais sintonias se reportam e delas saem os salves (comunicados) das lideranças com as ordens a serem seguidas pelos membros, denominados de irmãos, bem como pelas demais sintonias. Através das informações coletadas pelo serviço de inteligência, se apurou que existem mais de 32 sintonias dentro do Primeiro Comando da Capital.

⁹ SOUZA, Fátima de. PCC, a facção. Grupo Editorial Record. Disponível em: http://www.record.com.br/autor_entrevista.asp?id_autor=4978&id_entrevista=219. Acesso em 1 de março de 2019.

Como se pode ver, com a Era Marcola, o Primeiro Comando da Capital se profissionalizou, se especializou, a fim de viabilizar a própria expansão e o intercâmbio da Sintonia Fina Geral e da liderança com as lideranças estaduais e, por conseguinte, obter uma unidade e uma única visão empresarial estruturada e organizada para a facção¹⁰.

Quando tudo estava em prática e em pleno funcionamento, já havia estofado para a guinada que Marcola pretendia: o faturamento real e elevado, não mais fruto das atividades criminosas e da manutenção do Partido pelas mensalidades, era hora de se pensar de forma macro e transnacionalizada. Assim, o Primeiro Comando da Capital ingressaria no mundo das drogas, sua comercialização, produção e exportação.

Após chegar à liderança da facção e com a instituição das sintonias, o próximo passo era expandir os negócios da organização criminosa, e com isso, os contatos de Marcola se mostraram essenciais para o ingresso efetivo do Primeiro Comando da Capital no comércio internacional de drogas. É importante esclarecer que o Primeiro Comando da Capital sempre fez negócios com drogas, desde sua origem. Era uma das suas fontes de renda, mas o mérito, se é que podemos dizer assim, de Marcola foi pensar de maneira macro, isto é, não se limitar aos lucros advindos das bocas de fumo e dos pequenos traficantes, mas sim, eliminar os intermediários e buscar as drogas diretamente dos produtores, como fez o Comando Vermelho, de Fernandinho Beira-Mar, na Colômbia.

Houve, portanto, uma aproximação do Cartel da droga da Bolívia com o PCC. Afinal, havia uma comunhão de interesses. Para os bolivianos era vital escoar o produto visto que a Bolívia

10 Se analisarmos os perfis dos grandes grupos terroristas internacionais ou de grandes partidos políticos de esquerda, principalmente da Europa Oriental na época da Guerra Fria, vamos ver sempre a existência de um comitê central do partido como centro do poder decisório. O PCC clonou esse modelo ao criar a Sintonia Geral Final, com um líder que devia responsabilidade aos demais. Camacho era esse líder da Sintonia Final, e de certa forma essa configuração funcionava como um anteparo, pois as ações contra o PCC, para chegar até ele, tinham que passar pelos demais membros do comitê central.

Dessa maneira, o PCC se remodelou. Usando departamentos, como uma empresa, para gerir o negócio, com certa consistência e noção administrativa. Houve um planejamento e depois uma adaptação. CHRISTINO, Marcio Sérgio e TOGNOLLI, Claudio. *Laços de Sangue: a história secreta do PCC*. 3 ed. São Paulo: Matrix, 2017, p. 118 e 119.

não tem mar, ao passo que, para o PCC, eliminar os intermediários e ter contato direto com o produtor aumentaria exponencialmente os lucros. Era um casamento lucrativo de mão dupla.

Marcio Sergio Christino e Claudio Tognolli retratam os laços de Marcola com a Bolívia:

Hugo Achá - Ele (Marcola) tem família lá. E a família dele está muito perto do Evo, politicamente falando. Então, para a organização do Evo, o PCC tem virado um parceiro incrivelmente conveniente. Inclusive eu posso te falar hoje que provavelmente uns 60% a 70% da logística que a organização do Evo utiliza pra levar a cocaína até os mercados europeus é fornecida pelo PCC. O PCC seria, numa equivalência, simplesmente por ser um exemplo pedagógico, uma UPS ou o Sedex da organização do Evo. Só que a organização do Evo é uma organização corporativa, e trata organizações como o PCC como se fossem iguais¹¹.

A Bolívia desenvolve além da cocaína, também, a produção de coca de pasta-base, responsável pelo refino da cocaína e também pelo crack. E cabe ao PCC escoar a maior parte dessa produção pela ausência de acesso marítimo por parte do país. Através do controle da facção, os produtos entram pelo Mato Grosso do Sul e são repassados para consumo interno, visto que o PCC fica com uma parte do produto como pagamento pela distribuição, e o resto é exportado através do porto de Santos, em São Paulo, e, pelo porto de Paranaguá, no Paraná. Não ocasionalmente, na expansão e profissionalização do Primeiro Comando da Capital, os Estados que possuem mais membros da facção são exatamente São Paulo, Mato Grosso do Sul e Paraná.

A nova gestão do Primeiro Comando da Capital, capitaneada por Marcola, propiciou à facção se tornar autossuficiente e se financiar por conta do comércio do tráfico, e entre 2008 até os conflitos de 2016, o que se notou foi um crescimento econômico que saltou de 50 milhões anuais para duzentos milhões em 2016.

11 CHRISTINO, Marcio Sergio e TOGNOLLI, Claudio. *Laços de Sangue: a história secreta do PCC*. 3 ed. São Paulo: Matrix, 2017, p. 205.

3. A TRANSNACIONALIZAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO E A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

A principal função do crime organizado transnacional é obter lucro através da prática de atividades ilícitas, com metodologia estabelecida através de uma estrutura cooperativa definida, que tem por função a disseminação do temor com aplicação de corrupção. Também possui um público alvo específico e conta com a proteção dos membros do Estado para suas atividades, em especial, nas fronteiras e no acesso/transporte de seus produtos ilegais. Sobre o tema, Misha Glenny:

O grande salto tecnológico e o avanço da informática – resultados da globalização – trouxeram grandes oportunidades e novas expectativas para a sociedade. Porém as benesses do processo de globalização foram usufruídos pelas organizações criminosas. Tais grupos se deram conta de que o aumento dos padrões de vida nos países ricos, o crescimento do comércio e dos fluxos migratórios e a capacidade reduzida de fiscalização de muitos países combinavam-se para formar um rico nicho de mercado: o crime organizado transnacional. Além de criminosos, esses grupos são eficientes capitalistas e empreendedores, que agem de acordo com a lei da oferta e da procura. Operam de acordo com as economias de escala, tal qual empresas multinacionais o fazem, e por essa razão buscam no exterior parceiros para desenvolver empreitadas tão globais quanto o fazem Nike, Monsanto, McDonald's, etc.¹²

A hierarquia também é bem definida com clara divisão de funções, a fim de potencializar o lucro. Baseia-se na estrutura de uma empresa convencional, com planejamento de custos das atividades, recrutamento de pessoas e pagamento com despesas de pessoal e ordenados. Para tanto, podem ou não ter empresas reais devidamente constituídas, a fim de minorar os riscos das operações.

12 GLENNY, Misha. *Mc Máfia, crime sem fronteiras*. Trad. Lúcia Boldrine. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 12.

Phil Willians destaca o impacto da globalização para as organizações criminosas:

1) A globalização do comércio, da tecnologia, do transporte, das comunicações, dos sistemas financeiros e da informação, que permite que as organizações criminosas atuem além das fronteiras;

2) O aumento da migração e o crescimento de redes étnicas que transcendem as fronteiras nacionais mostraram-se valiosos para as operações das organizações criminosas. Embora a maioria dos imigrantes sejam cidadãos cumpridores da lei e sejam mais propensos a serem vítimas do que os perpetradores do crime, a dispersão de colombianos nos Estados Unidos, turcos na Europa Ocidental e nigerianos em todo o sudeste da Ásia, Europa Ocidental e Estados Unidos. Os Estados facilitaram enormemente a criação de estruturas de rede para o fornecimento de bens ilícitos;

3) O Sistema financeiro global é cada vez mais baseado em dinheiro digital ou “megabyte”. Tais fundos podem ser movidos rapidamente e anonimamente e podem ser negociados, trocados e limpos ou legitimados por meio de uma série de instrumentos financeiros, como derivativos e futuros;

4) O crescimento em mercados ou fontes atraentes. Durante os anos 80 e nos anos 90, houve um crescimento maciço nos mercados de drogas. Tráfico de drogas e o abuso de drogas foi transformado: eles não são mais simplesmente “problema norte-americano”, mas tornaram-se problemas que afetam outros grandes países consumidores, como Europa Ocidental, Rússia e China.

5) Maior atratividade dos mercados, pois não são apenas aqueles em que há demanda do consumidor em grande escala, mas também aqueles em que os preços - e os níveis de lucro - são altos;

6) Regulamentações e leis diferenciadas estimulam o crime transnacional. Nikos Passas usa o termo assimetrias criminogênicas para descrever diferenças entre estados que estimulam atividades criminosas transnacionais. Uma dessas diferenças são os regulamentos. Onde os regulamentos são relativamente frouxos ou mal implementados em setores como finanças e bancos, este é um convite para as organizações criminosas entrarem no estado e explorarem a lacuna;

7) As capacidades diferenciadas dos estados para impor riscos encorajam o crime. A característica distintiva dos negócios ilícitos não está no lado do lucro - as empresas buscam maximizar os lucros - mas enfrentam os riscos que as organizações criminosas transnacionais enfrentam, especialmente, mas não exclusivamente, das forças da lei e do governo¹³.

Em entrevista em 2016, ano em que ainda era Coordenador Geral do Comitê Permanente da América Latina para Prevenção do Crime (ILANUD), o Professor Edmundo Oliveira aponta que o crime organizado já movimentava anualmente US\$ 1 trilhão (4% a 5% do PIB mundial)¹⁴.

Em contraposição à modernização do crime organizado que se transnacionalizou, temos o Estado Democrático de Direito Brasileiro, que ainda segue uma visão ultrapassada no seu processo legislativo, pouco ou nada se importa com o cerne de uma legislação, isto é, o procedimento da mesma com sua aplicabilidade, e segue como mote essencial, ainda que com vários remendos, um Código da década de 1940, o que mostra o descompasso das normas penais, não com a realidade, mas sim, com o mundo moderno transnacional e globalizado.

E não são apenas as leis que estão defasadas, porque o conhecimento técnico, a infraestrutura, a segurança, o efetivo das

13 WILLIAMS, Phil. Crime, illicit markets, and money laundering. In: SIMMONS, P. J.; JONGE OUDRAAT, C. *Managing global issues: lessons learned*. Washington, D.C.: Carnegie endowment for international peace, 2001, p. 109-111.

14 Fonte: <http://lexprime.com.br/coordenador-do-ilanud-diz-que-crime-organizado-ja-movimenta-acima-de-4-do-pib-mundial/>. Acesso em 17 de março de 2019.

polícias também não se mostram mais adequados à criminalidade do século XXI, que soube se adaptar e inovar de acordo com as modificações tecnológicas e incorporar suas benesses para o universo do crime.

Com a desatualização tanto da estrutura quanto da tecnologia e do pessoal, a corrupção se tornou mais frequente e desfruta das próprias falhas seja dos agentes públicos, seja da organização, antiga e inferior do próprio Estado, o que denota as claras diferenças entre o Poder Público e o crime organizado. O primeiro atrasado, em claro descompasso com o mundo moderno, com uma máquina inchada, burocrática com gastos elevados, sem otimização, modernização e o mais fundamental: integração. Já o crime organizado se mostra estruturado, dividido hierarquicamente com pessoal especializado, com tecnologia de ponta, profissionais bem remunerados e interessados, o que forma o conjunto ideal para otimizar os lucros através das atividades criminosas. Há uma crise no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

A crise perpassa pelos problemas do Estado com a segurança pública e a crescente violência urbana, com a expansão das facções criminosas dentro e fora das penitenciárias, com o aumento da exclusão social e o incremento das desigualdades.

Os crimes aumentaram, se conectaram e estão mais violentos. O Estado responde com repressão e a população carcerária cresce. Dentro do mundo prisional, estruturado em facções especializadas e voltadas para o lucro e que possui em seu bojo profissionais do próprio Estado em sua folha de pagamento, o que se vê é o aumento de soldados e a batalha contra o crime organizado ficar cada dia mais desigual para o Estado Brasileiro.

Ciente de sua própria obsolescência, o Brasil firma acordos internacionais de cooperação, a fim de tentar equiparar as armas contra o crime organizado transacional. Esse é um tema que preocupa sobremaneira a Organização das Nações Unidas, a ponto de criar um escritório próprio, o United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). As Convenções da ONU sobre Controle de Drogas; contra o Crime Organizado Transnacional e

seus três Protocolos – contra o Tráfico de Seres Humanos, o Contrabando de Migrantes e o Tráfico de Armas; e a Convenção da ONU sobre Corrupção; além das recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional contra o combate ao terrorismo, são os instrumentos internacionais base da cooperação internacional entre as nações.

A comunidade internacional está consciente da gravidade da ameaça que o crime organizado transnacional e a produção, o tráfico e consumo de drogas em particular representam. Assim, através de acordos internacionais, buscam promover a atuação conjunta dos Estados, para que elaborem e apliquem eficazmente a correspondente legislação interna e que reflita o texto da legislação internacional.

Claro está que o Brasil tem perdido a batalha contra as facções criminosas, que se transnacionalizaram e ampliaram suas operações¹⁵ graças à colaboração ativa de agentes públicos do Estado nas fronteiras ao longo do território nacional, mas não só isso, porque também temos a falta de efetivo, de motivação, baixa remuneração, de equipamento, materiais, além de uma proteção efetiva às fronteiras, pois em muitos trechos não há sequer um anteparo para separar os países. Sobre o tema, Camila Caldeira Nunes Dias e Thalita Cordeiro Pereira:

A intensificação dos fluxos de mercadorias, pessoas e valores fez com que as áreas de fronteira adquirissem uma importância crescente no cenário econômico e político contemporâneo. Com o incremento da circulação de mercadorias ilícitas, o problema da fronteira não se restringe mais à discussão acerca da soberania e defesa nacional e, sim se coloca em termos de reflexões sobre

15 Inquestionável, por outro lado, que, hoje, a atuação do crime organizado é praticamente universal. A interligação da economia mundial permitiu ao crime organizado a globalização de suas “atividades”, mormente após a queda do comunismo soviético e a dissolução das fronteiras da Europa por consequência da formação da comunidade econômica europeia. Com isto a Máfia, seja a siciliana ou sua coirmã norte-americana, tende a crescer ainda mais, e assim também aquelas organizações menores, algumas das quais lhe são aparentadas, como a “Camorra” de Nápoles, a “Sacra Carona Unira” de Púglia e a “N’drangheta” da Calábria. E igualmente se expandem as Triades chinesas e a Yakuza japonesa, além de bandos criminosos que, amparados pela Máfia siciliana, agem na Europa do Leste e na Rússia e, presentemente, na França, na Holanda, na Grã-Bretanha e na Alemanha. FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 2. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 446.

a segurança pública e a criminalidade violenta presente nos grandes centros urbanos brasileiros¹⁶.

O crime organizado transnacional se globalizou, se integrou, passou a ter acesso aos círculos políticos e decisórios e, com isso, sua proteção também progrediu. Tal fenômeno não é exclusivo do Brasil, pois países como a Colômbia, Bolívia, México, Estados Unidos da América, Paraguai, apenas para citar alguns dos principais sobre o tema na América, igualmente têm problemas com o tráfico de drogas e a influência do crime organizado dentro de seu território.

Por isso, os acordos de cooperação internacional, a troca de informações, a integração dos serviços de inteligência devem ocorrer, a fim de garantir uma maior efetividade e uma união das nações contra esse inimigo comum que produz um déficit na arrecadação estatal, o que, conseqüentemente, implica na perda de dinheiro que poderia ser arrecadada, seja com impostos, seja com a venda de produtos que deixaram de estar disponíveis porque foram contrabandeados pelo crime organizado.

4. O PCC E O COMANDO DAS FRONTEIRAS BRASILEIRAS

O Brasil é um país continental. Suas fronteiras totalizam 23.102 km, sendo 15.735 km terrestres e 7.367 km marítimos. As fronteiras terrestres do Brasil estão no limite com 10 países da América do Sul: Guiana Francesa, Suriname, Guiana, Venezuela, Colômbia, Peru, Bolívia, Paraguai, Argentina e Uruguai.

Há 588 municípios na faixa de fronteira oeste brasileira. No conjunto dessas cidades, há graus diferentes de urbanização, densidade populacional e desenvolvimento regional. A diversidade também se encontra nas diferenças entre o número de cidades nas faixas de fronteiras. Enquanto no arco Norte há 71 cidades, no arco Central há 99 e no arco Sul, 418. Essas cidades estão localizadas em onze estados brasileiros, quais sejam: arco Norte – Amapá-AP, Pará-PA, Roraima-RR, Amazonas-AM e Acre-AC; arco Central:

16 DIAS, Camila Caldeira Nunes e PEREIRA, Thalita Cordeiro. *Dinâmicas das Redes Criminais e as Políticas Públicas na Fronteira Brasil/Paraguai: o caso de Ponta Porã e Pedro Juan Caballero*. Revista Brasileira de Iniciação Científica, Itapetininga, v. 4, n. 4, 2017, p. 35-51.

Rondônia-RO, Mato Grosso-MT e Mato Grosso do Sul-MS; e arco Sul: Paraná-PR, Santa Catarina-SC e Rio Grande do Sul-RS¹⁷.

Com uma área tão grande, as possibilidades de crimes são variadas, e além do tráfico de drogas, temos também o tráfico de armas de fogo, munições e explosivos; contrabandos, especialmente de cigarros, pirataria e, ainda, descaminho (fármacos, eletrodomésticos e eletroeletrônicos); exportação de veículos, caminhões, motos e ônibus roubados, seus componentes eletrônicos, softwares e autopeças; no plano econômico, temos a evasão ilegal de divisas; tráfico de pessoas; além da extração ilegal de madeira e diversos crimes ambientais, especialmente na região da Amazônia, mas não apenas restrita a ela.

O primeiro Comando da Capital é o responsável pelo controle das fronteiras com o Paraguai, e a Bolívia e usa da força, da violência, do medo e da propina, além das falhas de fiscalização, ineficiência e desorganização do Estado brasileiro na proteção de suas fronteiras para garantir que seus produtos venham tranquilamente desses países para serem distribuídos tanto no mercado interno como para seguirem para exportação através dos portos brasileiros, mais especificamente Santos-SP e Pontaporã-PR.

A desculpa, ou melhor, justificativa do Estado Democrático de Direito Brasileiro é sempre a mesma: a grande extensão territorial do país impede que, fisicamente, se faça um controle adequado das fronteiras, mas pasmem, a fronteira com o Paraguai é marcada por acesso livres, alguns trechos com uma nada intimidadora cerca de arame farpado delimitam a fronteira entre o Paraguai e o Brasil, porém, em vários outros, nenhum aparato existe; praticamente um convite ao crime organizado transnacional. O controle era feito de forma mais organizada pelo próprio crime organizado, mas do lado paraguaio, através de seu principal líder, Jorge Rafaat. Com seu assassinato pelo PCC, a liberdade passou a ser irrestrita.

17 ANDRADE, Israel de Oliveira e LIMA, Raphael Camargo. Segurança e Defesa nacional nas fronteiras brasileiras. IN PÊGO, Bolívar (Organizador), MOURA, Rosa. **Fronteiras do Brasil: uma avaliação de política pública** - Volume 1. Rio de Janeiro: IPEA, MI, 2018.

O Paraguai é responsável por contrabandear cigarros, é a principal entrada de armas e munições e o segundo maior produtor de maconha no mundo, além de fornecer produtos eletrônicos, eletrodomésticos e demais tipos de contrabando. Portanto, cuidar da fronteira com esse país devia ser uma necessidade do Governo, mas parece ainda não ser.

Da mesma forma, temos a Bolívia, que produz cocaína, pasta de coca, crack e envia sua mercadoria para ser escoada do Brasil para os mercados da Europa e da Ásia, visto que o país não conta com portos por não ter acesso ao mar. Assim, possui rotas específicas no território brasileiro para as drogas, em parceria com o PCC. Marcio Sergio Christino e Claudio Tognolli relatam a rota da saída dos produtos da Bolívia:

Tem quatro pontos de passagem. O mais importante é Puerto Quirrajo-Puerto Suárez-Corumbá. Esse é o maior. O segundo é San Matías, que chega lá em Cuiabá. O terceiro fica em Guayaramerín, na Bolívia, Guarajá-Mirim, no Brasil. E o quarto, finalmente, que tem se tornado muito importante hoje, é Cobija, naquela ponte entre Cobija e Brasileia. Esses são os pontos. Mas o principal é aquele ponto em Corumbá. O volume de cocaína que passa todo dia lá e de arrear¹⁸.

O Brasil perde receita por conta das atividades do crime organizado transnacional, em especial, das facções criminosas, dentre elas, o Primeiro Comando da Capital. Deixa de arrecadar impostos, taxar novos produtos e ainda fortalece as facções, que aumentam sua arrecadação por se valerem da lacunosa atuação estatal.

Então, desenvolver um plano de atuação para as fronteiras é essencial e, para tanto, o Governo Federal brasileiro precisa estabelecer alguns critérios. A fim de fortalecer suas fronteiras, deve o Estado brasileiro decidir o estilo de ação direta que deseja para seu próprio território, qual a política a ser utilizada, se

18 CHRISTINO, Marcio Sergio e TOGNOLLI, Claudio. *Laços de Sangue: a história secreta do PCC*. 3 ed. São Paulo: Matrix, 2017, p. 214.

haverá cooperação internacional, qual o apoio dos demais governos de países vizinhos. A decisão deverá ser feita pelo governo federal, em conjunto com o Conselho de Defesa Nacional e também em conformidade com os governos estaduais e com as prefeituras das cidades fronteiriças, além de contar com as Forças Armadas para decidir sobre a instalação de bases militares para controlar o acesso das fronteiras.

5. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

O Brasil é a nona maior economia do mundo, com U\$2,14 trilhões de dólares. No entanto, são inúmeros os problemas internos brasileiros com questões como infraestrutura, educação, saúde, saneamento, dentre outras, além de dificuldade com o aumento da crise da segurança pública, uma população carcerária cada vez maior e a fuga de recursos por conta do crime organizado. A maioria da população depende dos serviços básicos que deveriam ser garantidos e efetivados pelo Estado, mas o que recebe, na prática, é um sistema deficiente que não atende adequadamente e um Estado que não consegue suprir as necessidades do povo com o mínimo.

Como o Estado falha, o que se vê são pessoas excluídas, apartadas da sociedade, seja por falta de uma educação de qualidade, seja por um auxílio no campo da saúde inexistente com longas filas, ausência da variedade de medicamentos, além de problemas com exames, tratamentos, dentre outros. E, sobre o salário mínimo, como a remuneração não acompanha o mesmo ritmo do custo de vida, se produz um decréscimo da qualidade de vida de parte da população que opta por habitar locais de baixa qualidade, porém acessíveis economicamente. Portanto, invade terrenos, ocupa os morros, como no Rio de Janeiro, tudo para poder sobreviver.

A disposição das favelas nos morros dificultou o acesso das autoridades policiais, conferindo maior proteção geográfica aos criminosos, que se fortaleceram, se equiparam em termos de armamento e forneceram abrigo e proteção não apenas a seus pares como aos demais membros esquecidos pelo Estado Democrático

de Direito Brasileiro. E por uma questão econômica, o mundo do crime também recruta seus membros nas regiões da periferia e nos grupos menos favorecidos da população. E qual o motivo? São mais baratos, habitam em locais próximos aos demais pertencentes ao universo criminal e, por conseguinte, são mais bem protegidos.

Se o Estado não fornece saúde, educação, segurança e lazer de qualidade, a população carente fica desguarnecida e busca alternativas para suprir as falhas estatais. Essa lacuna, aos poucos, foi sendo preenchida pelo mundo do crime; as facções protegeram e conquistaram a confiança dos moradores, seja com o tribunal do crime, para solução de controvérsias, ou com o provimento de serviços e obrigações que seriam de responsabilidade do Estado, mas que não foram fornecidos e efetivados por ele.

Atualmente, há uma crise na segurança pública com uma insegurança crescente e o aumento da violência urbana. A resposta estatal é dada através do endurecimento penal: leis mais duras, como a criação dos crimes hediondos, do Regime Disciplinar Diferenciado, prisões de segurança máxima, apenas para citar alguns. Foram algumas das soluções para o mundo do crime. Todavia, os números não diminuem, a crise só aumenta e o Estado perde credibilidade. O fato é que enquanto não for criada uma política externa para lidar com o problema das fronteiras e o crime organizado, e, no âmbito prisional, o enfoque do endurecimento não for modificado pelo da humanização das penas e a instituição de uma efetiva ressocialização, a crise permanecerá.

Em verdade, o que precisa ser feito é ser tratada a causa do problema e não as suas consequências, como tem feito o legislador brasileiro. E o problema é o próprio Estado brasileiro, pois o cerne da questão é um Estado que não respeita a população carcerária, que frequentemente vive em ambientes com superlotações, não aplica a humanização das penas e não incentiva a ressocialização prisional, o que reflete no aumento do cometimento de crimes e no inchaço da massa de presos. Endurecer não é a solução. Portanto, a fim de melhorar o sistema, o Estado deve se preocupar em criar condições para que os presos não precisem se filiar às facções como forma de sobreviver, mas sim, ter a opção de esco-

lha entre uma proposta ressocializatória estatal com harmonização das penas e respeito aos seus direitos e garantias, ou pertencer ao mundo do crime e das facções criminosas. Hoje não há essa escolha e criar novas leis não mudará o cenário; será apenas mais uma ação midiática de pouca eficácia prática.

6. A POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA E O CONTROLE DE FRONTEIRAS

Como vimos, o Estado brasileiro não cuida adequadamente de suas fronteiras e tem plena ciência disso, pois o Tribunal de Contas da União, órgão governamental, produziu relatório que atesta exatamente tal deficiência.

Quanto à capacidade organizacional, o tribunal verificou que os órgãos responsáveis pela segurança da região apresentam baixo grau de investimentos e carência de recursos humanos, materiais e financeiros, a exemplo de aeronaves, sistemas de comunicação interoperáveis, instalações físicas e cães farejadores. Isso realça a vulnerabilidade daquele espaço territorial e contribui para agravar sua condição de ambiente propício aos ilícitos relacionados ao tráfico de drogas e de armas, entre outros crimes típicos de regiões fronteiriças. O TCU identificou, no entanto, a existência do Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras (Sisfron), conduzido pelo Exército Brasileiro, que tem por base uma rede de sensores colocados sobre a linha de fronteira, a fim de produzir informações para a tomada de decisões. A previsão de implantação em toda a faixa fronteiriça é de dez anos, ao custo estimado de aproximadamente R\$ 12 bilhões.

Também foram avaliadas a coordenação e a coerência no âmbito do PEF, a serem exercidas pelos Ministros de Estado da Justiça, da Defesa e da Fazenda. Segundo o TCU, não há definição clara dos papéis e responsabilidades dessas instituições coordenadoras. Também não existe critério para designação de comando relativo às operações conjuntas ou para os colegiados no gerenciamento das ações. Na avaliação do tribunal, é necessária a definição de instrumentos que permitam a construção de arquitetura interorganizacional eficiente para que as

áreas de responsabilidade estejam claras e sob supervisão de agências públicas situadas na própria fronteira, encarregadas de exercer a liderança¹⁹.

O Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras, o Sisfron, está operando com 90% da sua capacidade tática, ainda que restrito em sua fase de testes. O projeto piloto possui sistema de sensores, decisores (softwares) e atuadores (pessoal), em uma extensão de 650 quilômetros na fronteira sul de Mato Grosso do Sul, entre as cidades de Mundo Novo e Caracol.

O Sisfron foi desenvolvido para obter o armazenamento, a organização, o processamento e a distribuição dos dados necessários à gestão da faixa de fronteira terrestre com escopo definido, a fim de propiciar um monitoramento permanente na área de fronteira brasileira

O projeto emprega tecnologia nacional de ponta, com radares fixos e móveis, antenas (infovias), além de equipamentos como sensores óticos, binóculos de visão termal e câmeras de longo alcance. A estrutura permite que as informações captadas pelos postos de vigilância cheguem em tempo real nos centros de operações, sendo interpretadas e usadas como suporte para a tomada de decisão²⁰.

Ainda é um piloto, está em testes e a previsão é que possa estar plenamente em operação apenas em 2035. Será que até lá o crime organizado transacional terá complacência com nossas fronteiras? Obviamente que se trata de uma ironia e empregada apenas para retratar como a morosidade do Estado Democrático de Direito Brasileiro capacita as facções criminosas e suas atividades.

O Estado deposita esperanças no Sisfron, como solução para o entrave das fronteiras brasileiras. Todavia, só a implementação do projeto não assegurará sua efetividade e, muito menos, seu sucesso, pois também se faz necessário o fornecimento de bases de policiamento pelo Exército em cada um dos Estados

19 Fonte: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-avalia-governanca-em-aco-es-de-faixa-de-fronteira.htm>. Acesso em 16 de março de 2019.

20 Fonte: <https://www.defesa.gov.br/noticias/50004-sisfron-opera-com-90-da-sua-capacidade-tatica>. Acesso em 8 de março de 2019.

fronteiriços, além de apoio logístico e de integração com a Polícia Federal, Polícia Rodoviária Estadual e Federal.

Para que o Estado brasileiro diminua a influência do Primeiro Comando da Capital nas fronteiras brasileiras, é necessário o desenvolvimento de um plano de ação em conjunto com os Estados e Municípios, a fim de criar políticas conjuntas para as áreas fronteiriças e otimização dos gastos. Ademais, também é importante a criação de uma cooperação internacional com os onze países que fazem fronteira com o Brasil, para a troca de experiências, inteligência, dados, capacitação de agentes com o escopo de fortificar a proteção das fronteiras e reafirmar a soberania dos países em seus limites territoriais.

O relatório sobre o controle de fronteiras encomendado pelo congresso norte-americano, além das medidas acima elencadas, destaca que também é importante para que se proteja as fronteiras a criação de leis para o combate da lavagem de dinheiro, os traficantes e o tráfico:

Border investments also complement and interact with law enforcement activities beyond the border, such as—in the case of illegal drugs—programs to combat traffickers’ money laundering schemes and to detect and prevent southbound flows of money and guns. Some of the most important work with respect to counterterrorism and counternarcotics efforts may involve bilateral and multilateral partnerships with allies abroad. And the U.S. government has vital competing interests in facilitating effective commercial flows and the efficient movement of legal travelers. Inevitably, decisions about “border security” must grapple with the full universe of threats and policies that intersect at U.S. borders²¹.

Dessarte, igualmente cabe ao Estado brasileiro lidar com outra realidade: a questão da falta de efetividade das leis penais, visto que é frequente os contrabandistas serem presos e processados no Brasil por atividades ilícitas, tendo como con-

21 Fonte: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R42969>. Acesso em 19 de março de 2019.

seqüência a perda da mercadoria, mas não um cumprimento efetivo de pena, porque o Judiciário flexibiliza a aplicação da lei penal nas fronteiras. O resultado é o regresso imediato às atividades ilícitas em um movimento de looping. Um Estado repressor e que investe em novas leis, porém, com magistrados que as flexibilizam e relativizam.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito Brasileiro está em crise e se vê obrigado a conviver com as facções criminosas, como o Primeiro Comando da Capital, porque não cumpre com o seu papel de efetivar o conjunto de direitos tidos como fundamentais. Ademais, não consegue equilibrar as desigualdades sociais e econômicas. A violência urbana e a insegurança aumentam. A resposta do Estado é criar uma nova lei penal e/ou endurecer o sistema vigente. Nesse movimento, as facções aparecem como símbolo de resistência para combater um Estado opressor.

População carcerária elevada e crescente que se une em torno das facções por melhores condições de sobrevivência para si e sua família, além de um emprego quando do cumprimento da pena, tudo ao contrário do que o Estado lhe fornece. Para a facção, lucro, mão de obra barata e estruturação em moldes empresariais com aproveitamento das lacunas estatais para o desenvolvimento de suas atividades em âmbito interno e internacional.

Com a globalização, os mercados se abriram e houve a livre circulação de pessoas, bens e serviços. A integração e o desenvolvimento de novas tecnologias expandiram o capitalismo e, também, o crime organizado. A preocupação se transnacionalizou, especialmente com a relativização das fronteiras. Assim, a cooperação internacional e uma melhoria nos controles de fronteira foram algumas das soluções criadas pelos Estados.

O Brasil ainda peca na questão tanto da cooperação internacional quanto do controle das fronteiras e na falta de serviço de inteligência efetivo. Ainda tem a mentalidade repressora como mola motriz, sendo que não investe na melhora do desenvolvi-

mento socioeconômico das regiões fronteiriças, o que inviabiliza uma modificação da realidade da região.

Além disso, o Brasil ainda falha ao não promover uma integração entre seus próprios órgãos, Estados, Distrito Federal e Municípios com um banco de dados unificado, questões tecnológicas, serviço de inteligência e um plano de ação harmônico entre todos. Da forma como está, sem unidade, o efeito prático é reduzido e a amplitude de ação restrita, porque as ações são desarticuladas e pontuais. É necessário criar elementos de comunicação com uma política de longo prazo entre Governo Federal, Estados e Municípios, além de investir em tecnologia de qualidade.

Pari passu, cabe ao Estado brasileiro criar e desenvolver uma política externa conjunta com os onze países com que faz fronteira, sem prejuízo do acréscimo de demais interessados, como os Estados Unidos da América, por exemplo, a fim de investir em uma solução transnacional de obrigatoriedade e cooperação internacional. A política externa brasileira é frágil no tocante ao controle das fronteiras, e as deficiências internas do Estado são patentes; o PCC se aproveita dessas lacunas e expande, enriquece e se desenvolve.

O Estado Democrático de Direito Brasileiro precisa investir, como já o faz, todavia, precisa fazê-lo de forma integrada, conjunta com os Estados e Municípios, investir em tecnologia, em capacitação, em previsão orçamentária para a Lei de Combate ao Crime Organizado, para se ter recursos, a fim de investigar e exercer a inteligência. Capacitar suas polícias, melhorar o efetivo, cuidar de investimentos sociais nas áreas de fronteiras. Enfim, o caminho é árduo para o Estado reverter a fragilidade existente em sua política externa e na falta de controle de suas fronteiras.

O endurecimento não é a solução. O caminho é aprender com os vizinhos, atuar com eles e desenvolver políticas de proteção das fronteiras, com legislação adequada e aplicada por magistrados que igualmente buscam a efetividade do sistema penal nas fronteiras. Além de otimizar as leis existentes em busca de maior controle sobre a lavagem de dinheiro. As organizações cri-

minosas, quando têm seu dinheiro e lucro ameaçados, modificam seus planos, recuam, procuram outras rotas e restituem força aos Estados nesse embate entre o crime transnacional e as Nações. ❖

REFERENCIAS

ANDRADE, Israel de Oliveira e LIMA, Raphael Camargo. Segurança e Defesa nacional nas fronteiras brasileiras. IN PÊGO, Bolívar (Organizador), MOURA, Rosa. **Fronteiras do Brasil: uma avaliação de política pública** - Volume 1. Rio de Janeiro: IPEA, MI, 2018.

BANCO NACIONAL DE MONITORAMENTO DE PRISÕES. **Cadastro Nacional de Presos realizado pelo Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em 21 de março de 2019.

CHRISTINO, Marcio Sergio e TOGNOLLI, Claudio. **Laços de Sangue: a história secreta do PCC**. 3 ed. São Paulo: Matrix, 2017.

CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE. **Border Security: Understanding Threats at U.S. Borders**. February 21, 2013. Disponível em: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R42969>. Acesso em 17 de março de 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Sistema Prisional em números**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em 27 de março de 2019.

DIAS, Camila Caldeira Nunes e PEREIRA, Thalita Cordeiro. **Dinâmicas das Redes Criminais e as Políticas Públicas na Fronteira Brasil/Paraguai: o caso de Ponta Porã e Pedro Juan Caballero**. Revista Brasileira de Iniciação Científica, Itapeatinga, v. 4, n. 4, 2017, p. 35-51.

FELTRAN, Gabriel. **Irmãos: Uma história do PCC**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GLENNY, Misha. **Mc Máfia, crime sem fronteiras**. Trad. Lúcia Boldrine. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

GONÇALVES, Antonio Baptista. **Bitcoins, Criptomoedas e as Questões Tributárias**. Revista de Estudos Tributários. São Paulo: Sage, ano XXI, n. 124, nov-dez 2018, p. 9-42.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

JORNAL LEXPRIME. **COORDENADOR DO ILANUD DIZ QUE CRIME ORGANIZADO JÁ MOVIMENTA ACIMA DE 4% DO PIB MUNDIAL**. 22 de março de 2016. disponível em: <http://lexprime.com.br/coordenador-do-ilanud-diz-que-crime-organizado-ja-movimenta-acima-de-4-do-pib-mundial/>. Acesso em 16 de março de 2019.

MANSO, Bruno Paes e DIAS, Camila Nunes. **A Guerra: A ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil**. São Paulo: Todavia, 2018.

MINISTÉRIO DA DEFESA. **SISFRON opera com 90% da sua capacidade tática**. Disponível em: <https://www.defesa.gov.br/noticias/50004-sisfron-opera-com-90-da-sua-capacidade-tatica>. Acesso em 8 de março de 2019.

PELLEGRINI, Carlos Eduardo. **Direito Penal Transnacional**. São Paulo: Baraúna, 2017.

REVISTA VEJA. **Aqui é o choque e chegou a morte**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/reveja/carandiru-1992-8220-aqui-e-o-choque-chegou-a-morte-8221/>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.

SOUZA, Fátima de. **PCC, a facção**. Grupo Editorial Record. Disponível em: http://www.record.com.br/autor_entrevista.asp?id_autor=4978&id_entrevista=219. Acesso em 1 de março de 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TCU avalia governança em ações de faixa de fronteira**. 10 de setembro de 2015. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noti>

cias/tcu-avalia-governanca-em-aco-es-de-faixa-de-fronteira.htm. Acesso em 16 de março de 2019.

WILLIAMS, Phil. Crime, illicit markets, and money laundering. In: SIMMONS, P. J.; JONGE OUDRAAT, C. **Managing global issues: lessons learned**. Washington, D.C.: Carnegie endowment for international peace, 2001.

Transportes Autônomos como Paradigma da Economia Circular

**José Renato Torres do
Nascimento**

Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direitos, Instituições e Negócios Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Gestão Pública pela FGV. Delegado de Polícia.

**Sérgio Gustavo de Mattos
Pauseiro**

Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense - UFF. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Instituições e Negócios – PPGDIN/UFF. Professor de Arbitragem na Pós-Graduação de Gestão em Processo Civil – IBMEC. Doutor Pela Universidade Federal Fluminense.

RESUMO

A economia circular tem como um dos seus objetivos principais a reformulação das metodologias para o crescimento urbano e redução da extração de recursos naturais. Quando o assunto é mobilidade urbana, umas das grandes estratégias das cidades circulares são os veículos elétricos, que terão um papel crítico para implementar as redes inteligentes nas cidades através de transportes reabastecidos em rede elétrica (V2G). Trens e ônibus autônomos já começam a circular de forma experimental na Inglaterra e Alemanha e a utilização da energia elétrica e controle remoto via satélites desses modais permite a redução de poluen-

tes e reduz o desperdício de energia, já que os robôs não aceleram e nem freiam desnecessariamente, como os seres humanos. Mas a grande revolução está no setor privado com a chegada dos carros autônomos no mercado. Esses veículos são controlados a distância por um sistema operacional remoto via satélite e, como qualquer sistema, pode ser haqueado, transformando uma inovação tecnológica num verdadeiro risco à Segurança Nacional. O governo americano demonstra grande preocupação na regulação da matéria, enquanto o Brasil, embora já tenha tais veículos circulando, sequer iniciou a debate do assunto.

INTRODUÇÃO

Os ordenamentos jurídicos têm dificuldades de acompanhar o desenvolvimento tecnológico das sociedades sobre as quais suas normas incidem. Em que pese isso não seja necessariamente um problema, haja vista que a manutenção de uma estrutura de regras dá segurança e previsibilidade aos agentes sociais, por vezes percebe-se um atraso excessivo na adaptação do Direito aos novos tempos.

Essa dificuldade é bastante notável no atual contexto tecnológico global, no qual se percebe uma verdadeira quarta revolução industrial, referente sobretudo ao ganho de inteligência das coisas, mas, contraditoriamente, aplicam-se normas absolutamente desconectadas da realidade para situações que sequer existiam quando essas regras foram elaboradas.

Um dos setores mais sensíveis a esse descompasso fático-jurídico é o de automóveis autônomos, uma vez que os veículos já existentes, sem motorista, geram debates jurídicos das mais diversas matizes.

Em caso de acidente que gere dever de indenizar, de quem é a responsabilidade? A liberação da atividade dependerá somente das leis de mercado ou é possível que um ente estatal certifique o veículo? Se o automóvel guiado por um robô será uma fonte extremamente rica de dados sobre deslocamento de pessoas, como lidar juridicamente com a coleta, transação e destruição dessas

informações? Existe algum risco de monopólio no mercado automobilístico com a popularização da nova tecnologia? Em que medida e de que forma o Estado-regulador pode atuar sobre esse domínio econômico?

Todas essas questões são absolutamente pertinentes e atuais, uma vez que vivemos na idade da inteligência artificial, e é por isso que o presente trabalho, depois de melhor abordar o atual contexto disruptivo, tentará encontrar respostas para algumas dessas indagações.

1 – O MOVIMENTO DA ECONOMIA CIRCULAR

O desperdício é algo criado pelo ser humano, não existindo na natureza, onde tudo é reaproveitado e cada organismo contribui para a saúde do todo. As flores de uma árvore frutífera caem no chão e se decompõem em alimento para outros seres vivos. As bactérias e fungos se alimentam do lixo orgânico da árvore e dos animais que comem seus frutos, depositando nutrientes no solo, que a árvore pode absorver e converter em crescimento. O lixo do organismo se torna alimento para outros seres e os nutrientes fluem perpetuamente no berço regenerativo, gerando o ciclo do nascimento, decadência e renascimento. Para natureza, o lixo é desperdício, que é igual a energia ou comida para outros seres.¹

O crescimento industrializado estimula a densidade urbana e aumenta consumo. Os efeitos combinados da urbanização, industrialização e globalização influenciaram profundamente o desenvolvimento de cidades ao redor do mundo. É fato que industrialização impulsionou o crescimento econômico, também atraiu empresas e alimentou o apetite do consumidor. O mundo industrial prospera onde os recursos naturais são disponíveis e podem ser extraídos facilmente para fabricação e produção. A extração de recursos naturais aumentou doze vezes mais no último século, sendo que, nos últimos quarenta anos, o uso global de matéria-prima quase triplicou, saltando de 26,7 bilhões de toneladas em 1970 para 84,4 bilhões de toneladas em 2015. A estima-

¹ HODKINSON, Gregory; GALAL, Hazem and MARTIN, Cheryl. Circular Economy in Cities Envolving the Model for a Sustainable Urban Future. Press by World Economic Forum. Geneva. Switzerland. 2018. p. 01.

tiva é de que o consumo de matéria-prima chegue entre 170 e 184 bilhões de toneladas até 2050. Esse nível crescente de uso de matéria-prima ou commodities demarca uma crescente urbanização, que demanda por habitação, alimentos e bens de consumo, o que só irá crescer nos próximos anos. Segundo estimativas da ONU, a população urbanizada cresceu de 14% no início do século para 54%, no final do século XX. A previsão é de que a população dos grandes centros urbanos represente 66% da população mundial até 2050. Esse ciclo de crescimento industrializado com mais urbanização, consumo e maior extração de recursos naturais colocou tremenda pressão sobre o meio ambiente, que já perdeu 30% da sua capacidade de resiliência natural.²

Portanto, as cidades precisam de novas formas de lidar com o desperdício, pois os níveis atuais de consumo estão gerando valores sem precedentes de resíduos, que exacerbam o impacto ambiental negativo e efeitos do aumento da extração. As fases da montagem, os processos de extração e fabricação dos produtos consomem grandes volumes de água e energia. Estima-se que mais de dois terços da energia do mundo é consumida nas cidades, o que representa mais de 70% das emissões globais de CO². As cidades são os locais onde as maiores quantidades de resíduos são geradas, em torno de 1,3 bilhão de toneladas de resíduos por ano, o que se traduziu numa média de 1,2 quilogramas por pessoa por dia, segundo dados levantados pelo Banco Mundial em 2012. A estimativa é de que, nesse ritmo, as cidades passem a gerar até 2,2 bilhões de toneladas até 2025. Esses resíduos tradicionais, combinados a práticas de manejo e descarte, resultam em aterros sanitários, emissão de gases ou poluição do meio ambiente. Dessa forma, é imperativa a necessidade de se adotar um método mais viável de produção e consumo na cadeia de valor global para aliviar o ônus dos resíduos nas áreas urbanas.³

Nesse contexto, insere-se a abordagem da economia circular, que visa a reformular metodologias para o crescimento urbano e redução da extração de recursos naturais. A intenção é criar

² Capacidade de resiliência- capacidade do bioma se autorecuperar da exploração natural. Ibid. p. 02

³ Ibid. p. 02-03.

um futuro mais sustentável, que permita que o meio ambiente restaure os recursos extraídos e o proteja dos efeitos negativos dos resíduos industrializados.⁴

São conceitos da economia circular: a) o desenvolvimento sustentável, que tenta reconciliar e combinar três dimensões do desenvolvimento: econômico, ambiental e social. O desenvolvimento sustentável se conecta com a economia circular através da economia e dimensões ambientais, bem como através de responsabilidade social corporativa; b) A economia verde, que é um conceito que propõe soluções econômicas para questões ambientais através de políticas multipartidárias, emanadas das Nações Unidas; c) Performance econômica, que é a economia de desempenho, também conhecida como economia funcional. Sua tese determina que os negócios devem dissociar o crescimento do consumo de recursos *in natura*; portanto, novos modelos de negócios baseados no serviço de vendas e reaproveitamento devem ser criados, ao invés da mera oferta de bens em quantidade, uma nova qualidade ao produto deve ser atribuída. Essa ideia geral pode estimular a inovação e criar incentivos para fechar a produção e o consumo em novas rotações; d) O pensamento do ciclo da vida, que visa a reduzir impactos ambientais, com ecoeficiência, o que significa acompanhar todos os ciclos do consumo até o descarte final pelo consumidor e remoldá-lo da forma mais natural possível; e) “Valores Partilhados” é uma abordagem de gerenciamento que foi desenvolvido por autoridades da estratégia, como Michael Porter e Mark Kramer, a fim de conciliar capitalismo com necessidades sociais. Na prática, solicita que as empresas criem valores visando a atender às necessidades sociais por meio de novos produtos, construindo redes de valores redefinidas, gerando um sistema de capacitação e desenvolvimento comunitário; f) Ecologia Industrial, a ecologia industrial é uma pesquisa com aplicação na criação e manutenção de um ecossistema industrial de ciclo fechado. A Ecologia Industrial visa a otimizar o uso da energia e materiais, diminuição da poluição e redução de resíduos através de transformação economicamen-

⁴ Ibid. p.03-04.

te viável de subprodutos ou resíduos em novos insumos, com o objetivo final de permitir sistemas industriais que imitem os ecossistemas naturais. g) Responsabilidade dos Produtores Estendida, a responsabilidade alargada do produtor é um dos pressupostos do princípio do poluidor-pagador e visa a mudar a relação do produtor com o meio ambiente, responsabilizando-o pelo o ciclo da vida completo de volta para o produtor, obrigando-o a estabelecer uma logística reversa; h) Ecodesign baseia-se na integração dos aspectos ambientais no produto desenvolvimento. O ecodesign pode ser usado como ferramenta para implementar os resultados, verificando se o produto possui ecoeficiência no processo de desenvolvimento circular.⁵

Esses conceitos da Economia Circular fizeram o Ministério da Educação e Pesquisa da Alemanha cunhar o conceito das *Smart Cities* como as cidades do futuro, adaptadas ao clima, eficientes em termos de energia e recursos, além de neutras nas emissões de CO₂.

Há alguns anos, o governo alemão vem organizando, juntamente com a iniciativa privada, um diálogo permanente com o objetivo de desenvolver o conceito de *Smart City*. A sociedade de pesquisa Fraunhofer, por exemplo, definiu a *smart city* como uma cidade informatizada, conectada a redes, móvel, segura e sustentável.⁶

As *smart cities* podem trazer muitos benefícios, com sistemas inteligentes para guiar o tráfego, integrar as redes de informação, bem como facilitar o acesso a energia e, na melhor das hipóteses, redução do consumo da mesma. Com a ajuda de tecnologias de informação e comunicação inteligentes, todos os setores relevantes podem ser interligados e controlados: tráfego, administração, saúde, moradia, educação e cultura. Esse mundo novo e inteligente, onde existe uma solução tecnológica para tudo, está “mais próximo do que se imagina”, segundo os especialistas da Sociedade Fraunhofer.⁷

5 Ibid. p. 05.

6 Idem. p06.

7 Idem. p. 07/08.

2 – OS TRANSPORTES AUTÔNOMOS

Um dos maiores desafios das *Smart Cities* são: marco regulatório, transporte multimodal urbano e sistema de segurança inteligente.⁸

Na temática mobilidade urbana, a discussão dos transportes autônomos ganha cada vez mais espaço e investimento tanto do setor público quanto privado. No setor público, as palavras de toque na mobilidade circular são trens e ônibus autônomos, guiados via satélite, por serem mais econômicos, com controle de frenagem e velocidade. A França e a Alemanha já possuem modelos de trens autônomos, e a Inglaterra já tem uma rota, em caráter experimental, em funcionamento, de ônibus autônomos.

Mas a grande revolução parece estar no setor privado, principalmente nos Estados Unidos, com a entrada dos carros autônomos no mercado, os quais certamente mudarão radicalmente a forma como nos movemos e a maneira como vivemos. Entretanto, antes que essa realidade venha a se concretizar, é preciso entender e enfrentar os obstáculos que podem impedir a entrada dessa tecnologia no mercado.

Embora pareça uma cena de filme futurista, na prática, esses veículos já existem, recebendo um embrionário tratamento regulatório por parte de certas jurisdições. Os números da Califórnia, por exemplo, entusiasmam: no ano de 2017, 1.300.000 (um milhão e trezentas mil) milhas foram percorridas por veículos dessa natureza⁹. É muita coisa, considerando que a tecnologia começou a ser implementada em 2014.¹⁰

Os três elementos que mais reforçam a tese de que essa espécie de tecnologia em carros deve se difundir estão vinculados, sobretudo, a (i) segurança, (ii) custos e (iii) bem-estar. Cada uma dessas razões tem suas explicações próprias, que merecem ser detalhadas e conectadas umas às outras.

8 Idem. p. 09.

9 Jürgen Moises. “viver e trabalhar como jornalista freelancer em Munique. Tradução: Renata Ribeiro da Silva. Copyright: Goethe-Institut e. V., Internet-Redaktion. Agosto de 2015/ p. 05

10 Nos Estados Unidos da América, a maioria das Unidades Federadas já possuem algum tipo de regra sobre carros autônomos, seja para permitir seu uso em geral, seja para permitir o teste. Disponível em: <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2018/05/01/the-state-of-self-driving-car-laws-across-the-u-s/>. Acesso em: 28/10/2018.

No que tange à segurança, alguns números dos Estados Unidos podem ajudar a explicar. Sabe-se que o país dispõe de boa infraestrutura de rodovias e tem um largo mercado consumidor de automóveis. Pois bem, 94% dos acidentes nos EUA no último ano foram causados por erro do motorista¹¹. Ainda que a tecnologia exija tempo para ser implementada e seja considerada 100% segura, é de se esperar que, com a saída do fator humano, o número de mortes nas rodovias americanas caia drasticamente e isso, conseqüentemente, fomente a difusão dos bens autônomos. Somente dois acidentes com veículos autônomos foram registrados desde 2015 até a presente data, em razão de falha no sistema. Os números parecem demonstrar que anualmente acontecem mais acidentes com veículos guiados do que autônomos, pelo menos nos últimos três anos.¹²

No que tange aos custos, todos os setores econômicos de alguma forma pagam motoristas direta ou indiretamente para seu devido funcionamento e estão interessados no piloto cem por cento automático, uma vez que poderão diminuir consideravelmente seus custos com o advento da nova tecnologia. A título de ilustração, a Uber nos EUA, vem investindo pesadíssimo na implementação da inteligência artificial nos veículos rodoviários, o que poderá tornar o motorista humano descartável no futuro.¹³

Outro interessante exemplo que se vincula aos ganhos de produtividade em caso de implementação dessa tecnologia são os caminhões-trem de um só motorista da Tesla¹⁴. Com efeito, o projeto é de que, no futuro, um caminhão guiado por um único motorista coordene outros caminhões que o seguem na traseira imediata, sem que haja entre eles nenhuma conexão mecânica ou magnética. Será possível, com a implementação dessa nova tecnologia, transportar mercadorias em volume semelhante ao

11 Disponível em: <https://crashstats.nhtsa.dot.gov/Api/Public/ViewPublication/812115>. Acesso em: 27/10/2018.

12 *Institute for Highway Safety. New estimates of benefits of crash avoidance features on passenger vehicles. Disponível em: <http://www.iihs.org/iihs/sr/statusreport/article/45/5/2>*. Acesso em: 27/10/2018.

13 Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/features/2016-08-18/uber-s-first-self-driving-fleet-arrives-in-pittsburgh-this-month-is06r7on>. Acesso em: 29/11/2018.

14 Disponível em: <https://br.udacity.com/blog/post/tesla-semi>. Acesso em: 25/11/2018.

do transporte ferroviário, porém, com uma operação substancialmente mais barata, e com custos de capital humano consideravelmente menores.

Outra boa ilustração referente à economicidade dos *driverless cars* é a maior eficiência no gasto de combustível¹⁵. Homens e mulheres, ao dirigir, tendem a acelerar mais do que o necessário, frear mais do que se precisa e, assim, conduzir o veículo com um consumo energético menor do que um sistema operacional costuma exigir. Seria uma diferença substantiva, já que a maioria dos carros deve se tornar elétrico no futuro¹⁶.

Por fim, há o aspecto subjetivo do bem-estar na tomada de decisão dos consumidores. O ser humano tende a buscar o maior conforto possível dentro do que é financeiramente alcançável para ele, então, a partir do momento em que os carros autônomos atingirem preços verdadeiramente competitivos, será normal que muitos comprem não pela segurança e nem por uma eventual redução de custos, mas pelo bem-estar que o bem lhes proporciona.¹⁷

Reforça essa percepção o fato de que a Tesla, empresa de automóveis do multimilionário empresário Elon Musk, focada no desenvolvimento de veículos movidos a energia elétrica e com possibilidade de se autodirigirem, possui valor de mercado no mesmo patamar de gigantes do automobilismo, como Ford, General Motors e Fiat-Chrysler, mesmo com uma linha de produção que ainda é consideravelmente menor¹⁸.

Destaque-se que, quando se fala veículo autônomo ou outra denominação semelhante, fala-se daqueles carros que conseguem conduzir pessoas de um lugar ao outro recebendo apenas

15 FULTON, Lew; MASON, Jacob; MEROUX, Dominique. Three Revolutions in Urban Transportation. Institute of Transportation Studies, University of California, Davis, Research Report UCD-ITS-RR-17-03. 2017. Disponível em: https://its.ucdavis.edu/research/publications/?frame=https%3A%2F%2Fitspubs.ucdavis.edu%2Findex.php%2Fresearch%2Fpublications%2Fpublication-detail%2F%3Fpub_id%3D2723. Acesso em: 13/11/2018.

16 Na Inglaterra, a meta é banir os carros a diesel e gasolina até 2040, quando toda a frota circulante no país deverá ser elétrica. Disponível em: <https://www.ft.com/content/e2c212a2-4f80-11e8-9471-a083af05aea7>. Acesso em: 15/11/2018.

17 MURAMATSU, R; FONSECA, P. Psicologia e Economia na explicação da escolha intertemporal. Revista de Economia do Mackenzie. São Paulo, n.6, p. 87-112, jul. 2008.

18 Disponível em: <https://qz.com/1347031/tesla-is-americas-most-valuable-carmaker-again/>. Acesso em: 01/12/2018.

a informação do destino do passageiro. São aqueles capazes de acelerar, frear, mudar de faixa, fazer curvas e escolher rotas a partir de decisões calculadas por seu próprio sistema operacional e não por um comando humano específico.

A discussão do marco regulatório é um dos grandes desafios para os veículos autônomos. Todo setor de regulação nos EUA parece ter sido reformulado após os atentados de 11 de setembro. No que tange aos veículos autônomos, a questão não foi deferente. Para facilitar, a NHTSA, agência federal de trânsito americana, se utilizou de um sistema de automação em carros, criando um método de classificação de 1 até 4, graduando o nível de autonomia de cada veículo. Quanto maior o número, mais autonomia o veículo possui e maior será a regulação.¹⁹

Os veículos cuja tecnologia ensejam o debate são os de nível 3 e 4. Basicamente, os carros de nível 3 permitem que os motoristas cedam todo o controle do automóvel ao computador, em condições normais de clima e tráfego. Os carros de nível 4, por sua vez, sequer exigem tripulação, podendo receber comandos de pessoas ou de outros computadores pela via virtual. Ainda são protótipos, vale dizer, mas não vai demorar até que saiam às ruas²⁰.

Importante observar que, quando se menciona piloto automático, deve-se entender o termo como sinônimo de carro autônomo, e não como o adaptador de velocidade já presente em diversos veículos novos no Brasil, que algumas marcas chamam *autopilot* de maneira mais mercadológica do que técnica, porquanto representa um nível de automação menor do que o esperado quando se fala de condução totalmente automatizada.

Não há dúvida de que a boa regulação exerce na manutenção de um ambiente de negócios estável e produtivo. Sendo assim, abstendo-se de entrar em discussões políticas acerca do grau devido de intervenção do Estado na economia, o presente trabalho parte da premissa fática de que as nações que mais

19 Veja-se o regulamento na National Highway Traffic Safety Administration: http://www.safercar.gov/staticfiles/safetytech/st_landing_ca.htm#st_tabs. Acesso em: 26/11/2018.

20 A Google tem planos de *eliminar* carros dirigidos por humanos em cinco anos. Disponível em: <http://www.wired.com/2015/05/google-wants-eliminate-human-driving-5-years/>. Acesso em: 29/11/2018.

prosperaram econômica e socialmente intervieram nos seus mercados internos, e isso não fez delas menos liberais, e sim pró-competitividade.²¹

3 – QUESTÕES COMPLEXAS ENVOLVENDO OS TRANSPORTES AUTÔNOMOS

O marco regulatório que se mostra importante é a prevenção do “*car-hacking*”. A título de ilustração, imagine-se que uma organização terrorista consiga entrar no sistema operacional de milhares de carros ao mesmo tempo. Com isso, ela poderia provocar acidentes fatais envolvendo milhões de pessoas quando assumissem o controle dos veículos, e o fato de os automóveis já serem utilizados como armas atualmente por alguns grupos extremistas faz com que a preocupação em relação a eles, nesse ponto, não seja tola.²²

Em que pese a cena pareça diatópica, é com esse tipo de medo que as sociedades precisam conviver para aceitar que as empresas que prestem serviço de automação automobilística devem seguir uma série de normas técnicas, produzidas por agências reguladoras e que sejam capazes de proteger os interesses coletivos das pessoas, sem desincentivar a indústria, de modo semelhante ao que acontece na regulação das telecomunicações.

Existe um problema sério quanto à implementação da nova tecnologia. Fica difícil saber em que momentos os carros autônomos estarão disponíveis para os consumidores sem testá-los nas mãos dos usuários em larga escala. Os acidentes que ocorreram em 2017 levantaram essas questões formais mais profundas nos Estados Unidos, onde os protótipos já estão sendo testados nas ruas. Uma das discussões é se o proprietário do veículo poderia ser responsável perante terceiros vitimados, já que o carro era pilotado pelo sistema operacional do fabricante. Embora o proprietário pudesse entrar com ação regressiva contra a fábrica

21 HYLTON, Keith N. *Antitrust Law: economic theory and Common Law evolution*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003. p. 104

22 Tom Simonite, *Your Future Self-Driving Car Will Be Way More Hackable*, MIT TECH. REV. (Jan. 26, 2016). Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/546086/your-future-self-driving-car-will-be-way-more-hackable/>. Acesso em: 28/11/2018.

na instância civil, surgiram implicações criminais discutindo o dolo e a culpa do dono do veículo. Do ponto de vista jurídico, a responsabilidade civil e criminal será profundamente afetada com os acidentes que poderão surgir envolvendo veículos autônomos, o que consubstancia um desafio para Brasil, uma vez que veículos autônomos importados já estão circulando no território nacional.²³

Por esse motivo, além da proteção de dados e da possibilidade de os sistemas serem hackeados, outro objeto de preocupação dos usuários e dos fornecedores diz respeito à evolução do funcionamento do próprio robô-condutor, tendo em vista que a inteligência artificial possui como marca principal o desenvolvimento a partir da autoaprendizagem, o que, sabe-se, significa que erros acontecerão e vidas ficarão em risco.

Com efeito, para que certa área de atuação privada seja regulada, três perguntas devem ser feitas anteriormente: o que regular, quando regular e como regular. A primeira pergunta consiste em identificar a tecnologia disruptiva, mesmo quando sua demarcação conceitual não seja tão clara. O segundo ponto diz respeito ao momento em que certa técnica deve passar a ser regulada; se muito cedo, desincentiva-se seu desenvolvimento, uma vez que o produto ainda não amadureceu a partir das leis próprias do mercado; se muito tarde, prejuízos imensuráveis podem ter sido causados a consumidores que compraram protótipos sem a menor fiscalização produtiva. A terceira indagação é sobre a forma, o estilo de regulação que deve ser adotado pelo agente quando se fala de carros sem motorista.

O fato é que existe um vácuo de possibilidades entre as duas situações mais confortáveis, porém arriscadas, em que os reguladores podem se colocar: criar modelos de normas prévias, que muito provavelmente falharão à medida que a tecnologia avance, ou não criar modelo algum, deixando que o mercado se autorregule e corra os riscos inerentes à liberdade econômica plena, tais como risco à integridade física de consumidores ou de formação de monopólios e oligopólios pelas

23 Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/19/tecnologia/1521479089_032894.html. Acesso em: 15/10/2018.

empresas que se mostraram mais competitivas no início da dissipação da tecnologia.

Transportes autônomos de massa ainda não existem no território brasileiro, embora pareça apenas uma questão de tempo para que trens e ônibus autônomos comecem a ser testados em nosso país. Todavia, já existem carros elétricos autônomos circulando no território nacional e operados pelo sistema de operacional remoto privado no exterior.

Desde do ano de 2016, a Tesla exporta carros sobre encomenda através do seu site para o Brasil. No site só está disponível para importação o *Model 3*, o veículo poderá ser adquirido por 30 mil dólares americanos.²⁴

A representação comercial da Tesla no Brasil, feita pela importadora Electra, declara que realizou a encomenda de 18 veículos e entregou 5 modelos, instalando o sistema de abastecimento elétrico residencial no Estado de São Paulo. O Fabricante *Tesla Motors* anunciou que inauguraria a sua primeira concessionária brasileira na capital paulista, no ano de 2019. Todavia, até a presente data isso não aconteceu, embora a montadora alegue que a sua principal meta é criar uma concessionária por estado em terras brasileiras.²⁵

A Nissan lançou seu primeiro carro elétrico e totalmente autônomo em 2018, o IMx, embora já exista fábrica da montadora no Brasil, a venda do carro autônomo em terras brasileiras está programada para 2020. Diferente da Tesla, a Nissan não possui modelos de veículos elétricos autônomos populares.²⁶

Todavia, ambas as montadoras enxergam o mercado brasileiro como estratégico para consecução das suas atividades, daí os riscos aí imbricados, envolvendo desde relações trabalhistas, até responsabilidade civil e criminal, que podem afetar o consumidor do serviço ou produto.

24 Disponível em: <https://www.tesla.com/model3?redirect=no> Acesso em 17/03/2019.

25 Disponível em: <https://www.noticiasautomotivas.com.br/tesla-prepara-primeira-concessionaria-no-brasil-segundo-jornalista/> Acesso em 17/03/2019

26 Disponível em <https://canaltech.com.br/carros/nissan-apresenta-conceito-de-carro-eletrico-totalmente-autonomo-102480/> Acesso em 17/03/2019:

4 – A RESPONSABILIDADE JURÍDICA EM RELAÇÃO AOS TRANSPORTES AUTÔNOMOS

É preciso dizer que há algum tempo que a indústria automobilística sofre crítica em relação ao processo de automação das tarefas humanas. Questões vinculadas à diminuição dos postos de trabalho e a responsabilidade civil por danos cometidos por robôs são objetos clássicos de debate²⁷.

Com o advento dos transportes autônomos, as atividades de taxistas ou de motoristas de serviços como o Uber correm sérios riscos de desaparecerem completamente, uma vez que a inteligência artificial presente no veículo é capaz de substituir integralmente a função de condução de passageiros entre dois pontos da cidade.²⁸

Por outro lado, companhias como o Uber e locadoras de veículos tendem a oferecer o mesmo tipo de serviço, isto é, aluguel de veículos. De fato, o próprio serviço ofertado pelas locadoras atuais tende a sofrer muitas mudanças, uma vez que não mais seria necessário alugar um veículo por dias seguidos, já que se pode utilizá-lo apenas quando efetivamente necessário, ou seja, sob demanda.²⁹

Além disso, as empresas de transporte de pessoas, como companhias de táxi e o Uber, terão seus custos trabalhistas bastante reduzidos e, em tese, poderão oferecer serviços mais baratos de transportes, o que pode até vir a ser mais um estímulo a que as pessoas deixem de comprar veículos.

Outro setor que pode vir a ser também bastante impactado é o das montadoras de veículos e toda sua cadeia logística. De fato, com a existência dos veículos autônomos, muitas famílias não verão a necessidade de adquirir um veículo para cada um de seus membros. Um mesmo automóvel poderá atender a várias pessoas, em distintos horários, ao longo do dia. Com efeito, não

27 Marchant, Gary E. e LINDOR, Rachel A. The Coming Collision Between Autonomous Vehicles and the Liability System. 52 Santa Clara L. Rev. 1321 (2012). Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol52/iss4/6>. Acesso em: 13/11/2018.

28 OLIVEIRA, Eduardo Elias. Considerações sobre os Veículos Autônomos – possíveis impactos econômicos, urbanos e das relações jurídicas. Núcleo de Estudos e Pesquisa da Consultoria Legislativa. 2016, p. 07.

29 Ibid. p.07.

é difícil vislumbrar até mesmo arranjos em que um mesmo automóvel venha a ser utilizado de forma compartilhada de forma mais flexível, como entre vizinhos, amigos, etc.³⁰

No campo da responsabilidade civil e criminal, o debate também é intenso, pois será um robô que tomará uma decisão no volante através de um sistema de inteligência artificial. A título de exemplo, imagine que um veículo autônomo, diante de um acidente inevitável, tenha que escolher entre salvar a vida de seu passageiro ou o de um pedestre na rua, como agir? Qual decisão é a correta? A vítima ou seus sucessores poderá pleitear reparação civil? Há responsabilidade criminal³¹? De quem? Todas essas questões são absolutamente pertinentes e colocam a academia sob fortes holofotes³².

A questão por si só demanda uma boa regulação, que é a garantia de que o Estado intervirá menos no domínio econômico, garantindo igualdade de competição entre as empresas, reduzindo o seu papel como empresário, mas reforçando a atuação indireta, na qualidade de regulador. Nas palavras de Lucas Rocha:

...a função principal do Estado passou a ser a de controlar, de incentivar, de coordenar e de fomentar as iniciativas privadas, assumindo o Estado, portanto, papel subsidiário no processo de prestação de serviços públicos³³.

Nesse contexto, as agências reguladoras exercem papel fundamental, que é o de regulamentar, fiscalizar e eventualmente prestar “jurisdição administrativa”³⁴ às atividades econômicas que antes eram assumidas pelo Poder Público. As vantagens

30 Ibid. p. 07-08.

31 DOUMA, Frank e PALODICHUK, Sarah Aue. Symposium, Criminal Liability Issues Created by Autonomous Vehicles, 52 Santa Clara L. Rev. 1157 (2012). Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/lawreview/vol52/iss4/2>. Acesso em: 29/10/2018.

32 THIERER, Adam D. e HAGEMANN, Ryan. Removing Roadblocks to Intelligent Vehicles and Driverless Cars (September 16, 2014). Wake Forest Journal of Law & Policy (2015), Vol. 5; Mercatus Research Paper, Mercatus Center at George Mason University, Arlington, VA. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2496929>. Acesso em: 01/11/2018

33 FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 458

34 É certo que no Brasil o modelo jurisdicional adotado pela Constituição é uno. Entretanto, usa-se o termo “jurisdição administrativa” para fins meramente didáticos, reconhecendo-se que aqui não vigem um modelo dual tal qual o francês.

da adoção de reguladores autônomos são muito bem exploradas por Floriano de Azevedo Marques Neto, quem elucida que:

A instituição de entes reguladores autônomos revela-se como um recurso capaz de viabilizar: i) uma ação regulatória mais sintonizada com os interesses existentes na Sociedade (alternativamente à regulação autoritária e unilateral cabente num contexto de Estado autoritário); e (ii) uma esfera ordenadora e equalizadora dos interesses conflitantes num dado setor da economia ou da Sociedade, a um só tempo permeável aos interesses dos diversos atores envolvidos (produtores e consumidores da utilidade pública) na atividade regulada (permeável, pois, aos interesses existentes na esfera privada) e promotora dos interesses públicos difusos (razão de ser da esfera pública), mormente daqueles que não possuem representação perante o aparelho estatal.³⁵

Além disso, pode-se levantar outras vantagens das agências reguladoras que justifiquem a adoção das competentes autarquias no que diz respeito à regulação de setores econômicos específicos. São elas: neutralidade política; capacidade técnica; equilíbrio no setor privado e outras.

Portanto, Floriano Azevedo entende que, embora seja necessário um marco legal generalista para viabilizar a implementação e a disseminação dos carros autônomos na jurisdição brasileira, os agentes capazes de editar normas regulamentares e técnicas, dentro de um Estado Subsidiário, que se construiu no Brasil desde meados da década de 90, são as agências reguladoras.

O debate acerca de qual agência fará isso é mais complexo, do ponto de vista de que cada falha de mercado ou área estratégica para o interesse público terá relação com determinada autarquia. Por exemplo, a questão da proteção dos dados dos passageiros dos veículos autônomos pode ficar por conta da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que está para ser criada.

35 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. 1ª. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006. p. 82.

da³⁶. A questão da segurança do sistema operacional, relacionado sobretudo às frequências de telecomunicação, poderia ficar por conta da ANATEL e assim por diante, realizando-se uma repartição objetiva de consequências.

Outra questão importante é o Código de Trânsito Brasileiro, que necessita ser modificado para que não haja dúvidas acerca da possibilidade de se comercializar e de se usar veículos autônomos. Da forma que está, é possível que tanto consumidores como empresas acabem sendo vítimas de punições estatais que desincentivariam a disseminação dos bens em território nacional.

Com efeito, o art. 28 da Lei 9.503 de 1997 prevê que *“o condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito”*. Não só esse dispositivo como vários outros referentes ao trânsito passam a ideia de subjetividade do condutor que máquinas não possuem.

Em semelhante toada, o art. 31 do mesmo diploma fala em *“atenção redobrada”* do condutor, enquanto o art. 169 estipula pena para o motorista que *“dirigir sem atenção ou sem os cuidados indispensáveis à segurança”*³⁷. Fica evidente, assim, que muito antes de se falar em regulação técnica por parte das agências reguladoras é preciso que o legislador federal estabeleça um marco regulatório para que consumidores e fornecedores tenham a esperada segurança jurídica em comprar e vender veículos autônomos.

Isso pode ser feito por meio de modificação completa do CTB ou, então, pela limitação de destinação de seu texto, com a

36 O Presidente Temer vetou o artigo da LGPD que previa a criação da ANPD, uma vez que o Projeto de Lei que cria órgãos ou atribuições para o Poder Executivo Federal deve ser iniciado pelo Presidente da República. Entretanto, o Presidente manifestou não possuir nenhum óbice à criação da agência, indicando que irá enviar em breve o Projeto de Lei nesse sentido ao Congresso, sanando-se o vício de iniciativa. Fica a expectativa de que isso seja feito antes da posse do Presidente eleito Jair Bolsonaro, uma vez que o futuro Chefe do Executivo ainda não se manifestou sobre o tema e, a julgar pelo discurso ultraliberal que adotou durante a campanha, é possível que se indisponha a criar pessoa jurídica que representará custos ao Erário. Para saber mais sobre o tema: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2018/11/setor-privado-quer-agilidade-para-destravar-agencia-de-protecao-de-dados.shtml>. Acesso em: 05/12/2018.

37 BRASIL. Lei 9.503 de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito brasileiro. Brasília, DF, set 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503/Compilado.htm. Acesso em: 05/12/2018. Art. 31. “O condutor que tenha o propósito de ultrapassar um veículo de transporte coletivo que esteja parado, efetuando embarque ou desembarque de passageiros, deverá reduzir a velocidade, dirigindo com atenção redobrada ou parar o veículo com vistas à segurança dos pedestres;” Art. 169. “Dirigir sem atenção ou sem os cuidados indispensáveis à segurança: Infração - leve; Penalidade - multa.”

criação de um diploma paralelo para carros autônomos. O importante é que essa legalização venha o mais rápido possível, haja vista que a tecnologia de que fala o presente artigo já é implementada nos Estados Unidos e em outras nações mais desenvolvidas desde 2014.

Vale dizer que o que se propõe não é nada de muito raro. A Convenção de Viena sobre Tráfego Rodoviário teve, recentemente, sua estrutura modificada, com o intuito de eliminar inseguranças jurídica sobre a viabilidade de se comprar e utilizar veículos autônomos em seus países signatários³⁸.

O panorama jurídico internacional, portanto, já abriu as portas da mudança, cabendo aos legisladores internos realizar as modificações necessárias dentro de suas respectivas competências.

Do ponto de vista técnico, os veículos com sistema de automação de nível 4 não são conduzidos por ser humano. Nessas hipóteses, caso ocorra algum acidente de trânsito com a participação desse veículo autônomo, quem deverá arcar com a indenização por perdas e danos sofridos pelas eventuais vítimas? Na verdade, a participação humana no funcionamento dessas máquinas se limitará a informar o destino da corrida, a entrar no veículo e a aguardar o término do percurso. Será o condutor virtual, portanto o fabricante, que controlará a velocidade e que reagirá diante dos eventos usuais do trânsito.³⁹

As ferramentas jurídicas atuais estão apenas parcialmente preparadas para enfrentar essa situação. É que, segundo a teoria da guarda da coisa, quem detém o poder de direção dessa coisa deve responder pelos danos originados de seu uso. Trata-se de uma decorrência da teoria do risco-criado: quem utiliza um objeto potencialmente gerador de danos a terceiros deve assumir o ônus desse risco que ela mesma criou. Daí decorre que, nessas hipóteses, é irrelevante perquirir a existência de culpa do titular da coisa, pois a responsabilidade é objetiva.

³⁸ Neste sítio encontram-se todas as modificações relevantes do ordenamento jurídico internacional no âmbito da UNECE acerca de automação de veículos rodoviários: <http://www.unece.org/trans/themes/trans-theme-its/selfdriving/automated-driving.html>. Acesso em: 12/10/2018.

³⁹ Ibid. p. 09.

No caso de acidentes de veículos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou, com base na teoria da guarda da coisa, o entendimento de que o proprietário responde pelos danos causados a terceiros, ainda que não tenha conduzido o veículo. A propósito, cite-se este julgado para ilustrar:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO. SÚMULA N. 83/STJ. (...)

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o proprietário do veículo responde solidariamente pelos danos decorrentes de acidente de trânsito causado por culpa do condutor.

(...)

3. O STJ reconhece o direito de sub-rogação da seguradora nos direitos do segurado, nos termos da Súmula n. 188/STF: “O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até ao limite previsto no contrato de seguro”.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 752.321/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, Dje 02/02/2016)

Não será diferente a resposta jurídica aos casos de veículos autônomos. O proprietário do veículo, por ter o comando intelectual da coisa – o proprietário decide se o veículo será ou não usado – responde civilmente pelos danos causados a terceiros, independentemente de prova de culpa.

Se for comprovado que o proprietário do veículo realizou todas as manutenções devidas no veículo ou que o acidente decorreu de problemas de fabricação, será lícito que o proprietário

pleiteie do fabricante ou da empresa responsável pela manutenção o ressarcimento do que pagou aos terceiros a título de indenização, tudo com base no princípio da vedação do enriquecimento sem causa, conforme disciplina o art. 934 do Código Civil e a incidência analógica do art. 13, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Aliás, nesses casos, em razão de o acidente ter decorrido de um defeito na relação de consumo, a vítima do acidente poderá ser equiparada a consumidora e, nessa condição, poderá, se preferir, buscar a responsabilização direta do fabricante (nos casos de defeito de fábrica) ou da empresa responsável pela manutenção do veículo (na hipótese de defeitos de manutenção do veículo).

A legislação atual, todavia, precisará de alguns reparos na situação hipotética de multiplicação de veículos conduzidos autonomamente. É que o risco de haver danos a terceiros nunca pode ser excluído com eventual popularização dos veículos de automação de nível 4. Qualquer sistema eletrônico, por mais sofisticado que seja, pode incorrer em erros. Dessa imprevisibilidade podem decorrer sinistros, que representam riscos, que precisam ser controlados ou ter seus efeitos reduzidos pelo direito.

Nesse contexto, uma proposta que reduziria bastante os riscos da utilização veículo autônomo seria estabelecer uma norma com a obrigatoriedade de o proprietário do veículo de automação de nível 4 contratar um seguro privado de responsabilidade civil, por danos causados a terceiros. Esse novo seguro se destinaria a ressarcir os danos materiais e morais sofridos pela vítima de um acidente envolvendo esses carros do futuro. Com isso, reduz-se o risco de “calote” do proprietário que eventualmente for instado a indenizar os prejuízos suportados pela vítima.

Por fim, embora a existência de um seguro específico para carros autônomo reduza bastante o risco da atividade, a dúvida que paira é se o Estado poderia intervir na autonomia privada, obrigando o consumidor a contratar um seguro privado.

Essa discussão se intensificou após o dia 19 de março de 2019, quando uma proprietária de um carro autônomo tentou

assumir o controle do veículo e não conseguiu, levando a óbito Eilane Hezberg. Nem o motorista e muito menos o sistema autônomo de aproximação conseguiram parar o veículo. O Conselho Nacional de Segurança no Transporte americano, o NTSB, afirma que o proprietário deve ter o controle do veículo autônomo, quando os sensores e algoritmos dos carros falham ou em outras circunstâncias que exijam a intervenção.⁴⁰ Diante da notícia, a Uber anunciou que encerraria com todas pesquisas com carros autônomos no estado americano do Arizona, demitindo cerca de 300 funcionários.⁴¹

Assim, o caso apontado e o conteúdo debatido nesse artigo demonstram que ainda existe um longo caminho de discussão, até que os riscos gerados pela utilização dos transportes autônomos sejam reduzidos pelo legislador ou pelo Judiciário.

5 – A REGULAÇÃO DO SANDBOX

Segundo Edson Alvisi, o histórico de intervenção do Estado na economia através de suas agências nunca foi pacífico, desde a época do império. A finalidade principal dessas agências estatais era garantir o controle do Estado sobre alguma atividade sujeita ao monopólio real.⁴²

Todavia, Alvisi explica que no caso do Tribunal do Comércio, por exemplo, pela primeira vez o Estado adotou uma postura diferente. O Tribunal do Comércio era caracterizado pela participação dos comerciantes nas decisões do órgão. O tribunal substituiu a Real Junta do Comércio, que, ao longo da história, denotava o grau de controle do Estado sobre a atividade, traduzido na efetividade da forma instrumental utilizada e do grau de envolvimento de alguns grupos específicos da nobreza e comerciantes.⁴³

40 Acesso em 12/06/2019: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/nova-economia/apos-fatalidade-uber-encerra-testes-com-carros-autonomos-no-arizona-e-demite-300-3an02dbaljdtojgf61c2pzjgf/>

41 Acesso em 12/06/2019: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/nova-economia/apos-fatalidade-uber-encerra-testes-com-carros-autonomos-no-arizona-e-demite-300-3an02dbaljdtojgf61c2pzjgf/>

42 ALVISI, Edson Nevis. O TRIBUNAL DO COMÉRCIO (1850-1875). ANPUH – XXIII SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – Londrina, 2005. P. 01.

43 Ibid. 1-2.

O Tribunal do Comércio nasce do movimento reformador de Sebastião José de Melo, o Marquês de Pombal, e se inicia pela reconstrução de Lisboa, mas objetivando uma mudança maior, a da vida política portuguesa, principalmente pela necessidade de contornar o predomínio estrangeiro do comércio colonial. Os cargos desse tribunal eram ocupados por comerciantes eleitos através de listas preparadas pela Praça de Comércio e, obrigatoriamente, deveriam possuir matrícula no tribunal ou na antiga Real Junta.⁴⁴

O Tribunal do Comércio significou o atendimento à demanda dos negociantes, que participaram da elaboração do Código Comercial, inclusive. Conseguiram inserir naquele diploma uma ideologia condizente com o capitalismo externo, que, de alguma forma, se insere no discurso jurídico do Estado. O que não parece claro é a aproximação entre o discurso oficial e a prática estatal, na medida em que a Coroa não abre mão do controle desse Tribunal, embora sua composição predominasse a representação dos negociantes.

Com o tempo, a Coroa, visando a garantir os seus interesses, gradualmente transformou o tribunal em instrumento intervencionista, regulando a forma de atuação no centro comercial, através da matrícula, mantendo o monopólio do Estado Português e a exclusividade das atividades privilegiadas a uma determinada casta. Para reproduzir o mundo jurídico, passou exigir julgadores que fossem bacharéis em direito, garantindo assim a sua influência.

Com a ampliação dos direitos humanos, após a Segunda Guerra Mundial, o conceito de direito subjetivo passou desempenhar um papel fundamental na moderna compreensão do direito. Eles definem liberdades de ações iguais para todos os indivíduos e pessoas jurídicas, tidas com portadoras de direitos. Isso se apoia no princípio geral do direito, de Kant, e o princípio de justiça, de Rawls, na ideia de igual tratamento, já contida no conceito de direito, na forma de leis gerais abstratas, todos os sujeitos têm o mesmo direito⁴⁵.

⁴⁴ Ibid. 4-5.

⁴⁵ - PAUSEIRO, S. G. M. ; BRANDAO, C. O. . O NOVO PARADIGMA DA ARBITRAGEM DENTRO DAS

O direito contemporâneo se adéqua especialmente à integração social de sociedades econômicas. É necessária a integração social através de entendimentos de sujeitos que agem comunicativamente, o que permite a aceitação de pretensões de validade. Para estabilização das expectativas nas sociedades modernas, o direito precisa conservar um nexos interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo. Esse é o nexos problemático entre liberdades privadas subjetivas e o limite da autonomia do cidadão. A relação não esclarecida entre direitos subjetivos e direito público, no âmbito da dogmática jurídica, se tornou a tônica da reforma do Estado, que até agora não harmonizou satisfatoriamente a autonomia pública e privada.⁴⁶

Todavia, no mundo contemporâneo, a regulação de uma tecnologia sempre é um assunto complexo, principalmente quando envolve a inteligência artificial, que é uma tecnologia que se autoaprimora. Outra questão é a transferência dos dados do cliente e da operadora que faz a navegação do veículo autônomo, se discute a competência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados⁴⁷. A questão da segurança do sistema operacional, relacionado sobretudo às frequências de telecomunicação.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) realizou uma audiência pública em 28/8/2019; o edital previa apresentação de manifestações sobre opções relacionadas às regras para constituição e funcionamento de ambiente regulatório experimental, uma adaptação do sandbox, regulação provisória americana. O termo, que significa caixa de areia, é usado para definir espaços experimentais. O sistema permitirá ao regulador testar e

ATUAIS MUTAÇÕES DO DIREITO PÚBLICO. In: III Seminário Internacional de História e Direito, 2013, Niterói. Anais do 3º Seminário Internacional em História e Direito. Niterói: EDUFF, 2013. v. 1. p. 01-300. p. 144.

⁴⁶ Ibid. p. 146-147.

⁴⁷ O Presidente Temer vetou o artigo da LGPD que previa a criação da ANPD, uma vez que o Projeto de Lei que cria órgãos ou atribuições para o Poder Executivo Federal deve ser iniciado pelo Presidente da República. Entretanto, o Presidente manifestou não possuir nenhum óbice à criação da agência, indicando que irá enviar em breve o Projeto de Lei nesse sentido ao Congresso, sanando-se o vício de iniciativa. Fica a expectativa de que isso seja feito antes da posse do Presidente eleito Jair Bolsonaro, uma vez que o futuro Chefe do Executivo ainda não se manifestou sobre o tema e, a julgar pelo discurso ultraliberal que adotou durante a campanha, é possível que se indisponha a criar pessoa jurídica que representará custos ao Erário. Para saber mais sobre o tema: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2018/11/setor-privado-quer-agilidade-para-destravar-agencia-de-protecao-de-dados.shtml>. Acesso em: 05/12/2018.

acompanhar determinadas operações novas do mercado antes de definir regras mais detalhadas. A ideia é facilitar os processos de inovação no mercado de capitais por empresas menores, que não têm condições de conseguir um registro oficial para operar no mercado, ou cuja atividade não seja ainda regulada, caso das “Fin Techs”⁴⁸, por exemplo.⁴⁹

Segundo a CVM, a Minuta de Instrução foi elaborada a partir de pesquisas que buscaram a identificação das melhores práticas internacionais na constituição e no funcionamento de sandboxes regulatórios. A minuta também foi objeto de discussão e recebimento de propostas de participantes do mercado no âmbito do GT Fintech do Laboratório de Inovações Financeiras (LAB).

Os sandboxes regulatórios têm se consagrado internacionalmente como instrumento eficaz no fomento à inovação no mercado financeiro e de capitais por meio da modulação temporária do ônus regulatório e da orientação aos empreendedores sobre as normas legais e regulamentares aplicáveis às suas atividades”, afirma Antônio Berwanger, Superintendente de Desenvolvimento de Mercado.⁵⁰

O grande objetivo é fomentar a inovação e adoção de novas tecnologias na execução de serviços financeiros e de produtos oferecidos aos investidores. O sandbox é uma ferramenta utilizada com sucesso por outros reguladores, ao permitir que empreendedores venham ao mercado e executem atividades reguladas que demandam registros específicos sem que haja necessidade desse registro no primeiro momento. Atuando no regime de sandbox, essas empresas podem testar inovações que venham a aumentar a eficiência e reduzir custos, ampliando a oferta e o acesso a produtos e serviços financeiros aos consumidores e investidores brasileiros.

A CVM dá o primeiro passo para um aprendizado sobre como as inovações serão implementadas nas atividades regula-

48 Fin Tech - As fintechs são empresas que redesenham a área de serviços financeiros com processos inteiramente baseados em tecnologia.

49 Acesso em 14/11/2019: <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2019/20190925-2.html>

50 Acesso em 14/11/2019: <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2019/20190925-2.html>

das. Será possível ver como se dão na prática essas inovações e entender os riscos que podem surgir para o mercado. Há ainda espaço para atualizações regulatórias e das práticas de supervisão, uma via de mão dupla, pois permite os testes de inovação dos produtos e o aprendizado do lado da CVM de como essas atividades podem ser implementadas de maneira perene para o mercado, além de prevenir riscos aos consumidores.

O sandbox deve funcionar a partir de um cronograma montado pela CVM, no qual haverá uma chamada pública para receber propostas de empresas com projetos inovadores. Nesse prazo, a autarquia receberá as propostas e vai analisá-las de acordo com critérios de elegibilidade, para ver se empresa se enquadra no modelo do “sandbox”.

Poderão ser 5 ou 50 empresas, pois tudo dependerá dos critérios e das condições de cada caso. Depois, a CVM concederá uma autorização específica para que as empresas atuem sem necessidade de registro permanente no mercado de valores mobiliários. “Isso vai se dar em um ciclo de um ano, que pode ser prorrogado por igual período.”⁵¹

Ao mesmo tempo, a CVM vai montar um comitê de “sandbox” que vai trabalhar na análise das propostas, na recomendação das empresas selecionadas, e, depois, monitorar e acompanhar os projetos durante todo o período, fazendo depois uma avaliação do resultado. É uma experiência nova, que permitirá que a CVM refine esse novo instituto jurídico.

Ao fim do período, a própria CVM pode vir a se beneficiar desse conhecimento e experiência, fazendo alguma alteração normativa com alguma inovação implementada com sucesso no “sandbox” para todo o mercado. O participante pode entender que não precisa fazer inovação normativa, que já pode ser enquadrado nas regras atuais e solicitar registro perene para atuar no mercado, e, caso a experiência não dê certo, a inovação não será implementada e o participante não poderá seguir a atividade”, afirma Berwanger. Segundo ele, o sandbox deve ser muito

51 Acesso em 14/11/2019: <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2019/20190925-2.html>

ligado a novas tecnologias no mercado para fins de redução de custos, ganho de eficiência, ampliação de produtos e serviços.

A minuta padrão sugerida pela CVM estabelece os contornos gerais do regime, tratando das regras para a participação das empresas, incluindo os critérios de elegibilidade e informações necessárias para encaminhamento de propostas, os critérios que serão utilizados na seleção dos participantes e as formas de monitoramento de suas atividades.

A minuta da norma proposta pela CVM abrange, ainda, a previsão da criação do Comitê de Sandbox, composto por servidores da autarquia, e que será responsável por conduzir todas as atividades relacionadas ao sandbox, prevendo, ainda, a coordenação das atividades com sandboxes instituídos por reguladores nacionais e internacionais.

A CVM definiu alguns pontos de destaque na regulação: 1- Adequação dos critérios de elegibilidade e de priorização para participação no sandbox regulatório; 2- Duração máxima do prazo de participação, bem como a necessidade de se estabelecer um prazo máximo para início dos testes, contado da autorização; 3- Influência do caráter público das propostas de participação sobre a propensão à apresentação de propostas; 4- Suficiência do regime informacional e das regras de comunicação aplicáveis aos participantes.

Assim sendo, a regulação sempre foi um problema desde do império até esta fase moderna. Todavia, dado ao avanço tecnológico, ela ganha novos contornos e relevâncias, uma vez que é necessários garantir a competitividade, mas também prevenir lesões aos consumidores.

6- A TEORIA DO RISCO E A SUA ACEITAÇÃO SOCIAL

Giddens explica que o capitalismo na modernidade tem o seu impacto sobre a totalidade das relações sociais e institucionais, o que alicerça a sociedade moderna nesse fenômeno, onde determinados riscos são socialmente aceitos.⁵²

⁵² GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 17.

Nesse aspecto, Giddens se refere a esse fenômeno como universalização ou planetarização do homem, que passa a sofrer a interferência de outras culturas e a intervir globalmente em outras, se valendo para isso do uso de “fichas simbólicas”:

Quero distinguir dois tipos de mecanismos de desencaixe intrinsecamente envolvidos no desenvolvimento das instituições sociais modernas. O primeiro deles denomino de criação de fichas simbólicas; o segundo chamo de estabelecimento de sistemas peritos. Por fichas simbólicas quero significar meios de intercâmbio que podem ser “circulados” sem ter em vista as características específicas dos indivíduos ou grupos que lidam com eles em qualquer conjuntura particular. Vários tipos de fichas simbólicas podem ser distinguidos, tais como os meios de legitimação política; devo me concentrar aqui na ficha do dinheiro. (GIDDENS, 1991, p. 25).⁵³

Além disso, a modernidade caracteriza-se pela necessidade da adoção dos sistemas peritos, ou seja, sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que o homem moderno vive. O leigo, a fim de manter-se a salvo dos diversos riscos sobre os quais não possui ingerência ou conhecimento pleno, consulta “profissionais”: advogados, arquitetos, médicos, etc. Periodicamente, para se sentir mais seguro, afinal, ele conhece muito pouco os códigos de conhecimento usados pelos profissionais que consulta, mas precisa ter “fé” no trabalho que estes prestam. Essa fé que não é colocada na outra pessoa, mas na sua competência técnica e na sua capacidade de dar “garantias” a respeito de assuntos que o indivíduo não pode verificar e conferir exaustivamente por ele mesmo (GIDDENS, 1991, p. 26).⁵⁴

A confiança, segundo Giddens, pressupõe consciência das circunstâncias de risco, o que não ocorre com a crença. Tanto a

⁵³ Ibid.p.25.

⁵⁴ Ibid. p.26.

confiança como a crença se referem às expectativas que podem ser frustradas ou desencorajadas (1991, p. 32-33).⁵⁵

Giddens sugere conceituar a confiança em itens assim correlacionados: 1) “A confiança está relacionada à ausência no tempo e no espaço.” Não seria necessário confiar em alguém que se ocupa a exercer atividades cujas etapas de execução fossem totalmente conhecidas e entendidas. A confiança é «um dispositivo para se lidar com a liberdade dos outros», ao qual o indivíduo se submete não por falta de poder, mas por falta de conhecimento técnico pleno; 2) “A confiança está basicamente vinculada, não ao risco, mas à contingência.” Para que se estabeleça confiança é necessário que o indivíduo desenvolva probidade ou amor. “É por isto que a confiança em pessoas é psicologicamente consequente para o indivíduo que confia⁵⁶; 3) A confiança não é o mesmo que fé na credibilidade de uma pessoa ou sistema; ela é o que deriva desta fé.” A confiança é a união de fé e crença, distinguindo-se do “conhecimento indutivo fraco”, que constitui uma crença justificada por algum tipo de domínio dos acontecimentos. “Toda confiança é num certo sentido confiança cega; 4) O que se estabelece em relação às fichas simbólicas ou aos sistemas peritos se relaciona com a fé na probidade dos especialistas na execução dos seus procedimentos técnicos. A confiança em pessoas, é claro, é sempre relevante em certo grau para a fé em sistemas, mas diz mais respeito, antes, ao seu funcionamento apropriado do que à sua operação enquanto tal; 5) A confiança pode ser definida como crença na credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que essa crença expressa uma fé na probidade ou amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos; 6) Na modernidade, identifica-se a confiança nos seguintes contextos: (a) a consciência geral de que a atividade humana, incluindo nesta expressão o impacto da tecnologia sobre o mundo material, é criada socialmente, e não dada pela natureza das coisas ou por influência divina; (b) o escopo transformativo amplamente aumentado da ação humana, levado

⁵⁵ Ibid.p.32-33.

⁵⁶ Ibid.p. 35.

a cabo pelo caráter dinâmico das instituições sociais modernas. O conceito de risco substitui o de fortuna, mas isso não porque os agentes nos tempos pré-modernos não pudessem distinguir entre risco e perigo. Isso representa, pelo contrário, uma alteração na percepção da determinação e da contingência, de forma que os imperativos morais humanos, as causas naturais e o acaso passam a reinar no lugar das cosmologias religiosas. A ideia de acaso, em seus sentidos modernos, emerge ao mesmo tempo que a de risco; 7) Apesar de diretamente relacionados, perigo e risco não significam a mesma coisa. “O que o risco pressupõe é precisamente o perigo, não necessariamente a consciência do perigo, ou seja, qualquer um que assume um “risco calculado” está consciente da ameaça ou ameaças que uma linha de ação específica pode pôr em jogo”. O que não impede que os indivíduos estejam expostos a circunstâncias muito arriscadas sem que tenham consciência do risco que estão correndo⁵⁷; 8) “Risco e confiança se entrelaçam, a confiança normalmente servindo para reduzir ou minimizar os perigos aos quais estão sujeitos tipos específicos de atividade.” Em casos em que os riscos são institucionalizados, usualmente, a destreza e as contingências estão previstos, sob risco calculado. Assim, por exemplo, “As pessoas envolvidas com o funcionamento das linhas aéreas respondem a isso demonstrando estatisticamente o quão baixos são os riscos da viagem aérea, conforme medidos pelo número de mortes por mil passageiros” (GIDDENS, 1991, p.37); 9) “O risco não é apenas uma questão de ação individual. Existem «ambientes de risco» que afetam coletivamente grandes massas de indivíduos”. A “segurança” se estabelece quando certa ocorrência tem seus perigos reduzidos ou anulados. “A experiência de segurança baseia-se geralmente num equilíbrio de confiança e risco aceitável. Tanto em seu sentido factual quanto em seu sentido experimental, quer atingindo individual ou coletivamente determinado grupo, podendo “até incluir a segurança global; 10) A desconfiança não é o oposto da confiança.⁵⁸

57 Ibid.p.37

58 Ibid.p.37-38.

Portanto, os riscos de uma economia circular que traz o conceito de cidades inteligentes, com transporte autônomos, eficientes, econômicos são assumidos pela sociedade, que mesmo sem conhecer a tecnologia confia nos sistemas peritos.

Urich Beck em vida estabeleceu um diálogo importante com Giddens ao analisar o risco produzido através da racionalização científica pela modernidade. O autor alemão observa que a modernidade gerou uma sociedade globalizada em termos de riscos, onde são comuns as incertezas quanto ao meio ambiente, terrorismo e cosmopolitismo. De alguma forma, esses riscos são aceitos por nossa sociedade, que aceita cientificamente as inovações baseadas em concepções metodológicas. Segundo Beck, esses riscos são fabricados de forma industrial, exteriorizados economicamente, gerando impactos individuais e amortizados pela política e pelo Direito.⁵⁹

Nessa reflexão, questões de calculabilidade e previsibilidade do risco ganham importância para a ação e a regulação institucional.⁶⁰ Sendo assim, a modernização reflexiva significa essencialmente a reforma da racionalidade, a qual faz justiça à ambivalência histórica, *a priori*, numa modernidade que está abolindo suas próprias categorias de ordenação. A crítica da racionalidade está aqui dirigida à ultraespecialização do conhecimento científico, segundo Beck está na origem da incontornabilidade dos efeitos colaterais, pois isola em laboratórios resultados que, uma vez aplicados industrialmente, deixam de permanecer isolados, tornando-se mais complexos e imprevisíveis. O eixo teórico modernização-risco-reflexividade fica assim definido: na esteira da modernização continuada e de seus sucessos, são produzidos riscos e destruições de alcance mundial, que, percebidos socialmente como ameaça, estimulam formas reflexivas de socialização e fazem emergir uma nova sociedade, a sociedade mundial de riscos, que precisam ser reduzidos através do Direito.⁶¹

59 BECK, U. *Liberdade ou capitalismo*. São Paulo: Editora Unesp, 2002, p.35.

60 *Ibid.* p. 75-103.

61 *Ibid.* p. 104.

5- CONCLUSÃO

Os veículos elétricos autônomos terão um papel crítico na implementação das redes inteligentes de transporte nas cidades circulares. A discussão se amplia quando falamos de popularizar esses veículos reduzindo custos, pois essas máquinas conseguem conduzir pessoas de um lugar para o outro, recebendo apenas a informação do destino do passageiro.

A economia circular já traz o conceito de responsabilidade estendida para responsabilização dos produtores. Portanto será necessário estudar a extensão da responsabilidade dos fabricantes dos carros autônomos nos casos de colisão, por falha no sistema operacional de navegação, já que se trata de um robô conduzindo o veículo. Por outro lado, também será necessário estudar se isso exige, realmente, a responsabilidade civil e criminal do proprietário do veículo em relação a terceiros, ou seja, as vítimas dos acidentes.

Outro fato de preocupação na utilização de veículos autônomos é o “*car-hacking*”. Seria a hipótese de criminosos entrarem no sistema operacional dos carros autônomos, já que são controlados via satélite. Com isso, os criminosos poderiam provocar acidentes fatais envolvendo milhões de pessoas, ao assumirem o controle dos veículos. Daí a necessidade de estudar uma regulação especializada para esse sistema, já que se trata de um assunto de Segurança Nacional. Todavia é quase impossível, conforme concluiu o Governo dos EUA, proibir a utilização da tecnologia, por ser uma demanda do mercado. O problema afeta o Brasil, uma vez que a Receita Federal registra a importação de veículos autônomos, principalmente para o Estado de São Paulo;

Uma solução prática que vem ganhando força ao redor do globo quando se fala na regulamentação de novas tecnologias é o *sandbox*⁶². Utilizado sobretudo para a regulação de *startups*

62 ZETZSCHE, Dirk Andreas; BUCKLEY, Ross P; ARNER, Douglas W. e BARBERIS, Janos Nathan. Regulating a Revolution: From Regulatory Sandboxes to Smart Regulation (August 14, 2017). 23 Fordham Journal of Corporate and Financial Law 31-103 (2017); European Banking Institute Working Paper Series 2017 - No. 11; University of Luxembourg Law Working Paper No. 006/2017; University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2017/019; UNSW Law Research Paper No. 17-71; Center for Business and Corporate Law (CBC) Working Paper Series 001/2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3018534> ou <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3018534>. Acesso em: 16/11/2018.

vinculadas ao setor financeiro, esse método consiste em permitir que fornecedores ofereçam seus produtos no mercado por certo período de tempo, sem o risco de serem penalizados pelos órgãos de controle, e, a partir da atenta análise dos resultados que aquela novidade produziu na sociedade, medir se é necessário regulá-la e, se sim, em que direção fazê-lo⁶³.

Em outras palavras, o *sandbox* busca testar sistemas que ainda não são considerados seguros sem que a sua utilização comprometa os consumidores/usuários daquele setor econômico como um todo. Regula-se provisória e minimamente a inovação sem, que com isso: (i) inviabilize-se novas práticas; (ii) criem-se normas finais estanques, equivocadas e pouco aplicáveis àquela área de atuação do mercado e (iii) deixe-se de acompanhar as inovações tecnológicas produzidas pelas empresas.

Na prática, o *sandbox* é uma autorização temporária dada pelos reguladores, em geral financeiros, mas que também poderiam se aplicar aos robôs-condutores de veículos para que certas empresas, geralmente *startups* de perfil inovador, pré-selecionadas por meio de processo seletivo específico, ganhem a licença para conduzir seus negócios em um ambiente regulatório flexível, que admita o erro. A condição é que essas empresas inovadoras obedçam a parâmetros previamente acordados com o órgão regulador.

A ideia nasceu, primeiramente, no Reino Unido⁶⁴, mas hoje já é utilizada em outras jurisdições⁶⁵. No caso brasileiro, parece ser justamente o domínio econômico das finanças aquele no qual o *sandbox* vai estrear. Com o objetivo de expandir o mercado de

63 OXFORD. Overview of Regulatory Sandbox Regimes in Australia, Hong Kong, Malaysia, Singapore, and the UK. Oxford Business Law Blog. Disponível em: https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2016/12/overview-regulatory-sandbox-regimes-australia-hong-kong-malaysia?lipi=urn%3Ali%3Apage%3Ad_flagship3_pulse_read%3BjmbFHqusSLC7SPwoBTEaNQ%3D%3D. Acesso em: 16/11/2018.

64 A primeira iniciativa desse tipo é o Sandbox Regulatório para empresas de FinTech que a Financial Conduct Authority lançou no Reino Unido em 2015. Disponível na Financial Conduct Authority CA (a): <https://www.fca.org.uk/publications/documents/regulatory-sandbox>. Acesso em: 17/11/2018.

65 Canadá (Ontario Securities Commission – OSC), Reino Unido (Financial Conduct Authority – FCA); Holanda (tanto o regulador de conduta, Authority for the Financial Market – AFM, quanto o regulador prudencial-sistêmico, Nederlandsche Bank – DNB), Abu Dhabi (Abu Dhabi Global Market – ADGM), Hong Kong (Hong Kong Monetary Authority), Malásia (Bank Negara Malaysia), Singapura (Monetary Authority of Singapore – MAS) e Austrália (Australian Securities & Investments Commission – ASIC). Para análise mais detalhada acerca do grau de complexidade em que se encontra a regulação de cada jurisdição, v. DELOITTE. Regulatory Sandbox: Making India a Global Fintech Hub. 2017. p. 23

crédito e aumentar a concorrência no setor, historicamente bastante concentrado, fizeram com o que o Banco Central Brasileiro⁶⁶ e a CVM⁶⁷ tomassem as primeiras providências administrativas para a instituição da prática. Se é que ela vai ser possível no setor bancário. Portanto, é interessante que os reguladores competentes para fiscalizar e tomar decisões no âmbito dos carros autônomos fiquem atentos para estudar a aplicabilidade dessa técnica nos mercados sobre os quais atuam.

Vale destacar a marcante fala do atual presidente da CVM, Marcelo Barbosa, sobre a provável adoção do *sandbox* pela autarquia, proferida durante o Seminário “FinTech Brasil: Tecnologia e Inovação no Setor Financeiro” em 14/12/2017:

“Não cabe à CVM dizer ao mercado aonde ir. Nós temos que garantir que o caminho seja realizado com transparência e esteja assegurada a proteção ao investidor e ao consumidor dos serviços das empresas reguladas pela Autarquia.”

Dito isso, percebe-se que o modelo regulatório mínimo do *sandbox* possui fortes indicativos de ser eficaz, podendo ser implementado não somente no domínio das FinTechs, onde surgiu, mas também em outras áreas do mercado em que as novas tecnologias estejam se impondo, como é o caso da indústria automobilística e seus veículos autônomos.

Os veículos autônomos são uma realidade incontornável, parcela de um processo de ganho de inteligência das coisas, que está revolucionando os processos produtivos do ser humano e que, por essa razão, cria desafios até então inéditos aos operadores do Direito.

Nesse diapasão, foram expostos os principais problemas jurídicos que vêm junto da nova tecnologia, com especial enfoque nas questões regulatórias, mas sem deixar de mencionar os

66 Disponível em: <https://br.reuters.com/article/internetNews/idBRKCN1BA32V-OBRIN>. Acesso em: 18/11/2018.

67 Disponível em: <http://fintechlab.com.br/index.php/2017/12/15/40-gt-lab-da-cvm-estudara-criacao-de-sandbox-para-fintechs-de-seguros-e-previdencia/>. Acesso em: 21/11/2018. Ver também: <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171214-2.html> Acesso em: 21/11/2018.

dilemas éticos e as questões de responsabilidade civil que podem surgir com a disseminação desses bens na sociedade.

Por fim, surge a expectativa de um novo marco regulatório, vinculada sobretudo à instrumentalidade, flexibilidade e experimentabilidade do Direito Administrativo contemporâneo, mecanismos que podem ser utilizados pelos reguladores para normatizar a inovação. Mais especificamente, apresentou-se o *Sandbox*, método regulatório que já se utiliza no Brasil no âmbito do Direito Regulatório do mercado financeiro, por parte da CVM e pelo Banco Central, com resultados até agora positivos para as FinTechs.

6- REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

AMORIM, Celso Luiz Nunes. *Perspectivas da cooperação internacional*. São Paulo: EDUSP, 1994.

BECK, U. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

BECK, U. The cosmopolitan perspective: sociology of the second age of modernity. *British Journal of Sociology*, v. 51, n. 1, 2000.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. *Direito Internacional Privado - Arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Renovar, 2003.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado - Parte Geral*. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Renovar, 2003.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

HODKINSON, Gregory; GALAL, Hazem and MARTIN, Cheryl. *Circular Economy in Cities Envolving the Model for a Sustainable Urban Future*. Press by World Economic Forum. Geneva. Switzerland. 2018.

GUIMARÃES, Luis Ricardo. *Desafios jurídicos na proteção do Sistema Aqüífero Guarani*. São Paulo: LTr, 2007.

GUIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

KANT, Immanuel. *Para Paz Perpétua*. Tradução de Bárbara Kristensen. Ed. Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

HYLTON, Keith N. *Antitrust Law: economic theory and Common Law evolution*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

LOBO, Maria Teresa de Cármo. *Manual de Direito comunitário*. Curitiba: Ed. Juruá, 2001.

MURAMATSU, R; FONSECA, P. Psicologia e Economia na explicação da escolha intertemporal. *Revista de Economia do Mackenzie*. São Paulo, n.6, jul. 2008.

MELLO, Celso A. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Renovar, 2000.

MOISES, Jürgen. “viver e trabalhar como jornalista freelancer em Munique. Tradução: Renata Ribeiro da Silva. Copyright: Goethe-Institut e. V., Internet-Redaktion. Agosto de 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. 1ª. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

Consequências da Pandemia Criada pela COVID-19 nas Obrigações e nos Contratos – Uma Visão pelo Ângulo do Direito Civil

Guilherme Valdetaro Mathias

Advogado do escritório Sergio Bermudes Advogados, Mestre em Direito Civil pela UERJ e Professor de Direito Civil da PUC-Rio e da EMERJ.

RESUMO:

Esse estudo visa a examinar o efeito da pandemia causada pela COVID-19 nos contratos e nas obrigações. Busca-se demonstrar que a aplicação direta, geral e irrefletida do art. 393 do Código Civil, sem maior exame das peculiaridades de cada negócio jurídico, pode gerar soluções ilegais e injustas.

Sempre com o objetivo de demonstrar a complexidade da matéria e a inviabilidade de saídas simplistas, o estudo cuida da questão em duas partes. Na primeira delas, são examinados os efeitos da pandemia sob a ótica da teoria da impossibilidade, analisando as distinções marcantes entre a impossibilidade temporária e a definitiva e suas consequências; a aplicação da teoria da impossibilidade nos contratos bilaterais e suas peculiaridades; a possibilidade da redução dos negócios jurídicos nos casos de impossibilidade parcial; a necessidade do respeito à alocação dos riscos traçada pelas partes; os cômodos de representação; e, por fim, o dever de negociar. A segunda parte é dedicada ao exame da aplicação da teoria da onerosidade excessiva em razão da pandemia, examinado seus limites, requisitos e consequências.

PALAVRAS CHAVES:

Pandemia. Obrigação. Contrato. Impossibilidade. Impossibilidade temporária. Impossibilidade Definitiva. Contratos Bilaterais. Impossibilidade parcial. Alocação de Riscos. Cômodos de Representação. Dever de negociar. Onerosidade Excessiva. Requisitos. Consequências.

ABSTRACT:

The aim of this study is to examine the effect of the coronavirus disease pandemic (COVID 19) on the performance of contracts and obligations. The author seeks to demonstrate that direct, generalized application of article 393 of the Civil Code, without due reflection and consideration of the peculiarities of the transaction or obligation in question might lead to unlawful and unfair outcomes, The issue is complex, and simplistic solutions are unfeasible.

The study is divided into two part. In the first part, the author examines the effects of the pandemic through the prism of the doctrine of impossibility of performance, taking into consideration the following aspects: key distinctions between temporary impossibility and definitive impossibility and the consequences of each; the peculiarities of the application of the doctrine of impossibility to bilateral contracts; whether legal transactions can be 'reduced' in the event of partial impossibility of performance; the need to respect the allocation of risks delineated by the parties; the redress due for loss of enjoyment/benefit of an asset (*cômodos de representação*) and, finally, the duty to negotiate. In the second part of the study the author examines the application of the doctrine of excessive onerosity to the consequence of the pandemic and the limitations, pre-requisites and consequences of such application.

KEYWORDS:

Pandemic. Obligations. Contracts. Impossibility of performance. Temporary impossibility. Definitive impossibility. Bilate-

ral Contracts. Partial impossibility. Allocation of Risks. Redress for Loss of Enjoyment or Benefit. Duty to negotiate. Excessive onerousness. Requisites. Consequences.

“Ora, a gripe foi, justamente, a morte sem velório. Morria-se em massa. E foi de repente. De um dia para o outro, todo mundo começou a morrer. Os primeiros ainda foram chorados, velados e floridos. Mas quando a cidade sentiu que era mesmo a peste, ninguém chorou mais, nem velou, nem floriu. O velório seria um luxo insuportável para os outros defuntos.” (NELSON RODRIGUES)¹.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi comunicada acerca da existência de diversos casos identificados como pneumonia na cidade de Wuhan, na província de Hubei, na China. Uma semana depois, em 7 de janeiro de 2020, as autoridades chinesas informaram que a causa da doença seria um novo tipo de vírus, de uma família de Coronavírus, que fora denominado de Covid-19.

As taxas de contágio do novo vírus são alarmantes. Os poucos casos aparecidos no início de janeiro se multiplicaram exponencialmente. Com impressionante velocidade, a Covid-19 rompeu as fronteiras da China. Hoje, menos de três meses depois do aparecimento dos primeiros casos na longínqua Wuhan, as pessoas afetadas são contadas aos milhões; os mortos são milhares, espalhados por quase todos os continentes.

Diante da ausência de vacina e de medicação testada e certificada pelos órgãos competentes, a solução única preconizada pela OMS é o isolamento social, com a paralisação de todas as atividades que não sejam consideradas essenciais. Escolas, lojas, fábricas, escritórios ou estão fechados com atividades suspensas, ou estão funcionando em regimes excepcionais, como plantões, rodízios, *home-office* e situações similares.

¹ “A menina Sem Estrela”, 1ª reimpressão, Companhia das Letras, São Paulo, 1993, p. 51.

A paralisação das atividades, ditada pelo isolamento social, obviamente, tem reflexos econômicos e jurídicos. Milhares e milhares de obrigações deixarão de ser cumpridas, gerando impactos em outros negócios numa espiral nefasta de incumprimentos e prejuízos.

Esse quadro, literalmente catastrófico, traz de pronto à mente dos operadores do Direito a figura biforme do caso fortuito e da força maior², consagrada no art. 393 do Código Civil³. Entretanto, a invocação do caso fortuito ou da força maior não é uma panaceia. Não pode ser utilizada como uma solução simplista (*rectius*: simplória), aplicável diretamente a todos os casos, sem as considerações peculiares de cada situação concreta.

Na verdade, dentro da ótica do Direito Civil, a pandemia, como evento externo, irresistível e imprevisível, pode, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto, gerar a incidência de dois institutos jurídicos importantes: a impossibilidade superveniente (temporária ou definitiva) e a onerosidade excessiva.

Nos dois capítulos subsequentes, serão examinadas as duas figuras jurídicas referidas no parágrafo anterior, sem a pretensão de esgotar o assunto, mas principalmente para trazer o alerta de que a situação é muito mais complexa e multifacetada do que a simples aplicação direta e sem critério do art. 393 do Código Civil.

² Embora exista na doutrina enorme esforço de alguns autores para demarcar uma diferenciação entre as figuras do caso fortuito e da força maior, a verdade é que, em termos práticos, essa diferenciação é irrelevante. Havendo inclusive doutrinadores que consideram os dois termos como sinônimos (cf. Mazeaud, Mazeaud et Chabas, "Obligations", T. II, vol. 1, 9a ed., Montchrestien, Paris, 1998, p. 663)

³ O art. 393 do Código Civil recebeu a seguinte redação: "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado". O artigo é complementado por seu parágrafo único, segundo o qual "O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir".

2. IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE⁴

A pandemia e seus efeitos podem se encaixar no conceito de caso fortuito e de força maior, visto que inegavelmente constituem evento externo, inevitável e imprevisível.

Ocorre que a esses requisitos deve ser agregado mais um fator fundamental, sem o qual o efeito de exoneração do art. 393 do Código Civil não se verificará. É preciso que esse evento externo, inevitável e imprevisível gere a impossibilidade do cumprimento da obrigação, ainda que temporária. Como se lê na clássica lição de Mazeaud, Mazeaud et Chabas “[a] força maior ou caso fortuito é um evento exterior imprevisível e irresistível que impede alguém de cumprir sua obrigação”⁵.

Imperioso dar atenção à parte final do excerto extraído da clássica lição dos civilistas franceses, pois caso o evento capaz, em tese, de caracterizar caso fortuito ou força maior não afete efetivamente a possibilidade de cumprimento da obrigação no tempo, no lugar e na forma pactuados ou determinados pela lei (CC., art. 394), o efeito de liberação da responsabilidade não existirá.

Em suma, não basta que exista um evento que se encaixe nos três requisitos tradicionais. É fundamental que o evento gere real e efetivo empeco à realização das obrigações tal qual ajustadas. Ou seja, que exista uma relação de causa de efeito entre o evento capaz de caracterizar a força maior e o impedimento da realização plena da obrigação⁶. Sem a demonstração desse liame,

4 Destaque-se que, em contraponto à impossibilidade superveniente, a doutrina aponta a existência da impossibilidade originária, que é aquela que já existia quando da celebração do contrato, por ser anterior ou contemporânea. No exame da impossibilidade originária, também chamada de impossibilidade genética, avulta-se a divisão entre (a) impossibilidade objetiva, que é aquela que atinge todas as pessoas e leva à nulidade do contrato na forma do art. 166, II, do Código Civil; e, (b) a impossibilidade subjetiva que atinge apenas o contratante que se obrigou à realização da obrigação e não consegue satisfazê-la, sendo que neste caso não haverá nulidade do contrato, mas restará configurado o inadimplemento daquele que se obrigou sem ter meios de cumprir o prometido. Nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “A impossibilidade ‘originária’ presente ao tempo da constituição da obrigação é a causa da nulidade do negócio. A impossibilidade originária que nulifica é apenas a ‘objetiva’ (a que é em si mesma e para todos – absoluta). Na originária ‘subjetiva’ (a que é impossível somente para o devedor – relativa), o ato é válido caracterizando apenas uma incapacidade (impotência) do devedor” (“Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor”, 2ª Edição, Aide, São Paulo, p. 97)

5 Mazeaud, Mazeaud et Chabas; ob cit, p. 465 (tradução livre, no original: “La force majeure, ou cas fortuit, est un événement extérieur imprévisible et irrésistible qui empêche une personne d’accomplir son obligation”)

6 Neste sentido, vale lembrar da lição de JUDITH MARTINS COSTA acerca da necessidade de o caso fortuito precisar se caracterizar como evento necessário, que deve ser compreendido por uma visão concreta, e não meramente abstrata. Ou seja, “este [o caso fortuito] deve ser compreendido ‘situadamen-

que, em princípio, incumbe àquele que postula o efeito liberatório⁷, a obrigação deverá ser cumprida.

Saliente-se, ainda, que, mesmo caracterizado o caso fortuito e a força maior capazes de gerar entraves ao cumprimento da obrigação, levando à aplicação do art. 393 do Código Civil, seu efeito poderá ser (aliás, na maioria dos casos será) restrito. A consequência direta da aplicação da referida norma legal se limita a impedir que o devedor responda pelos efeitos da mora (ou inadimplemento)⁸. Em princípio⁹, mormente no que concerne aos casos de impossibilidade temporária, não será afetada a obrigação originária e principal que deixou de ser cumprida no tempo, no lugar e na forma adrede estabelecidas. “O efeito mais marcante da força maior é o de fazer desaparecer a responsabilidade do devedor no caso de inexecução de sua obrigação. É uma causa de liberação ou de exoneração da responsabilidade”¹⁰.

Aliás, essa consequência pode ser extraída diretamente do texto legal que aponta com precisão que “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior (...)”. A regra não ataca a higidez da obrigação. Apenas impede o nascimento da obrigação secundária de indenizar

te’, de maneira que o fato será ou não ‘necessário’, caracterizando o fortuito ou força maior, conforme a concreta situação em que verificado, a possibilidade de conhecimento do fato pelo agente, usando normal diligência, e a sua impossibilidade de resistir ao evento, ou de eliminá-lo (ou de resistir ou eliminar as suas consequências) relativamente ao dever a ser prestado. Deve ser igualmente considerado o tipo de atividade desenvolvida pelo devedor, a qualidade dos sujeitos envolvidos, a extensão dos seus deveres de garantia, custódia, conservação, segurança, controle, etc., e, principalmente, a cláusula geral da boa-fé (art. 422), a qual exige que o limite da responsabilidade do devedor seja avaliado em referência ao inteiro conteúdo da relação obrigacional. » (“Comentários ao Código Civil”, volume V, tomo I, Ed. Forense, p. 200)

⁷ Vale aqui lembrar-se do art. 373 do Código de Processo Civil que, em regra, aponta como ônus do autor a prova dos fatos constitutivos de seu pedido (inciso I); e ao réu o ônus de comprovar os fatos impeditivos, modificativos do direito do autor. Deve ser lembrado que a regra geral pode ser alterada pela aplicação da teoria da carga dinâmica da prova (CPC, art. 373, § 1º), pela convenção das partes (CPC, art. 373, § 3º) ou pela inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII).

⁸ Perdas e danos no caso da mora; e a resolução do contrato, acrescida ou não, conforme o caso, de perdas e danos, na hipótese de inadimplemento.

⁹ Existirão algumas hipóteses em que as circunstâncias levarão não só à exoneração dos efeitos da mora ou do inadimplemento, mas atingirá as obrigações, como, por exemplo, naquelas situações em que o obstáculo, por sua gravidade ou pelo seu tempo de duração, for capaz de gerar a impossibilidade definitiva do cumprimento da obrigação ou a perda do interesse do credor, objetivamente considerada.

¹⁰ CHRISTIAN LARROUMET (“Droit Civil – Les Obligations, Le Contrat”, Tome III, 5^{ème} ed., Economica, Paris, 2003, p. 841) (tradução livre; no original: “L’effet le plus remarquable de la force majeure est de faire disparaître la responsabilité du débiteur en cas d’inexécution de son obligation. C’est une cause de libération ou d’exonération de la responsabilité.”)

as perdas e danos decorrentes do descumprimento causado pelo evento externo¹¹.

Existem, ainda, alguns outros pontos que devem ser examinados, por sua enorme relevância, como: (a) os efeitos da impossibilidade temporária; (b) a caracterização da impossibilidade definitiva e seus efeitos; (c) a aplicação da impossibilidade superveniente nos contratos bilaterais; (d) a impossibilidade parcial; (e) a alocação dos riscos do contrato (f) os cômodos de representação; e (g) o dever de negociar.

(a) Os efeitos da impossibilidade temporária.

A impossibilidade temporária, por ser fugaz, não determina a extinção da obrigação. Seu efeito é apenas o de suspender a eficácia da obrigação enquanto perdurar a situação de anormalidade que impede o seu cumprimento no tempo, no lugar e na forma fixados. Nas palavras de ALAIN BÉNABENT, *“por definição, a suspensão é provisória: durante esse período, o contrato não surte efeitos, não está em vigor, mas haverá sempre o retorno automático dos seus efeitos assim que se torne possível”*^{12 13}.

A impossibilidade temporária e passageira, portanto, não extingue a obrigação nem o contrato, apenas suspende os efeitos

11 Importante aqui lembrar-se da divisão entre a responsabilidade primária ou originária, decorrente da lei ou do contrato, e a responsabilidade secundária (dever de reparar), que nasce com o descumprimento da responsabilidade primária acrescido da ocorrência de dano. *“Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também secundário, que é o dever de indenizar o prejuízo”* (SERGIO CAVALIERI FILHO, “Programa de Responsabilidade Civil”, 2ª edição, Malheiros, Rio de Janeiro, 1999, PP. 19 e 20).

12 ALAIN BÉNABENT (*“Droit Civil – Les Obligations”*, 6eme ed., Montchrestien, Paris, 1997, p. 221) (tradução livre, no original *“Par définition, la suspension est provisoire: pendant cette période, le contrat est relâché, n’est plus ‘em vigueur’; mais il existe toujours est sa reprise se fera automatiquement dès qu’elle sera possible”*).

13 No mesmo sentido é a lição de ALMEIDA COSTA, segundo a qual *“enquanto a impossibilidade temporária dura, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes do retardamento da prestação, mas logo que o impedimento desapareça, fica obrigado a efectuá-la”* (Almeida Costa, *“Direito das Obrigações”*, 7a ed., Almedina, Coimbra, 1998, p. 966). ANTUNES VARELLA segue o mesmo caminho, como se vê no seguinte trecho: *“O efeito da impossibilidade temporária será, portanto, o de exonerar o devedor dos danos moratórios, mas só enquanto a impossibilidade perdurar”* (ANTUNES VARELLA, *“Das Obrigações em Geral”*, Almedina, Coimbra, 1970, p. 747). A doutrina francesa, aqui representada por CHRISTIAN LARROUMET, não discrepa afirmando que, *“todavia, sendo o evento de força maior temporário, ele não gerará nada mais do que a suspensão dos efeitos do contrato”* (CHRISTIAN LARROUMET, *“Droit Civil – Les Obligations, Le Contrat”*, Tome III, 5eme ed., Economica, Paris, 2003, p. 841 – tradução livre; no original: *“Toute fois, lorsque l’événement de force majeure n’est que temporaire, il ne doit entraîner qu’une suspension des effets du contrat”*)

da obrigação afetada.

Imperioso apontar um pequeno senão na lição do civilista francês citado acima. Não é de todo correto afirmar que a impossibilidade temporária venha a afetar a totalidade do contrato suspendendo todos os seus efeitos. A impossibilidade dessa natureza sustará a eficácia da obrigação afetada e de outras quando for necessário à manutenção do sinalagma¹⁴ ou quando atingir o âmago do contrato, impedindo a aplicação do art. 184 do Código Civil.

O evento inevitável e imprevisível caracterizador da impossibilidade temporária será um fator exógeno à estrutura da relação obrigacional, não atingindo seus elementos (plano da existência) nem seus requisitos (plano da validade). Afetada por um fator exógeno, a obrigação será ineficaz, já que “ (...) a ineficácia em sentido estrito decorre de uma deficiência extrínseca. O negócio simplesmente ineficaz está aparelhado de todos os elementos essenciais e pressupostos de validade, de modo que sua eficácia está apenas impedida por uma circunstância de fato extrínseca”.^{15 16}

A classificação da impossibilidade temporária como fator de ineficácia é fundamental para explicar o retorno imediato dos efeitos da obrigação tão logo cessada a circunstância que lhe deu causa, na hipótese, a pandemia, pois, em razão da distinção entre a invalidade e a ineficácia, é possível admitir que, “sem quebra da coerência ou de qualquer norma jurídica, ocorrendo o fator de eficácia, o ato passe, sem mais, a produzir efeitos; há pós eficacização.”¹⁷

É preciso notar que a ineficácia, mais das vezes, não atingirá o negócio jurídico como um todo, mas apenas aquela obrigação cuja satisfação se tornou temporariamente inviável. Existindo

14 Esta questão será mais bem analisada no capítulo atinente aos efeitos da impossibilidade nos contratos bilaterais, item “c” abaixo.

15 MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, “Curso de Direito Civil”, vol I, 8ª edição, Freitas Bastos, 1996, p. 503.

16 A pandemia poderá ser classificada como fator de ineficácia pendente. Veja-se que “Ocorre ineficácia pendente ou simples quando falta um elemento integrativo à plena eficácia dum negócio em formação quer se trate de um elemento acessório exigido pela vontade das partes (negócio sob condição suspensiva), quer de elemento estranho a sua vontade” (FRANCISCO PEREIRA BULHÕES DE CARVALHO, apud. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia”, 4ª edição, Saraiva, São Paulo, 2002, P.53)

17 ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Ob. cit.; p. 70.

outras obrigações que não foram afetadas pela impossibilidade temporária e podendo elas ser destacadas, levando-se em conta as justas expectativas das partes, aplicar-se-á a regra do art. 184 do Código Civil, mantendo hígidas as obrigações separáveis¹⁸. Situação semelhante se dará com os deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva¹⁹. Existente e válido o contrato, tais deveres, como o de cooperação e colaboração, persistirão. Aliás, o princípio da boa-fé objetiva será um elemento fundamental para resolver diversos casos de difícil solução que surgirão em razão da pandemia que acomete a humanidade.

É preciso ressaltar mais uma vez que a impossibilidade temporária poderá não se limitar a um dos efeitos diretos do art. 393 do Código Civil, que é a exoneração da responsabilidade civil. Constituindo verdadeiro fator de ineficácia pendente, haverá a suspensão de todos os efeitos da obrigação, o que não só impedirá a ocorrência da mora, mas gerará outras consequências, como a interrupção da fluência dos prazos contratuais diretamente ligados à obrigação suspensa.

(b) A caracterização da impossibilidade definitiva e seus efeitos

É preciso verificar que, conquanto temporário, o evento externo, inevitável e imprevisível pode trazer consequências definitivas.

ALAIN BÉNABET lembra que *“quando a suspensão se torne excessivamente longa e venha a ser intolerável para a outra parte, se abrirá para ela a possibilidade de romper definitivamente o contrato”*²⁰.

¹⁸ Confira-se o item “d” abaixo.

¹⁹ Os deveres anexos de conduta, como se vê na lição de CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO: “Caracterizam-se por uma função auxiliar na realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes. Servem, ao menos as suas mais típicas manifestação, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato (Erhaltunginteresse), independentemente do interesse no cumprimento. Trata-se de deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato (art. 239º e 762º), dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da situação. Na formulação de Larenz, identificam-se com os deveres de adotar o comportamento que se pode esperar entre contrastes honrados e leais. (“Cessão da Posição Contratual”, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 339/340)” A doutrina costuma enunciar diversos deveres anexo de conduta, dentre os quais: (a) os deveres de cuidado, previdência e segurança; (b) os deveres de aviso e esclarecimento; (c) os deveres de informação; (d) os deveres de prestar contas; (e) os deveres de colaboração e cooperação; (f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; e, (g) os deveres de omissão e segredo.

²⁰ Tradução livre, no original: “Cependant, lorsque cette suspension est trop longue et devient intolérable pour l’autre partie, il faut ouvrir à celle-ci le droit de rompre définitivement le contrat...” (ALAIN BÉNABET, ob. cit.; p. cit.)

Na realidade, o evento temporário poderá caracterizar impossibilidade definitiva em duas situações: (a) quando seus efeitos, ainda que de pouca duração temporal, foram suficientes para inviabilizar o cumprimento da obrigação, como se dá, por exemplo, na hipótese do perecimento do objeto da prestação (impossibilidade definitiva por inviabilidade); ou (b) nas hipóteses em que a eficácia dos eventos, conquanto fugaz, levou à perda do interesse do credor (impossibilidade definitiva por falta de interesse do credor).

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR examinou as duas situações, indicando que haverá a *impossibilidade definitiva por inviabilidade* “[q]uando a impossibilidade temporária incide sobre um ‘negócio fixo’, cujo cumprimento não pode ser efetuado em outra época; sendo inimputável, dá margem a extinção ipso iure”²¹. Haverá ainda “outros negócios, cujos termos ou natureza admitem o cumprimento posterior, figurando o tempo indicado como simples programação para o futuro ou para marcar a época da exigibilidade, a impossibilidade temporária somente assumirá a feição de incumprimento definitivo se no entretempo ficar destruído o interesse do credor em receber a prestação”²². Para facilidade de análise, estes “outros casos” podem ser classificados como *impossibilidade definitiva por falta do interesse do credor*.

A impossibilidade definitiva por inviabilidade não gera muitos questionamentos jurídicos. Seu exame se dará basicamente no campo dos fatos e sob a ótica das provas.

É preciso destacar que, no caso examinado (pandemia), se a impossibilidade temporária tomar ares de perenidade, pela inviabilidade do cumprimento da obrigação em outro momento, haverá nulidade do negócio, com a aplicação do art. 166, II, do Código Civil, já que a impossibilidade aqui será superveniente, isto é, posterior à celebração do contrato, e, por isso, equiparável à impossibilidade original absoluta²³.

Maiores indagações existem na questão da perda do interesse do credor. Desde já, é preciso notar que a perda do interesse

21 Ob. cit.; p. 100.

22 Ob.cit.; p. 101.

23 Cf. Ruy ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, ob. cit.; p. 99.

capaz de gerar a extinção da obrigação deve ser considerada do ponto de vista objetivo (perda do interesse objetivo). *“Essencial para a extinção é que as circunstâncias supervenientes tenham, de facto, realizado ou impossibilitado o fim da prestação e não preenchido apenas um motivo do interesse do credor”*^{24 25}.

Em outras palavras: *“a importância do interesse afectado pelo incumprimento, aferida embora em função do sujeito, há-de ser apreciada objectivamente, com base em elementos susceptíveis de serem valorados por qualquer pessoa (designadamente, pelo próprio devedor ou pelo juiz), e não segundo o juízo valorativo arbitrário do próprio credor”*.²⁶

Ou seja, pouco importa a afirmação do credor de que o fato teria gerado sua falta de interesse (perda do interesse subjetiva). O que é fundamental é a apuração da perda do interesse objetivo, cujo exame está ligado à análise da manutenção da finalidade do contrato e das legítimas expectativas do credor quando da sua celebração. Extinta a finalidade, o contrato perde a sua razão de ser. E, como ensina ANTUNES VARELLA, *“[este desaparecimento [da finalidade do contrato] pode dar-se, porque circunstâncias estranhas à vontade das partes fizeram desaparecer a necessidade que se lhe visava satisfazer com a prestação (frustração do fim da obrigação: ‘zweckvereitelung’, como chamam os autores alemães), sem que a prestação em si mesma, se torne impossível, ou porque o fim visado pela prestação foi alcançado por outra via (‘zweckerreichung’)”*^{27 28}.

Além do exame da manutenção do interesse objetivo do credor, em respeito ao princípio da conservação dos contratos, deverá ser ponderado se o contrato ainda mantém a sua utilidade, como instrumento de trocas justas na sociedade. Nessa

24 ANTUNES VARELLA, “Das Obrigações em Geral”, Almedina, Coimbra, 1970, p. 746.

25 Sobre a questão, cabe lembrar a regra do art. 792º - 2 do Código Civil português, segundo qual *“A impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor”*.

26 JOÃO BAPTISTA MACHADO, *apud*. JUDITH MARTINS-COSTA, A Boa-Fé no Direito Privado – Critérios para a sua aplicação, 2ª ed., SaraivaJur, São Paulo, 2018, p. 754.

27 “Das Obrigações em Geral”, Almedina, Coimbra, 1970, p. 745”.

28 Na mesma linha: *“‘Interesse’ é uma relação posta entre o sujeito credor e a prestação prometida, servindo esta a suprir necessidade ou carência; daí dizer-se que o credor está ‘interessado’ na prestação do credor. A prestação que desatender a esse interesse, porque já não tem capacidade de suprir a necessidade do sujeito credor, é uma prestação inútil”*. (RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução, de acordo com o Novo Código Civil, 2ª ed., revista e atualizada, Aide, Rio de Janeiro, 2004, ob. cit.; p. 132)

averiguação, deve ser examinada a persistência de uma utilidade suficiente do contrato, apurando se a prestação do devedor, ainda que incompleta, é capaz de manter o interesse na operação econômica subjacente. Alguns fatores são importantes para medir a persistência da utilidade, como: (a) a comparação entre a parte da operação executada e a parte não executada; (b) a relevância do prejuízo causado pela inexecução; (c) a possibilidade e a pertinência de uma execução futura; (d) as particularidades do objeto do contrato e a posição das partes em relação a ele; (e) a intensidade e a duração da relação contratual; e (f) a utilidade comprovada do contrato.²⁹

É preciso notar que, na alocação de riscos do contrato, podem as partes fixar um prazo razoável para cessar a suspensão decorrente da impossibilidade temporária sem que isso afete o interesse objetivo do credor. Ou seja, as partes podem definir previamente no contrato um prazo para o restabelecimento da normalidade, definindo que, ultrapassado aquele prazo, a obrigação será considerada impossível e o contrato extinto *ipso iure*³⁰.

Destaque-se que a possibilidade de regular o prazo de manutenção do interesse do credor encontra respaldo na parte final da regra do art. 393 do Código Civil, que permite às partes de um negócio jurídico regular os efeitos do caso fortuito e da força maior. Se as partes têm o direito de apontar quais são os fatores externos capazes de gerar impossibilidade e quais não o são, *a fortiori* também têm a faculdade de estabelecer o lapso temporal capaz de caracterizar a impossibilidade, em razão da perda do interesse do credor.

(c) A aplicação da impossibilidade superveniente nos contratos sinalagmáticos

É preciso ter cuidado redobrado com a aplicação das consequências da impossibilidade do cumprimento das obrigações nos contratos sinalagmáticos, pois “nesses contratos, uma obriga-

²⁹ Cf. THOMAS GENICON, “La Résolution du Contrat pour Inexécution”, 1ª Edição, LGDJ, Paris, p. 316 e ss.

³⁰ ANTUNES VARELLA, “Das Obrigações em Geral”, Almedina, Coimbra, 1970, p. 748.

ção é a causa, a razão de ser, o pressuposto da outra, verificando-se interdependência essencial entre as prestações”³¹.

A interdependência e o equilíbrio entre as contraprestações faz com que se torne inviável considerar a suspensão ou a extinção de obrigações sem se refletir acerca das consequências para a contraparte e suas obrigações. Ou seja, “*permanece a questão de saber, nos contratos sinalagmáticos, se a contrapartida é, no entanto, devida, isto é, se o devedor impedido de executar pode no entanto reclamar a obrigação correlativa*”.³²

Essa resposta será diferente caso se trate de impossibilidade temporária (ineficácia pendente); ou se cuide de impossibilidade definitiva, causada pela inviabilidade da prestação (nulidade) ou gerada pela falta de interesse do credor (resolução).

Na hipótese de impossibilidade temporária, a eficácia da obrigação atingida pelo evento externo restaria obstada, como acima já se afirmou. Por outro lado, a obrigação da outra parte poderia restar plenamente eficaz, levando à quebra do equilíbrio do contrato e da interdependência das prestações. Diante dessa situação, abriria, em princípio, para a parte obrigada a cumprir sua obrigação sem receber a contraprestação, a possibilidade de invocação da regra da exceção do contrato não cumprido, positivada no art. 476 do Código Civil, segundo o qual “[n]os contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação pode exigir o implemento da do outro”.

É preciso notar que a invocação da *exceptio non adimpleti contractus* pode gerar graves prejuízos e até mesmo a ruína, por completo, do devedor que já não tinha meios de cumprir sua obrigação, pois afetada pelos efeitos nefastos da pandemia. Ou seja, aquele que já se encontrava em penúria pode ter sua situação financeira agravada pelo não recebimento das prestações da contraparte advindas da exceção do contrato não cumprido. Assim, é imperioso que a aplicação da regra do art. 476 do Código Civil leve

31 ORLANDO GOMES, “Contrato”, 8ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 83.

32 ALAIN BÉNABET, (Ob. Cit.; p. 223) (tradução livre; no original: “... *reste la question de savoir, dans les contrats synallagmatiques, si la contrapartie est néanmoins due, c’est-à-dire si le débiteur empêche d’exécuter peut néanmoins réclamer l’oblogatin corrélative*”)

em consideração os deveres de cooperação e colaboração decorrentes da boa-fé objetiva, de modo a gerar uma posição de equilíbrio que busque minimizar os prejuízos de ambas as partes.

Neste ponto, cabe lembrar, contudo, que os ditames da boa-fé atingem as duas partes, obrigando ambas a um atuar leal e cooperativo³³. Ou seja, não se deve buscar parcimônia e razoabilidade apenas do credor que está em vias de deixar de receber a prestação que lhe foi prometida. É preciso que o devedor atingido pelos eventos externos demonstre comportamento colaborativo, mostrando esforço efetivo no cumprimento da obrigação, ainda que parcial, ou se colocando efetivamente à disposição para alcançar alternativas que mitiguem os prejuízos de todos os envolvidos.

No caso de impossibilidade definitiva pela inviabilidade do cumprimento da prestação, haverá nulidade do contrato; e na hipótese de impossibilidade por falta de interesse do credor, haverá resolução. Em ambas as situações, a consequência é o retorno ao *status quo ante*. Como ensina RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, “[s]endo a resolução o desfazimento da relação obrigacional por incumprimento de uma das partes, traz consigo a necessidade de reposição das circunstâncias assim como eram antes, razão pela qual não se pode colocar em dúvida a retroatividade dos efeitos do ato que resolve a relação ...”³⁴

Outra não é a posição da doutrina estrangeira, como se vê na lição de CHRISTIAN LARROUMET, segundo a qual “o efeito da resolução e a destruição do contrato de tal sorte que ele pode ser considerado como se nunca tivesse sido concluído. Consequentemente, a resolução, como a nulidade, opera retroativamente, a consequência é que as partes devem proceder à repetição do que já havia sido executado”.³⁵

33 Cf. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO: “[Cabem] tais deveres laterais, quer ao credor, quer ao devedor, implicando a sua culposa infração, por qualquer dos sujeitos da obrigação, responsabilidade civil com fundamento em violação do contrato (at. 798^o) e dando à contraparte, sob certas circunstâncias, o direito de resolução, tal como se se tratasse do não cumprimento culposo do dever de prestação.” (“Cessão da Posição Contratual”, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 341/342).

34 Ob. cit.; p. 257.

35 Ob. cit.; p. 813 (tradução livre, no original: “L’effet essentiel de la résolution est l’anéantissement du contrat de telle sorte que l’on puisse considérer qu’il n’a jamais été conclu. Par conséquent, la résolution, comme la nullité, opère rétroactivement. La conséquence en est que les parties doivent procéder à la répétition de ce qui a été exécuté”).

Exceção relevante a essa regra, acerca da retroatividade dos efeitos da resolução, são os contratos de duração continuada – por óbvio, de marcante interesse para o objeto do presente estudo. Nessas hipóteses, é preciso verificar se as prestações já foram ou não satisfeitas no todo ou em parte. Se as prestações não foram cumpridas, haverá retroatividade. Por outro lado, se já houve cumprimento, ainda que parcial, não há como se cogitar da retroatividade. Recorra-se, novamente, aos ensinamentos de LARROUMET:

Quando é proferida a resolução de um contrato de trato sucessivo, não é possível, pelas mesmas razões que dizem respeito às nulidades, se admitir a retroatividade. Bem entendido, se as obrigações criadas de uma parte a outra pelo contrato não tiverem sido executadas, não haverá nenhum problema. Neste caso, se considerará que o contrato nunca existiu e não haverá lugar para restituições. Pelo contrário, se o contrato foi executado em parte ou totalmente, não é possível se desfazer de determinadas obrigações, como a do locador que forneceu a utilização do bem alugado ao locatário enquanto não proferida a resolução. É por essa razão que a jurisprudência considera que a resolução de um contrato de trato sucessivo se opera sem retroatividade.³⁶

Também aqui se faz necessária a mesma advertência de alguns parágrafos acima no sentido de que tanto os efeitos da nulidade quanto os da resolução deverão passar pelo filtro da boa-fé, de modo a se evitar soluções que gerem vantagens significativas para uma parte em detrimento da outra.

36 Ob. cit.; p. 768. (tradução livre; no original : «Lorsqu'est prononcée la résolution d'un contrat à exécution successive, il n'est pas possible, pour la même raison qu'en ce qui concerne la nullité, d'admettre la rétroactivité. Bien entendu, si les obligations créées de part et d'autre par le contrat n'ont pas été exécutées, il n'y a pas de problème. En ce cas, on considérera que le contrat n'a jamais existé et il n'y aura pas lieu de procéder à des restitutions. En revanche, si le contrat a été exécuté en partie ou totalement, il n'est pas possible d'effacer certaines obligations, telles que celle du bailleur qui a procuré la jouissance du bien loué au preneur jusqu'au prononcé de la résolution. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence considère que la résolution d'un contrat à exécution successive opère sans rétroactivité" ».)

(d) A impossibilidade parcial

A impossibilidade poderá ainda ser parcial, pois “*pode atingir uma parte apenas da prestação, se a destruição afectou só uma parte da coisa (divisível) ou algumas das várias coisas (cumulativamente) devidas*”.³⁷

A impossibilidade parcial atrairá a regra do art. 184 do Código Civil³⁸, que consagra o princípio da conservação do contrato, com a aplicação do brocardo *utile per inutile non vitiatur*, permitindo a redução do negócio jurídico. Ou seja, a parte atingida pela impossibilidade será suspensa (impossibilidade temporária) ou perecerá (impossibilidade definitiva), permanecendo válidas as demais partes, desde que separáveis.

A aplicação da regra depende de três requisitos. (i) É necessário que existam prestações que possam ser separadas de modo que a impossibilidade venha a atingir apenas uma parte delas, deixando as demais intactas. (ii) É imperioso que a parte afetada não seja considerada como “*ponto fundamental*”³⁹ do negócio, que é aquele que, por força do ordenamento jurídico, não pode ser desconsiderado sem inviabilizar o negócio jurídico, porque caracteriza a sua essência (*essentialia negotii*), ou descaracterizá-lo, pois resulta da natureza do tipo eleito (*naturalia negotii*). (iii) É impositivo, ainda, que a impossibilidade parcial não contrarie as justas expectativas das partes, objetivamente consideradas, como ordena a parte inicial da norma ao apontar a necessidade de respeito à “*intenção das partes*”⁴⁰.

Ou seja, os elementos particulares (*accidentalialia negotii*), quando fundamentais à manutenção do plano contratual traçado pelas partes, devem ser respeitados para viabilizar a redução a que alude o art. 184 do Código Civil.

37 ANTUNES VARELLA, Ob. cit.; p. 740.

38 O dispositivo legal possuía a seguinte redação “Respeitada a intenção das partes, a invalidez parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta fora separável, a invalidez da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a dessa não induz a da obrigação principal”.

39 Cf. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, “Instituições de Direito Civil”, vol. I, 12ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1991, p. 444.

40 “A inseparabilidade resulta da natureza do negócio jurídico ou do ato jurídico stricto sensu, ou da subordinação do todo à parte nula, no caso de saberem os que manifestaram a vontade, ou de o saber o que a manifestou, que seria nula à parte. Isto é: qual teria sido a conduta deles ou dele, quanto ao resto. Certo, quem quis o ato jurídico o quis todo, mas as circunstâncias podem mostrar que se quis resto, ainda sem a parte” (PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, Tomo IV, 2ª edição, Borsoi, Rio de Janeiro, 1954, p. 51)

(e) A alocação dos riscos do contrato

“O regime da impossibilidade tem, subjacente, as regras sobre repartição dos riscos, nas obrigações”⁴¹

Toda a discussão em torno da impossibilidade do cumprimento das obrigações e acerca do caso fortuito e da força maior está intimamente ligada à alocação de riscos dos contratos, que nada mais é do que a escolha dos contratantes sobre os riscos que eles aceitaram correr ao celebrar o contrato e aqueles outros que eles repudiaram.

Ao celebrar todo e qualquer contrato, por mais singelo que seja, o contratante assume riscos e, ao definir o conteúdo do contrato, no exercício da autonomia de sua vontade, delimita quais pretende assumir.

É imperioso notar que a autonomia da vontade não é soberana em todas as situações de alocação de riscos. Há hipóteses em que o ordenamento jurídico delimita os riscos de forma obrigatória, levando em consideração o tipo contratual.

Veja-se, por exemplo, que o art. 735 do Código Civil impõe ao transportador todos os riscos pelos fatos de terceiros, equiparáveis a fortuito interno, não sendo sequer válida cláusula de exoneração dessa responsabilidade⁴². De forma semelhante, o art. 618 do Código Civil aloca na álea do construtor os vícios de construção ocorridos no prazo irredutível de garantia nele fixado. Ainda no contrato de empreitada, a lei impõe ao empreiteiro (CC, art. 620) os riscos atinentes à flutuação do preço dos insumos ao permitir apenas a redução do preço global na hipótese de diminuição do custo deles, sem facultar, no entanto, que o incremento dos preços possa ser repassado ao dono da obra. Na mesma linha responde o depositário pelos danos causados à coisa depositada, salvo fortuito e força maior (CC., art. 642), sem que possa ser contratualmente pactuado de outra forma.

⁴¹ MENEZES CORDEIRO, “Tratado de Direito Português”, vol. II, T. IV, Almedina, Coimbra, 2010, p. 186.

⁴² Veja-se que a proibição da cláusula de não indenizar e de limitação de responsabilidade são proibidas pela parte final do art. 734 do Código Civil e pela Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal.

A delimitação dos riscos fixadas pela lei pode atingir inclusive eventos de caso fortuito e força maior, determinando o ordenamento jurídico que certas pessoas em situações específicas são obrigadas a suportar até mesmo as consequências de fatos externos, inevitáveis e imprevisíveis. O art. 399 do Código Civil é o exemplo mais claro ao definir que “[o] devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso (...)”⁴³

A lei ainda aponta hipótese em que a alocação de risco por ela definida pode ser modificada pela vontade das partes, como se dá no art. 448 do Código Civil, que faculta às partes, “por cláusula expressa, reforçar diminuir ou excluir a responsabilidade pela evicção”. Ou ainda no art. 698 do Código Civil, que permite a inclusão da cláusula *del credere* levando a assunção dos risco do comissário de responder “solidariamente com as pessoas que houver tratado em nome do comitente”.

Entretanto, a hipótese mais importante – pelo menos para o presente debate – de possibilidade de mudança da alocação de risco legalmente fixada é o próprio art. 393 do Código Civil, que permite “às partes convencionem o deslocamento do risco do fortuito em favor do credor, fazendo com que persista a responsabilidade do devedor, mesmo se a inexecução se der em decorrência de evento inevitável para o qual este não tenha ocorrido”⁴⁴.

Na verdade, as cláusulas de alocação de risco são comuns. Bastando lembrar as tradicionalíssimas cláusulas penais, de não indenizar e de limite de indenização. Mas as cláusulas de alocação de risco não se limitam à exclusão ou à limitação de perdas e danos. Podem regular diversos outros aspectos, como se dá na

43 Existem diversos outros casos em que o ordenamento impõe a uma parte que se encontra em determinada situação a necessidade de arcar com os riscos do caso fortuito e da força maior, como é a hipótese daquele que substabeleceu o mandato sem poderes para tanto, na forma do art. 667, § 1º, do Código Civil, segundo o qual “Se, não obstante proibição do mandante, o mandatário se fizer substituir na execução do mandato, responderá ao seu constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito, salvo provando que o caso teria sobrevindo, ainda que não tivesse havido substabelecimento”. Situação idêntica é fixada pela lei para o gestor de negócio que iniciou a gestão contra a vontade manifesta ou presumível do interessado (CC., art. 862). Também o possuidor que má-fé, na forma do art. 1.218, “(...) responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais (...)”.

44 GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA HELENA BARBOSA e MARIA CELINA BODIN DE MORAES, “Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República”, vol. I, 2ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2007, p. 712.

concessão de prazo de cura de descumprimentos buscando evitar a resolução contratual; na fixação de garantia de fornecimento mínimo; nas regras sobre aceleração e redução do ritmo das obras nos contratos de empreitada; nas cláusulas de *take or pay*; e outras de semelhante jaez.

Todas essas regras de alocação de risco, fixadas pela lei ou pela vontade das partes, precisam ser respeitadas quando do exame dos efeitos da impossibilidade sobre os contratos, pois elas refletem os riscos que cada uma das partes resolveu assumir quando da decisão de contratar e de como contratar. Ou seja, trata-se de observar a manutenção do equilíbrio contratual original fixado pelas partes, de respeitar a autonomia da vontade e a segurança jurídica.

Acrescente-se que o respeito à alocação de risco decorre atualmente de regra legal. Com efeito, a norma do art. 421-A, I e II, do Código Civil define muito claramente que *“as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de rescisão e resolução”* (CC, art. 421 – A, I) e que *“a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada”* (CC, art. 421 – A, II).

(f) Os cômodos de representação

Determina o art. 794º do Código Civil português que *“[s]e, por virtude do facto que tornou impossível a prestação, o devedor adquirir algum direito sobre certa coisa, ou contra terceiro, em substituição do objecto da prestação, pode o credor exigir a prestação dessa coisa, ou substituir-se ao devedor na titularidade do direito que este tiver adquirido contra terceiro”*.

A regra acima cuida dos denominados cômodos de representação, a qual se justifica não só por medida de justiça, mas como forma de impedir o enriquecimento sem causa. Afinal, *“Compreende-se que a impossibilidade da prestação, não sendo imputável ao devedor, o desonere da obrigação. Se, porém, em virtude do facto que determinou a impossibilidade, o devedor adquiriu algum direito (...), já não se justificaria que tal direito não aproveitasse ao credor”*⁴⁵

45 ANTUNES VARELLA, “Das Obrigações em Geral”, Almedina, Coimbra, 1970, p. 750.

Em suma, não pode o detentor de uma determinada situação jurídica tentar reduzir seus prejuízos sem levar em consideração os ganhos que obteve.

A regra dos cômodos de representação não é estranha ao ordenamento jurídico nacional. Está expressamente prevista no art. 636 do Código Civil, segundo o qual *“O depositário que por força maior houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar, é obrigado a entregar a segunda ao depositante e ceder-lhe as ações que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira”*.

Conquanto a regra acima referida esteja vinculada ao contrato de depósito, a aplicação dela de forma generalizada se coaduna com as regras gerais do Direito Civil, pois a possibilidade de que alguém receba vantagens em razão de uma situação adversa e, ao mesmo tempo, seja integralmente compensado por todos os seus prejuízos agride o princípio da vedação ao enriquecimento sem causas (CC., art. 884) e a limitação da reparação à extensão do dano (CC., artr. 944).

A lembrança dos cômodos da representação, no debate acerca da pandemia e seus efeitos nos contratos, é fundamental, pois, como se sabe, existem diversas políticas governamentais de salvaguarda da economia, atingindo, principalmente, alguns setores estratégicos. É, pois, imperioso que essas ajudas também sejam consideradas na criação do novo equilíbrio contratual e na reconstrução do sinalagma.

(g) O dever de negociar

Como visto, a questão da impossibilidade temporária ou definitiva causada pela pandemia gerará problemas muito complexos, cuja solução demandará reflexões e estudos, os quais a levarão a campos muito distantes da aplicação direta e irrefletida do art. 393 do Código Civil.

Algumas figuras jurídicas serão fundamentais para a elucidação desses graves problemas. Dentre elas, avulta-se o dever de negociar.

Conquanto não positivado diretamente no ordenamento jurídico nacional, o dever de negociar encontra respaldo firme na boa-fé objetiva e nos deveres anexos por ela criados. Como salienta ANDERSON SCHREIBER “... [d]e fato, a boa-fé objetiva, consagrada em nossa codificação (arts. 113, 187 e 422), impõe a cooperação e a colaboração entre as partes em prol do escopo comum. O dever de renegociar exsurge, assim, como um dever anexo ou lateral de comunicar a outra parte prontamente acerca de um fato significativo na vida do contrato - seu excessivo desequilíbrio - e de empreender esforços para superá-lo por meio da revisão extrajudicial. Como dever anexo, o dever de renegociar integra o objeto do contrato independentemente de expressa previsão das partes”⁴⁶.

A regra do dever de negociar encontra-se consagrada em normas do direito estrangeiro e em regras de *soft law*. Veja-se, como exemplo, princípios do UNIDROIT, mais especificamente a regra do art. 6.2.3 (1), segundo a qual havendo mudança do equilíbrio contratual decorrente de eventos supervenientes a parte lesada pode demandar da outra a abertura de negociações séria e inspiradas na boa-fé⁴⁷.

Obviamente, o dever de negociar não impõe à parte uma obrigação de retroceder em suas posições, de reconhecer a validade dos argumentos da contraparte ou de fazer liberalidades, mas sim de participar com seriedade, lealdade e colaboração de uma negociação visando ao reequilíbrio contratual. Vale novamente recorrer à lição de SCHREIBER:

46 “Equilíbrio Contratual e Dever de Negociar”, 1ª edição, Saraiva, São Paulo, 2018, p. 341.

47 Artigo 6.2.3 (efeitos) “1) Em caso de *hardship*, a parte lesada pode pedir a abertura de renegociações. O pedido deverá ser feito sem retardo indevido e ser motivado. 2) O pedido não justifica, por si só, que a parte lesada suspenda a execução de suas obrigações. 3) Na falta de acordo entre as partes num período de tempo razoável, uma ou a outra parte pode recorrer ao Poder Judiciário. 4) O Tribunal que conclua pela existência do *hardship*, pode, se considerar razoável: extinguir o contrato na data e nas condições que ele fixar; ou b) adaptar o contrato com vistas a reestabelecer o equilíbrio econômico” (tradução livre, no original: “Article 6.2.3 (Effets) 1) En cas de *hardship*, la partie lésée peut demander l’ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indu et être motivée. 2) La demande ne donne pas par elle même à la partie lésée le droit de suspendre l’exécution de ses obligations. 3) Faute d’accord entre les parties dans un délai raisonnable, l’une ou l’autre peut saisir le tribunal. 4) Le tribunal qui conclut à l’existence d’un cas de *hardship* peut, s’il l’estime raisonnable: a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu’il fixe; ou b) adapter le contrat en vue de rétablir l’équilibre des prestations”.

“Como se vê, o dever de renegociar não configura um dever de alcançar certo resultado ou de aceitar as novas condições propostas pelo contratante desfavorecido pelo desequilíbrio, não se trata de um *dever de revisar* o contrato extrajudicialmente, mas simplesmente de *ingressar em renegociação*, informando prontamente o fato que a enseja e formulando um pleito de revisão do contrato, ou analisando e respondendo, com seriedade, ao pleito apresentado pelo outro contratante. Desdobra-se em duas etapas: (a) o dever de comunicar prontamente a contraparte acerca da existência do desequilíbrio contratual identificado, e (b) o dever de suscitar uma renegociação que possibilite o reequilíbrio do contrato ou de responder a uma proposta nesse sentido analisando-a seriamente.”⁴⁸

A renegociação séria e de boa-fé, muito ajudada, em algumas hipóteses, pela florescente mediação, certamente levará a situações mais cômegas e mais próximas das necessidades e das expectativas das partes.

3. DESEQUILÍBRIO SUPERVENIENTE DA EQUAÇÃO CONTRATUAL

No capítulo anterior foi examinada a questão da impossibilidade superveniente, definitiva ou temporária, gerada por um evento exterior, como a pandemia. Todavia, é possível que a pandemia - ou qualquer outro evento externo e superveniente - não gere a impossibilidade no cumprimento da prestação, mas faça com que o seu cumprimento se torne exageradamente oneroso para o devedor, causando um grave desequilíbrio da equação contratual pactuada pelas partes e ferindo significativamente o sinalagma. Esse desequilíbrio da relação contratual, assim como ocorre com a impossibilidade da prestação, demandará uma solução do ordenamento jurídico.

Em regra, os ordenamentos jurídicos ocidentais – e o ordenamento nacional não é uma exceção – contemplam mecanis-

48 Ob. cit.; p. cit.

mos para evitar que fatos extraordinários ocorridos após a celebração dos contratos – como é o caso da pandemia - venham a atingir o negócio originariamente entabulado pelas partes, gerando desequilíbrio das prestações e impondo prejuízos injustificados a um dos contratantes ou, até mesmo, a ambos. Afinal, “[p]arece bem evidente que ao tempo do adimplemento, nos contratos duradouros ou de execução diferida, devam existir circunstâncias que garantam a conservação do princípio da igualdade, expresso na equivalência entre as obrigações reciprocamente prometidas e a obtenção do fim natural do contrato”⁴⁹.

Existem diversas teorias que buscam explicar a possibilidade de alteração do contrato por quebra do equilíbrio da equação contratual decorrente de fatos supervenientes. Tais teorias vão desde a medieval cláusula *rebus sic stantibus*⁵⁰ até a teoria da imprevisão⁵¹, passando pelas teorias da pressuposição⁵², da condição implícita⁵³ e da base do negócio⁵⁴, esta última vista de forma

49 RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR, Ob. cit., p. 150.

50 Segundo CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, “os juristas da Idade Média, atentando que nos contratos de execução diferida o ambiente no momento da execução pode ser diverso do que existia no da celebração, sustentaram, acreditando-se fundados em um texto de Neratius, em torno do *condictio causa data causa non secuta*, que o contrato deveria ser cumprido no pressuposto de que se conservassem imutáveis as condições externas, mas que, se houvesse alterações, a execução deveria ser igualmente modificada: ‘*contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*’ (“Instituições de Direito Civil”, vol. III, 11ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2003,, p. 162)

51 ENNECCERUS e LEHMANN assim apresentam a teoria da imprevisão: “*Todo contrato obrigatório só será vinculante enquanto as circunstâncias, abaixo das quais fora concluído, não tiverem se modificado no que for essencial*” (cf. ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, Tratado de Direito Civil, Tomo I, 1º, p. 206, Ed. Libreria Bosch). A doutrina brasileira segue o mesmo caminho, como se vê no ensinamento de JUDITH MARTINS-COSTA: “... a Teoria da Imprevisão teve o mérito de relativizar a força obrigatória dos contratos, quando se manifestasse a alteração das circunstâncias supervenientes à conclusão contratual, e fossem essas circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis no tempo da formação do contrato” (“Comentários ao Código Civil”, volume V, tomo I, p. 289, Ed. Forense)

52 Segundo a teoria da pressuposição de WINDSCHEID, “o contratante se obriga(?) com a certeza da permanência de uma situação ou da ocorrência de um fato sem o qual não teria contratado” (cf. RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, ob. cit., p. 144)

53 A teoria da condição implícita (*implied terms* ou *implied conditions* no Direito inglês) tem sua fonte na jurisprudência dos países de direito consuetudinário, mais notadamente na jurisprudência inglesa. Como ensina ORLANDO GOMES, “A teoria da condição implícita é, antes, orientação seguida pelo juiz inglês em casos nos quais a execução do contrato não deve ser exigida pela superveniência de fatos que impedem seja a prestação cumprida. Considera-se que, nessas hipóteses, não subsiste o vínculo contratual, partindo da presunção de que as partes o concluíram no pressuposto de que perdurariam as condições externas em que foi celebrado. A sobrevida do contrato subordina-se a uma condição implícita (*implied condition*), entendido o substantivo como uma *condictio juris*” (Transformações Gerais no Direito das Obrigações, RT, 2ª edição, p. 98). Caso emblemático da aplicação da teoria da condição implícita na jurisprudência inglesa são os *Coronation Cases*. Tais processos cuidavam da locação de janelas, cujo objetivo exclusivo era permitir que os locatários assistissem a passagem do cortejo do Rei Eduardo VII. Os festejos, no entanto, foram adiados pela doença que acometeu o monarca. As cortes inglesas, considerando que fora frustrado o objetivo do contrato, permitiram que os locatários não efetuassem o pagamento dos aluguéis.

54 A teoria da base do negócio é assim conceituada por ENNECCERUS: “Por base do negócio, a esses

subjetiva por OERTMANN⁵⁵, e objetiva por LARENZ.⁵⁶

O Código Civil brasileiro cuida da questão no art. 478⁵⁷, que recebeu, em sua primeira parte, a seguinte redação: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”.

A análise do referido dispositivo mostra que a resolução do contrato por onerosidade excessiva, no sistema do Código Civil⁵⁸, depende da presença de uma série de requisitos, tais como:

feitos, se há de entender as representações dos interessados, ao tempo da conclusão do contrato, sobre a existência de certas circunstâncias básicas para a sua decisão, no caso de que estas representações não hajam sido conhecidas meramente, senão constituídas, por ambas as partes, em base do contrato, como, por ex., a igualdade de valor, em princípio, da prestação e contraprestação nos contratos bilaterais (equivalência), a permanência aproximada do preço convencionado, a possibilidade de repor a provisão das mercadorias e outras circunstâncias semelhantes”. (Apud. RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR, ob. cit., p. 144/145)

55 “Por base do negócio subjetiva deve se entender a representação mental ou a expectativa pela qual ambos os contratos foram guiados ao concluir o contrato. Não é suficiente a representação mental ou a expectativa que tenha determinado de modo decisivo a vontade de uma das partes, ainda que a outra tivesse ciência dela” (KARL LARENZ, “Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. p. 224 – tradução livre; no original: “Por base del negocio subjetiva ha de entenderse una representación mental o esperanza de ambos contratantes por la que ambos se han dejado guiar al concluir el contrato. No es suficiente que la representación o esperanza haya determinado de modo decisivo la voluntad de una de las partes, aun cuando la otra parte hubiese tenido noticia de ello”)

56 “Por base do negócio objetiva deve ser entendido o conjunto de circunstâncias e o estado geral de coisas cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato segundo o significado da intenção de ambas as partes possa subsistir como regulação dotada de sentido” (KARL LARENZ, Ob.cit.; p. 225 – tradução livre; no original “Por la base del negocio objetiva ha de entenderse el conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia ES objetivamente necesaria para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido”)

57 Vale aqui ressaltar que o art. 478 do novo Código Civil é claramente inspirado no art. 1.467 do Código Civil italiano que tem a seguinte redação: “Nos contratos de execução continuada ou periódica e nos de execução diferida, se a prestação de uma parte tornar-se excessivamente onerosa pela ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve esta prestação pode demandar a resolução do contrato, cos os efeitos estabelecidos no art. 1458 (att. 168). A resolução não poderá ser requerida se a onerosidade superveniente integra a alea normal do contrato. A parte contra a qual é demandada a resolução pode evitá-la oferecendo para modificar equitativamente as condições do contrato”. (tradução livre; no original: “Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’Art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto. De fato, o tratamento da resolução por onerosidade excessiva na legislação italiana serviu de modelo fiel ao art. 478 do Código Civil brasileiro.

58 No sistema do Código de Defesa do Consumidor a situação é diversa. Para o art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, basta que existam “fatos supervenientes que as tornem (as prestações) excessivamente onerosas” para permitir “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão”. Assim, não só o microsistema consumerista autoriza expressamente a hipótese de revisão dos contratos por fatos supervenientes, mas também abranda sensivelmente os requisitos

(a) a existência de um contrato de execução continuada ou diferida; (b) a presença de excessivo ônus gerado para uma das partes; (c) a existência de vantagem excessiva para a outra parte; e (d) a ocorrência de fatos extraordinários e imprevisíveis causadores do desequilíbrio.

A necessidade de um contrato de execução continuada ou diferida é uma imposição de ordem lógica. Se o contrato for de execução imediata, sendo instantaneamente executado após sua celebração, os fatos supervenientes não poderão atingi-lo, alterando o equilíbrio de suas prestações, que, a essa altura, já terão sido completamente executadas e, *ipso facto*, extintas. Ou seja, *“pela sua própria natureza, a imprevisão só se aplica aos contratos de prestações sucessivas, ou nos a prazo, cuja execução se prolongue no tempo. Excluída está em relação aos contratos instantâneos e em relação aos aleatórios”*.⁵⁹

O segundo requisito, o surgimento de um ônus exagerado para uma das partes, é indiscutivelmente o mais relevante de todos, pois é a razão de ser do instituto, cujo objetivo é impedir o sacrifício demasiado de um dos contratantes. Importante notar que não será todo e qualquer ônus que abrirá a possibilidade da aplicação do art. 478 do Código Civil. É fundamental que esse ônus seja demasiado, provocando uma *“extrema desvantagem”*, como expressamente exige o texto legal. *“Faz-se necessário ainda, para a resolução do contrato, que a sucessiva onerosidade exceda a álea normal do contrato. É preciso que o desequilíbrio determinado entre a prestação e contraprestação supere a medida que corresponda às normais oscilações do mercado dos valores orçados; se permanece dentro delas, não há razão para libertar de seu compromisso a parte que sofre um agravamento econômico que podia muito bem ser previsto e prevenido”*.⁶⁰

O art. 478 do Código Civil, conquanto deixe claro que o ônus gerado para a parte deva ser aquele suficiente para causar *“extrema desvantagem”*, não apresenta qualquer dado objetivo ou

para tanto, afastando, inclusive, a necessidade da imprevisibilidade. Não é por outro motivo que se considera que o art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor encontra substrato na teoria da base do negócio, e na teoria da onerosidade excessiva, que inspira o art. 478 do Código Civil.

59 JOSÉ MARIA MIGUEL DE SERPA LOPES, “Curso de Direito Civil”, vol. III, 4ª edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, p. 104.

60 LUIZ GUILHERME LOUREIRO, Contratos no Novo Código Civil”, 2ª edição, Método, 2004, p. 268.

parâmetro concreto, a fim de que se possa mensurar a onerosidade excessiva. Portanto, os conceitos de “*onerosidade excessiva*” e de “*extrema desvantagem*” precisam ser preenchidos e sopesados em cada caso concreto, com base em dados reais e objetivos, levando-se em conta, dentre os fatores, a magnitude do fardo da prestação antes e depois do evento superveniente. Ou seja, é preciso que “*seja excessiva a diferença de valor do objeto da prestação entre o momento de sua perfeição e o da execução*”.⁶¹

Também é preciso examinar a alocação de riscos traçada pelos contratantes, de modo a averiguar se o fato superveniente supostamente justificador do pedido de aplicação da teoria da onerosidade excessiva não estava na álea do negócio de quem a alegou. Relembre-se que “[o] contrato serve justamente ao propósito de afastar os riscos, fazendo-os incidir sobre uma das partes ou repartindo entre elas. Cada um dos contratantes pode assumir o risco, afastá-lo ou partilhá-lo, de acordo com os interesses em comum. E não apenas o próprio risco é suscetível de previsão. Também as próprias consequências dos fatos que integram o risco contratual podem ser dimensionadas pelas partes.”⁶² Por essa razão, “*Não se deve admitir a resolução ou a revisão do contrato por onerosidade excessiva superveniente quando a modificação das bases contratuais estiver coberta pelos próprios riscos do contrato*”^{63 64}.

Neste sentido, é o enunciado 438 do Conselho da Justiça Federal - CJF, segundo o qual “*A revisão dos contratos por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, observar-se-á a sofisticação dos contratantes e a alocação dos riscos por eles assumidos com o contrato*”.

Não é por outro motivo que parte significativa da doutrina entende que é descabida aplicação da teoria da onerosidade excessiva nos contratos aleatórios.⁶⁵

61 ORLANDO GOMES (Ob. cit.; P. 209)

62 ATIYAH apud. FELIPE ROCHA DEIAB (“Alargamento do conceito de impossibilidade no Direito das Obrigações: a inexigibilidade e a frustração do fim do contrato” in. “Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações”, Mauricio Mota e Gustavo Kloh (org), Campus Jurídico, Rio de Janeiro, 2011, p. 283).

63 MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO, Curso de Direito Civil, vol. III (Direito dos Contratos), Tomo I, Atlas, São Paulo, 2015, p. 38

64 Na mesma linha, o Enunciado nº 366 da IV Jornada de Direito Civil da CJF/STJ, segundo o qual “*o fato extraordinário e imprevisível causador da onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos do contrato*”.

65 Bem examinada a questão, verificar-se-á a existência de três correntes (a) os apoiadores da possibi-

A jurisprudência examina a aplicação da teoria da onerosidade excessiva com olhos para repartição de riscos acordada pelas partes ou determinada pela natureza do negócio. Muito são os exemplos. Veja-se que *“A jurisprudência do STJ é no sentido de que, nos casos de frustração da safra decorrente da estiagem, é inaplicável a teoria da onerosidade excessiva, por não se tratar de evento imprevisível ou extraordinário, mas sim, risco inerente ao negócio”*⁶⁶. Os efeitos das chuvas excessivas prejudicando a safra também foram reputados pelo Superior Tribunal de Justiça como risco do negócio⁶⁷. Também não são considerados os efeitos de crises econômicas mundiais e nacionais.⁶⁸

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça também entendeu que a variação do preço de mercado do produto no contrato de compra e venda de safra futura não caracteriza onerosidade excessiva, por integrar o risco do negócio *“A variação do preço da saca da soja ocorrida após a celebração do contrato não evidencia acontecimento extraordinário e imprevisível apto a propiciar a revisão da obrigação com alteração das bases contratuais”*.⁶⁹ O mesmo Superior Tribunal de Justiça considerou que o crescimento do roubo de cabos de telefonia também estava dentro do risco do contrato de manutenção, afirmando que, *“Em relação à onerosidade excessiva alegada, verifica-se que a teoria da imprevisão autoriza a revisão das obrigações contratuais apenas quando há onerosidade excessiva decorrente da superveniência de um evento imprevisível, alterador da base econômica objetiva do contrato.”*⁷⁰

lidade de aplicação da onerosidade excessiva nos contratos aleatórios (Cf. NELSON BORGES, “A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios”, RT. Vol. 782, São Paulo, 1989, p. 78) (b) os negadores de tal possibilidade (SERPA LOPES, ob. cit; p. 104; CAIO MÁRIO DA SILVA PÉREIRA, “Instituições de Direito Civil”, vol. III, 11ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 167; e LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, em “Contrato” Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 161) e (c) aqueles que entendem ser cabível desde que o evento causador do desequilíbrio não tenha ligação com os riscos assumidos no contrato (cf. MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO, Ob. cit.; p. 390).

66 AgInt no AREsp 1352761/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21.11.2019, DJe 27.11.2019.

67 AgRg no AREsp 711.391/MT, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01.12.2015, DJe 14.12.2015.

68 AgInt no REsp 1316595/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07.03.2017, DJe 20.03.2017; e AgInt no AREsp 646.945/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18.08.2016, DJe 26.08.2016.

69 AgInt nos EDcl no AREsp 784.056/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15.09.2016, DJe 22.09.2016.

70 REsp 1632842/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em

É efetiva a tendência da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de prestigiar a alocação de riscos dos contratos, como visto nos julgados acima indicados e como se verifica no julgamento do Recurso Especial nº1.689.225/SP, que considerou inaplicável a teoria da onerosidade excessiva nos contratos de derivativos, já que tais negócios “*são dotados de álea normal ilimitada, a afastar a aplicabilidade da teoria da imprevisão e impedir a sua revisão judicial por onerosidade excessiva*”.⁷¹

Portanto, os efeitos da pandemia não deverão ser examinados de forma igualitária para todos os contratos. Será fundamental examinar caso a caso, verificando os efeitos do fato superveniente sobre os riscos incorridos por cada uma das partes.

Imperioso, ainda, lembrar que a teoria da onerosidade excessiva somente é aplicável sobre riscos que não foram causados pela parte que pretende invocá-la. “*São descartados os desequilíbrios imputáveis ao próprio devedor, já que lhe cumpre arcar com os efeitos de sua culpa, bem como aqueles incorridos quando ele já se encontrava em mora ...*”⁷². Assim, se a prestação devida sofreu os efeitos da pandemia em virtude da mora do devedor, que deveria tê-la cumprido anteriormente e não o fez, os efeitos revisionais ou liberatórios da teoria da onerosidade excessiva não o protegerão.

É importante também observar que o desequilíbrio superveniente da equação contratual seja decorrente de fatores extraordinários e imprevisíveis. “*A lei não tutela o contratante que não usou da normal prudência necessária para antever e compreender as consequências do contrato. Portanto, é justo e racional que o risco das circunstâncias ordinárias seja suportado pelos contraentes. Apenas os riscos absolutamente anômalos, como tais subtraídos à possibilidade de razoável previsão e controle dos contratantes é que podem dar ensejo à resolução do contrato, quando ocasionarem a excessiva onerosidade da prestação de uma das partes, com extrema vantagem para a outra*”.⁷³

12.09.2017, DJe 15.09.2017.

71 REsp 1689225/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21.05.2019, DJe 29.05.2019.

72 GUSTAVO TEPEDINO, CARLOS NELSON KONDER e PAULA GRECO, “Fundamentos do Direito Civil”, vol. 3, Forense, Rio de Janeiro, 2020, p. 138.

73 LUIZ GUILHERME LOUREIRO, Ob. cit.; p. 267.

No caso da pandemia, esse requisito parece ser o menos polêmico, pois, antes do início deste ano, ninguém poderia antever a tragédia que hoje assola todo o mundo.

O requisito para a aplicação da teoria da onerosidade excessiva mais controvertido na doutrina é certamente a existência de “*extrema vantagem para a outra*” parte. Corrente significativa da doutrina considera que tal exigência é equivocada, pois nada justificaria obrigar um contratante a prosseguir na execução de um contrato ruinoso para ele, apenas porque a outra parte não obteve vantagens desmesuradas. “*Exigir que a alteração das circunstâncias atinja apenas uma das partes em benefício da outras implica em esvaziar significativamente este modelo jurídico, vedando ao contratante fragilizado, por acontecimento superveniente extraordinário e imprevisível, o recurso ao remédio resolutorio, apenas por não provar o enriquecimento sem causa provado pelo parceiro contratual.*”⁷⁴

Muito se discutiu acerca dos efeitos decorrentes da aplicação do art. 478 do Código Civil, uma vez que a literalidade da norma impediria a revisão dos contratos, possibilitando apenas a resolução deles. Isso porque a norma estipula que a parte poderá “*pedir a resolução do contrato*”. Além disso, o art. 479 do Código Civil permite que a revisão ocorra, mas somente se a outra parte, desejosa de manter vivo o negócio, se disponha a concedê-la.

Após acesos debates na doutrina, com posicionamentos pró⁷⁵

74 CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD, “Curso de Direito Civil”, vol. 4, 5ª edição, Atlas, São Paulo, 2015, p. 564.

75 FABIO ULHOA COELHO defendendo a possibilidade de revisão do contrato por considerar ser a melhor solução em termos práticos, afirmando que “*Tem-se entendido, porém, que a estreiteza do ditame legal não basta para excluir a revisão judicial do contrato, quando fora esta a pretensão do contratante surpreendido pelas mudanças nas condições econômicas. A parte com dificuldades para cumprir a obrigação considerada excessivamente onerosa pode optar pela revisão judicial do contrato. Se suas cláusulas puderem ser equitativamente redefinidas pelo juiz, isso tende a ser melhor e mais eficiente para os dois contratantes. A resolução só deve ser decretada se a revisão não se mostrar capaz de restaurar a justa distribuição de proveitos entre eles*” (“Curso de Direito Civil”, volume 3, Saraiva, São Paulo, 2005, p. 105/106.. Na mesma linha, ANTÔNIO JEOVÁ SANTOS afirma que a revisão não é só possível, como também é a melhor solução na maioria dos casos concretos, afinal “*O prejudicado é senhor de sua vontade, pois pode pedir a resolução ou a revisão do contrato, segundo o que entenda melhor convenha a seus interesses pessoais e econômicos. A revisão oferece maior possibilidade de solução, tomando como base a justiça contratual, a equidade sobretudo, a gama de dificuldades que são despejadas pela excessiva onerosidade*” (“Função Social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos”, Método, São Paulo, 2002, p. 252/253). Outros doutrinadores, levando em consideração a firmeza quase inflexível do texto do art. 478 do Código Civil, tentam justificar a possibilidade da revisão do contrato com base no art. 317 daquele mesmo diploma, que segundo eles possibilitaria a almejada revisão. Neste sentido, é a lição de RUY ROSADO DE AGUIAR, que considera que o art. 478 diria respeito única e exclusivamente à resolução, sendo que a revisão dos contratos seria permitida

e contra⁷⁶ a possibilidade de revisão, a maioria da doutrina se colocou em defesa da possibilidade de revisão, levando-se em consideração que as normas jurídicas devem ser interpretadas sistematicamente e de acordo com o seu espírito. Assim, o referido dispositivo legal deve ser interpretado em consonância com os princípios que norteiam Código Civil, dentre os quais os princípios da conservação dos contratos e da boa-fé. Portanto, a melhor interpretação do art. 478 Código Civil é a que possibilita também a revisão dos contratos, pois ainda que isso possa soar um pouco artificial, ante a literalidade do dispositivo, trata-se da única hipótese interpretativa que se harmoniza com os referidos princípios e com os anseios de justiça e equidade do Código Civil.

Veja-se ainda que os princípios do UNIDROIT, referentes aos contratos internacionais, apontam no mesmo sentido da conclusão acima referida. Os referidos princípios indicam que, diante de uma alteração significativa da equação do contrato gerada por eventos supervenientes não considerados pelas partes, pode o julgador optar entre a extinção do contrato ou a adaptação das prestações visando ao retorno do equilíbrio da equação contratual⁷⁷.

É preciso, ainda, verificar qual é o momento da extinção do contrato ou de sua adaptação. O art. 478 do Código Civil, em sua parte final, explicita que “os efeitos da sentença que a [a resolução ou a revisão] decretar retroagirão à data da citação”. Assim, “As

com base no referido art. 317. Assevera, ainda, que, embora este último dispositivo aparente cuidar de questões relativas à manutenção do valor da moeda diante do fenômeno inflacionário (correção monetária), ele serviria, na realidade, como fundamento legal da possibilidade de revisão dos contratos. Adverte apenas que é preciso atentar para o fato de que os requisitos impostos pelo art. 478 para a resolução do contrato seriam muito mais rígidos do que os indicados pelo art. 317 para a revisão. Segundo afirma, a extraordinariedade do evento e a vantagem excessiva do credor seriam requisitos apenas para a resolução do contrato (Ob. cit., pp. 152/153).

76 Veja-se, por exemplo, que CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA declara, sem hesitações, não existir espaço para a revisão do contrato diante do texto legal, afirmando que “O que a lei concede ao contratante é a resolução. A alteração das cláusulas de cumprimento será iniciativa do credor, que voluntariamente aquiesce em oferecer oportunidade de solução menos onerosa ao devedor, como meio de salvar a avença” (Ob. cit.; p. 167) No mesmo sentido, SILVIO RODRIGUES é claro ao ensinar que “permite o legislador que, a pedido do interessado o juiz determine a rescisão do contrato” (“Direito Civil”, vol. 3, 28ª edição, Saraiva, 2002, São Paulo, p. 132).

77 Com efeito, orienta o art. 6.2.3 (4) dos princípios do UNIDROIT que: “4) O tribunal que conclua pela existência de um caso de *hardship* pode, caso considere razoável: a) colocar fim ao contrato na data e condições por ele fixadas; ou, b) adaptar o contrato em vistas de reestabelecer o equilíbrio das prestações” (tradução livre; no original: “4) Le tribunal qui conclut à l’existence d’un cas de *hardship* peut, s’il l’estime raisonnable: a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu’il fixe; ou, b) adapter le contrat en vue de rétablir l’équilibre des prestations.”)

*prestações efetuadas antes do ingresso em juízo não podem ser revistas, mesmo comprovada a alteração no quadro econômico ...”.*⁷⁸ Trata-se de regra visando à segurança jurídica, já que a citação é um marco certo e bem determinado.

4. CONCLUSÃO

Este pequeno estudo não tem a pretensão de esgotar o debate, que é tormentoso e profundo. Tem ele o objetivo de chamar a atenção para a dificuldade dos diversos problemas, absolutamente multifacetados, que a pandemia poderá causar nos contratos e nas obrigações e para a ampla diversidade das situações que surgirão. A complexidade e a disparidade dos problemas não permitirão a aplicação de soluções simplórias, como a incidência direta e irrefletida do art. 393 do Código Civil a diversos casos independentemente de suas peculiaridades. A adoção de saídas fáceis somente causará novos desequilíbrios e injustiças.

É preciso, por tudo o que foi dito, que as soluções passem pelo detido e atento exame das nuances e peculiaridades de todas as obrigações e contratos, buscando soluções equilibradas que respeitem as justas expectativas das partes e a alocação de riscos por elas definida, sempre inspiradas pela boa-fé.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio. “Direito das Obrigações”, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 1998,

ANTUNES VARELLA, João de Matos. “Das Obrigações em Geral”, Almedina, Coimbra, 1970.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor”, 2ª Edição, Aide, São Paulo.

BÉNABENT, Alain. “Droit Civil – Les Obligations”, 6^{eme} ed., Montchrestien, Paris, 1997.

BORGES, Nelson. “A Teoria da Imprevisão e os Contratos Aleatórios”, RT. Vol. 782, São Paulo, 1989.

⁷⁸ CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA “Instituições de Direito Civil”, vol. III, 12ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 166.

BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. Curso de Direito Civil, vol. III (Direito dos Contratos), tomo I, Atlas, São Paulo, 2015

CAVALIERI FILHO, Sergio. “Programa de Responsabilidade Civil”, 2ª edição, Malheiros, Rio de Janeiro, 1999.

COELHO, Fabio Ulhoa. “Curso de Direito Civil”, volume 3, Saraiva, São Paulo, 2005.

DEIAB, Felipe Rocha. “Alargamento do conceito de impossibilidade no Direito das Obrigações: a inexigibilidade e a frustração do fim do contrato” in. “Transformações Contemporâneas do Direito das Obrigações”, Mauricio Mota e Gustavo Kloh (org), Campus Jurídico, Rio de Janeiro, 2011.

ENNECERUS, Ludwig, **KIPP**, Theodor e **WOLFF**, Martin. Tratado de Derecho Civil, Tomo I, 1º, p. 206, Ed. Libreria Bosch

FARIAS, Cristiano Chaves de, e **ROSENVALD**, Nelson. “Curso de Direito Civil”, vol. 4, 5ª edição.

GENICON, Thomas. “La Résolution du Contrat pour Inexécution”, 1ª Edição, LGDJ, Paris.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas Gomes. “Contrato” Renovar, Rio de Janeiro, 1999.

GOMES, Orlando. “Contrato”, 8ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1981.

— “Transformações Gerais no Direito das Obrigações”, RT, 2ª edição.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. “Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia”, 4ª edição, Saraiva, São Paulo, 2002.

LARENZ, Karl. “Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

LARROUMET, Christian. “Droit Civil – Les Obligations, Le Contrat”, Tome III, 5^{eme} ed., Economica, Paris, 2003.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. “Contratos no Novo Código Civil”, 2ª edição, Método, 2004.

MAZEAUD, Henri, **MAZEAUD**, Leon, **MAZEAUD**, Jean, e **CHABAS**, François. “Obligations”, T. II, vol. 1, 9ª ed., Montchrestien, Paris, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado – Critérios para a sua aplicação*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2018
– “Comentários ao Código Civil”, volume V, tomo I, Ed. Forense.

MENEZES CORDEIRO, António. “Tratado de Direito Português”, vol. II, T. IV, Almedina, Coimbra, 2010.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. “*Cessão da Posição Contratual*”, Coimbra, Almedina, 1982.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Tomo IV, 2ª edição, Borsoi, Rio de Janeiro, 1954.

RODRIGUES, Silvio. “Direito Civil”, vol. 3, 28ª edição, Saraiva, 2002, São Paulo.

SANTOS, Antonio Jeová. “Função Social, lesão e onerosidade excessiva nos contratos”, Método, São Paulo, 2002.

SERPA LOPES, Miguel Maria. “Curso de Direito Civil”, vol I, 8ª edição, Freitas Bastos, 1996.

– “Curso de Direito Civil”, vol. III, 4ª edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos,

SILVA PEREIRA, Caio Mario da. “Instituições de Direito Civil”, vol. I, 12ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1991.

– “Instituições de Direito Civil”, vol. III, 11ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **BARBOSA**, Heloisa Helena e **BODIN DE MORAES**, Maria Celina. “Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República”, vol. I, 2ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2007.

TEPEDINO, Gustavo, **KONDER** Carlos Nelson, e **GRECO** Paula. “Fundamentos do Direito Civil”, vol. 3, Forense, Rio de Janeiro, 2020.

ACÓRDÃOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AREsp 1352761/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21.11.2019, DJe 27.11.2019.

AgRg no AREsp 711.391/MT, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01.12.2015, DJe 14.12.2015.

AgInt no REsp 1316595/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07.03.2017, DJe 20.03.2017;

AgInt no AREsp 646.945/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18.08.2016, DJe 26.08.2016.

AgInt nos EDcl no AREsp 784.056/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15.09.2016, DJe 22.09.2016.

REsp 1632842/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12.09.2017, DJe 15.09.2017.

REsp 1689225/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21.05.2019, DJe 29.05.2019.