

Pareceres

Fredie Didier Jr.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia
(graduação, mestrado e doutorado).

Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito,
Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL),
do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito
Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo.
Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Livre-docente (USP)
e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico.
www.frediedidier.com.br / facebook.com/FredieDidierJr

Daniela Santos Bomfim

Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia.
Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Instituto *JusPodivm*.
Mestre em Direito Público do Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu da Universidade Federal da Bahia – UFBA.
Professora da Faculdade Baiana de Direito.

Pareceres

2014

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050 • E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Conselho Editorial: Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Rene Bueno e Daniela Jardim (www.buenojardim.com.br)

Diagramação: Maitê Coelho (maitescoelho@yahoo.com.br)

Copyright: Edições JusPODIVM

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

Sumário

Prefácio	13
Nota dos autores	19

I

Conversão de arresto em penhora. Determinação de expedição de alvará. Pronunciamento não decisório. Ausência de violação dos princípios da publicidade e do contraditório. Ausência de prejuízo.	21
1. Síntese dos fatos	21
2. Do erro de julgamento quanto ao juízo de admissibilidade do agravo. Pronunciamento não decisório. Irrecorribilidade	23
a) Generalidades	23
b) Relações entre o arresto e a penhora	25
c) O caso concreto	28
3. Erro de julgamento quanto ao mérito do recurso. Ausência de violação aos princípios da publicidade e do contraditório	29
a) Ausência de violação ao princípio da publicidade	29
b) Ausência de violação ao princípio do contraditório	30
4. Erro de julgamento quanto ao mérito do recurso. Ausência de prejuízo que justifique a invalidação da decisão	31
a) Generalidades sobre o sistema de invalidades processuais do processo civil brasileiro	31
b) O caso concreto	33
5. Conclusão	35

II

Morte da parte. Renúncia ao direito afirmado. Impossibilidade. Ausência de representação. Ato praticado por advogado sem poderes. Decisão homologatória. Ação rescisória.	37
1. Síntese da causa	37
2. Os vícios da decisão homologatória	38
2.1. A renúncia como negócio jurídico unilateral	38
2.2. Problemas da renúncia ao direito afirmado no caso concreto	41
2.3. A decisão que homologou a renúncia	45
3. O meio de impugnação da decisão homologatória: ação rescisória	46

5

3.1. Introdução: a rescindibilidade da decisão	46
3.2. Hipóteses de rescindibilidade.....	48
3.2.1. Introdução	48
3.2.2. Ação rescisória em razão de a decisão rescindenda fundar-se em prova falsa (art. 485, VI, CPC).....	49
3.2.2.1. Generalidades.....	49
3.2.2.2. O caso.....	50
3.2.3. Ação rescisória em razão da obtenção de documento novo (art. 485, VII, CPC).....	51
3.2.3.1. Generalidades.....	51
3.2.3.2. O caso.....	52
3.2.4. Ação rescisória em razão de erro de fato (art. 485, IX, CPC)	52
3.2.4.1. Generalidades.....	52
3.2.4.2. O caso.....	53
3.2.5. Ação rescisória em razão de violação a preceitos normativos (art. 485, V, do CPC).....	53
3.2.5.1. Generalidades.....	53
3.2.5.2. O caso.....	55
3.2.6. Ação rescisória fundada em fundamento para “invalidação” da renúncia ao direito afirmado (art. 485, VIII, do CPC).....	58
3.3. Competência.....	61
3.4. Sobre o rejuízo – <i>iudicium rescissorium</i>	61
4. Conclusão.....	63

III

Conexão em grau recursal. Decisão final em recurso conexo. Impossibilidade de reunião. Inadequação da modificação da competência. Postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Fatos supervenientes.	65
1. Síntese da causa.....	65
1.1. Demanda de execução de título extrajudicial e embargos à execução....	65
1.2. Demanda a uma prestação de fazer.....	66
1.3. Demanda de sustação de protesto.....	66
1.4. Demanda a uma prestação de não fazer	67
1.5. Outras demandas	67
1.6. A consulta.....	68
2. Considerações gerais sobre a conexão e sobre a prevenção.....	68
3. O caso sob consulta	70
3.1. Incidência da norma decorrente do enunciado 235 da súmula do Superior Tribunal de Justiça	70
3.2. A incidência dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade ...	73
4. Conclusões	78

SUMÁRIO

IV

Multiplicidade de atos de constrição sobre o bem. Concurso especial de credores. Adjudicação por conjunto de credores. Autocomposição. Atividade de homologação. Incompetência do Juizado Especial. Ação anulatória. Cabimento. Competência.	81
1. Síntese dos fatos	81
2. A competência para processar e julgar a demanda anulatória.....	82
2.1. Considerações teóricas	82
2.2. O caso sob consulta	84
3. Os vícios do ato impugnado	87
3.1. Sobre o ato impugnado.....	87
3.2. A incompetência do Juízo no caso concreto.....	93
3.3. A ausência de participação de credores penhorantes.....	96
4. Conclusões	97

V

Pretensão à herança. Prescrição. Posse exercida pelos herdeiros aparentes. Usucapião.	99
1. Síntese da consulta	99
2. A prescrição concernente à pretensão de herança	99
2.1. Considerações sobre a prescrição.....	99
2.2. A prescrição da pretensão à herança.....	103
2.3. A investigação de paternidade e a petição de herança. O caso sob consulta	109
3. A usucapião dos bens pelo herdeiro aparente.....	112
4. Conclusões	115

VI

Juízo de inconstitucionalidade da norma. Defeito e invalidade. Eficácia da inconstitucionalidade. Regra de deseficacização. Não aplicação no caso concreto. A Eficácia não-retroativa da decisão de inconstitucionalidade. Princípio da segurança jurídica e da confiança. Interesse social excepcional. Atuação dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.....	117
1. Síntese do caso	117
2. Esclarecimento	119
3. O juízo de validade dos atos jurídicos.....	119
4. O juízo de inconstitucionalidade da norma	122
5. A eficácia da inconstitucionalidade.....	125
6. A modulação dos efeitos da inconstitucionalidade no controle abstrato.....	132
7. O princípio da proteção da confiança e o princípio da segurança jurídica	134

8. O caso sob consulta	139
8.1. Considerações iniciais	139
8.2. A incidência dos princípios da segurança jurídica e da confiança	140
8.3. O “excepcional interesse social”	144
8.4. Os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade	145
8.5. O provimento jurisdicional de urgência	146
9. Conclusões	147

VII

Comportamento da parte e interpretação da coisa julgada: o caso do Campeonato Brasileiro de Futebol de 1987.	149
1. Síntese da causa.....	149
2. Sobre a interpretação da decisão judicial	151
2.1. Algumas considerações teóricas.....	151
2.2 O caso	155
3. Eventualidade: a renúncia ao direito de exclusividade	161
3.1. Considerações teóricas	161
3.2. O caso	164
4. A incidência do princípio da boa-fé	169
4.1. Considerações teóricas	169
4.2. O caso	172
5. Conclusão	175

VIII

Decisão que reconhece conexão de recursos. Conexão de demandas originárias. Erro de procedimento. Violação ao contraditório. Erro de Julgamento. Causas de pedir e pedidos distintos. Ausência de afinidade.	177
1. Síntese da causa.....	177
A) Ação tombada sob o n. 00XXXX-XX.2011.805.0001.....	177
B) Ação tombada sob o n. 0XXXXX-XX.2012.805.0000.....	179
2. A recorribilidade da decisão da Vice-Presidência do Tribunal de Justiça	181
3. Erro de procedimento. Violação ao contraditório	181
4. O erro de julgamento da decisão. Ausência de conexão	182
4.1. Considerações gerais sobre a conexão	182
4.2. O caso	184
5. Conclusões	191

IX

Processo administrativo tributário: prova por amostragem e Distribuição dinâmica do ônus da prova.	193
1. Síntese dos fatos	193

SUMÁRIO

2. Algumas considerações sobre a distribuição do ônus da prova	195
3. A distribuição do ônus da prova no processo administrativo.....	200
4. O caso em análise.....	203
5. Conclusões	212

X

Demandas coletivas. Direitos individuais homogêneos. Ausência de obrigação do demandado de indicar os titulares desses direitos individuais homogêneos. Impossibilidade de sentença líquida. Ausência de confissão e de admissão. Atendimento substancial da determinação judicial.	215
1. Síntese da causa.....	215
2. Análise da causa e da viabilidade de ajuizamento de ação rescisória.....	216
2.1. Ausência de obrigação do demandado de indicar os titulares dos direitos individuais homogêneos afirmados na demanda	216
2.2. Sentença líquida. Impossibilidade. Violação da norma decorrente do art. 95 do CDC	219
2.3. Inexistência de confissão. Inexistência de admissão.....	223
2.3.1. Generalidades.....	223
2.3.2. O caso.....	226
2.2. O atendimento substancial à determinação judicial. A ineficácia de eventual confissão. O afastamento da presunção de veracidade de eventual admissão.....	229
3. Conclusão.....	233

XI

Conexão por afinidade. Reunião dos processos. Questão decidida. Preclusão. Boa-fé processual. Impossibilidade de desmembramento. Decisão materialmente não fundamentada. Inobservância da regra da congruência objetiva.	235
1. Síntese da causa.....	235
1.1. Uma necessária contextualização.....	235
1.2. O objeto do processo tombado sob o n. XXXXXX	236
1.3. O objeto do processo tombado sob o n. XXXXXX	237
1.4. O objeto do processo tombado sob o n. XXXXXX	238
1.5. Do prosseguimento dos feitos em processo simultâneo.....	238
2. As questões do parecer.....	239
3. Problemas relacionados à conexão.....	240
3.1. Considerações gerais sobre a conexão	240
3.2. O caso	242
4. Problema relacionado à sentença proferida nos autos n. 95.00.09981-0	246
4.1. Síntese do que ocorreu neste caso	246

4.2. O vício na fundamentação da sentença	247
4.3. A inobservância da regra da congruência objetiva.....	251
5. Conclusão.....	252

XII

Exercício tardio de situações jurídicas ativas. O comportamento silencioso. O silêncio como declaração tácita de vontade. Renúncia tácita. A imagem do não exercício decorrente do silêncio. Situação de confiança. Princípio da boa-fé. <i>Supressio</i>...	255
1. Síntese da causa.....	255
2. Primeiras considerações	258
3. Primeiro momento: análise do caso sob o aspecto da vontade exteriorizada pelo titular do direito (afirmado).....	259
3.1. O negócio jurídico na teoria do fato jurídico	259
3.2. As formas de exteriorização da vontade como elemento fático dos atos jurídicos em sentido amplo (dentre os quais os negócios jurídicos)	261
3.3. O silêncio como exteriorização de vontade, pressuposto fático de negócios jurídicos	266
3.4. O caso sob consulta. Configuração da renúncia tácita. Comportamento negocial concludente	269
4. Segundo momento: análise do caso sob o enfoque da situação da confiança da consulente.....	279
4.1. A incidência do princípio da boa-fé nas relações contratuais	279
4.2. O caso sob consulta. <i>A supressio</i> . A situação de confiança da consulente	284
5. Conclusão	288

XIII

Liquidação por cálculos. Violação à regra da fidelidade ao título. Valor excessivo. Abuso de direito pelo exequente. Violação aos princípios da boa-fé processual e da cooperação.....	291
1. Sinopse dos fatos.....	291
2. Necessárias considerações acerca da liquidação de pronunciamento judicial.....	293
3. Os cálculos apresentados pelo credor. Valor pleiteado que extrapola os limites do título executivo. Violação à regra da fidelidade ao título. Ofensa ao efeito positivo da coisa julgada.....	295
3.1. O cômputo de parcelas remuneratórias após o período da estabilidade..	295
3.2. Outros erros verificados nos cálculos apresentados pelo credor	302
4. Da violação aos princípios da boa-fé processual e da cooperação.....	305
5. Conclusões	309

SUMÁRIO

XIV

Embargos infringentes interpostos quando não se encontrava juntado aos autos o voto divergente. Juntada posterior. Convalidação de eventual vício por determinação do magistrado. Impossibilidade de decretação de inadmissibilidade. Posterior inexistência do defeito. Fato superveniente (art. 462 do CPC). Proibição do comportamento contraditório. Preclusão lógica. Violação à boa-fé objetiva e ao princípio da confiança..... 311

1. Introdução..... 311

2. A não juntada do voto divergente e os pressupostos de admissibilidade dos embargos infringentes..... 312

3. O juízo de admissibilidade como um juízo de validade. A posterior juntada do voto divergente. A convalidação de eventual vício. O art. 462 do CPC 315

4. O comportamento contraditório do órgão jurisdicional. Violação aos princípios da boa-fé processual e da confiança 322

5. Conclusões 326



Prefácio

Era o ano de 2005. Cheguei no trabalho e, ao abrir a caixa de e-mails, vi uma mensagem com o título: “Apresentação”. O autor da mensagem era Freddie Didier Jr., cuja fama, já àquela altura, fazia com que seu nome fosse por mim conhecido como professor e jovem expoente do Direito Processual Civil. O email era generoso e pretendia ampliar nossos contatos acadêmicos. Prontamente respondi, e naquele tempo jamais imaginaria que ganharia um grande parceiro acadêmico a quem tenho o orgulho de chamar de amigo.

Desde então, quase nove anos se foram, e creio que nem mesmo Freddie imaginava o quanto ele, naquele tempo já um jovem doutor, cresceria no meio do Direito Processual brasileiro para tornar-se um verdadeiro gigante da doutrina nacional.

Freddie concluiu seu pós-doutorado na Universidade de Lisboa, publicando o resultado de suas pesquisas inclusive fora do país. Foi aprovado no concorrido concurso para Professor Livre-Docente da Universidade de São Paulo, com uma provocativa e inovadora tese sobre a Teoria Geral do Processo. Filiou-se também à *International Association of Procedural Law* e ao Instituto Iberoamericano de Direito Processual, dois dos centros mais restritos do pensamento do Direito Processual em nível mundial. Recentemente, foi membro destacado da Comissão de Juristas da Câmara dos Deputados que teve a incumbência de produzir um novo Código de Processo Civil para o Brasil.

Isso sem contar as incontáveis iniciativas acadêmicas, desde cursos e seminários às dezenas de livros publicados como colaborador e organizador, alguns deles publicados no estrangeiro. São tantas atividades, todas sempre muito bem realizadas, que por vezes fazem parecer que existem clones de Freddie espalhados pelo país.

Mas não: Freddie Didier Jr. é único. E em sua singularidade apresenta algumas características raras na academia atual. Primeiro, Freddie é um verdadeiro educador, preocupado com seus orientandos, atencioso e querido pelo aluna-do, sempre disposto a ajudar os mais jovens e impulsionar aqueles em quem visualiza o talento e a disciplina necessários para a carreira acadêmica. Destaco suas iniciativas extremamente agregadoras e difusoras do conhecimento ao ajudar a fundar e dirigir a Associação Norte-Nordeste de Professores de

Processo e ao entusiasmar centenas de colegas de todo o Brasil nos encontros dos “Jovens Processualistas” de 2008 (São Paulo) e 2013 (Salvador).

Sua singularidade advém ainda de um intelecto privilegiado. Freddie é extremamente inteligente. Entretanto, sua capacidade intelectual – sem a qual não lhe seria possível tamanho sucesso – é acrescida de uma dedicação constante aos grandes debates e às questões mais intrincadas do Direito. Freddie Didier é um inconformado com premissas mal postas, falsos problemas, debates não fundamentados, com a tradição de reproduzir irrefletidamente ideias que talvez nem corretas fossem, mas que certamente não se revelam úteis ou aplicáveis ao processo brasileiro atual. E Freddie é ainda um abnegado, um incansável pesquisador. Com enorme obstinação, produz constantemente, escreve quase todos os dias, acorda cedo e dorme tarde.

A união de inteligência, empenho e espírito questionador não poderia gerar senão um totem da processualística nacional. Apesar de sua idade, Freddie Didier Jr. já ganhou espaço entre os maiores de nosso tempo. Se as próximas décadas continuarem a experimentar suas ideias nessa intensidade e velocidade, felizes serão os nossos alunos, tribunais, juristas.

Não obstante, apesar de toda esta dedicação, de todas as conquistas e todo o sucesso, a maior satisfação é ver seu lado pessoal. Freddie é uma pessoa boníssima, que valoriza pequenas coisas, que se doa à família como poucas vezes vemos nos dias de hoje. Quantas são as vezes em que nós, seus amigos, temos que nos privar de sua companhia porque Freddie opta por viajar no mesmo dia para uma palestra, voltando horas depois, em imensa correria, para Salvador. Tudo para ficar com sua esposa e filhos.

São essas as pessoas que fazem a diferença na vida dos alunos, amigos e colegas que cruzam seu caminho pela vida. E, ao pensar neste prefácio e naquele email de nove anos atrás, vejo que, naquela época, se talvez Freddie não imaginasse o quanto cresceria e tudo o que ainda conquistaria na década seguinte, eu também não poderia imaginar a diferença que Freddie iria fazer na minha existência, a inspiração que me daria para ser melhor e fazer mais, o exemplo que me transmitiria de como ser professor, pai, colega, amigo.

Recentemente, para minha infelicidade, perdi um ainda jovem amigo de colégio, acometido por um mal súbito. Curioso ver como, ao sermos confrontados pela morte, nossas reflexões sejam as mais variadas. De fato, toda vez que compreende um tanto mais sua finitude, o ser humano pensa no que realmente importa, nas pessoas com quem gostaria de estar e aproveitar seus momentos, nas realizações que pretenderia empreender, no que gostaria de

PREFÁCIO

deixar como legado de sua vida, no que ficaria pendente ou por fazer caso tudo terminasse agora...

Pois bem, foi nesta situação triste e melancólica em que, conversando com minha esposa, percebi o quanto Fredie Didier Jr. significava para mim. Disse a ela que, se eu morresse agora, queria que minhas pesquisas incompletas fossem passadas para ele. Pensei que Fredie seria um dos poucos a quem eu confiaria a continuação de uma pesquisa. Um dos poucos em quem eu veria talento, obstinação e coragem para colorir e fazer brilhar as linhas ainda esboçadas. Pensei nele como que um “padrinho” daquelas pesquisas, a quem confiaria quase que a criação e desenvolvimento de um filho que ainda não atingiu a maioridade.

Em razão de tudo isso, foi-me especial a alegria de receber o convite de Fredie para prefaciar este livro, que traz uma série de pareceres elaborados em coautoria com Daniela Santos Bonfim. Todos tratam de interessantes questões práticas, cuja resolução revela-se muito útil não apenas por unir a reflexão teórica ao apelo da praxe forense, mas também por evidenciar que o estudo aprofundado serve como a maior arma do profissional do Direito.

No primeiro parecer, que trata da conversão de arresto em penhora, os autores, partindo da ausência de conteúdo decisório no ato que determina a penhora de um bem (que seria diferente da penhora em si), afirmam o não cabimento de qualquer recurso contra este despacho. O mesmo ocorreria com a conversão do arresto em penhora. Trabalham ainda a máxima do prejuízo na teoria das invalidades e a diferença entre a publicação de um ato processual e a sua intimação aos sujeitos do processo, concluindo não haver qualquer ofensa aos princípios do contraditório e da publicidade dos atos processuais.

Em seguida, Fredie e Daniela examinam o caso de uma ação rescisória em que se pretendia rever sentença transitada em julgado que homologou a renúncia ao direito, manifestada pelo advogado do autor depois de sua morte. Afirmam que a representação por advogado, extinta com a morte do autor, deveria ser firmado novo contrato de mandato com o espólio. Por este motivo, a renúncia ao direito manifestada após a morte era inválida porque o advogado só tinha poderes constituídos pelo falecido, e não pelo espólio. Concluem pelo cabimento da rescisória, por diversos fundamentos, e sua procedência.

Em três pareceres, (o terceiro, o oitavo e o décimo primeiro), os autores trabalham o tema da conexão, trazendo em dois deles o raro tratamento da conexão em grau recursal, fenômeno frequente na prática, mas pouco explorado na teoria porque, tradicionalmente, a conexão de causas é estudada no campo do processo de conhecimento na primeira instância. O tema ganha contornos curiosos pelas

peculiaridades também dos órgãos colegiados, com sorteio de relatores diversos, que compõem órgãos fracionados diferentes, e que podem inclusive (e cada vez mais o fazem) decidir monocraticamente os recursos. Nos pareceres, os autores estudam o tema da conexão e da afinidade das causas à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, verificando a possibilidade, nos casos, da reunião dos processos conexos ou seu desmembramento.

Em seguida, no quarto parecer, os autores analisam interessante questão sobre a competência dos Juizados Especiais para apreciarem ação anulatória de um ato de alienação por iniciativa particular de um bem, realizado por um *pool* de credores que figuravam em várias demandas nas quais aquele mesmo bem tinha sido penhorado diversas vezes. Entenderam ser possível a ação anulatória tramitar nos Juizados Especiais. O ato a ser anulado vem considerado pelos autores como uma “adjudicação consensual coletiva”, uma espécie de “dação em pagamento processualizada” que resolveu, pela autocomposição, um concurso de credores no caso concreto, em que cada um tinha uma posição de acordo com a preferência estabelecida pela data de realização da penhora. No caso, a homologação desta autocomposição também tinha ocorrido nos Juizados Especiais, e os autores também analisaram este aspecto da competência. Diante da necessidade de solução de um concurso de credores, com a participação de todos, concluem pela incompetência dos Juizados Especiais pela complexidade da causa.

No parecer seguinte, os autores analisam a possibilidade de configurar-se usucapião no caso do exercício de posse mansa e pacífica por herdeiros aparentes, que tinham sido assim reconhecidos na partilha do inventário, apesar de posterior reabertura do procedimento com a petição de herança de um neto do *de cujos* que não participara do procedimento anteriormente. O texto traz brilhante e instigante investigação sobre o direito à herança e a prescribibilidade das pretensões correlatas, abordando inclusive o termo *a quo* a partir do qual o prazo prescricional poderia começar a ser contado.

Fredie e Daniela passam então a dissertar sobre o juízo de inconstitucionalidade, e as diferenças entre defeito e invalidade para aferir a validade e eficácia do ato eivado de inconstitucionalidade. Analisam ainda a possibilidade de aplicação não retroativa de decisão que subtrairia os efeitos de ato inconstitucional com base no interesse social e na segurança jurídica.

Em seguida, tratam de um caso célebre referente à disputa judicial sobre quem foi o único campeão brasileiro de futebol em 1987, contenda entre Sport e Flamengo que transbordou na famosa celeuma em torno da “taça das bolinhas”, envolvendo ainda o São Paulo Futebol Club. Os autores tratam o caso

PREFÁCIO

a partir da interpretação da coisa julgada formada, da boa-fé e da proibição de *venire contra factum proprium*.

O próximo parecer (o nono) lida com o difícil tema da distribuição dinâmica dos ônus probatórios no processo tributário. Esta distribuição, para os autores, seria decorrente dos princípios da igualdade, boa-fé, solidariedade, devido processo legal, acesso à justiça e adequação procedimental, de cuja equação poderia ser depreendida a correta repartição dos encargos probatórios.

O estudo seguinte analisa o tema das ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, e a necessidade ou não de que o demandado tenha que indicar os titulares dos direitos subjetivos individuais violados. Incidentalmente, foram tratados outros temas como a diferença entre uma “confissão” em sentido técnico e uma mera admissão, bem assim as relações, nas demandas coletivas, entre o processo de conhecimento e as demandas de cognição complementar como a liquidação de sentença.

No décimo segundo parecer, os autores trabalham a *suppressio* processual, tema que já ocupou a reflexão de Fredie Didier Jr. em outros estudos e que se desenha como uma das novas fronteiras no tratamento dos atos processuais omissivos. Compreendendo-se os atos do processo como atos de vontade, mesmo aqueles decorrentes de uma omissão programada dos sujeitos do processo, abre-se espaço, como concluem os autores, para que se admita a extinção de situações jurídicas processuais em decorrente da inércia reiterada em praticar o ato.

Em seguida, os autores tratam da liquidação em desconformidade com o título executivo, que poderia gerar violação dos deveres de cooperação e boa-fé por parte do exequente por computar, na fase de liquidação, parcelas não compreendidas no período definido na sentença estável.

Por fim, vê-se parecer sobre a admissibilidade de embargos infringentes interpostos quando ainda não constava dos autos voto divergente, mas tendo havido juntada posterior. Haveria vício? Poderia ser este sanado posteriormente? Seria o caso de inadmissão dos embargos? Os autores tratam do tema à luz das preclusões lógicas e dos princípios da boa-fé e da confiança legítima.

Após este rápido panorama, destinado apenas a oferecer ao leitor um “trailer” do filme que se anuncia, deixamos todos com os textos de Fredie e Daniela, certos de que, ao comprarem o livro e estudarem suas ideias, estarão tomando contato com obra de grande qualidade teórica e evidente interesse prático.

Antonio Cabral



Nota dos autores

Este livro reúne alguns dos pareceres que elaboramos, nos últimos dois anos, em casos reais normalmente relacionados a problemas processuais ou de direito civil.

Temas importantes e difíceis são examinados: interpretação da decisão, conexão em grau recursal, *supressio*, distribuição dinâmica do ônus da prova etc. Como se trata de pareceres, haverá sempre uma síntese do caso, uma revisão teórica e o modo como entendemos que o problema deva ser resolvido. É muito proveitoso ir à teoria a partir de uma situação concreta.

Esperamos, sinceramente, que o livro possa ser útil aos operadores e aos estudiosos do direito.

Salvador, em setembro de 2013.

Fredie Didier Jr.

Daniela Santos Bomfim

I

Conversão de arresto em penhora. Determinação de expedição de alvará. Pronunciamento não decisório. Ausência de violação dos princípios da publicidade e do contraditório. Ausência de prejuízo.¹

Sumário: 1. Síntese dos fatos – 2. Do erro de julgamento quanto ao juízo de admissibilidade do agravo. Pronunciamento não decisório. Irrecorribilidade: a) Generalidades; b) Relações entre o arresto e a penhora; c) O caso concreto – 3. Erro de julgamento quanto ao mérito do recurso. Ausência de violação aos princípios da publicidade e do contraditório: a) Ausência de violação ao princípio da publicidade; b) Ausência de violação ao princípio do contraditório – 4. Erro de julgamento quanto ao mérito do recurso. Ausência de prejuízo que justifique a invalidação da decisão: a) Generalidades sobre o sistema de invalidades processuais do processo civil brasileiro; b) O caso concreto – 5. Conclusão.

1. SÍNTESE DOS FATOS

ADVOGADOS ASSOCIADOS ajuizou ação cautelar contra XXXX, alegando que, em 2006, celebrara com a parte demandada contrato por meio do qual se comprometeu à prestação de serviços advocatícios para a defesa dos seus interesses **(i)** nos embargos à execução n. xxxx, em trâmite na Comarca de xxx/Bahia; **(ii)** na execução n. xxxx, em trâmite na Comarca de xxx/Bahia; **(iii)** nos embargos de terceiro n. xxxx, em trâmite na Comarca de xxx/Bahia; **(iv)** na ação cautelar n. xxxx junto ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia; **(v)** na ação declaratória n. xxxx, em trâmite na Comarca de xxxx/Bahia.

Como contraprestação, pactuou-se que seriam devidos **(i)** honorários iniciais *pro labore* no valor de R\$40.000,00 (quarenta mil reais), que seria deduzido de eventual quantia de honorários de êxito; **(ii)** honorários *pro labore* no valor de R\$100,00 (cem reais) por hora de trabalho, a partir de 2007; **(iii)** honorários de êxito correspondente a 10% do benefício econômico decorrente da atuação profissional.

O escritório autor alegou, ainda, que, por força de transação judicial celebrada entre as partes, o Sr. XXXX deixou de pagar a quantia de R\$8.509.428,42

1. DIDIER JR., Fredie, BOMFIM, Daniela Santos. Conversão de arresto em penhora. Determinação de expedição de alvará. Pronunciamento não-decisório. Ausência de violação dos princípios da publicidade e do contraditório. Ausência de prejuízo.. Revista Dialética de Direito Processual. , v.114, p.124 - 133, 2012.

(oito milhões quinhentos e nove mil quatrocentos e vinte e oito reais e quarenta e dois centavos), sendo esse o seu benefício econômico, base de cálculo de uma das parcelas do contrato de prestação de serviços advocatícios. Por isso, como honorários de êxito, o escritório afirmou fazer *jus* a R\$850.942,85 (oitocentos e cinquenta mil novecentos e quarenta e dois reais e oitenta e cinco centavos), em valores históricos.

Ocorre que o Sr. XXXX, como afirma o autor, deixou de adimplir espontaneamente a sua obrigação de pagar os honorários iniciais *pro labore*, os honorários *pro labore* por hora trabalhada e os honorários de êxito. Alegou, ainda, que o Sr. XXXX estava transferindo gratuitamente bens para seus familiares e amigos, o que frustraria futura execução.

Diante desses fatos, requereu, liminarmente e depois como decisão final, que fosse determinado o arresto de bens do Sr. XXXX, em especial do crédito de R\$800.000,00 (oitocentos mil reais), que o requerido possuía em face de XXXX.

Nos autos da demanda cautelar, foi proferida decisão de urgência determinando o arresto do crédito. Contra a mencionada decisão, foi interposto agravo por instrumento, que, por sua vez, foi inadmitido.

Sobreveio, posteriormente, sentença julgando procedente o pedido para, confirmando a decisão de urgência, manter o arresto realizado.

O escritório consulente ajuizou, ainda, ação de execução para que fosse efetivado o seu direito decorrente do contrato de prestação de serviços advocatícios, cuja medida cautelar foi postulada e concedida na ação de arresto.

Os embargos à execução opostos pelo Sr. XXXX, que não tiveram efeito suspensivo, não lograram êxito, tendo sido os seus pedidos julgados improcedentes.

Em seguida à prolação da sentença nos embargos, o Juízo *a quo* proferiu pronunciamento convertendo em penhora o arresto do crédito de R\$800.000,00 (oitocentos mil reais) e determinando a expedição de alvará para o seu levantamento.

Contra o mencionado pronunciamento, o executado interpôs agravo por instrumento alegando que se teria verificado violação ao princípio da publicidade e ao princípio do contraditório, sob o argumento de que **(i)** o executado não fora intimado para manifestar-se sobre a petição que requereu o levantamento; **(ii)** o executado não fora intimado da conversão do arresto em penhora

antes de que o exequente procedesse ao levantamento da quantia, que ocorreu antes da publicação da sentença dos embargos.

O Desembargador relator atribuiu efeito suspensivo ao agravo, determinando que a quantia fosse restituída ao Juízo *a quo*, enquanto não julgado o pedido recursal final. Posteriormente, foi proferido acórdão dando provimento ao agravo por instrumento para anular a decisão recorrida, sob o fundamento de que se verificara violação ao princípio da publicidade e ao princípio do contraditório.

A presente consulta tem por causa remota o mencionado acórdão, que, como se verá, padece de erros de julgamento, razão por que deve ser reformado.

2. DO ERRO DE JULGAMENTO QUANTO AO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO AGRAVO. PRONUNCIAMENTO NÃO DECISÓRIO. IRRECORRIBILIDADE

a) Generalidades

Como se sabe, em nosso ordenamento jurídico, o recurso é meio de impugnação voluntária de decisão judicial dentro do mesmo processo em que foi proferida. Nem todo pronunciamento judicial é passível de recurso; apenas o são aqueles com conteúdo decisório.

Os pronunciamentos judiciais são exteriorizações de vontade do órgão jurisdicional, que se subdividem **(i)** naqueles pelos quais questões são decididas (decisões) e **(ii)** naqueles por meio dos quais se impulsiona o processo (os despachos). Decisões são recorríveis; despachos, não (art. 504 do CPC).

O conceito de decisão relaciona-se com o de cognição.

A cognição judicial é um ato de inteligência, que, como afirma Kazuo Watanabe, consiste “em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*”².

Na dogmática processual, o termo “questão” assume dois significados: **(i)** questão como todo ponto de fato ou de direito controvertido, em relação ao qual deve o magistrado pronunciar-se e **(ii)** questão como o próprio *thema decidendum*, questão principal a ser decidida pelo magistrado. Em qualquer

2. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987, p. 41.

destas acepções, questão é problema, que deve ser solucionado pelo órgão jurisdicional, que titulariza o dever de decidir, correspectivo ao direito de ação da parte.

É nesse sentido que se distinguem as questões que devem ser resolvidas *incidenter tantum* daquelas que devem ser resolvidas *principaliter tantum*. A resolução das primeiras será posta como fundamento para a solução de outras. Em relação a essa espécie de questões, há cognição e há resolução, mas não há decisão, não há julgamento. Há questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas. Cuida-se das questões principais, que compõem o objeto litigioso do processo.

Veja-se: pode haver cognição sem decisão, mas não há decisão sem cognição. A decisão pressupõe a atividade do magistrado de apreciar as questões que lhe são postas. Decidir pressupõe conhecer.

Nos pronunciamentos judiciais de impulso do processo (despachos), não há cognição, nem tampouco decisão.

No exercício jurisdicional da função executiva, há cognição, quer se trate de processo autônomo, quer se trate de uma fase no processo. A cognição não é restrita a dada espécie de tutela jurisdicional. No feito executivo, há questões que devem ser resolvidas pelo magistrado, como questões de admissibilidade do procedimento e como questões de mérito (como saber se houve ou não pagamento, compensação ou prescrição). Há, ainda, questões que podem ser objeto de incidentes executivos, como, por exemplo, saber se um bem é ou não penhorável. Portanto, os conceitos de questão, cognição e decisão não podem ser excluídos do exercício da função executiva.

De outra parte, nem todo pronunciamento judicial na execução cuidar-se-á de decisão, obviamente.

Para que seja decisão, deve tratar-se de exteriorização de vontade do órgão jurisdicional por meio do qual se decida ao menos uma questão principaliter tantum.

Há pronunciamentos judiciais que se destinam a dar andamento ao procedimento executivo (seja processo executivo ou fase executiva) para que, ao final, seja satisfeito o direito certificado no título. É o caso, por exemplo, do pronunciamento judicial por meio do qual se designa a hasta pública: o magistrado não está decidindo qualquer questão. Uma vez tendo sido praticados os atos jurídicos antecedentes do procedimento, a designação da hasta pública – se não verificada a adjudicação ou a alienação por iniciativa particular – é

ato jurídico necessário para que prossiga o feito para ser concedida, ao final, a tutela executiva.

É o caso também do pronunciamento judicial por meio do qual se determina a penhora do bem.

b) Relações entre o arresto e a penhora

A penhora é o ato de apreensão e depósito de bens para empregá-los, direta ou indiretamente, na satisfação do crédito exequendo – diretamente, quando se verifica a adjudicação do bem penhorado; indiretamente, em caso de alienação do bem a particular ou arrematação. Cuida-se de ato por meio do qual se individualiza a responsabilidade patrimonial do devedor, que antes era genérica. A partir da penhora, dentro do universo do patrimônio do devedor, é o bem penhorado que responde pela dívida. A penhora é ato executivo necessário ao procedimento de execução expropriatória, sendo prévio aos atos expropriatórios.

A penhora se aperfeiçoa com a apreensão e o depósito do bem (art. 644 do CPC), instrumentalizada por meio de termo (quando o bem penhorado é indicado por uma das partes) ou de auto (quando a apreensão é realizada fora da sede do juízo, pelo oficial de justiça). Chega a ser intuitivo que a penhora não é decisão e, contra ela, não cabe recurso. Seria manifestamente incabível um recurso em face de um termo de penhora.

Penhorar e determinar a penhora são atos diversos. Esse antecede necessariamente aquele. Determinar a penhora é ato de exteriorização de vontade do órgão jurisdicional; penhorar é ato de cumprimento da vontade exteriorizada. Determinar a penhora é pronunciamento judicial, mas não é decisão. Por meio dele, o magistrado não conhece (logo, também não decide qualquer questão). Cuida-se de pronunciamento que visa dar prosseguimento ao feito executivo. Veja-se: a (im)penhorabilidade de um bem pode ser questão objeto de um incidente no feito executivo. Nesse caso, haverá cognição e haverá decisão. *O ato de determinar a penhora, em si, não possui conteúdo decisório.*

Em síntese: o “penhore-se” não é decisão e, contra ele, não cabe recurso.

Assim como a determinação da penhora e a penhora não são atos decisórios, também não o é a conversão do arresto em penhora, ato praticado no caso dos autos.

Como se sabe, o arresto previsto no art. 813 do CPC é medida assecuratória de apreensão de bens do devedor para garantir execução futura de crédito. Cuida-se de medida de natureza cautelar: uma vez configurados os pressupostos da verossimilhança e do perigo da demora, irradia-se o direito à cautela cujo direito acautelado é o direito de efetivação de determinado direito a uma prestação.

Veja-se: o direito à cautela – causa de pedir próxima do pedido do arresto – não se confunde com o direito acautelado, que é o direito de efetivação – causa de pedir da demanda executiva – de um direito de crédito certificado em um título judicial ou extrajudicial.

Nesse contexto, o rol constante no art. 813 do CPC é meramente exemplificativo. As hipóteses lá constantes são exemplos de configuração do pressuposto do perigo da demora.³

O arresto não se confunde com a futura penhora que recairá sobre o bem. A penhora é ato essencialmente executivo, mas não se pode negar que tem ela também uma função cautelar, a de conservar o bem e garantir o juízo da execução, assegurando-se o resultado útil da atividade executiva. Nesse contexto, pode-se dizer que o arresto cautelar seria uma pré-penhora destacado do procedimento executivo por meio do qual se apreende um bem para conservá-lo de forma que, em uma execução futura ou incidental, ele possa garantir o juízo da execução. O arresto, de natureza cautelar, relaciona-se à função cautelar da penhora.

Sobre a distinção entre arresto e penhora, afirma Galeno Lacerda:

“O arresto constitui medida cautelar de apreensão judicial de bens suscetíveis de penhora, com o objetivo de garantir o resultado útil da execução. A providência guarda grande afinidade com a penhora, mas com ela não se confunde. A distinção reside na finalidade visada; enquanto o arresto se esgota na garantia, a penhora se destina à expropriação do bem. Por isso, aquele constitui medida cautelar, esta de execução.”⁴

Pode-se dizer que o arresto é a antecipação do efeito anexo cautelar da penhora, que exige a configuração do risco de lesão. O arresto converte-se

3. No mesmo sentido, OLIVEIRA, C.A. ALVARO DE e LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 8, t. 2, p. 39.
4. OLIVEIRA, C.A. ALVARO DE e LACERDA, GALENO. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 23.

em penhora quando, uma vez instaurado o procedimento executivo, esta deva ocorrer. É o que dispõe, inclusive, o art. 818 do CPC.⁵

Nesse contexto, *só são arrestáveis os bens penhoráveis*. Por isso, se houve preclusão quanto a eventual questão se um bem era ou não passível de arresto, não se poderá mais discutir, posteriormente, se um bem é ou não penhorável, salvo se verificado fato novo capaz de caracterizar posterior inarrestabilidade/impenhorabilidade do bem.

Converter o arresto em penhora, então, equivale à determinação da penhora do bem anteriormente arrestado. Em assim sendo, não analisa o magistrado qualquer questão. Não há cognição, não há penhora. O magistrado tão apenas determina que se proceda à penhora do bem que, por força do risco de anterior, já havia sido apreendido para que fosse conservado e, assim, pudesse garantir a futura execução e o seu resultado útil. Note-se, inclusive, que a possibilidade de um incidente acerca da impenhorabilidade do bem é ainda menor.

Cabem, ainda, algumas considerações acerca do arresto previsto no art. 653 e 654 do CPC, que constitui medida de ofício ocorrida no processo executivo quando não encontrado o devedor. O arresto ora referido é também medida de apreensão do bem que ocorre antes da citação do devedor (por edital) para que seja, posteriormente, convertido em penhora, em caso de não pagamento. O arresto feito pelo oficial de justiça é também, assim, antecipação do efeito de garantia da penhora que, por sua vez, ocorre no próprio procedimento executivo.

O arresto previsto no art. 813 do CPC e aquele previsto no art. 653 do CPC, apesar de próximos, distinguem-se quanto aos seus pressupostos. No primeiro, devem-se verificar os pressupostos da tutela cautelar; no segundo, basta que o devedor não seja encontrado para ser citado. O nosso direito considerou que a não localização do devedor para a citação seria hipótese de perigo presumido, que poderia obstar o desenvolvimento do procedimento executivo e sua efetividade. Cuida-se de hipótese legalmente tipificada de perigo da demora e, por esse prisma, as modalidades de arresto não se distanciariam nem mesmo neste aspecto.

5. No mesmo sentido, OLIVEIRA, C.A. ALVARO DE e LACERDA, GALENO. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 65.

c) O caso concreto

No caso dos autos, na demanda cautelar ajuizada, foi proferida decisão de urgência determinando que fosse procedido ao arresto do crédito no valor de R\$800.000,00 (oitocentos mil reais). A mencionada decisão foi mantida pela sentença que sobreveio nos autos.

A ação de execução de título extrajudicial não teve o seu curso suspenso pela oposição dos embargos à execução, cujos pedidos foram, inclusive, julgados improcedentes em primeira instância. A conversão do arresto em penhora foi, portanto, ato judicial necessário ao prosseguimento do feito. O juízo *a quo* determinou a realização da penhora do crédito já arrestado. *Não havia discricionariedade judicial*. A penhora do bem já apreendido era ato necessário para que se alcançasse o fim da execução, a satisfação do direito; era preciso que ela fosse determinada e efetivada. Não havia questão a ser conhecida, nem decidida. Não houve cognição, nem decisão.

Na verdade, a *penhora somente poderia recair sobre o bem que fora arrestado*, até mesmo como forma de proteger o executado. Se já há arresto, assim como se já há hipoteca ou penhor, a responsabilidade patrimonial deve recair sobre os bens que já haviam sido anteriormente vinculados ao crédito, ou pela constituição de um direito real de garantia, ou pela efetivação de um direito à cautela.

Essa é a razão pela qual o CPC impõe a conversão do arresto em penhora (art. 818 do CPC) e determina que a penhora recaia sobre bens hipotecados ou empenhados (art. 655, § 1º, CPC).

De outra parte, a determinação de expedição de alvará para levantamento da quantia também não teve conteúdo decisório; cuidou-se de ato que visava também ao prosseguimento do feito e à satisfação do crédito. Veja-se: **(i)** a execução não foi suspensa; **(ii)** os embargos não tiveram êxito; **(iii)** ao que consta, não se impugnou, nos embargos, o valor da execução; **(iv)** já havia sido prestada caução quando da realização do arresto. Nesse contexto, a autorização para o levantamento da quantia era o ato subsequente à penhora realizada.

Por fim, deve-se ressaltar que o fato de ter a parte exequente peticionado requerendo a conversão do arresto e o levantamento da quantia não torna o pronunciamento em comento decisório. Cuidava-se de requerimento do exequente de prosseguimento do procedimento executivo, e não de atos postulatórios por meio dos quais se colocaram questões para serem decididas pelo magistrado.

Em síntese, o pronunciamento judicial impugnado não se trata de decisão, razão por que não era cabível o agravo interposto, que deveria ter sido inadmitido.

3. ERRO DE JULGAMENTO QUANTO AO MÉRITO DO RECURSO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DO CONTRADITÓRIO

a) Ausência de violação ao princípio da publicidade

Não se pode confundir publicação de um pronunciamento judicial com a intimação por meio da publicação na imprensa oficial. Publicar um pronunciamento judicial, decisório ou não, é torná-lo público, o que ocorre na audiência ou sessão em que o ato é proferido, por exemplo. O julgamento de um recurso por um órgão colegiado é publicado desde em que proferido na sessão. Ocorre que o prazo para eventual impugnação só começa a ocorrer depois de a parte ser intimada por meio da publicação na imprensa oficial.

De outra parte, quando o pronunciamento é proferido no gabinete do magistrado, a sua publicação ocorre desde quando ele é juntado aos autos. A partir daí, ele já é público. Eventual prazo para a prática de ato processual pela parte, entretanto, só começa a fluir após a intimação das partes. *A publicação do ato, portanto, não se confunde com a intimação sobre ele.*

É, nesse sentido, por exemplo, que deve ser interpretado o art. 463 do CPC. Desde o momento em que é tornada pública, a decisão não pode ser alterada. Publicar, aqui também, é tornar público, o que não se confunde com a intimação das partes.

No caso dos autos, diversamente do que considerou o Tribunal *ad quem*, não houve violação ao princípio da publicidade. Os atos de conversão do arresto em penhora e de determinação de expedição de alvará não ocorreram à revelia do executado, diversamente do que se afirmou no acórdão do agravo. Cuidou-se de atos que se tornaram públicos com a juntada do pronunciamento nos autos. De outra parte, posteriormente, procedeu-se à intimação das partes pela imprensa oficial, de forma que eventual prazo para a prática de ato processual só começou a correr no dia seguinte à intimação, e não da publicação.

Demais disso, o fato de o levantamento da quantia ter ocorrido antes da intimação do pronunciamento judicial é inidôneo para macular a decisão – que lhe foi anterior.

A validade de um ato deve ser examinada contemporaneamente à sua formação. O ato jurídico pode nascer defeituoso. A invalidade é sempre decorrência de um problema congênito. O defeito pode estar no próprio ato (cláusula abusiva de um contrato, por exemplo) ou ser anterior a ele (coação, dolo, erro etc.), mas jamais pode ser posterior ao ato⁶. Se o ato jurídico é válido, os fatos que lhe sejam supervenientes afetarão a sua existência ou a sua eficácia, não a sua validade.

Uma decisão não pode ser considerada nula porque não foi feita a intimação às partes de seu conteúdo. Não há o menor sentido jurídico nessa conclusão. A ausência de intimação da decisão pode impedir o início do prazo para recurso, mas nada tem a ver com a discussão sobre a validade da decisão, que, convém repetir, sendo ato anterior não pode ser contaminado

Parece que o executado/agravante, em verdade, tinha como escopo ir-signar-se contra o levantamento da quantia e/ou contra a intimação que lhe foi posterior.

O levantamento da quantia sequer era ato decisório, razão por que não poderia ser impugnado por meio de recurso. Trata-se de ato de mero encaminhamento do procedimento executivo.

A intimação do pronunciamento judicial, de outra parte, não foi deficiente. Foi dirigida à parte, por meio do seu advogado, por meio de publicação na imprensa oficial, tal como autoriza o nosso ordenamento. Eventual prazo para a prática de ato processual pelo executado só começou a correr no dia a ela subsequente. Demais disso, eventual defeito na intimação poderia ser alegado junto ao próprio juízo *a quo* para que se anulasse a intimação – e não a decisão – e se devolvesse eventual prazo.

Eventual defeito na intimação de um pronunciamento judicial não poderia macular o próprio pronunciamento.

b) Ausência de violação ao princípio do contraditório

Por fim, não houve também violação do contraditório.

6. “Quanto à invalidade sobrevinda, a lógica obriga a tê-la como *contradictio in terminis*”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: RT, 1984, t. 4, p. 221.). Também assim, MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Invalidade e ineficácia do negócio jurídico”. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2003, n. 15, p. 226.

O acórdão manifestou-se neste sentido, mas não expôs as razões pelas quais chegou a essa conclusão.

Como já visto, a petição apresentada pelo exequente continha tão apenas requerimento para que se verificasse o prosseguimento do feito executivo, que não fora suspenso pela oposição dos embargos à execução. Não se formulou pedido, que seria questão a ser decidida pelo magistrado. Em assim sendo, por inexistir questão a ser decidida, não cabia o exercício do contraditório pela parte contrária. Este seria devido se houvesse questão a ser decidida, o que não era o caso.

É o mesmo que exigir contraditório para que o juiz profira o “cite-se o réu” ou “ouça-se a parte autora sobre a contestação”. Não há decisão; é ato de mero impulso processual.

Como se vê, não há os vícios (erros de procedimento) tidos erroneamente como existentes pelo Tribunal na decisão recorrida, sendo indevida, portanto, a sua invalidação.

4. ERRO DE JULGAMENTO QUANTO AO MÉRITO DO RECURSO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO QUE JUSTIFIQUE A INVALIDAÇÃO DA DECISÃO

a) Generalidades sobre o sistema de invalidades processuais do processo civil brasileiro

O procedimento (exteriorização da relação jurídica processual) é um ato jurídico complexo, cujo suporte fático é formado pelo conjunto dos atos jurídicos que se sucedem na relação processual. O procedimento é, portanto, ato jurídico e, como tal, deve ser analisado nos três planos distintos do mundo jurídico: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. Os atos processuais que o compõe sucessivamente estão também submetidos aos três juízos.

No primeiro, analisa-se a formação do fato jurídico – a ocorrência do fenômeno da juridicização, por meio da incidência normativa quando se verifica a suficiência do suporte fático concreto.

A existência do ato jurídico é prévia à análise de sua validade e de sua eficácia. No plano da validade, verifica-se se há defeito no fato jurídico existente. Não se trata, aqui, de analisar a suficiência do suporte fático (esta análise refere-se ao plano da existência), mas, sim, a sua eventual deficiência.

A invalidade não se confunde com o defeito verificado no fato jurídico.

A invalidade processual é sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação do defeito do ato processual (pouco importa sua gravidade do defeito) com a existência de prejuízo. *Não há invalidade processual sem prejuízo (pas de nullité sans grief)*. A invalidade processual é sanção que decorre da incidência de regra jurídica sobre um suporte fático composto: defeito + prejuízo.

Nem todo defeito implica invalidação. É possível que o ordenamento preveja outras consequências ao defeito processual, quer permitindo a convalidação do vício, quer permitindo o aproveitamento do ato deficiente, quer considerando a ausência de prejuízo do defeito.

Não se pode confundir o *defeito* com a *sanção*. Invalidação é a sanção e não o defeito que lhe dá causa. A coação é o defeito; a anulação é a sanção; a incapacidade é o vício, a nulificação, a sanção etc. Não se pode baralhar ato defeituoso com ato inválido; ato defeituoso é o que se vê, ato inválido decorre do reconhecimento do defeito pelo magistrado, com a conseqüente destruição do ato. Nem todo ato defeituoso é inválido (dependerá do vício), embora todo ato inválido seja defeituoso.

Nesse contexto, evidencia-se a natureza da relação entre o fato jurídico e a sua consequência, que, como ensina Marcos Bernardes de Mello, não é de causalidade, mas sim de condicionalidade.

“O mesmo, porém, não se passa com a relação existente entre o fato jurídico e sua eficácia, porque esta, embora só possa existir como consequência daquele, não é necessária (unívoca e constante), uma vez que pode não ocorrer. [...] Falta, portanto, à relação *fato jurídico* R *eficácia* jurídica univocidade e constância, o que é bastante para descaracterizar a relação como de causalidade; define-se ela ao invés como de probabilidade. Não há como negar, porém, a presença de relação de determinação, pois a eficácia jurídica somente pode resultar, necessariamente, de um fato jurídico. Por isso, é de negar exista uma causalidade jurídica (=causalidade na relação fato jurídico/efeito jurídico), devendo-se afirmar que há uma relação de condicionalidade, em que o fato jurídico constitui o *condicionante* (=antecedente) e sua eficácia o *condicionado* (=consequente).”⁷

7. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 3 ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25. 1ª parte.

Esta noção é ainda mais patente quando se trata do sistema das invalidades processuais, que é construído para que a invalidação seja a *ultima ratio*, em consonância com os princípios da inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário, da instrumentalidade das formas (art. 244 do CPC) e da efetiva prestação jurisdicional⁸. O sistema das invalidades processuais é construído para que não haja invalidades⁹.

São regras do sistema das invalidades processuais: **(i)** a invalidade processual tem de ser decretada, e, até que o seja, o ato defeituoso produz efeitos; **(ii)** não se pode decretar a invalidade de qualquer ato processual se não há prejuízo (*pas de nullité sans grief*); **(iii)** somente se deve invalidar um ato do procedimento ou o próprio procedimento acaso não seja possível aproveitá-lo (princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos, cuja manifestação mais evidente é o princípio da fungibilidade); **(iv)** qualquer defeito processual pode ser sanado; **(v)** o regime jurídico das invalidades processuais é aplicado, quer para os defeitos do procedimento como um todo (ato jurídico complexo), quer para os atos jurídicos que o compõem; **(vi)** a invalidação do procedimento atinge todos os atos componentes; **(vii)** a invalidação de ato do procedimento determina a invalidação dos que lhe forem subsequentes (regra da causalidade normativa).

b) O caso concreto

Ainda que se admita, em caráter eventual, que a decisão recorrida é defeituosa, não deve ser decretada a sua invalidade, já que não restou configurado o prejuízo no caso concreto.

Primeiro. Não há diferença prática entre um crédito/uma quantia arretado(a) e um crédito/uma quantia penhorado(a). Como visto, o arresto é antecipação da apreensão do bem para a sua conservação e futura garantia da execução. As suas diferenças são quanto aos seus efeitos no mundo jurídico,

-
8. Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque: “A partir da premissa de que é necessário relativizar o binômio direito e processo, exsurge como consequência inexorável a relativização das nulidades processuais, que passa a ser considerada à luz do princípio da instrumentalidade das formas e do prejuízo (*pas de nullité sans grief*).” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 113).
9. Daí a surpresa de Pontes de Miranda: “O que logo surpreende o leitor do Código de Processo Civil é que, no Título V, onde se trata das nulidades, a lei mais se preocupasse com as regras jurídicas contrárias à nulidade, ou à sua decretação”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 353.)

mas não quanto os seus efeitos no mundo dos fatos. As noções de eficácia jurídica e eficácia social não se confundem.

O arresto já foi garantido por decisão transitada em julgado. Não há dúvida sobre a arrestabilidade e, pois, a penhorabilidade da quantia depositada em juízo. Não há discussão sobre a dívida, os embargos não suspenderam a execução e ainda foram julgados improcedentes.

Segundo. Caso a sentença proferida nos embargos seja reformada, para que se certifique a inexistência do crédito exequendo, se este foi o pedido formulado nos embargos, caberá ao exequente a devolução da quantia levantada. Deve-se, aqui, ressaltar, mais uma vez, que o exequente prestou caução nos autos da demanda cautelar para que se procedesse ao arresto do crédito. De outra parte, a quantia não estava à disposição do executado – estava depositada em Juízo –, razão por que o seu levantamento em nada afetou, na prática, o seu estado anterior.

Terceiro. Com a reforma ocorrida em nosso sistema processual, a oposição de embargos à execução, hoje, prescinde de garantia. No caso em tela, já haviam sido opostos os embargos, inclusive julgados em primeiro grau. Uma vez ocorrido o ato de penhora, não mais caberia apresentação de defesa, já apresentada, salvo no que concerne a questões atinentes à própria penhora, o que, no caso, não se vislumbra, já que a penhorabilidade do bem é indiscutível (visto ser indiscutível a sua arrestabilidade).

A um, porque não se poderia alegar excesso de penhora, já que o seu valor não é superior ao valor da execução. Demais disso, cuidava-se de crédito arrestado, cujo valor deveria, se fosse o caso, ser discutido quando da realização do arresto. Não caberia, agora, quando da sua conversão em penhora, a discussão sobre questão já preclusa.

A dois, porque, por idêntica razão, não poderia o executado arguir a impenhorabilidade do bem, já que não o fez quando do arresto. Todo bem impenhorável não pode também ser arrestado. Se não foi arguida a “inarrestabilidade” do bem, não poderia ser arguida agora a sua impenhorabilidade, sob pena de violação da regra da proibição de comportamento contraditório, decorrente do princípio da boa-fé processual.

Quarto. Não mais caberia a atribuição de efeito suspensivo aos embargos.

A um, porque não foi formulado o pedido anteriormente, operando-se a preclusão. Não caberia formulação de pedido de efeito suspensivo no bojo da apelação dos embargos, já que inexistente qualquer fato novo que o justifique.

A dois, não se verifica o seu pressuposto de verossimilhança das alegações constantes nos embargos, notadamente considerando que há sentença – decorrente de cognição exauriente, e não apenas sumária – não acolhendo os fundamentos de defesa para julgar improcedentes os pedidos lá formulados. Convém ressaltar que, conforme o § 1º do art. 739-A, só se admite a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução se houver “relevante fundamento”. A existência de sentença desfavorável, proferida em cognição exaustiva, e de título executivo contra o exequente impede que se identifique o relevante fundamento de que trata o § 1º do art. 739-A, que, no caso, foi violado.

A três, se inexistia perigo da demora antes, quando da oposição dos embargos, não o existe agora (haja vista a inexistência de qualquer fato novo), não sendo devida, também por isso, a suspensão da execução.

Como se vê, inexistente o prejuízo, não se verificou o suporte fático do direito potestativo de invalidação da decisão recorrida. Se não há prejuízo, ainda que existente o defeito, o que se alega eventualmente, não cabe a invalidação do ato jurídico judicial. Dessa forma, o acórdão do agravo contém erro de julgamento já que certificou e efetivou direito jamais existente.

Vale destacar, ainda, que anular a decisão, nesse caso, seria medida inútil às partes e ao órgão jurisdicional.

Imagine-se a hipótese: anula-se a decisão, para que se retorne ao estado anterior; devolve-se o valor à conta do Juízo. Como a execução deverá prosseguir; o ato de conversão do arresto em penhora e a determinação da expedição de alvará serão atos, na sequência, praticados no feito executivo, independentemente da vontade do executado. A invalidação da decisão seria, pois, medida tão apenas protelatória, contrária à economia processual e à efetividade da atividade jurisdicional.

5. CONCLUSÃO

Após tudo quanto foi exposto, conclui-se que:

- (i) houve erro de julgamento quanto à admissibilidade do agravo por instrumento, que não era cabível contra pronunciamento judicial desprovido de conteúdo decisório.
- (ii) houve erro de julgamento quanto ao mérito do agravo por instrumento, haja vista não se ter configurada violação ao princípio da publicidade, nem ao princípio do contraditório.

(iii) houve erro de julgamento quanto ao mérito do agravo, já que, ainda que defeituosa a decisão recorrida, o que se afirma apenas em caráter eventual, não se verificou prejuízo da parte agravante, não devendo a decisão ser invalidada. Isso porque, se não houve prejuízo, não se configurou o suporte fático do direito potestativo de invalidação.

II

Morte da parte. Renúncia ao direito afirmado. Impossibilidade. Ausência de representação. Ato praticado por advogado sem poderes. Decisão homologatória. Ação rescisória.¹

Sumário: 1. Síntese da causa – 2. Os vícios da decisão homologatória: 2.1. A renúncia como negócio jurídico unilateral; 2.2. Problemas da renúncia ao direito afirmado no caso concreto; 2.3. A decisão que homologou a renúncia – 3. O meio de impugnação da decisão homologatória: ação rescisória: 3.1. Introdução: a rescindibilidade da decisão; 3.2. Hipóteses de rescindibilidade: 3.2.1. Introdução; 3.2.2. Ação rescisória em razão de a decisão rescindenda fundar-se em prova falsa (art. 485, VI, CPC): 3.2.2.1. Generalidades; 3.2.2.2. O caso; 3.2.3. Ação rescisória em razão da obtenção de documento novo (art. 485, VII, CPC): 3.2.3.1. Generalidades; 3.2.3.2. O caso; 3.2.4. Ação rescisória em razão de erro de fato (art. 485, IX, CPC): 3.2.4.1. Generalidades; 3.2.4.2. O caso; 3.2.5. Ação rescisória em razão de violação a preceitos normativos (Art. 485, V, do CPC): 3.2.5.1 Generalidades; 3.2.5.2 O caso; 3.2.6. Ação rescisória fundada em fundamento para “invalidação” da renúncia ao direito afirmado (Art. 485, VIII, do CPC); 3.3. Competência; 3.4. Sobre o rejuízo – *iudicium rescissorium* – 4. Conclusão.

1. SÍNTESE DA CAUSA

Relatam os consultantes que, em XX/XX/XXXX, foi ajuizada, em nome do Sr. W., a ação anulatória de débito fiscal nº XXXXXXXXX, visando à anulação do auto de infração FM nº XXXXXX, que documentava débito de imposto de renda de pessoa física. Afirmou-se, na ação anulatória, que (i) o eventual ganho de capital originário do débito estava abarcado pela isenção então prevista pelo decreto-lei nº 1.510/76 e (ii) que o Fisco está cobrando IRPF sobre parcela não recebida pelo autor.

Relatam, ainda, que, na mencionada demanda, o Sr. W. estava sendo representado pelo seu filho, W. Jr., em decorrência da sentença proferida nos autos da ação de interdição nº XXXXXXX. Sucede que, com o falecimento do Sr. W., ocorrido em XXXXXX, o processo de interdição foi extinto em razão da perda do seu objeto. Tal sentença foi proferida em 19/12/2007 e publicada em 08/01/2008.

1. DIDIER JR., F. ; BOMFIM, D. S. . Morte da parte. Renúncia ao direito afirmado. Impossibilidade. Ausência de representação. Ato praticado por advogado sem poderes. Decisão homologatória. Ação rescisória.. Revista Brasileira de Direito Processual (Impresso), v. 79, p. 195-219, 2012.

Em 15/02/2008, foi proferida sentença julgando improcedente o pedido formulado pelo autor nos autos da Ação Anulatória nº XXXXXXXXXXXX. Em 10/03/2008, foi interposto recurso de apelação, em nome do Sr. W., em face da sentença de improcedência.

Ocorre que, em 23/02/2010, foi protocolada petição em nome do Sr. W. renunciando ao direito em que se fundava a ação, sob a alegação de que o débito havia sido incluído na anistia instituída pela lei nº 11.941/2009. Destacam que o advogado que subscreveu a referida petição tinha conhecimento do falecimento do Sr. W., inclusive porque atuara também nos autos da ação de interdição, extinta pela perda superveniente de seu objeto.

Em 28/04/2010, foi proferida decisão pela Desembargadora Relatora, Dra. R.C., homologando a renúncia e extinguindo o processo com resolução do mérito, restando prejudicado o julgamento do apelo. Em 13/10/2010, foi certificado o trânsito em julgado da decisão homologatória.

Diante do cenário fático exposto, consultam-me acerca dos vícios da decisão que homologou a renúncia ao direito afirmado.

É o que se passa a analisar.

2. OS VÍCIOS DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA

2.1. A renúncia como negócio jurídico unilateral

O mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos, que são os fatos da vida qualificados (como jurídicos), por força da incidência da norma jurídica. O fenômeno de juridicização ocorre quando se verifica a suficiência do suporte fático concreto, vale dizer, quando os fatos da vida são correspondentes (para que se possa fazer jus à concepção de “sistema móvel”, prefiro, aqui, utilizar a expressão “correspondentes”, e não “coincidentes”) aos pressupostos previstos abstratamente na hipótese normativa (suporte fático abstrato da norma).

Sobre o fenômeno da juridicização, é célebre a metáfora utilizada por PONTES DE MIRANDA: “para que os fatos da vida sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os “jurídicos””². E mais adiante: “ocorridos certos fatos-conteúdo, ou suportes fáticos, que têm de ser regra-

2. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 1, p. 6.

dos, a regra jurídica incide. A sua incidência é como a da plancha da máquina de impressão, deixando a sua imagem colorida em cada folha³.

Os fatos jurídicos (em sentido lato) podem ser classificados em razão do elemento cerne (nuclear) do suporte fático, assim entendido como o aquele “que determina a configuração final do suporte fático e fixa, no tempo, a sua concreção⁴”.

Os atos jurídicos em sentido lato são aqueles cujo suporte fático tenha como elemento nuclear a exteriorização consciente da vontade humana que tenha por objeto a “obtenção de um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível⁵”. Aqui, “o ato humano entra no mundo jurídico como ato⁶”, e não como fato do homem. A vontade exteriorizada é cerne do suporte fático.

Dessa forma, o ato jurídico em sentido amplo seria caracterizado por três elementos: **(i)** um ato humano volitivo, vale dizer, uma conduta que represente a exteriorização de uma vontade, juridicamente relevante, razão por que figura como cerne do suporte fático de dada norma jurídica (suporte fático abstrato); **(ii)** a consciência da exteriorização da vontade (vale dizer: o intuito de realizar a conduta); **(iii)** que o ato se dirija à obtenção de um resultado (o ato jurídico há de ser, ao menos, potencialmente eficaz).⁷ Ressalte-se que apenas os atos jurídicos em sentido lato são submetidos ao plano da validade (não o são os fatos jurídicos em sentido estrito, os ato-fatos jurídicos e os atos ilícitos).

O ato jurídico em sentido lato é gênero do qual são espécies o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico.

Em se tratando de ato jurídico em sentido estrito, a vontade humana é elemento do suporte fático, mas ela não opera quanto aos efeitos decorrentes do ato jurídico. Cuida-se de efeitos pré-estabelecidos pela norma, efeitos necessários. Em se tratando de negócios jurídicos, a vontade é elemento relevante quanto à existência e à eficácia do ato jurídico.

3. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de direito privado*, t. 1, cit., p. 11.
4. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 49.
5. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência, cit., p. 138.
6. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 395.
7. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência, cit., p. 139 e seq.

[...]o direito não recebe a vontade manifestada somente como elemento nuclear do suporte fático da categoria que for escolhida pelas pessoas, mas lhe reconhece, dentro de certos parâmetros o poder de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam a conteúdo eficaz das relações jurídicas que nascem do ato jurídico.⁸

Os negócios jurídicos (espécie de atos jurídicos em sentido lato) são fatos jurídicos cujo elemento cerne do suporte fático é a vontade humana exteriorizada (o que pressupõe, certamente, a sua consciência). Sem exteriorização de vontade humana, não há negócio jurídico e nem tampouco irradiação de seus efeitos.

Para que componha o suporte fático de qualquer negócio jurídico, deve-se verificar a consciência da exteriorização da vontade, quanto **(i)** à vontade em si mesma, ou seja, o conteúdo da vontade exteriorizada e **(ii)** a vontade de exteriorizar/declarar, expressa ou tacitamente.⁹ Se inexistente consciência, inexistente vontade exteriorizada, não se verifica a suficiência do suporte fático do ato jurídico. A consciência é essência do próprio elemento nuclear fático, quer se trate de declaração expressa, quer se trate de declaração tácita de vontade.

A inconsciência da vontade exteriorizada não se confunde com eventual vício nela verificado. A inconsciência significa inexistência de exteriorização da vontade e, conseqüentemente, não verificação da suficiência do suporte fático do fato jurídico. Estamos, pois, em seu plano de existência. O vício na vontade exteriorizada, como o erro e o dolo, conduz à deficiência do suporte fático (suficientemente configurado). Estamos, agora, no plano de validade: o ato existe, mas é defeituoso, podendo ser decretada a sua invalidade.

Ressalte-se, ainda, que, quando se exige a consciência da vontade, não se exige que a parte tenha ciência e a intenção de praticar determinado ato jurídico. Por exemplo, quando alguém entra em um ônibus, certamente não pensa tratar-se de um ato negocial (contrato de transporte), mas há a consciência de entrar no ônibus para ser transportado¹⁰.

8. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 148/149.

9. Nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello: “para compor o suporte fático suficiente de ato jurídico a exteriorização da vontade há de ser consciente, de modo que aquele que a declara ou manifesta deve saber que a está declarando ou manifestando com aquele sentido próprio” (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 141.)

10. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 143.

A renúncia é negócio jurídico. Trata-se de negócio jurídico unilateral por meio do qual se extingue uma situação jurídica ativa titularizada pelo renunciante. Como negócio jurídico, a vontade exteriorizada não apenas compõe o suporte fático, mas é relevante ao menos para a escolha da categoria jurídica. Como unilateral, não provoca a correspectividade de efeitos jurídicos.

É consequência jurídica da renúncia a extinção de situação jurídica prévia, e não uma obrigação de renunciar. Pode-se, inclusive, dizer que a vontade exteriorizada é, nesse sentido, performativa. Se houve vontade exteriorizada de renunciar, incidiu a norma jurídica, irradiou-se o seu respectivo efeito: a extinção da situação jurídica.

A renúncia ao direito afirmado é negócio jurídico praticado pela parte demandante em um processo. Tem como pressuposto fático a exteriorização de vontade – expressa ou tácita – daquele que afirmou a existência de uma determinada situação jurídica ativa. Tal renúncia tem como fim a extinção de situação jurídica material que foi inserida no processo por meio da causa de pedir da demanda para compor o seu objeto litigioso.

2.2. Problemas da renúncia ao direito afirmado no caso concreto

No caso presente, percebem-se três graves problemas no que concerne à renúncia ao direito afirmado praticada em nome do Sr. W. pelo seu advogado: (i) o Sr. W. já tinha falecido, de forma que a pessoa que supostamente praticou a renúncia não mais existia; (ii) logo, a situação jurídica renunciada não mais lhe pertencia; já havia sido transferida por sucessão *mortis causa* e, então, era titularizada pelo seu espólio ou por seus herdeiros; (iii) o advogado que a realizou em nome do Sr. W. não tinha poderes para representar o espólio nem seus herdeiros.

Primeiro. Quando a renúncia foi supostamente praticada, a pessoa do Sr. W. não mais existia. Não se pode considerar existente exteriorização de vontade de pessoa não existente. O elemento nuclear do suporte fático da renúncia não se configurou no mundo dos fatos, de forma que não houve incidência normativa, nem formação do fato jurídico. Não se pode juridicizar elemento fático inexistente.

E nem se pode dizer que houve exteriorização de vontade do espólio ou dos herdeiros. O ato não foi praticado em nome do espólio ou dos herdeiros do Sr. W., que sequer estavam habilitados nos autos. O advogado que assinou a petição de renúncia, nada obstante conhecesse o fato da morte do Sr. W., não

o noticiou ao Juízo e praticou o ato na qualidade de representante do Sr. W., como se ainda vivo ele fosse.

Inexistente, pois, o elemento objetivo nuclear do suporte fático da renúncia. Inexistente também o seu elemento subjetivo. Consoante Marcos Bernardes de Mello, “os fatos jurídicos pressupõem uma necessária referibilidade a sujeitos de direito, porque sua eficácia (jurídica) se liga, essencialmente, a alguém ou a algum ente, inclusive a conjunto patrimonial, a que o ordenamento jurídico outorga capacidade de direito.”¹¹

São efeitos jurídicos situações jurídicas em sentido lato, gênero do qual são espécies as relações jurídicas eficaciais, estruturadas pela correspectividade de situações jurídicas ativas (direitos) e situações passivas (deveres, estados de sujeição). Dos fatos jurídicos – e apenas deles –, decorrem os efeitos jurídicos. A eficácia do fato jurídico está relacionada a sujeitos que podem ser titulares de situações jurídicas (chamados de sujeitos de direito). A referibilidade a sujeitos de direito é elemento fático subjetivo de todo fato jurídico.

Tal elemento é ainda mais evidente quando se trata de negócios jurídicos, formados pela juridicização de exteriorização de vontade. A vontade exteriorizada é a vontade de um (ou mais) sujeito de direito. Sem sujeito de direito, não há vontade exteriorizada consciente, não há negócio jurídico. Não se pode, assim, cogitar a existência de negócio jurídico celebrado por sujeito de direito inexistente, por pessoa que não mais existia.

Com a morte da pessoa física, extingue-se a sua personalidade jurídica; o sujeito de direito antes existente não mais existe. O espólio é novo sujeito de direito, diverso daquele que era o de *cujus*. É o mesmo que ocorre com a sociedade empresária cuja falência se decreta e a massa falida. São sujeitos de direito distintos.

No caso em comento, não mais havia o sujeito Sr. W., razão por que não se pode considerar existente qualquer exteriorização de vontade dele, idônea a ser elemento fático de negócio jurídico. Não houve, assim, a sua renúncia ao direito afirmado.

Segundo. Com a morte do Sr. W., operou-se a sucessão, no plano material, da situação jurídica ativa afirmada na demanda anulatória. O direito de anular o auto de infração deixou de ser do Sr. W., que não mais era sujeito de direitos, e passou a ser do seu espólio, novo e distinto sujeito de direito.

11. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 47.

A sucessão da situação jurídica material ocorreu desde o momento do falecimento do Sr. W.. Quando foi praticada a renúncia, o espólio já era titular da situação material renunciada, nada obstante não tivesse ocorrido ainda a sucessão processual.

Ainda que se considerasse existente a renúncia, no caso, ela não pode ser oposta ao espólio do Sr. W., nem aos seus herdeiros. Estar-se-ia tratando de renúncia a situação jurídica titularizada por outrem, que sequer teve a oportunidade de se manifestar sobre a prática do ato.

Poder-se-ia, aqui, fazer uma comparação com a compra e venda de coisa alheia. A venda por quem não é dono é ineficaz com relação ao proprietário. A renúncia a situação jurídica titularizada por outrem é, em princípio, ineficaz com relação ao titular do direito. Veja-se que, no caso, sequer o renunciante poderá adquirir a situação jurídica material, pela manifesta razão de que ele já não existe mais.

Terceiro. O negócio jurídico da representação celebrado pelo Sr. W., por meio do qual se outorgaram os poderes ao seu advogado, foi extinto com a morte do outorgante. Nova representação deveria ter sido realizada para que o advogado tivesse poderes para representar o espólio em Juízo.

Representação é negócio jurídico unilateral por meio do qual um sujeito de direito outorga poderes a alguém para a prática de atos jurídicos em seu nome. O ato praticado pelo representante será imputado diretamente ao representado, e não ao seu executor material.

Segundo José de Oliveira de Ascensão, o agir como representante de outrem exige o vínculo de representação, que permite ao representante agir sobre a esfera jurídica do representado. O vínculo de representação é, assim, estruturado pelo poder de praticar atos jurídicos que produzem efeitos sobre esfera jurídica alheia.¹²

Do negócio jurídico da representação, instrumentalizado pela procuração, decorre a relação jurídica da representação, estruturada, de um lado, (i) pelos poderes do outorgado de praticar atos jurídicos em nome do outorgante, que atingirão a esfera jurídica deste e, do outro, (ii) pela sujeição do outorgante aos efeitos decorrentes dos atos jurídicos para os quais se outorgaram os poderes.

12. ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria Geral*. 2ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 250/252, v. II.

No caso em análise, o Sr. W., por meio do seu curador, havia outorgado poderes para que o seu advogado praticasse atos jurídicos em seu nome, idôneos a atingir a esfera jurídica do outorgante. O vínculo de representação era existente entre o Sr. W. e o advogado. O advogado tinha poderes de representação do Sr. W..

Note-se que a representação foi celebrada pelo Sr. W., por meio do seu filho, que também atuou como representante. Há, no caso, duas representações: o curador como representante do Sr. W. executou (materialmente) o ato jurídico da representação em nome deste, para que se outorgassem os poderes ao advogado para a prática de atos jurídicos relacionados à demanda anulatória. Que se tenha claro: a representação foi praticada pelo Sr. W., por meio do seu curador; o outorgante era o Sr. W., e não o seu filho.

Com o seu falecimento, extinguiram-se o negócio e o vínculo de representação. O advogado não mais tinha poderes de representar o Sr. W., nem de praticar atos jurídicos que pudessem atingir a sua órbita jurídica, já que não se pode representar sujeito que deixou de existir.

O espólio do Sr. W. é sujeito de direito que passa a existir com a sua morte e que, com ele, não se confunde. Veja-se, inclusive, que se trata de ente despersonalizado. Eventual vínculo de representação entre o espólio e o advogado só poderia ser decorrente de negócio jurídico de representação praticado pelo espólio, o que, no caso, não ocorreu. Não se pode pretender que o vínculo de representação seja decorrente da morte do Sr. W.. Não o é. A morte não é fato jurídico do qual decorre o vínculo de representação entre o espólio e seus eventuais advogados.

O espólio era novo sujeito de direito que, para ser representado, precisaria outorgar poderes para que o advogado pudesse, em seu nome, praticar atos jurídicos. Destaque-se, inclusive, que o poder de renunciar ao direito afirmado é poder especial, nos termos do art. 38 do CPC, que exige outorga expressa e específica na procuração.

Os herdeiros do Sr. W. também são sujeitos distintos do *de cuius*, que, para serem representados pelo advogado, se fosse o caso, precisariam praticar outro negócio de representação. O vínculo de representação anterior – e não mais existente – não lhes aproveita, nem mesmo com relação ao antigo curador do falecido. Isso porque, como já se destacou, a primeira representação foi celebrada pelo Sr. W., por meio do seu curador. O curador não atuou em nome próprio, mas como representante. O ato não atingiu a esfera jurídica do curador, mas do seu representado: o vínculo de representação era existente entre o falecido e o advogado.

Em síntese, no caso, o advogado praticou o ato de renúncia como representante processual. São duas as opções.

Ou ele praticou o ato de renúncia na qualidade de representante do Sr. W., o que não seria possível, considerando que o Sr. W. já era, há muito, falecido. Destaque-se que não se tratava da hipótese excepcional prevista no art. 265, p. primeiro, a, do CPC, na qual, se a morte da parte ocorrer quando já iniciada a audiência de instrução e julgamento, o advogado do falecido atua como substituto processual até o fim da audiência. Quando o advogado atua como substituto, atua em nome próprio, e não como representante. Este não era o caso dos autos.

Ou o advogado praticou o ato como representante do espólio ou dos seus herdeiros. Todavia ele não tinha poderes para tanto. A renúncia praticada pelo advogado sem poderes não pode ser oposta ao espólio ou aos herdeiros, que não ratificaram o ato.

2.3. A decisão que homologou a renúncia

Como ensina Pontes de Miranda, “homologar é tornar o ato, que se examina, semelhante, adequado, ao ato que deveria ser”. “Ser homólogo é ter a mesma razão de ser, o que é mais do que ser análogo, e menos do que ser o mesmo”.¹³ A homologação é julgamento sobre estarem satisfeitos os pressupostos de forma e/ou os pressupostos de fundo quanto a determinado ato praticado por sujeito diverso do órgão jurisdicional que homologa. Homologar é julgar “sobre o que até então se passou”¹⁴.

O ato de homologação é pronunciamento de que o que se produziu está homólogo àquele considerado em um modelo abstrato, para que, assim, possam ser irradiados os efeitos previstos a este último.¹⁵ Na homologação da sentença estrangeira, por exemplo, o modelo comparado é a sentença proferida pela Justiça brasileira.¹⁶

Na homologação de espécies de conciliação (reconhecimento da procedência do pedido, renúncia ao direito afirmado e transação), o modelo é o

13. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 410.

14. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 410.

15. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 410/411.

16. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 63.

juízo dos pedidos formulados pelo demandante para que se tenha certificação de existência ou inexistência do direito idônea a ser revestida pelo manto da imutabilidade. Ao se homologar, assim, a renúncia ao direito afirmado, estar-se a dizer que o ato praticado pela parte é homólogo à decisão que julga improcedente o pedido, para que se tenha por certificada a inexistência do direito afirmado, formando-se a coisa julgada material. Raciocínio semelhante pode ser feito no que concerne ao reconhecimento da procedência do pedido e à transação.

No caso em análise, a decisão que homologou a renúncia disse que o ato da parte era homólogo ao modelo de decisão de improcedência do pedido, para se ter como certificada a inexistência do direito potestativo afirmado na demanda anulatória. A inexistência do mencionado direito encontra-se sob o manto da imutabilidade da coisa julgada material por força da decisão homologatória.

A renúncia ao direito afirmado está eivada de problemas e, aqui, carece de utilidade discutir quais são os planos do mundo jurídico (existência, validade e eficácia) relacionados aos problemas da renúncia. A decisão homologatória existe e, enquanto não for desconstituída, é eficaz. Dela decorreu a certificação da inexistência de um direito, idônea à formação da coisa julgada material prejudicial à parte, que não praticou a renúncia e não outorgou poderes para que o advogado praticasse em seu nome. Dessa forma, a decisão homologatória precisa ser desconstituída, já que a renúncia não poderia ser tida como homóloga à decisão de improcedência, em razão da série de problemas destacados.

3. O MEIO DE IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA: AÇÃO RESCISÓRIA

3.1. Introdução: a rescindibilidade da decisão

Cabe ação rescisória para desconstituir decisão de mérito transitada em julgado. De logo, ressalte-se que a expressão “sentença” contida no art. 485, *caput*, do CPC deve ser compreendida para que a ação seja cabível contra decisão (gênero) de mérito, e não apenas contra sentença de mérito. É o que impõem a teleologia e os valores subjacentes à disposição normativa, em consonância, inclusive, com as demais disposições do sistema processual civil, como, *v.g.*, o art. 269 do CPC.

O cabimento da ação rescisória pressupõe a coisa julgada material, fato jurídico cujo suporte fático é composto por (i) decisão jurisdicional; (ii) que

verse sobre o mérito; (iii) analisado em cognição exauriente; (iv) tenha ocorrido a coisa julgada formal (preclusão máxima naquela relação jurídica processual).

Dessa forma, se há resolução de mérito – seja por meio de sentença, decisão interlocutória ou acórdão –, juntamente com os demais pressupostos da coisa julgada material – será cabível a ação rescisória. Não se pode afirmar, abstratamente, que dada espécie de provimento jurisdicional não é suscetível de ser impugnada por meio da referida ação rescisória. Deve-se analisar, no caso concreto, a verificação dos pressupostos fáticos da coisa julgada material. Em se tratando de decisão homologatória que seja elemento de coisa julgada material, caberá ação rescisória, se afirmada causa de rescindibilidade prevista no art. 485 do CPC.

Veja-se, inclusive, que, nos termos do art. 485, VIII, do CPC cabe demanda rescisória se afirmado “fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”. O termo “desistência” deve ser compreendido como renúncia ao direito afirmado, já que desistência da demanda é causa de extinção do processo sem análise de mérito, não se formando coisa julgada material, impugnável por meio da rescisória. Demais disso, não há razão para que se exclua o reconhecimento da procedência do pedido, espécie de ato dispositivo da parte (do gênero “conciliação”), tal como o são a renúncia e a transação.

A decisão homologatória pode também ser impugnada por meio da ação rescisória em razão da configuração de outra hipótese de rescindibilidade, como, por exemplo, se verificada incompetência absoluta do Juízo que a proferiu ou violação a literal dispositivo de lei.

Nesse sentido, afirma Pontes de Miranda:

A sentença que homologou pode ser rescindida, com base em qualquer dos pressupostos do art. 485, porque sentença é. [...] A referência, no art. 486, à sentença homologatória de modo algum afasta, a respeito de tal sentença, a invocabilidade do art. 485, porque sentença homologatória sentença é.¹⁷

No caso dos autos, a decisão transitada em julgado estabeleceu que o ato de renúncia era homólogo àquele por meio do qual se certificaria a inexistência

17. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 408.

do direito afirmado, pronunciamento que ficou acobertado pela coisa julgada material. Trata-se de decisão de mérito, nos termos, inclusive, do art. 269, V, do CPC. Houve, portanto, coisa julgada formal acerca da decisão homologatória de mérito; formou-se a coisa julgada material, passível de ser impugnada por meio da ação rescisória, desde que se afirme incidência de norma decorrente de, ao menos, um dos incisos do art. 485 do CPC.

3.2. Hipóteses de rescindibilidade

3.2.1. Introdução

Como se sabe, ultrapassado o seu juízo de admissibilidade, a demanda rescisória desencadeia o exercício de mais dois juízos, quais sejam, **(i)** o rescindente e **(ii)** o rescisório, em que se analisam os conteúdos dos pedidos formulados na peça inicial. Vale dizer: além do pedido de desconstituição da coisa julgada (de natureza, pois, desconstitutiva), deve o autor formular, se for o caso, pedido de novo julgamento da causa, sob pena de não poder o órgão julgador rejuzá-la.

No juízo rescindente, aprecia-se o pedido de desconstituição da coisa julgada material, à luz da causa de pedir que lhe é correspondente. Verifica-se, pois, se, naquele caso, **(i)** houve ou não a incidência de algumas das hipóteses previstas no art. 485 do CPC (desde que esta incidência tenha sido afirmada na peça inicial, em razão da regra da congruência objetiva) e **(ii)** se, considerando o fato jurídico formado, irradiou-se ou não o direito potestativo afirmado.

Distingue-se a demanda rescisória por se tratar de ação de fundamentos (causas de pedir) vinculados. Diga-se: os únicos fatos jurídicos dos quais decorrem o direito de desconstituição da coisa julgada são aqueles decorrentes da incidência das hipóteses constantes no art. 485 do CPC, razão por que tem o autor de, na peça inicial, afirmá-los.

A situação ora analisada é tão absurda que várias são as hipóteses de rescindibilidade previstas no art. 485 do CPC configuradas no caso concreto: (i) a decisão homologatória está fundada em prova falsa (art. 485, VI, do CPC) e (ii) incidiu em erro de fato (art. 485, IX, do CPC); (iii) há documento novo idôneo a, por si, alterar o conteúdo da decisão rescindenda (art. 485, VII, do CPC); (iv) houve violação a normas jurídicas de direito material e processual, inclusive à regra da congruência subjetiva, já que a decisão regulou situação de sujeito que não era parte no processo (art. 485, V, do CPC); (v) trata-se de

decisão fundada em renúncia que não poderia ter sido homologada, em razão dos sérios problemas que a maculam (art. 485, VIII, do CPC).

Vejamos.

3.2.2. Ação rescisória em razão de a decisão rescindenda fundar-se em prova falsa (art. 485, VI, CPC).

3.2.2.1. Generalidades

O art. 485, VI, CPC, prevê a possibilidade de rescisão da decisão de mérito transitada em julgado que se tenha baseado em prova falsa (“se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória”).

Algumas observações sobre esse inciso são importantíssimas para a resposta à pergunta formulada nesta consulta.

a) É preciso notar que somente cabe a rescisão se a decisão fundar-se na prova falsa. Se a decisão rescindenda funda-se em outra prova, além daquela que se reputa falsa, não há o direito à rescisão, pois, afinal, a decisão pode manter-se “de pé” com base em outro lastro probatório. Somente cabe a rescisão em razão da prova falsa, se ela for a “base” que sustenta a decisão rescindenda. “O que importa é averiguar se a conclusão a que chegou o órgão judicial, ao sentenciar, se sustentaria ou não *sem* a base que lhe ministrara a prova falsa. A sentença não será rescindível se havia outro fundamento *bastante* para a conclusão”¹⁸.

b) Em segundo lugar, cabe realçar o trecho do texto normativo que permite que a falsidade da prova seja apurada no bojo do procedimento da ação rescisória. Ou seja, não há necessidade de a falsidade da prova ter sido objeto de um processo autônomo, civil ou penal.

c) A falsa prova tanto pode ser a documental quanto a prova oral¹⁹.

18. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 134. Neste sentido, também MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 323; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p. 325.

19. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 312; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória*. São Paulo: Malheiros Ed., 2005, p. 326.

d) Finalmente, como esclarece EVARISTO ARAGÃO FERREIRA DOS SANTOS, “para que esteja configurada a falsidade suficiente para fundamentar a rescisória, basta que o fato atestado pela prova não corresponda à verdade. Pouco importa que essa alteração da verdade tenha ocorrido consciente ou inconscientemente. É suficiente, para caracterizar a falsidade, a mera desconformidade entre o efetivamente ocorrido e o fato atestado pela prova”²⁰.

3.2.2.2. *O caso*

No caso concreto, há decisão de mérito extinguiu o processo em razão da homologação da renúncia apresentada.

A renúncia é o ato jurídico que, uma vez considerado existente, serviu de fundamento para a decisão judicial.

A renúncia é ato jurídico que se comprova por um documento – no caso, a petição de comunicação da renúncia. A petição é, no caso, o instrumento – documento, pois – da renúncia.

Pode-se afirmar, então, que a decisão rescindenda *se baseia em uma única prova*: a prova documental da renúncia.

Sucedem que, conforme já amplamente demonstrado ao longo deste parecer, não houve renúncia. A renúncia não existiu pelo simples fato de o suposto renunciante ser uma pessoa falecida muito antes de a suposta renúncia ter sido apresentada. A prova da falsidade da petição de renúncia pode ser feita no processo da ação rescisória – e é muito simples: a juntada da certidão de óbito revela claramente a falsidade do documento que serviu de fundamento da decisão rescindenda.

A petição, que serviu de base para a decisão rescindenda, serviu como prova de fato inexistente. A petição, portanto, veicula alegação de fato que não é verdadeira: o fato documentado (renúncia) não existia.

Este documento é, assim, uma prova falsa.

Preenchidos estão todos os pressupostos para rescisão da sentença com base no inciso VI do art. 485: a) decisão lastreada em única prova falsa; b)

20. “A ação rescisória fundada em prova falsa e a sentença civil declaratória de falsidade”. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2001, p. 340.

falsidade de prova documental; c) falsidade pode ser comprovada no bojo do processo da ação rescisória.

3.2.3. Ação rescisória em razão da obtenção de documento novo (art. 485, VII, CPC)

3.2.3.1. Generalidades.

O inciso VII do art. 485 do CPC permite a ação rescisória quando o autor obtiver “documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”.

Algumas observações são importantes para a correta compreensão deste inciso.

a) A doutrina costuma explicar a locução “documento novo” como aquele obtido posteriormente ao trânsito em julgado da decisão, mas que já existia à época da prolação do julgado rescindendo. *Documento novo* não seria aquele constituído posteriormente, mas, sim, aquele *obtido* posteriormente, tendo em vista que a sua existência era ignorada ou de que a parte não pôde fazer uso. Trata-se de lição tradicional, que carece, inclusive, de outras referências.

b) No conceito de documento novo incluem-se todas as modalidades de documento, cabendo, em qualquer dessas hipóteses, a ação rescisória.

c) A ação rescisória, fundada em documento novo, somente deve ser admitida se o autor da rescisória, quando parte na demanda originária, ignorava a existência do documento ou não pôde fazer uso dele durante o trâmite do processo originário. Vale dizer que o documento somente terá aptidão para permitir a rescisória, se houver a comprovação da existência de circunstâncias que impediram a sua utilização no processo originário. Enfim, a parte, para valer-se da ação rescisória fundada em documento novo, deve demonstrar que não conhecia tal documento durante o processo originário ou, se o conhecia, a ele não teve acesso.

d) O documento novo, que irá render ensejo à propositura da ação rescisória, há de ser suficiente para modificar a conclusão a que se chegou na decisão rescindenda. De fato, é preciso que o documento novo, necessariamente e sozinho, gere um pronunciamento favorável ao autor da ação rescisória. O pronunciamento a ser obtido, com o documento, deve ser favorável, ainda que parcial.

3.2.3.2. *O caso*

A certidão de óbito do Sr. W. é documento novo apto a, por si, desconstituir a decisão rescindenda.

Trata-se de documento que já existia ao tempo da decisão que homologou a renúncia – isso porque o próprio inventário do falecido já se havia iniciado.

Este documento não pôde ser utilizado no processo originário. O espólio do Sr. W. não o sucedeu no processo, que continuou tramitando como se ele ainda estivesse vivo. Exatamente porque não fez parte do processo, o espólio não pôde juntar a certidão de óbito. Pode-se afirmar, inclusive, que, se tivesse feito parte do processo, sucedendo, *como de direito*, o Sr. W., jamais teria havido uma decisão que homologou a renúncia de uma pessoa já falecida.

A certidão de óbito é, ainda, documento que, por si só, altera o conteúdo da decisão rescindenda: a demonstração de que o “renunciante” já estava morto ao tempo da apresentação da renúncia basta para que se perceba a impossibilidade de homologá-la.

Como se vê, estão preenchidos todos os pressupostos para aplicação do inciso VII do art. 485 do CPC.

Também por esse motivo a decisão tem de ser rescindida.

3.2.4. *Ação rescisória em razão de erro de fato (art. 485, IX, CPC)*

3.2.4.1. *Generalidades.*

O inciso IX do art. 485 do CPC permite ação rescisória por erro de fato na decisão rescindenda.

Há erro de fato quando a decisão considera existente fato que não existiu, ou considera inexistente fato que ocorreu (art. 485, §1º, CPC).

Mas não basta o erro de fato para que a decisão seja rescindida. Outros pressupostos hão de ser observados. A doutrina e a jurisprudência identificam três pressupostos para que ocorra a rescisão.

Eis os pressupostos²¹: i) que a decisão tenha se fundado nesse erro, ou seja, que a conclusão do juiz não seria aquela se não houvesse incidido em

21. “Segundo a doutrina, ao interpretar as disposições legais, são requisitos para que o julgamento de mérito seja rescindido por erro de fato os seguintes: a) que este seja determinante para a conclusão

erro; ii) que sobre o fato não tenha havido controvérsia (art. 485, §2.º, CPC); e ii) que sobre ele tampouco tenha havido pronunciamento judicial (art. 485, §2.º, CPC).

No presente caso, todos os pressupostos foram preenchidos.

3.2.4.2. *O caso*

A decisão rescindenda baseia-se no fato jurídico “renúncia ao direito sobre o que se funda a ação”. A decisão limitou-se a homologar a renúncia, sem decidir a respeito da sua existência: o órgão jurisdicional restringiu-se a homologar o ato e extinguir o processo sem exame do mérito.

Trata-se de fato que não foi controvertido – a parte adversária não impugnou a renúncia apresentada em nome do Sr. W..

Sucedede que não houve renúncia do Sr. W.. Este fato jamais existiu. Afinal, conforme já aludido, o Sr. W. já era falecido ao tempo em que a suposta renúncia foi apresentada.

Disso tudo se nota o preenchimento de todos os pressupostos para a rescisão da sentença por erro de fato: *a)* a decisão se baseou exclusivamente no fato renúncia; *b)* a renúncia foi fato incontroverso no processo (art. 485, §2º, CPC); *c)* este fato não existiu, embora tenha sido tomado como existente pelo órgão jurisdicional (art. 485, §1º, CPC); *d)* não houve pronunciamento judicial a respeito do fato, que se limitou a homologar a renúncia afirmada, com o propósito de extinguir o processo com resolução do mérito.

Assim, também por essa razão, cabe a rescisão da decisão que extinguiu o processo, com resolução de mérito, homologando renúncia inexistente.

3.2.5. *Ação rescisória em razão de violação a preceitos normativos (art. 485, V, do CPC)*

3.2.5.1 *Generalidades*

O art. 485, V, do CPC traz como hipótese de rescindibilidade violação a “literal disposição de lei”. O significante “lei” deve ser entendido como norma

contida no julgamento do mérito; b) que não tenha havido controvérsia sob o ponto de fato; c) que não tenha havido pronunciamento judicial sobre o aludido ponto de fato”. (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 339.)

jurídica, gênero do qual são espécies regras e princípios²². As normas violadas podem ser de direito material ou de direito processual. Pode ser afirmada, por exemplo, como causa de pedir da rescisória, violação à regra da congruência²³, como no caso em análise.

A norma jurídica não se confunde com o texto normativo. Norma é o resultado da interpretação; o texto, o seu objeto. Nesse sentido, Riccardo Guastini define a interpretação jurídica como “a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo.”²⁴ O discurso do intérprete seria construído na forma do enunciado “T significa S”, em que T equivale ao texto normativo e S equivale ao sentido que lhe é atribuído.²⁵ Uma norma pode ser decorrente da interpretação de vários dispositivos, assim como há norma sem texto (o princípio da segurança jurídica, por exemplo²⁶), como texto sem norma (o preâmbulo da Constituição²⁷).

Seguindo a sua linha, Humberto Ávila também afirma: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.”²⁸ Na verdade, como bem observa o autor, trata-se de uma reconstrução de sentido, do sentido semântico inicial inerente ao texto, já que “há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”²⁹. A norma seria, assim, uma construção a partir de algo; logo, seria uma reconstrução.³⁰

É a violação à norma jurídica (e não ao seu dispositivo) que deve ser afirmada como causa de pedir na demanda rescisória. A exigência de indicação da norma violada não significa que seja exigida a indicação do texto normativo

-
22. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, passim.
 23. No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 131.
 24. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-24.
 25. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 24.
 26. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 30.
 27. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 30.
 28. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 30.
 29. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 32.
 30. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 33.

(número de artigo, parágrafo etc.). O que precisa estar claramente afirmado é o conteúdo da norma supostamente violada.³¹

Cada afirmação de violação a uma norma jurídica distinta constitui uma *causa petendi* da demanda rescisória. Nesta hipótese, se houver afirmação de violação a mais de uma norma, haverá mais de um fundamento fático da demanda (mais de um elemento fático apreendido pela norma para irradiar o direito potestativo), de forma que estarão sendo cumuladas várias ações rescisórias.³²

3.2.5.2 O caso

No caso dos autos, a decisão rescindenda homologou renúncia a direito afirmado eivada de sérios problemas, notadamente (i) ausência de exteriorização de vontade do Sr. W., então já falecido; (ii) ausência de titularidade da situação jurídica renunciada, que já era de titularidade do espólio quando a renúncia teria sido, supostamente, praticada e (iii) ausência de poderes do advogado para a prática do ato, no caso de se entender que a renúncia teria sido realizada pelo representante em nome do espólio.

A decisão que homologou a renúncia deve ser desconstituída também porque violou normas do nosso sistema jurídico.

a) É pressuposto fático do negócio jurídico da renúncia, como visto, a exteriorização de vontade do renunciante. Os negócios jurídicos – como atos jurídicos em sentido amplo – têm como elemento nuclear de seu suporte fático a exteriorização da vontade. Se não há exteriorização da vontade apreendida pelo direito objetivo, não há negócio jurídico.

No caso em análise, não se pode considerar existente a exteriorização de vontade do Sr. W., então já falecido. Dessa forma, não existiu a renúncia do Sr. W. ao direito afirmado. O seu advogado não mais poderia estar atuando em seu nome, porque o Sr. W. não mais era parte no processo e porque o negócio jurídico de representação já estava extinto desde o seu falecimento. A decisão

31. Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira: “O autor precisa indicar, na inicial, a norma a seu ver infringida, embora se deva prescindir, desde que claramente identificável o conteúdo, da referência a número de artigo ou de parágrafo [...]” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit, p. 132.)

32. No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit, p. 132.

homologatória extinguiu o processo com resolução do mérito porque considerou existente renúncia inexistente.

Violou, assim, a norma decorrente do art. 269, V, do CPC. Porque era inexistente a renúncia, não se verificou a configuração do suporte fático da norma e, assim, não ocorreu a sua incidência. Não era cabível, portanto, a resolução do mérito com base neste motivo.

b) Além disso, a situação jurídica renunciada não era mais de titularidade do Sr. W., pela óbvia razão de ele já ser falecido. Já se havia transferido a sua titularidade ao espólio, que ainda não era parte no processo. Renúncia de situação jurídica alheia é ineficaz com relação ao real titular da situação jurídica. A decisão homologatória não considerou que a situação renunciada não mais pertencia ao Sr. W. e que tal ato não poderia ser oposto ao espólio, que já deveria ter sido habilitado no processo.

Violou-se a norma segundo a qual a renúncia de situação jurídica de outrem é ineficaz com relação ao seu real titular. Cuida-se de norma que decorre da interpretação sistemática e teleológica de diversos dispositivos do nosso ordenamento, como o art. 1268 do Código Civil, segundo o qual a tradição por quem não seja dono não transfere a propriedade da coisa.

c) Na hipótese de se considerar que o advogado atuou como representante do espólio, ele não tinha poderes para tanto. O negócio jurídico de representação anteriormente celebrado com o Sr. W. extinguiu-se com a sua morte. Era necessária a celebração de novo negócio jurídico de representação por meio do qual o espólio outorgasse os poderes ao advogado para a defesa de seus interesses. O ato de renunciar, inclusive, exige poder especial, que deve ser expressamente outorgado.

A decisão que homologou a renúncia violou a norma decorrente do art. 37 do CPC, segundo a qual, sem instrumento de representação, o advogado não pode representar a parte em juízo, e a norma decorrente do art.38 do CPC, que exige poder especial do advogado para, em nome do representado, renunciar ao direito afirmado na demanda.

Ato praticado por advogados sem poderes é ato ineficaz com relação ao representado, que pode, entretanto, ser ratificado. É o que se depreende do art. 662 do Código Civil. Não houve ratificação no caso em análise e, nada obstante, a renúncia foi homologada. A renúncia é ineficaz com relação ao espólio. A decisão que a homologou, por sua vez, existe e está produzindo os seus efeitos até que seja desconstituída. A demanda rescisória é meio idôneo

para tanto, considerando, inclusive, que a decisão rescindenda violou a norma decorrente do art. 662 do Código Civil.

d) A decisão homologatória violou a regra da congruência, porque regulou a situação de quem não era (ainda) parte no processo, o espólio.

É requisito de validade de toda e qualquer decisão judicial a sua conformação aos limites objetivos e subjetivos da demanda. Isso porque, além de revestir-se, internamente, dos atributos da certeza, liquidez e exigibilidade, a decisão precisa ser congruente com os elementos da demanda (sujeitos, causa de pedir e pedido).

Vale dizer, o pronunciamento decisório não apenas se deve mostrar congruente em si mesmo, como deve estar correlacionado aos limites da demanda proposta, delineados, objetivamente, pela *causa petendi* e pelo pedido e, subjetivamente, pelos sujeitos envolvidos no processo. Esta é a chamada regra da congruência.

A necessidade de que o ato decisório fique adstrito aos limites objetivos e subjetivos da demanda tem fundamento no princípio de que o exercício da jurisdição é condicionado, em regra, à provocação do legitimado para defender direito próprio ou alheio (art. 2º, CPC), razão pela qual a prestação jurisdicional deve ser correlata ao conteúdo da demanda. Ademais, essa exigência tem raízes nas garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF), já que, não raro, a decisão incongruente termina por afastar-se da exigência de diálogo processual.

Amparado nessas premissas, o legislador pátrio, dando substância à regra da congruência, estabeleceu expressamente os contornos da atividade a ser desempenhada pelo juiz, que não pode julgar fora, além ou aquém do que foi submetido à sua apreciação, sob pena de sua decisão ser *extra petita*, *ultra petita* ou *citra petita*, respectivamente. É o que se depreende dos arts. 128 e 460 do CPC.

Esses dispositivos delimitam objetivamente a atividade do magistrado, que **(i)** deve pronunciar-se sobre todos os pleitos realizados no processo, não podendo ir além deles e **(ii)** deve pautar-se, em regra, nos fundamentos suscitados pelo demandante (causa de pedir remota – fato jurídico – e causa de pedir próxima – relação jurídica dele decorrente) e nos fundamentos de defesa. Tem-se aí a faceta objetiva da regra da congruência.

Mas não é só. A decisão precisa ser também *subjetivamente* congruente: deve estar correlacionada com os sujeitos parciais da relação jurídica

processual, somente produzindo, em regra, efeitos com relação a estes, nos termos, inclusive, do art. 472 do CPC. Em outras palavras, a decisão será subjetivamente incongruente se dispõe sobre situação jurídica de sujeito que não participou do processo, já que ninguém pode ser atingido em sua esfera jurídica sem um devido processo legal, no qual sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa.

De um modo geral, vige no nosso sistema a ideia de que é *extra petita* a decisão judicial que, alternativamente: **(i)** aprecia pedido diverso daquele formulado na demanda; **(ii)** aprecia fundamentos diversos daqueles invocados pelas partes; **(iii)** disciplina situação jurídica apenas de sujeito que não é parte no processo.

No caso em análise, a decisão homologatória é *extra petita*, pois atingiu a esfera jurídica – e apenas esta – de sujeito estranho ao processo. Isso porque, com a morte do Sr. W., deveria ter sido o espólio habilitado nos autos para que se operasse a sucessão processual. A sucessão processual não ocorreu. De outra parte, desde o momento da morte do Sr. W., operou-se a transmissão das situações jurídicas materiais por ele titularizadas. A sucessão do direito material afirmado na demanda ocorreu logo quando da morte do Sr. W..

Ao homologar a renúncia de situação jurídica titularizada pelo espólio, que não era ainda parte no processo, a decisão extrapolou os limites subjetivos aos quais o órgão jurisdicional estava adstrito. Violou, assim, a regra da congruência subjetiva, requisito de validade de toda e qualquer decisão judicial, inclusive da decisão que homologa renúncia de situação jurídica de outrem. A decisão é *extra petita* porque (i) não regulou a situação dos sujeitos parciais que antes figuravam na relação processual (pela óbvia razão de que não poderia a decisão atingir esfera jurídica de pessoa já falecida) e (ii) atingiu apenas a órbita jurídica de terceiro, o espólio.

Há, como se vê, violação a diversas normas jurídicas.

3.2.6. Ação rescisória fundada em fundamento para “invalidação” da renúncia ao direito afirmado (art. 485, VIII, do CPC)

Nos termos do inciso VIII do art. 485 do CPC, há rescindibilidade “quando houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença.”

A expressão “desistência” deve ser compreendida como “renúncia ao direito afirmado”. É pressuposto do direito de rescindir a decisão judicial a coisa

julgada material. A desistência, em nosso direito positivo, é causa de extinção do processo sem exame do mérito; não se forma, assim, a coisa julgada material. Onde se lê “desistência”, deve-se ler “renúncia”.³³

De outra parte, o significante “invalidação” não pode ser compreendido restritivamente.

Como explica José Carlos Barbosa Moreira, tal disposição foi decorrente da transposição que fizemos de regra existente no Código Português de 1939; a sua interpretação, portanto, deve levar em conta as suas razões históricas. Segundo o art. 771, 4º, do Código Português, era cabível a “revisão” da sentença transitada em julgado quando houvesse fundamento para “revogar”, confissão, desistência ou transação em que se baseara a sentença. Tais atos eram “revogáveis” por “erro de fato, por dolo, coação ou simulação” (art. 306). Nos termos do art. 771, 5º, do Código Português, admitia-se também a “revisão” em “sendo nulo qualquer desses atos ‘por irregularidade de mandato ou insuficiência de poderes do mandatário’”.³⁴

Dessa forma, por suas próprias razões históricas, o significante “invalidação” em nosso dispositivo deve compreender também a hipótese de o ato de disposição ter sido praticado por representante sem poderes (que, tecnicamente, é questão atinente ao plano da eficácia do ato, e não da validade). É justamente o caso da decisão rescindenda, que homologou renúncia praticada por representante sem poderes para atuar em nome do espólio, titular da situação jurídica renunciada.

Mas não só. A interpretação do texto deve atender à finalidade que lhe é subjacente. No caso, em se tratando de renúncia ao direito afirmado, permite-se a desconstituição da decisão que a considerou homóloga ao julgamento de improcedência do pedido, em razão dos graves problemas que lhe são inerentes, ainda que se refiram ao plano da existência ou da eficácia.

Como visto, a decisão de homologação é pronunciamento judicial por meio do qual se considera determinado ato como homólogo de um modelo abstrato tido em conta, para lhe atribuir os seus efeitos. É o que ocorre com a

33. No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit. p. 143. Em sentido um tanto diverso, mas ainda assim aplicável ao caso, Pontes de Miranda posiciona-se no sentido que a expressão deve compreender tanto a desistência quanto a renúncia. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 337/338)

34. No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit. p. 141/142.

decisão homologatória de renúncia ao direito afirmado, para que se deixe sob o manto da coisa julgada a certificação de inexistência de direito.

A homologação é meio de processualizar ato jurídico material, que ocorre em dois momentos: o momento de sua inserção no processo seguido do momento da homologação. A decisão de homologação é ato jurídico processual, que reveste o ato material da transparência da processualidade.³⁵ É continente, que tem como conteúdo o ato homologado. É a decisão homologatória (continente) que é rescindida.

No caso em análise, o ato material conteúdo foi a renúncia ao direito afirmado; o ato processual continente, a decisão homologatória. A renúncia, como visto, está eivada de problemas, já que (i) não poderia ser praticada pelo Sr. W., que já era falecido e não mais era titular do direito renunciado e (ii) o advogado que a assinou não tinha poderes para atuar em nome do espólio ou de qualquer dos herdeiros.

Não interessa saber se a renúncia (o negócio jurídico material isoladamente considerado) foi existente/inexistente, válida/defeituosa, eficaz/ineficaz. Isso porque ela foi tida como existente, válida e eficaz pela decisão homologatória, seu elemento transparente de processualidade, para que restasse certificada a inexistência do direito renunciado. A decisão homologatória existe e está produzindo efeitos, até que se proceda à sua desconstituição.

A processualização da renúncia (por meio da sua homologação) – pelos problemas a ela inerentes – está eivada de vícios. O ato jurídico global é defeituoso e, por isso, pode ser desconstituído em sua integralidade por meio de demanda rescisória tendo como fundamento a incidência do art. 485, VIII, do CPC. Nesse caso, a desconstituição do ato da parte será decorrente da desconstituição da decisão rescindenda; mediata, pois. Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

Seria incorreto supor que, rescindida a decisão, subsistisse o ato em que ela se baseara. Consente a lei que o ataque vise *diretamente* a sentença, dispensando a parte de promover, antes, a invalidação do ato que lhe servira de suporte; mas deve entender-se que, vingando a rescisória, caem *ambos*, o ato-base (confissão, renúncia, reconhecimento do pedido, transação) junto com a decisão. Ocorre aí, substancialmente, verdadeira cumulação implícita de

35. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 411/412.

pedidos: o de invalidação do ato-base e o de rescisão da sentença.³⁶

A renúncia não poderia ter sido considerada homóloga ao modelo abstrato de improcedência por conta da série de problemas que a maculam. Porque há problemas no conteúdo, o continente não pode subsistir. No caso concreto, a expressão “quando houver fundamento para invalidar” deve ser interpretada para abranger todos os graves problemas que maculam a renúncia homologada, ainda que não se trate, tecnicamente, de problemas concernentes ao plano da validade do ato material.

Também por este fundamento deve a decisão ser rescindida.

3.3. Competência

A competência para o julgamento desta ação rescisória é do Tribunal Regional Federal.

Aplica-se, no caso, a regra do art. 108, I, “b”, da Constituição Federal, que expressamente comina ao TRF a competência para julgar a ação rescisória de seus julgados.

A decisão homologatória da renúncia, proferida pela Desembargadora-relatora, é decisão do TRF – e, nesta qualidade, atrai para o Tribunal a competência para o processo em que se pretenda a sua rescisão.

3.4. Sobre o rejuízo – *iudicium rescissorium*

Rescindida a decisão que extinguiu o processo com resolução de mérito, em razão da suposta renúncia do autor, cumpre ao tribunal rejuízo a causa.

O que terá de ser rejuízo é a apelação interposta contra a sentença.

Para que se possa compreender o tema, algumas considerações se impõem.

A sentença foi proferida contra parte que já estava morta, sem que tenha havido prévia sucessão pelo espólio. Assim, foi proferida, rigorosamente, contra alguém (espólio), que não fazia parte do processo.

36. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 146.

Esta sentença é nula – porque proferida contra alguém que não era parte.

Mas houve apelação, interposta em nome do falecido, mas que, em verdade, favorecia o espólio. A apelação foi, portanto, ato processual praticado em favor do espólio, por alguém que se afirmava representante, sem, porém, apresentar a procuração – não há procuração outorgada pelo espólio para o então advogado do Sr. W..

O caso, então, se subsume à hipótese prevista no art. 662 do Código Civil: trata-se de ato ineficaz para o suposto representado – o espólio³⁷. “A falta de poderes não determina nulidade, nem existência”³⁸. Trata-se de ato cuja eficácia em relação ao suposto representado submete-se a uma condição legal suspensiva: a ratificação.

É regra que se extrai de expresso texto de lei: “Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar”.

Como se vê, trata-se de ato ineficaz, mas que pode ser ratificado.

A propositura desta ação rescisória, com a formulação do pedido de rejugamento, é a ratificação, pelo espólio, da apelação interposta – que passa, então a produzir efeitos em relação a ele, espólio. A ratificação da apelação – conduta permitida pela norma do art. 662 do Código Civil, já exposta -, sana o defeito da sentença, que fora proferida contra pessoa morta.

Rescindida a decisão, enfim, *renasce* a apelação, pendente ao tempo da homologação, que, por ter sido ratificada, tem de ser rejugada por este Tribunal, no *iudicium rescissorium* desta ação rescisória.

-
37. Corretamente identificando a questão como atinente ao plano da eficácia, DEMARCHI, Juliana. “Ato processual juridicamente inexistente — mecanismos predispostos pelo sistema para a declaração da inexistência jurídica”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 13, p. 52; TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 284; ASSIS, Araken de. “Suprimento da incapacidade processual e da incapacidade postulatória”. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 144; CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1997, p. 220; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. *As capacidades processuais sob a égide da capacidade jurídica e como “pressupostos processuais”*. Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2006, p. 121-126; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, t. 1, p. 241-242.
38. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 4, p. 27.

4. CONCLUSÃO

Por tudo quanto foi exposto, conclui-se que:

- (i) A renúncia ao direito afirmado está eivada de problemas, já que (i) não poderia ser praticada pelo Sr. W., que já era falecido e não mais era titular do direito renunciado e (ii) o advogado que a assinou não tinha poderes para atuar em nome do espólio ou de qualquer dos herdeiros.
- (ii) A decisão homologatória da renúncia existe e, enquanto não for desconstituída, é eficaz. Dela decorreu a certificação da inexistência de um direito, idônea à formação da coisa julgada material prejudicial à parte.
- (iii) Houve coisa julgada formal acerca da decisão homologatória de mérito; formou-se a coisa julgada material, passível de ser impugnada por meio da ação rescisória, desde que se afirme incidência de norma decorrente de, ao menos, um dos incisos constantes no art. 485 do CPC.
- (iv) A situação sob consulta é tão absurda que várias são as hipóteses de rescindibilidade configuradas no caso concreto: (a) a decisão homologatória está fundada em prova falsa (art. 485, VI, do CPC) e (b) incidiu em erro de fato (art. 485, IX, do CPC); (c) há documento novo idôneo a, por si, alterar o conteúdo da decisão rescindenda (art. 485, VII, do CPC); (c) houve violação a normas jurídicas de direito material e processual, inclusive da regra da congruência subjetiva, já que a decisão regulou situação de sujeito que não era parte no processo (art. 485, V, do CPC); (e) trata-se de decisão fundada em renúncia maculada por sérios problemas (art. 485, VIII, do CPC).
- (v) A competência para o julgamento desta ação rescisória é do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
- (vi) Rescindida a decisão, enfim, *renasce* a apelação, pendente ao tempo da homologação, que, por ter sido ratificada, tem de ser rejuogada por este Tribunal, no *iudicium rescissorium* desta ação rescisória.

III

Conexão em grau recursal. Decisão final em recurso conexo. Impossibilidade de reunião. Inadequação da modificação da competência. Postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Fatos supervenientes.

Sumário: 1. Síntese da causa: 1.1. Demanda de execução de título extrajudicial e embargos à execução; 1.2. Demanda a uma prestação de fazer; 1.3. Demanda de sustação de protesto; 1.4. Demanda a uma prestação de não fazer; 1.5. Outras demandas; 1.6. A consulta – 2. Considerações gerais sobre a conexão e sobre a prevenção – 3. O caso sob consulta: 3.1. Incidência da norma decorrente do enunciado 235 da súmula do Superior Tribunal de Justiça; 3.2. A incidência dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade – 4. Conclusões.

1. SÍNTESE DA CAUSA

1.1. Demanda de execução de título extrajudicial e embargos à execução

A E. LTDA. ajuizou demanda de execução de título extrajudicial em face da M. LTDA., por meio da qual requereu fossem adimplidas parcelas supostamente não pagas previstas em contrato de constituição da sociedade em conta de participação. A demanda, tombada sob o n. XXXXX-XX.2011.8.06.0001, foi distribuída, em 11.11.2011, por sorteio, ao Juízo da 22ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, Ceará.

Houve embargos à execução, tombados sob o n. XXXXX-XX.2012.8.06.0001, distribuídos por prevenção ao mesmo Juízo. Alegou a embargante deficiência na representação processual, já que a exequente não estaria apresentada em conformidade com o seu contrato social. Demais disso, foi exercida exceção de contrato não cumprido.

Nos autos do processo de execução, a M. LTDA. apresentou, ainda, exceção de não executividade, por meio da qual se alegou a deficiência na capacidade processual. Em face da decisão que rejeitou o pedido formulado no bojo da exceção de não executividade, foi interposto agravo por instrumento (n. XXXXX-XX.2012.8.06.0000) distribuído por prevenção à 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, tendo como relator o Desembargador Teodoro Silva Santos, em razão da conexão com o agravo de instrumento XXXXX-XX.2012.8.06.0000.

1.2. Demanda a uma prestação de fazer

A E. LTDA. ajuizou, também em face da M. LTDA, demanda por meio da qual requereu a certificação e efetivação de obrigação de fazer, qual seja, a exibição de documentos e relatórios relacionados à execução e desenvolvimento do empreendimento imobiliário, bem como a movimentação financeira correspondente, sob pena de multa diária. Postulou, ainda, caso fosse “constatada a venda de todas as unidades do empreendimento”, que “fosse feita a apuração do valor real do VGV – Valor Geral de Venda – do empreendimento”.

A demanda foi tombada sob o n. XXXXX-XX.2011.8.06.0001 e, em 02.12.2011, distribuída por dependência ao Juízo da 22ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, Ceará.

Nestes autos, houve decisão antecipando os efeitos da tutela para determinar que os documentos e relatórios fossem, de logo, exibidos. Em face desta decisão, foi interposto o agravo por instrumento n. XXXXX-XX.2012.8.06.0000, também distribuído por prevenção à 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, tendo como relator o Desembargador Teodoro Silva Santos, em razão da conexão com o agravo de instrumento XXXXX-XX.2012.8.06.0000. Destaque-se que, também aqui, se discutiu a deficiência da capacidade processual da autora/agravada, em face da apresentação em desconformidade com o contrato social.

Foi proferida decisão antecipando os efeitos da tutela recursal, em face da qual a parte agravada interpôs agravo regimental, sequer conhecido em razão do seu descabimento.

1.3. Demanda de sustação de protesto

A M. LTDA. ajuizou em face R. demanda de sustação de protesto, tombada sob o n. XXXXX-XX.2012.8.06.0001 e distribuída, por prevenção, ao Juízo da 22ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, Ceará.

Houve decisão que deferiu o pedido antecipatório, em face da qual foi interposto o agravo por instrumento n. XXXXX-XX.2012.8.06.0000, o primeiro a ser distribuído ao Juízo da 4ª Câmara Cível do Tribunal para relatoria do Desembargador Teodoro Silva Santos. Foi por isso que os demais recursos interpostos nos processos conexos em trâmite na 22ª Vara Cível foram distribuídos, por prevenção, ao mesmo relator.

1.4. Demanda a uma prestação de não fazer

A P. LTDA. ajuizou, em face de R. demanda por meio da qual requereu certificação e efetivação de obrigação de não fazer.

Alegou a autora (i) ser sócia majoritária da E. LTDA; (ii) que, de acordo com o contrato social da E. LTDA, sua administração deverá ser realizada conjuntamente pelo sócio diretor da P. LTDA. e pelo Sr. R.; (iii) que o Sr. R., sócio minoritário da E. LTDA., vem pretendendo apresentar a sociedade isoladamente, outorgando poderes a advogados para praticarem atos judiciais e extrajudiciais.

Assim, requereu, em sede de tutelas sumária e exauriente, que se determinasse ao Sr. R. que se abstinhasse de representar a E. LTDA. em qualquer ato judicial ou extrajudicial sem a anuência do outro administrador.

A demanda foi tombada sob o n. XXXXX-XX.2012.8.06.0001 e distribuída inicialmente, em 16.03.2012, à 13ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, Ceará.

Em 28/03/2012, foi proferida decisão de urgência determinando que o demandado “se abstenha de representar a empresa E. LTDA em qualquer ato judicial ou extrajudicial em desconformidade com a cláusula décima oitava do respectivo contrato social, sob pena de incidir em multa”.

Em face desta decisão, foi interposto agravo por instrumento (n. XXXXX-XX.2012.8.06.0000), distribuído, em 26.04.2012, para a 3ª Câmara Cível do Tribunal, tendo como relator o Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes).

Posteriormente, no Juízo *a quo*, houve reconhecimento de conexão com os processos em trâmite na 22ª Vara Cível, de forma que se encaminharam os autos para este Juízo para processamento e julgamento simultâneos. O juízo da 22ª Vara Cível, em seguida, decretou a invalidade da decisão antecipatória proferida pelo Juízo da 13ª Vara Cível e proferiu nova decisão não acolhendo o pedido de urgência.

Dessa forma, em 19/07/2012, foi negado seguimento ao agravo por instrumento n. XXXXX-XX.2012.8.06.0000, em razão da decretação da invalidade da decisão impugnada (perda de objeto).

1.5. Outras demandas

Foi ajuizada demanda ordinária de cancelamento de protesto por M. LTDA. em face de E. LTDA e R. A demanda foi tombada sob o n. XXXXX-XX.2012.8.06.0001 e distribuída, em 17.04.2012, à 22ª Vara Cível.

A M. LTDA. ajuizou, ainda, ação declaratória de inexistência de sociedade de conta em participação, tombada sob o n. XXXXX-XX.2012.8.06.0001 e também distribuída ao Juízo da 22ª Vara Cível.

Neste processo, foi interposto agravo por instrumento n. XXXXX-XX.2012.8.06.0000, distribuído, em 02.08.2012, por prevenção à 4ª Câmara Cível para relatoria do Desembargador Teodoro Silva Santos.

1.6. A consulta

Aduz a consulente que a parte contrária tem alegado, como questão preliminar nas contraminutas dos agravos ou como objeto de reclamação em face da distribuição, a incompetência (superveniente) do Desembargador Teodoro Silva Santos e do Juízo da 4ª Câmara Cível para processar e julgar os agravos que inicialmente lhe foram distribuídos. Isso porque, com a remessa dos autos n. XXXXX-XX.2012.8.06.0001 ao Juízo da 22ª Vara Cível, em razão do reconhecimento da conexão em primeiro grau, o Desembargador Antônio Abelardo Benevides estaria prevento para julgar todos os agravos interpostos nos processos conexos, em razão do teor do art. 59 no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Ceará.

Consulta-me, então, a consulente se, no caso concreto, haveria a prevenção do Desembargador Antônio Abelardo Benevides e do Juízo da 3ª Câmara Cível para processar e julgar os agravos inicialmente distribuídos ao Desembargador Teodoro Silva Santos e ao Juízo da 4ª Câmara Cível.

É o que se passa a responder.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A CONEXÃO E SOBRE A PREVENÇÃO

Conexão é uma relação de semelhança entre demandas considerada pelo direito positivo como apta para a produção de determinados efeitos processuais. A conexão pressupõe demandas *distintas*, mas que mantêm entre si algum nível de vínculo.

Trata-se de conceito *jurídico-positivo*, construído a partir da observação de uma determinada ordem jurídica, a quem cabe estabelecer qual o tipo de vínculo considerado como relevante e quais são os seus efeitos jurídicos. Não há um conceito universal (lógico-jurídico) de conexão.

A conexão é fato jurídico processual que, em regra, produz o efeito jurídico de determinar a *modificação da competência relativa*, de modo a que

um único juízo tenha competência para processar e julgar todas as causas conexas.

A conexão, para fim de modificação de competência, tem por objetivo promover a economia processual (já que são semelhantes, é bem possível que a atividade processual de uma causa sirva a outra) e evitar a prolação de decisões contraditórias. A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito principal e desejado, exatamente porque atende muito bem às funções da conexão.

A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito jurídico típico da conexão, mas não é o único.

É possível que a conexão produza outro efeito jurídico. Imagine-se o caso de causas conexas que tramitam em juízos com competências materiais distintas ou que tramitem sob procedimentos distintos. Nesse caso, não será possível a reunião dos processos, quer porque haveria alteração de competência absoluta (que se não admite no direito brasileiro), quer porque as causas não poderiam ser reunidas para tramitar sob procedimentos diversos. A conexão, então, fará com que uma das causas fique suspensa, à espera da decisão da outra, de modo a evitar que sejam proferidas decisões contraditórias. Se não for possível a reunião, a conexão pode gerar a suspensão de um dos processos, portanto.

A conexão é fato que atribui ao órgão jurisdicional prevento uma competência absoluta. Não é por outra razão que esse fato pode ser conhecido de ofício pelo órgão jurisdicional.

Conforme disse, o conceito de conexão de *jurídico-positivo*.

O legislador brasileiro optou por conceituar *conexão* no artigo 103 do CPC: “Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”.

Há consenso, na doutrina e na jurisprudência, de que as hipóteses de conexão previstas no art. 103 são mínimas¹. O art. 103 consagra apenas *exemplos* de conexão. Trata-se de ponto, realmente, pacífico.

1. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 125-126; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1, p. 465; OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994, p. 62; ARAGÃO, Egas Dirceu. “Conexão e tríplice identidade”. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: AJURIS, 1983, n. 28, p. 79; SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 1, p. 255-256; OLIVEIRA, Bruno Silveira de.

Basta referir a alguns casos de conexão que foram reconhecidos pelos tribunais, a despeito de não se encaixarem nos estritos termos do art. 103 do CPC: a) ação de execução fiscal e ação anulatória de auto de infração (STJ, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. em 03.02.2004, publicado no DJ de 25.02.2004, p. 101); b) ação de alimentos aforada pelo filho menor contra o seu pai e a ação de guarda e busca e apreensão promovida por este contra a mãe daquele que objetive a sua guarda (STJ, 2ª S., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 09.09.1998, publicado no DJ de 23.11.1998); c) ação de despejo e de execução do respectivo contrato (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 656.277/RJ, rel. Min. Celso Limongi, j. em 18.05.2010, publicado no J de 07.06.2010).

O conceito de conexão é, pois, concretizado paulatinamente pela jurisprudência, com apoio na doutrina.

A prevenção, por sua vez, é critério para exclusão entre juízos competentes de um mesmo foro ou tribunal. Não se trata de fator de determinação do Juízo competente, mas de exclusão dos demais. Por força da prevenção, permanece apenas a competência de um entre vários juízos competentes.

A prevenção funciona como mecanismo de integração em casos de conexão: é o instrumento para que se saiba em qual juízo serão reunidas as causas conexas.

3. O CASO SOB CONSULTA

3.1. Incidência da norma decorrente do enunciado 235 da súmula do Superior Tribunal de Justiça

É possível falar em conexão como relação de semelhança entre recursos. São duas as suas hipóteses: (i) quando se trata de recursos interpostos em um mesmo processo; (ii) quando se trata de recursos provenientes de causas distintas, mas conexas. Se as demandas originárias são conexas, os recursos também o serão.

A prevenção em segundo grau é instrumento para que se saiba em que órgão serão reunidos e julgados recursos conexas.

É nesse contexto que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Ceará prevê, como hipótese de prevenção para o processamento e julgamento de

Conexidade e efetividade processual. São Paulo: RT, 2007, p. 120 e segs; SILVA, Edward Carlyle. *Conexão de causas.* São Paulo: RT, 2006, p. 82-83.

recursos, a distribuição de um recurso torna prevento o relator “para todos os recursos posteriores, tanto na ação como na execução referentes ao mesmo processo” (art. 59, §4º).

Segundo a literalidade do artigo, a prevenção do relator ocorreria para os recursos provenientes do mesmo processo. Deve-se, entretanto, ir além. Há conexão entre recursos provenientes de processos distintos, mas conexos, razão por que a prevenção servirá, também nesses casos, como instrumento para definição do relator e órgão para o caso de reunião dos recursos conexos. É que não há sentido em, reconhecida a conexão em primeira instância, ela não estender-se à segunda: a conexão implica reunião de demandas para processamento único, que não poderia desmembrar-se na instância recursal.

No caso sob consulta, o agravo por instrumento n. XXXXX-XX.2012.8.06.0000 foi interposto em face de decisão proferida nos autos do processo n. XXXXX-XX.2012.8.06.0001, inicialmente em trâmite na 13ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza. O recurso foi distribuído à relatoria do Desembargador Antônio Abelardo Benevides e, logo, ao Juízo da 3ª Câmara Cível do Tribunal.

Posteriormente, foi distribuído o agravo por instrumento n. XXXXX-XX.2012.8.06.0000 à relatoria do Desembargador Teodoro Silva Santos e, logo, à 4ª Câmara Cível do Tribunal. Cuida-se de recurso proveniente do processo n. XXXXX-XX.2012.8.06.0001, em trâmite na 22ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza. Em razão disso, todos os demais recursos interpostos nos processos conexos e reunidos junto à 22ª Vara Cível foram distribuídos, por prevenção, ao mesmo relator e à mesma Câmara.

Não se trata de recursos, portanto, interpostos no mesmo processo, razão por que não se verifica a primeira hipótese de conexão recursal.

Sucedo que foi reconhecida a conexão, em primeiro grau, entre a causa discutida no processo inicialmente distribuído à 13ª Vara Cível e aquelas discutidas junto à 22ª Vara Cível, razão por que se determinou a remessa dos autos para reunião dos feitos. Em se tratando de causas conexas, há também conexão entre os recursos que lhe forem decorrentes.

Dessa forma, em princípio, haveria conexão entre o agravo por instrumento distribuído ao Desembargador Antônio Abelardo Benevides e o agravo n. XXXXX-XX.2012.8.06.0001 e demais conexos, distribuídos ao Desembargador Teodoro Silva.

A conexão, entretanto, não se confunde com o seu principal efeito jurídico, qual seja, a reunião das causas tidas como semelhantes. A conexão é fato

jurídico; a reunião, efeito jurídico – não é o único, como visto – que lhe pode ser decorrente.

Esta distinção faz-se relevante notadamente considerando que a relação entre o fato jurídico e o efeito jurídico não é uma relação necessária, mas, sim, de condicionalidade.

Os efeitos jurídicos são decorrentes apenas de fatos jurídicos, mas nem todos os fatos jurídicos irradiam as consequências que lhe são próprias. A relação entre o fato jurídico e sua eficácia jurídica própria e final, como afirma Marcos Bernardes de Mello, não seria, tecnicamente, uma relação de causalidade, e, sim, de condicionalidade, “porque esta, embora só possa existir como consequência daquele, não é necessária (unívoca e constante)”. Cuida-se de uma relação de condicionalidade, na qual o fato jurídico é o condicionante (antecedente) e a eficácia jurídica o condicionado (consequente).²

A conexão pode, no caso concreto, não irradiar o seu principal efeito jurídico, que é a reunião das causas.

A reunião pode não ser possível no caso concreto. É o caso de já ter ocorrido julgamento em uma das causas conexas, esgotando-se, quanto a esta, o exercício da função jurisdicional. É o que dispõe a norma jurisprudencial decorrente do enunciado n. 235 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado.”

A *ratio* da norma reside no fato de ser impossível, objetivamente, a reunião dos feitos. Demais disso, como visto, a finalidade da reunião é o processamento e julgamento simultâneos, de modo que se atenda à economia processual e se evitem decisões contraditórias. Se já houve decisão final em uma das causas, desaparece a finalidade de serem reunidos os processos.

É o que se depreende, inclusive, dos precedentes que deram origem ao texto sumulado (dentre os quais, REsp 193766/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 04/02/1999, DJ 22/03/1999, p. 215; CC 1899/PR, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/10/1991, DJ 25/11/1991, p. 17041).

2. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fatojurídico. Plano da eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 25. Acrescenta o autor: “A geração da eficácia jurídica constitui a razão de ser do fato jurídico, sua função seu fim último. No entanto há circunstâncias que podem levá-lo a não realizar sua função, privando-o da possibilidade de ser eficaz, permanentemente ou temporariamente.” (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia*, cit., p. 61)

Por idêntica razão, a norma jurisprudencial incide ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença proferida em um dos processos.³

É possível que, também no que concerne à conexão em grau recursal, não seja mais possível a reunião dos recursos em razão de já ter ocorrido o julgamento de um deles. Nesta hipótese, carecerá de utilidade a medida da reunião dos feitos, eis que, também aí, não seriam mais possíveis o processamento e o julgamento simultâneos dos recursos. Cuida-se de impossibilidade objetiva, de forma que deixa de ser atendida a finalidade subjacente à reunião.

Este é, justamente, o caso sob consulta.

Houve decisão, nos autos do agravo por instrumento sob a relatoria do Desembargador Antônio Abelardo Benevides, por meio da qual lhe foi negado seguimento, em razão da decretação da invalidade da decisão por ele impugnada. O agravo perdeu o seu objeto. Ao que consta, a decisão proferida no agravo não foi impugnada, verificando-se o seu trânsito em julgado. Sequer se discute, portanto, o fato da superveniência da ausência de interesse recursal.

Dessa forma, a reunião dos recursos mostra-se como medida carente de qualquer necessidade e utilidade no caso presente, incidindo a norma decorrente do enunciado n. 235 da súmula do Superior Tribunal de Justiça. Não se modifica, assim, a competência do relator Desembargador Teodoro Silva Santos e da 4ª Câmara Cível para processar e julgar os recursos que lhe foram, inicialmente, distribuídos.

Não incide, por esta razão, a norma decorrente do art. 59, §4º, do Regimento Interno do Tribunal do Ceará.

3.2. A incidência dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade

Como ensina Humberto Ávila, os postulados normativos são normas de segundo grau (metanormas), vale dizer, são normas sobre a aplicação de outras normas.

3. “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA. CONEXÃO.

Não ha conexão, que poderia determinar a reunião dos processos, se um deles já se acha julgado, sem relevo a circunstância de haver apelação, posto que a conexão somente ocorre na mesma instância. Destaca-se a facultatividade da reunião de processos conexos. (CC 3075/BA, Rel. Ministro DIAS TRINDADE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/08/1992, DJ 14/09/1992, p. 14935)”

Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto de aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas.⁴

Diferenciam-se os postulados (metanormas) das normas de primeiro grau, quais sejam, as regras e os princípios: **(i)** quanto ao nível – não se situam no mesmo nível, vale dizer, as normas de primeiro grau são objeto de aplicação, enquanto os postulados orientam justamente esta aplicação; **(ii)** quanto aos destinatários – os postulados são dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito; **(iii)** quanto à relação com as demais normas – os postulados, por se encontrarem em um outro nível, não se implicam reciprocamente com as demais normas.⁵ A incidência dos postulados interfere na incidência das regras e princípios.

Dentre os postulados normativos, encontram-se os postulados da razoabilidade e o da proporcionalidade.

Ao tratar do postulado da razoabilidade, Humberto Ávila, a partir de grupos de casos, sistematiza as suas modalidades, quais sejam, **(i)** a razoabilidade como equidade, em que se exige a harmonização da norma geral com o caso individual, **(ii)** a razoabilidade como congruência, por meio do qual se exige seja a norma harmonizada com as suas condições externas de aplicação; **(iii)** a razoabilidade como equivalência, por meio do qual se exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.⁶

Pois bem.

Do art. 59, §4º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Ceará, deve-se compreender que, em caso de conexão entre recursos (decorrentes

4. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 124.

5. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 124.

6. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 154/160.

do mesmo processo ou de processos distintos, mas conexos) e sendo devida a reunião dos feitos, devem eles ser reunidos para processamento e julgamento simultâneos junto ao relator e ao órgão para o qual se verificou a primeira distribuição. Estabelece-se a primeira distribuição como critério de prevenção para que se defina, entre os Desembargadores e órgãos competentes, em qual deles deverão os recursos ser reunidos.

Todavia, no caso de não ser devida a reunião, como ocorre no caso sob consulta, a norma regimental não deve ser aplicada. É o que impõem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

O postulado da razoabilidade exige que sejam consideradas as circunstâncias do caso concreto no momento da aplicação normativa. Ao tratar do postulado da razoabilidade como equidade:

[...] a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável por se tratar de caso anormal.⁷

No caso presente, não se podem ignorar os seguintes fatos: (i) em razão do reconhecimento da conexão em primeiro grau, houve decretação da invalidade da decisão antes impugnada pelo agravo conexo; (ii) dessa forma, verificou-se a superveniência da ausência do interesse recursal, de forma que o agravo sequer ultrapassou o seu juízo de admissibilidade; (iii) já houve, assim, decisão definitiva nos autos do agravo por instrumento n. XXXXX-XX.2012.8.06.0000, em relação à qual, inclusive, já se verificou a preclusão formal; (iv) não se fazem mais possíveis os processamentos e julgamentos simultâneos, vale dizer, há impossibilidade objetiva de reunião dos feitos.

E mais.

A *ratio* subjacente à norma também reside no fato de que, em regra, o Desembargador para quem foi distribuído o primeiro recurso terá melhores condições para relatar os demais recursos, já que terá tido algum contato com o objeto do recurso conexo. O mesmo raciocínio pode ser feito no que concerne à Câmara competente para julgar os recursos.

7. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 156.

Não é o que se verifica no caso presente.

Ao Desembargador Antônio Abelardo Benevides, só foi distribuído o agravo por instrumento n. XXXXX-XX.2012.8.06.0000, que, como visto, perdeu o seu objeto. De outra parte, ao Desembargador Teodoro Silva Santos, foram distribuídos os quatro agravos de instrumento, todos provenientes dos processos conexos e já reunidos junto ao Juízo da 22ª Vara Cível de Fortaleza. Já foi apreciado, inclusive, pelo Desembargador Teodoro Silva Santos pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, formulado em um deles.

No caso concreto, portanto, é o Desembargador Teodoro Silva que tem as melhores condições para processar e relatar os agravos conexos, que já se encontravam sob a sua relatoria, de forma que ele já teve contato com a discussão travada entre as partes. O Desembargador Antônio Abelardo Benevides sequer realizou cognição sumária sobre o objeto do agravo por instrumento, que não ultrapassou o seu juízo de admissibilidade.

A competência do Desembargador Teodoro Silva e, logo, da 4ª Câmara Cível do Tribunal é, no caso concreto, materialmente mais adequada.

Assim, ainda que se considere como configurado o substrato fático previsto na norma regimental, as circunstâncias peculiares do caso concreto devem ser consideradas para, por força do postulado da razoabilidade, deixar de aplicar a consequência nela prevista.

Mas não é só.

O postulado da proporcionalidade, por sua vez, exige que, na aplicação das normas, haja uma relação de causalidade (critério determinado) entre um meio e um fim (elementos determinados), de modo que sejam positivos os exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Vale dizer: o meio deve ser adequado, necessário e proporcional em sentido estrito para atender o fim (estado de coisas) que lhe é subjacente.

Um meio adequado é aquele cujos efeitos possam contribuir para a promoção do fim pretendido (pergunta-se: o meio promove o fim?). Um meio necessário é aquele que, dentre outros meios igualmente eficazes, restringe em menor medida direitos fundamentais. Um meio proporcional é aquele cujo grau de importância do fim justifica as desvantagens e restrições que lhes são decorrentes.⁸

8. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 163/175.

No caso sob consulta, deve-se analisar se a modificação da competência para reunião dos recursos é medida que se mostra adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para que se atenda à finalidade normativa. Deve-se lembrar que a finalidade normativa, no caso, compreende notadamente (i) a economia processual no processamento simultâneo, (ii) afastamento de risco de decisões contraditórias e (iii) as melhores condições do Juízo para processar e julgar os recursos reunidos.

No caso, a modificação da competência não promove os fins pretendidos, considerando a existência de decisão final nos autos do agravo de instrumento sob a relatoria do Desembargador Antônio Abelardo Benevides, que inadmitiu o recurso por ausência superveniente de interesse recursal. Não se faz mais possível o processamento simultâneo, nem tampouco o seu julgamento. Já houve decisão no recurso conexo, não cabendo mais se falar em “risco de decisões contraditórias”.

Demais disso, a adoção da medida – apenas em atendimento à previsão formal normativa – prejudicaria sobremaneira a efetividade e a adequação da prestação jurisdicional, já que, no caso concreto, o Desembargador Teodoro Silva Santos e a 4ª Câmara Cível do Tribunal possuem melhores condições para processar e julgar os recursos reunidos.

Assim, além de inadequados, a modificação da competência dos agravos e a prevenção do Desembargador Antônio Abelardo Benevides são meios desnecessários e desproporcionais em sentido estrito. Destaque-se que os próximos recursos provenientes dos processos conexos junto à 22ª Vara Cível também deverão ser distribuídos ao Desembargador Teodoro Silva Santos, que se encontra, materialmente, prevento.

A aplicação da regra decorrente art. 59, §4º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Ceará, deixaria de atender às condições estruturantes decorrentes dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma que a própria norma regimental restaria violada.

Como ensina Humberto Ávila, os postulados são violados apenas elipticamente. São diretamente violados as regras e os princípios que foram indevidamente aplicados. A violação dos postulados consiste na não aplicação das normas de primeiro grau em consonância com os deveres estruturantes estabelecidos.⁹

9. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 136/137.

Dessa forma, caso sejam violados (elípticamente) os postulados no caso presente, a própria norma regimental estaria sendo ofendida, em razão da sua aplicação indevida.

Por fim, destaque-se que incide, no caso, a norma decorrente do art. 462 do CPC, segundo o qual “se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”. Este dispositivo consagra a regra de que a decisão deve refletir o estado de fato e de direito existente no momento em que for ser proferida, e não aquele do momento da postulação.

Sobre o art. 462 do CPC, devem-se tecer as seguintes considerações. **Primeiro**, onde se lê sentença, deve-se ler decisão em sentido lato. **Segundo**, o dispositivo autoriza que seja levado em consideração todo fato superveniente que possa interferir quer na resolução de questões principais, quer de questões incidentes.

No caso ora analisado, a resolução sobre a questão da competência para processar e julgar os recursos deve considerar o estado de fato atual das causas, em que (i) houve reconhecimento posterior de conexão em primeiro grau, sendo reunidos os processos junto ao juízo da 22ª Vara Cível; (ii) não há mais qualquer recurso pendente junto ao relator Antônio Abelardo Benevides; (iii) o recurso primeiramente distribuído foi inadmitido, por superveniência de ausência de interesse recursal, em razão do reconhecimento da conexão em primeiro grau.

Em síntese, incidem, no caso, os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, bem assim a regra decorrente do art. 462 do CPC para afastar a incidência da norma decorrente do art. 59, §4º, do Regimento Interno do Tribunal do Ceará.

4. CONCLUSÕES

Por tudo quanto foi exposto, conclui-se que:

- (i) No caso sob consulta, deve-se considerar o fato superveniente de que não há mais qualquer recurso pendente sob a relatoria do Desembargador Antônio Abelardo Benevides, já que o recurso primeiramente distribuído foi inadmitido, por superveniência de ausência de interesse recursal, em razão do reconhecimento da conexão em primeiro grau.

- (ii)** Dessa forma, a conexão dos recursos não terá como efeito a reunião dos feitos junto ao Desembargador Antônio Abelardo Benevides, já que não mais se fazem possíveis o processamento e o julgamento simultâneos, incidindo a norma decorrente do enunciado n. 235 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.
- (iii)** Incidem, no caso, os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, bem assim a regra decorrente do art. 462 do CPC, restando afastada a incidência da norma decorrente do art. 59, §4º, do Regimento Interno do Tribunal do Ceará.
- (iv)** Não se modifica, assim, a competência do relator Desembargador Teodoro Silva Santos e da 4ª Câmara Cível para processar e julgar os recursos que lhe foram, inicialmente, distribuídos, bem assim os recursos futuros provenientes dos processos conexos em trâmite na 22ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, Ceará.

É o parecer.

Cidade do Salvador, em 28 de novembro de 2012.

IV

Multiplicidade de atos de constrição sobre o bem. Concurso especial de credores. Adjudicação por conjunto de credores. Autocomposição. Atividade de homologação. Incompetência do Juizado Especial. Ação anulatória. Cabimento. Competência.

Sumário: 1. Síntese dos fatos – 2. A competência para processar e julgar a demanda anulatória: 2.1. Considerações teóricas; 2.2. O caso sob consulta – 3. Os vícios do ato impugnado: 3.1. Sobre o ato impugnado; 3.2. A incompetência do Juízo no caso concreto; 3.3. A ausência de participação de credores penhorantes – 4. Conclusões.

1. SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se de ação anulatória movida junto ao Juizado Especial da Comarca de XXXX, por meio da qual se requer seja decretada a nulidade de ato de “alienação por iniciativa particular” realizado nos autos n. XXXX, que tramitou junto ao mesmo Juízo.

Segundo alegam as autoras, cuidava-se de processo decorrente de ação de cobrança movida em face de XXXX, sucedida por XXXX Ltda., que já se encontrava em fase de execução de sentença. Afirmam que o valor do crédito exequendo era de, aproximadamente, R\$24.665,92 (vinte e quatro mil seiscentos e sessenta e cinco reais e noventa e dois centavos).

Alegam que o imóvel em questão foi objeto de escritura pública de doação, em 19.06.2001, por meio da qual XXXX doou o bem em favor da COMUNIDADE XXXX, posteriormente sucedida pela COMUNIDADE XXXX. Sucede que, em 08.10.2007, cancelou-se o registro da escritura pública em atendimento ao Ofício n. XXXX, decorrente do fato de o negócio ter sido considerado fraude à execução pelo Juízo trabalhista da Comarca de XXXX.

Foi assim que o imóvel foi penhorado nos autos da demanda de cobrança, em fase de execução, tendo sido tomada emprestada a avaliação ocorrida junto ao Juízo trabalhista, no valor de R\$3.100.000,00 (três milhões e cem mil reais). O bem foi, então, adquirido por um pool de doze credores cíveis e trabalhistas, dentre os quais o exequente e onze outros supostos credores, cujos créditos estavam sendo discutidos em outros processos. O bem foi adquirido

pelo valor total dos créditos de R\$ 2.877.048,36 (dois milhões oitocentos e setenta e sete mil quarenta e oito reais e trinta e seis centavos).

Diante disso, a COMUNIDADE XXXX e a COMUNIDADE XXXX ajuizaram ação anulatória do ato de alienação do imóvel junto ao Juizado Especial da Comarca de XXXX. Ocorre que o M.M. Juízo extinguiu o processo sem análise do mérito, por considerar a incompetência dos juizados para processar e julgar os pedidos da demanda. Foi interposto recurso inominado, que se encontra pendente de apreciação.

Consultam-me as consulentes acerca (i) da competência do Juízo do Juizado Especial da Comarca de XXXX para processar e julgar os pedidos da demanda anulatória e (ii) da questão de mérito sobre a incompetência dos Juizados Especiais para deferir alienação de bem de tamanha complexidade.

É o que se passa a responder.

2.A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR A DEMANDA ANULATÓRIA

2.1. Considerações teóricas

Dispõe o art. 486 do CPC que “os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”. Sobre a redação deste dispositivo, são feitas as seguintes considerações.

Primeira. Critica-se o termo “atos judiciais”. Por “atos judiciais”, deve-se entender “atos das partes em juízo”, insertos ou praticados no processo.¹ “Há atos que vêm de fora, do direito material pré-processual, ou do direito material da *res in iudicium deducta*, e entram no processo, revestindo-se de processualidade”.²

Como ensina Pontes de Miranda, a processualização pode ocorrer por simples inserção no processo ou por sua inserção seguida de homologação. Em qualquer dos casos, a processualização do ato material com ele não se

1. Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 406; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 157; MAGRI; Berenice Soubhie. *Ação anulatória. Art. 486 do CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 54.
2. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 406.

confunde; há dois atos jurídicos, um de direito material, outro de direito processual.³

Segunda. O termo “rescindido” é também criticado. José Carlos Barbosa Moreira destaca que “a palavra ‘rescindido’ está aí por ‘anulados’”⁴. Pontes de Miranda, por sua vez, afirma que não há inconveniente em se falar em “rescisão”, e não em “anulação”. Isso porque se rescinde a processualização do ato material.⁵

Terceira. O advérbio “meramente” não caracteriza espécie própria de decisões homologatórias. Ou as decisões – ou seus capítulos – são homologatórias ou não. Não existem decisões não meramente homologatórias. A atividade de homologar, que é também atividade cognitiva do magistrado, foi ou não exercida.⁶

Quarta. A expressão “nos termos da lei civil” não pode ser compreendida de forma restrita ao seu sentido literal. Por ela, deve-se entender “nos termos da norma de direito material”, que pode não estar contida no regime jurídico do direito civil.⁷

Pois bem.

A processualização é a cobertura transparente que se dá ao ato material, quer por meio da sua inserção no processo ou redução a termo, quer por meio da sua inserção seguida de homologação. Afirma Pontes de Miranda:

Não só a homologação põe por cima do ato jurídico o elemento *transparente* do ato judicial sentencial: o despacho que permite a juntada, ou a constituição em termo dos autos, ou outro meio processual é algo que cobre, transparentemente, embora menos extensivamente que a sentença homologatória, o ato jurídico das partes.⁸

3. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 412.
4. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 157. No mesmo sentido, MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ação anulatória. Art. 486 do CPC*, cit., p. 43.
5. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 408.
6. No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 159/160.
7. No mesmo sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 410; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 163.
8. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 258/259.

Há, assim, dois atos jurídicos, quer se trate de processualização por inserção, quer por homologação: o ato jurídico da parte e o ato jurídico processual do juiz, por meio do qual se processualiza o ato da parte.

A ação anulatória tem como espoco a desconstituição do ato da parte processualizado e, uma vez desfeito o ato global por meio do ataque do seu conteúdo, rescinde-se o seu continente. É nesse contexto que “temos, pois, nulidade ou anulação interior e consequência rescindente exterior”.⁹

A ação rescisória, por sua vez, tem como fim imediato a desconstituição da decisão judicial e, a depender do fundamento invocado, é possível que reste intocado o ato da parte homologado. Se a ação rescisória tiver como fundamento a incidência do art. 485, VIII, do CPC, a desconstituição do ato da parte será decorrente da desconstituição da decisão rescindenda; mediata, pois.¹⁰

A ação anulatória e a ação rescisória, portanto, não se confundem. Como causa de pedir da ação anulatória, não se deve afirmar a incidência de norma decorrente do art. 485 do CPC. Tais hipóteses fáticas de rescindibilidade são referentes à ação rescisória, e não à ação anulatória. Deve-se, na causa de pedir remota desta, alegar vícios do ato jurídico material processualizado.

Outro aspecto que as distingue é a competência para julgamento. Não são aplicáveis à ação anulatória as regras de competência da ação rescisória. A ação anulatória deve ser processada e julgada pelo Juízo que proferiu a decisão invalidanda.¹¹ Este pedido de invalidação poderia, inclusive, ser formulado nos próprios autos do processo, à semelhança do que ocorre com outras demandas sucessivas, como a liquidação e a execução de sentença.

Distinguem-se, finalmente, pelo pressuposto da coisa julgada, que é próprio e exclusivo da ação rescisória.

2.2. O caso sob consulta

Sabe-se que, em face de sentença proferida no âmbito dos Juizados Especiais, não cabe ação rescisória (art. 59 da Lei 9.099/95). Trata-se de norma

9. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 411.

10. Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira: “Seria incorreto supor que, rescindida a decisão, subsistisse o ato em que ela se baseara. Consente a lei que o ataque vise diretamente a sentença, dispensando a parte de promover, antes, a invalidação do ato que lhe servira de suporte; mas deve entender-se que, vingando a rescisória, caem ambos, o ato-base (confissão, renúncia, reconhecimento do pedido, transação) junto com a decisão. Ocorre aí, substancialmente, verdadeira cumulação implícita de pedidos: o de invalidação do ato-base e o de rescisão da sentença.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 146).

11. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 168.

restritiva, cuja interpretação não pode ultrapassar os limites do sentido literal possível. O sentido literal possível é ponto de partida da interpretação, mas é também o seu limite. Quando se ultrapassa tal limite, já não se está mais no âmbito da interpretação, mas, sim, da integração.¹²

A ação anulatória e a ação rescisória não se confundem, notadamente em razão dos seguintes critérios distintivos: objeto (ato impugnado), fundamentos, previsão normativa, competência e procedimento. O procedimento da demanda rescisória não se aplica à ação anulatória.¹³

Onde se lê ação rescisória, não se pode compreender ação anulatória. Não há, entre os respectivos termos, qualquer relação de continência. O significado de “ação anulatória” não se insere no âmbito do sentido literal possível do significante “ação rescisória”.

Sequer é necessário falar, aqui, em interpretação restritiva, porque, de interpretação, não se trata.

No mesmo sentido, afirma Berenice Magri:

Não se pode perder de vista, para essa conclusão, que a “ação rescisória” não se confunde com “ação anulatória”. O fato de não se admitir “ação rescisória” nos juizados especiais cíveis, não obsta o ajuizamento da ação anulatória, até porque não vedada na Lei 9.099/95, cabendo venha a ser aplicado supletivamente o art. 486 do CPC.¹⁴

Não se veda, pois, o ajuizamento de ação anulatória em face do ato material processualizado no âmbito dos juizados.

Este é, justamente, o caso dos autos, em que o imóvel penhorado em processo de execução de sentença junto ao Juizado Especial foi adquirido por um *pool* de credores, que abrangia, além do exequente, credores cujos créditos estavam sendo discutidos em outros feitos em fase de execução. Destaque-se

12. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad.: José Lamago. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 451.

13. Cf. MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ação anulatória. Art. 486 do CPC*, cit., p. 122.

14. MAGRI, Berenice Soubhie Nogueira. *Ação anulatória. Art. 486 do CPC*, cit., p. 126. Neste sentido, inclusive, já decidiu a Turma Recursal do Tribunal do Paraná, no julgamento do recurso inominado n. 2011.0014684-7: “É cabível, no âmbito dos Juizados Especiais, a ação anulatória prevista no artigo 486 do Código de Processo Civil (RT 870/430), senão vejamos: (...) 2. O art. 59 da Lei 9.099/95 não admite apenas ações rescisórias de seus julgados. Não é possível fazer interpretação extensiva do dispositivo legal, entendendo que abrange ações anulatórias fundadas no art. 486 do CPC, porque as hipóteses de cabimento da rescisória e da anulatória são completamente diversos. A exegese preconizada pelo juízo suscitante implica suprimir o direito de ação, sem qualquer amparo legal.”

que, em todos eles, havia sido realizada penhora sobre o mesmo bem, razão por que se tratava de hipótese de concurso especial de credores.

A aquisição do bem teve, assim, essência de uma “adjudicação consensual coletiva”, em sua perspectiva processual, ou de uma “aceitação de dação em pagamento coletiva”, em sua perspectiva material. Foi ato material processualizado (por meio do pronunciamento que a deferiu e do auto de “adjudicação”), que pode ser impugnado por ação anulatória.

Demais disso, como se verá, o ato impugnado teve essência de autocomposição de credores concorrentes processualizada por meio da verificação pelo Juízo dos seus pressupostos (vale dizer, por meio de atividade homologatória). O ato material homologado é passível de impugnação por demanda anulatória.

Cabível a demanda anulatória no caso concreto, é competente para processar e julgar seus pedidos o Juízo que proferiu a decisão invalidanda, vale dizer, o Juízo do Juizado Especial Cível de XXXX. Cuida-se de regra de competência funcional, como ocorre com a competência para processar e julgar pedidos de liquidação e execução de decisão.

Aqui, não se deve aplicar a regra decorrente do art. 3, I, da Lei 9.099/95, sendo irrelevante, neste momento, o critério do valor da causa. O critério do valor da causa já terá sido, eventualmente, considerado antes de ser realizado e processualizado o ato impugnado. O valor da causa reflete o valor do ato impugnado. O juízo não se torna incompetente para processar e julgar a demanda de anulação apenas porque o valor do ato supera o teto dos juizados.

São duas as opções: (i) ou havia competência do Juízo para processualizar o ato, mesmo com valor superior ao teto, de forma que, obviamente, não se pode negar a sua competência para processar a demanda que busca a sua invalidação; (ii) ou o vício do ato se trata, justamente, de incompetência na sua processualização e compete ao próprio Juízo corrigi-lo. Negar, neste caso, a competência do Juízo seria retirar do jurisdicionado a possibilidade de desfazer o ato processualizado, pois o Juízo comum não seria competente para processar e julgar a demanda anulatória. Tornar-se-ia inócua a possibilidade de ajuizamento da demanda anulatória.

É o que ocorre, *mutatis mutandis*, com a competência para executar as decisões proferidas no âmbito dos Juizados: compete ao próprio Juizado processar e julgar a execução de seus julgados, ainda que o valor exequendo ultrapasse o teto dos juizados, em razão, por exemplo, da incidência de juros, correção, honorários advocatícios etc.

No caso presente, o Juízo do Juizado de XXXX é competente para processar e julgar a demanda anulatória ajuizada em face do ato de “adjudicação coletiva”.

3. OS VÍCIOS DO ATO IMPUGNADO

3.1. Sobre o ato impugnado

No caso sob consulta, houve a aquisição do bem penhorado por um *pool* de credores, cujos créditos eram objeto de discussão em distintos processos. Tal aquisição foi deferida pelo Juízo do Juizado Especial Cível, que verificou a configuração dos pressupostos necessários ao ato nos termos em que celebrado. Cuida-se, como visto, de ato material processualizado passível de impugnação por meio da demanda anulatória.

Sobre a essência do ato concreto impugnado, devem-se estabelecer as seguintes premissas.

Primeira. Cuidou-se de “adjudicação consensual coletiva” do bem por um conjunto de credores penhorantes que receberam o bem (em verdade, quota parte do bem) como meio de satisfação dos créditos por eles titularizados em face do devedor expropriado.

Como se sabe, a adjudicação é título de transferência da propriedade do bem penhorado ao credor exequente ou a terceiros com direito de preferência na sua aquisição. É, assim, meio de expropriação forçada.

Quando feita em benefício do credor, a adjudicação é modo de satisfação do crédito exequendo. Pode-se dizer que, neste sentido, a adjudicação seria a faceta processual da dação em pagamento. O credor recebe “prestação diversa da que lhe é devida”, recebe o bem como forma de pagamento da obrigação de entregar quantia. A adjudicação é uma aceitação da dação em pagamento processualizada. A adjudicação já pressupõe a ideia de processualização.

Em razão das alterações decorrentes da Lei Federal n. 11.382/2007, são, hoje, legitimados para adjudicar (i) o credor exequente; (ii) o credor com garantia real; (iii) credores concorrentes que tenham penhorado o mesmo bem (credores penhorantes¹⁵); (iv) cônjuge, descendente ou ascendente do

15. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 254.

executado e, (v) no caso de penhora de quota social, procedida por exequente alheio à sociedade, os sócios. É o que se depreende do teor do art. 685-A do CPC.

Os credores penhorantes são também legitimados para adjudicar o bem, recebendo-o como satisfação dos créditos por eles titularizados. Aqui também será dação em pagamento processualizada. Todavia, o ato processualizado ter-se-á realizado em relação processual diversa daquela em que seus créditos estão sendo discutidos e em que foi realizada a penhora correspondente.

No caso em análise, o bem foi adquirido por um *pool* de credores, formado pelo credor exequente (naquele processo) e credores penhorantes, cujos créditos estavam sendo executados em outras relações processuais. Nenhum dos credores entregou qualquer quantia para adquirir o bem. Transferiu-se a propriedade do bem como forma de satisfação dos correspondentes créditos exequendos. Não se tratou, portanto, de alienação do bem penhorado por iniciativa particular. Os credores receberam quotas parte do bem em pagamento e tornaram-se, dele, condôminos. Houve, assim, adjudicação.

Foram adjudicantes os credores que, conjuntamente, adquiriram o bem. Não apenas o credor exequente, nem apenas um dos credores penhorantes, que eventualmente tivesse vencido a disputa concernente à preferência para adjudicar. A adjudicação foi realizada por um conjunto de sujeitos (credores). É nesse sentido que se refere, aqui, a uma adjudicação “coletiva” (utilizam-se as aspas para que se afaste ao termo utilizado o sentido referente à tutela coletiva). A adjudicação foi única, mas foram vários os créditos satisfeitos. Foram várias, em uma sua perspectiva material, as dações em pagamento.

Segunda. Cuidou-se de negócio jurídico por meio do qual se resolveu, de forma consensual, concurso de credores no caso concreto.

Explique-se.

Há concurso de credores (como elemento fático) “desde que contra o mesmo patrimônio se dirigem dois ou mais créditos”, “mas êsse fato somente assume importância – e gravidade – se o patrimônio é insuficiente, ou parece insuficiente, para a satisfação de todos os credores que concorrem”¹⁶. Este conjunto de fatos – formado pela existência de vários créditos direcionados

16. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 35, t. XXVII.

ao mesmo patrimônio e pelo risco de sua insuficiência – possui relevância jurídica e, assim, é apreendido pelo ordenamento. Aí se tem o concurso ou concorrência de credores como fato jurídico.

O conjunto de fatos é tido como “gerador de limitações à satisfação dos credores com os elementos do patrimônio”, de forma que se faz necessário sejam estabelecidos critérios prévios à disputa entre os credores insatisfeitos. Por isso, “a lei discrimina créditos, atende a diferenças de tempo e à qualidade subjetiva ou objetiva dos créditos”.¹⁷

O conceito de concurso de credores assume, ainda, o significado de procedimento que tem como fim decisão sobre a disputa entre os credores concorrentes. O concurso é, assim, fato que justifica a instauração do procedimento e é também o próprio procedimento. São dois os significados principais abrangidos, neste caso, no conceito jurídico-positivo.

Não nos interessa, aqui, tratar do concurso universal de credores, que se caracteriza pela pluralidade subjetiva e objetiva. “Na execução universal, entram todos os credores, e ela abrange todos os bens do devedor.”¹⁸ A liquidação é de todo o patrimônio com o fim de que se atenda a todos os credores. Pressupõe-se a insolvência do devedor.

No concurso especial de credores, que interessa para esta consulta, determinados credores concorrem no que concerne a algum ou alguns bens do devedor. Segundo Araken de Assis, são pressupostos do concurso especial: (i) pluralidade de gravames (penhoras simultâneas ou sucessivas sobre o mesmo bem ou penhora sobre bem gravado com garantia real) e (ii) a presumida solvência do executado (a fim de que não se configure a necessidade de instauração do procedimento do concurso universal).¹⁹

Exige-se, assim, a existência de várias penhoras sobre o mesmo bem, geradas por diferentes execuções, movidas por diferentes credores. Configurado o concurso especial de credores (como fato jurídico), irradia-se um vínculo entre as execuções em concorrência. Cuida-se, segundo Araken de Assis, de uma hipótese de conexão funcional entre os feitos executivos, considerando (i) a identidade do executado; (ii) identidade dos pedidos executivos imediatos

17. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 35, t. XXVII.

18. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 30, t. XXVII.

19. ASSIS, Araken. *Concurso especial de credores no CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 152.

(a expropriação) e (iii) a individualização do mesmo bem para satisfazer créditos diferentes.²⁰

Cuida-se de uma conexão funcional posterior, que surge com a constrição do mesmo bem nas diferentes execuções. Há risco de que o acolhimento do pedido executivo expropriatório em uma delas viole a preferência dos demais credores, em razão dos critérios prévios estabelecidos no ordenamento para solucionar a disputa. Há risco de decisões contraditórias, configurando-se, assim, conexão por afinidade posterior entre as demandas executivas. Nas palavras de Araken de Assis: “A característica fundamental desse vínculo reponta na sua superveniência à propositura das ações executivas singulares.”²¹

Daí se tem a instauração do procedimento do concurso especial para que, expropriado o bem, a distribuição seja feita conforme os critérios prévios de preferência. A concorrência só ocorre na fase de distribuição; até lá, mantêm-se as individualidades das execuções.²²

Dessa forma, o procedimento executivo abre-se em “feixe de procedimentos”²³. O concurso, como procedimento, é feixe de procedimentos – os procedimentos executivos concorrentes. Há ampliação subjetiva e objetiva, mas não comunhão. É o que ilustra Pontes de Miranda:

[...] o concurso de credores não funde, nem fia de novo os fios das ações executivas dos credores em fio uno, de modo que a comunhão se dê: o fio é mais grosso, porque é feixe de fios. Onde há competição não há comunhão; os credores *con*-correm, isto é, correm juntos, e *com*-petem, quer dizer: lançam pedidos rivais, *petitiones* em concorrência, em luta pelo mesmo bocado.²⁴

O sistema jurídico estabelece os critérios de solução do concurso especial de credores, em que vige o princípio da preferência, em detrimento do princípio da igualdade.²⁵ A distribuição é feita segundo ordem preferencial entre

20. ASSIS, Araken. *Concurso especial de credores no CPC*, cit., p. 152.

21. ASSIS, Araken. *Concurso especial de credores no CPC*, cit., p. 182. Diz o autor: “[...] coexistindo duas ou mais penhoras sobre o mesmo bem (art. 613), ou penhorado bem gravado com direito real de garantia, cria-se singular vínculo entre as execuções, ou entre o bem gravado e a execução, que desaguará, no momento da distribuição do dinheiro penhorado ou no produto da alienação do bem, outra espécie de concurso, que não é universal, mas particular ou especial, porque restrito objetiva e subjetivamente.” (ASSIS, Araken. *Concurso especial de credores no CPC*, cit., p. 187/188).

22. ASSIS, Araken. *Concurso especial de credores no CPC*, cit., p. 183.

23. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 37, t. XXVII.

24. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., 4. 30, t. XXVII.

25. ASSIS, Araken. *Concurso especial de credores no CPC*, cit., p. 190.

os credores, estabelecida considerando o momento das penhoras (arts. 612 e 613 do CPC). Tem preferência o credor que primeiro penhorou, ressalvada a existência de credor com privilégio de direito material ou com garantia real anterior²⁶.

O concurso é conflito que precisa ser solucionado pelo órgão jurisdicional. É preciso que se apreciem os pedidos em concorrência na distribuição do resultado da expropriação. Em regra, é competente para processar e julgar o concurso de credores o juízo do primeiro ato de constrição sobre o bem (penhora, pré-penhora ou arresto), como incidente na execução correspondente.²⁷ Isso porque, como se disse, o vínculo da conexão funcional entre as execuções concorrentes decorre, justamente, da multiplicidade do gravame.²⁸

Pois bem.

No caso sob consulta, presentes estavam os pressupostos do concurso especial de credores: (i) existência de multiplicidade de gravames e (ii) presunção de solvência do executado. Tratava-se de bem objeto de múltiplos e sucessivos atos de constrição – tanto que os doze credores que adjudicaram conjuntamente o bem eram credores penhorantes (destaque-se, desde já, que não se tratava dos únicos credores penhorantes). Dessa forma, era necessário que se instaurasse, caso se verificasse ato expropriatório em alguma delas, procedimento do concurso especial com a participação de *todos* os credores penhorantes, para que a distribuição fosse feita conforme a ordem preferencial no caso concreto.

Note-se que, no concurso de credores, cada credor afirma que lhe é devida determinada fatia do bolo, segundo as regras de preferência. Cabe ao órgão jurisdicional decidir sobre as pretensões concorrentes.

Ocorre que, no caso concreto, doze credores em concorrência realizaram autocomposição sobre a satisfação dos créditos que concorriam sobre o mesmo bem. O concurso de credores foi resolvido de forma consensual. A adjudicação do bem em condomínio decorreu do acordo entre os credores concorrentes. *A decisão que deferiu a adjudicação teve, assim, essência de decisão homologatória da autocomposição dos credores sobre o objeto do concurso especial.*

26. ASSIS, Araken. *Concurso especial de credores no CPC*, cit., p. 198.

27. ASSIS, Araken. *Concurso especial de credores no CPC*, cit., p. 215.

28. No mesmo sentido, cf. ASSIS, Araken. *Concurso especial de credores no CPC*, cit., p. 198.

Como ensina Pontes de Miranda, “homologar é tornar o ato, que se examina, semelhante, adequado, ao ato que deveria ser”. “Ser homólogo é ter a mesma razão de ser, o que é mais do que ser análogo, e menos do que ser o mesmo”.²⁹ A homologação é julgamento sobre estarem satisfeitos os pressupostos de forma e/ou os pressupostos de fundo quanto a determinado ato praticado por sujeito diverso do órgão jurisdicional que homologa. Homologar é julgar “sobre o que até então se passou”³⁰.

O ato de homologação é pronunciamento de que o que se produziu está homólogo àquele considerado em um modelo abstrato, para que, assim, possam ser irradiados os efeitos previstos a este último.³¹ Na homologação da sentença estrangeira, por exemplo, o modelo comparado é a sentença proferida pela Justiça brasileira.³²

Na homologação de espécies de conciliação (reconhecimento da procedência do pedido, renúncia ao direito afirmado e transação), o modelo é o julgamento dos pedidos formulados pelo(s) postulante(s) para que se tenha certificação de existência ou inexistência do direito idônea a ser revestida pelo manto da imutabilidade. Ao se homologar, por exemplo, a renúncia ao direito afirmado, estar-se a dizer que o ato praticado pela parte é homólogo à decisão que julga improcedente o pedido, para que se tenha por certificada a inexistência do direito afirmado, formando-se a coisa julgada material.

No caso em análise, homologou-se a autocomposição de credores concorrentes no que concerne a *petitiones* que concorriam sobre o mesmo bem. Disse-se, assim, que o ato das partes era homólogo ao modelo de decisão sobre o concurso especial de credores.

Veja-se: o bem penhorado pode ser adjudicado pelo credor penhorante, que, como visto, é legitimado para tanto. Se apenas credores penhorantes se candidatarem à adjudicação, diz-se que é preciso garantir, em igualdade de condições, a preferência aos credores com título legal de preferência (privilegio ou direito real de garantia) e, entre os quirografários, àquele cuja penhora for mais antiga.³³

29. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 410.

30. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 410.

31. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, cit., p. 410/411.

32. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 63.

33. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, cit., p. 254.

Em verdade, *a licitação entre credores penhorantes para adjudicar deve ocorrer no procedimento do concurso especial de credores, que deve contar com a participação de todos os credores concorrentes*. Antecipar-se-ia o momento de instauração do procedimento, que, em regra, ocorre na fase final da expropriação. Caso assim não seja, há efetivo risco de preterição, o que acabou ocorrendo no caso concreto.

No caso, houve autocomposição de concorrentes sobre o concurso de credores, que incluía o concurso para adjudicar o bem. A ausência de participação de credores penhorantes macula gravemente o ato de autocomposição, mas o ato foi processualizado ao ser inserido no processo e aceito pelo órgão jurisdicional. A processualização do ato equivaleu ao modelo de decisão do concurso de credores e, por isso, teve essência de decisão homologatória. Cuida-se de ato processualizado existente, mas viciado, como adiante se evidenciará.

3.2. A incompetência do Juízo no caso concreto

Como visto, o ato impugnado por meio da demanda anulatória consistiu em (i) adjudicação do bem por um conjunto de doze credores, titulares de créditos executados em diversos feitos executivos, em que, em todos eles, se havia penhorado o mesmo bem e (ii) autocomposição processualizada (por meio de decisão com essência homologatória) sobre o concurso especial de credores no caso concreto.

Ocorre que se verificava a incompetência absoluta do Juízo do Juizado Especial de XXXX para realizar o juízo de homologação no caso e deferir a adjudicação nos termos em que postulada. O ato impugnado contém, assim, defeito de nulidade.

Com efeito, há concurso especial de credores (como fato jurídico) desde o momento em que há mais de um ato de constrição sobre o mesmo bem; há, desde então, o vínculo de conexão funcional. As execuções *podem*, então, ser reunidas junto ao juízo competente para processar e julgar o concurso. Não se modificarão, por exemplo, as competências absolutas. A conexão é fato jurídico; a reunião, efeito jurídico que poderá não ser irradiado no caso concreto. Havendo ou não reunião, continua sendo competente para decidir o concurso o juízo da primeira penhora.

Havendo ou não reunião, todas as execuções conservam a sua individualidade até a fase final do procedimento expropriatório, quando se deve instaurar o *procedimento* do concurso especial de credores. O fato de a expropriação

ter-se verificado em juízo diverso não modifica a competência para processar e decidir o concurso.³⁴

Em regra, o juízo competente para processar e decidir o concurso especial de credores é aquele em que foi realizado o primeiro ato de constrição.

Esta regra, entretanto, comporta exceções.

Segundo Araken de Assis, no caso, por exemplo, de o juízo da primeira constrição ter sido trabalhista, a regra não se aplica, caso o concurso envolva créditos não trabalhistas.³⁵ Isso porque, segundo afirma, “à órbita da Justiça do Trabalho interessam apenas os litígios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, inclusive originados pelo ‘cumprimento de suas próprias sentenças’”.³⁶

Decidir sobre concurso especial de credores não trabalhistas foge, assim, à competência da Justiça do Trabalho. Note-se, inclusive, que a justiça trabalhista não seria competente para processar as execuções não trabalhistas, de forma que a regra passaria ser a não reunião, perdendo-se a finalidade subjacente à própria conexão funcional decorrente do concurso. A não reunião dos processos pode não ocorrer, mas esta não pode ser a regra, inclusive porque a reunião é medida útil e adequada para que se atenda à finalidade de não preterição entre os concorrentes.

É o caso também dos Juizados Especiais.

Sabe-se que compete aos Juizados Especiais conciliar, processar e julgar causas de menor complexidade (art. 3º, caput, Lei Federal n. 9099/1995). A menor complexidade da causa é critério estabelecido pelo legislador como ponto de partida para a definição da competência dos Juizados. Tanto é que está referido no *caput* do art. 3º, e não em suas alíneas. Se inexistente o pressuposto da menor complexidade, inexistente a competência dos Juizados, ainda que o valor da causa seja inferior àquele estabelecido na lei. O critério quantitativo cumula-se, necessariamente, com o qualitativo.³⁷ A menor complexidade da causa é critério compatível com os valores norteadores dos Juizados: celeridade, simplicidade, oralidade etc.

34. ASSIS, Araken. *Concurso especial de credores no CPC*, cit., p. 227/228.

35. ASSIS, Araken. *Concurso especial de credores no CPC*, cit., p. 221/223.

36. ASSIS, Araken. *Concurso especial de credores no CPC*, cit., p. 221.

37. Cf. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Da competência nos juizados especiais cíveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 41.

É nesse contexto que o procedimento do concurso especial de credores mostra-se incompatível com o rito dos Juizados Especiais. Como visto, para que se decida sobre o concurso de credores, faz-se necessária seja instaurado o procedimento incidente com a participação de todos os credores concorrentes, que terão de afirmar e demonstrar o crédito do qual são titulares, o ato de constrição sobre o mesmo bem e o momento de sua ocorrência (causa de pedir remota no concurso) e o direito à preferência/participação na distribuição do resultado do ato expropriatório (causa de pedir próxima do concurso).

Como visto, o procedimento do concurso especial de credores é, em verdade, um feixe de procedimentos, nos quais se discute sobre as pretensões à preferência de todos os credores concorrentes, titulares de créditos, inclusive, que não poderiam ser discutidos junto ao Juizado especial (como os créditos trabalhistas, por exemplo). Admite-se, no concurso especial de credores, a produção de prova em todos os meios em direito admitidos (art. 712 do CPC).³⁸

O concurso especial de credores tem procedimento próprio previsto no CPC (arts. 711 a 713 do CPC), que é incompatível com o rito dos Juizados, justamente porque o seu objeto não atende ao critério da menor complexidade. Não se pode considerar carente de complexidade um feixe de procedimentos em que se discutam direitos das mais variadas naturezas, discutidos em diferentes processos em trâmite em Juízos estranhos aos Juizados Especiais.

Destaque-se que, também aqui, os Juizados Especiais não seriam competente para processar as execuções, salvo aquelas já em trâmite junto aos Juizados, de forma que a regra seria a não reunião, desvirtuando-se a finalidade da conexão funcional decorrente do concurso. Demais disso, ainda que não haja reunião, trazem-se, para o concurso, os objetos das execuções, que irão compor o objeto do próprio concurso especial.

Este é justamente o caso em análise.

O Juizado Especial de XXXX não era competente para processar e julgar o concurso especial de credores, dentre os quais credores trabalhistas, que concorriam sobre o mesmo bem do executado, objeto de múltiplos atos de constrição. Ausente o critério da menor complexidade, o Juízo era incompetente para

38. Nesse sentido, vale transcrever o seguinte excerto do acórdão do julgamento do Recurso Especial n. 976522/SP: “o incidente estabelece verdadeiro processo de conhecimento, sujeito a sentença, em que será definida a ordem de pagamento dos credores habilitados, havendo margem inclusive para a produção de provas tendentes à demonstração do direito de preferência e da anterioridade da penhora.” (REsp 976522/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 25/02/2010).

que, nele, se instaurasse o procedimento do concurso especial e, logo, para homologar eventual autocomposição dos credores concorrentes.

Caso se admita, em abstrato, a competência dos Juizados Especiais (assim como a competência da Justiça do Trabalho) para processar e julgar concurso de credores, o Juizado de XXXX não realizou o primeiro ato de constrição sobre o bem, de forma que, também por isso, não seria competente para processar e julgar o concurso e, logo, para homologar a autocomposição. O Juízo da primeira penhora foi o da Primeira Vara do Trabalho de XXXX.

Cuida-se de argumentos alternativos: (i) ou existem exceções à regra geral sobre a competência para julgar o concurso de credores, de forma que, no caso, não se poderia admitir a competência do Juízo dos Juizados Especiais ou (ii) aplica-se a regra do juízo da primeira penhora, que também não era o juízo do Juizado Especial.

Em qualquer das hipóteses – alternativas –, verifica-se a incompetência absoluta do Juízo do Juizado para homologar a autocomposição dos credores concorrentes sobre o mesmo bem penhorado.

3.3. A ausência de participação de credores penhorantes

Como muito já se disse, cuidou-se o ato impugnado de autocomposição de credores penhorantes processualizado por meio do ato jurisdicional com essência de decisão homologatória. O ato jurisdicional verificou os pressupostos da autocomposição e pretendeu ser homólogo ao modelo de decisão sobre o concurso de credores.

Sucedem que nem todos os credores penhorantes participaram da “adjucação coletiva”, vale dizer, participaram da autocomposição homologada pelo Juízo do Juizado. Houve credores que sequer tiveram a oportunidade de participar do concurso para adjudicar o bem, tampouco do ato que o resolveu de forma consensual. Não se verificavam, portanto, os pressupostos necessários à homologação, já que o modelo de decisão deveria ser decorrente da possibilidade de participação em contraditório de todos os credores penhorantes.

Como visto, o concurso especial de credores tem como pressuposto a pluralidade de gravames (penhoras simultâneas ou sucessivas sobre o mesmo bem ou penhora sobre bem gravado com garantia real). Por meio do seu procedimento, devem-se discutir os diversos direitos à preferência/participação na distribuição do resultado do ato expropriatório, afirmados por todos os credores penhorantes. Exige-se a participação em contraditório de todos eles, já que a decisão sobre o concurso pode afetar a esfera jurídica de qualquer deles.

Cuida-se, assim, de hipótese de participação necessária em contraditório; vale dizer, todos os credores penhorantes são litisconsortes necessários no procedimento do concurso especial de credores. São, todos eles, credores concorrentes, que devem ser convocados para, dele, participar, sob pena de nulidade do procedimento e da decisão judicial. Trata-se de aplicação das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e, no âmbito infraconstitucional, da norma decorrente do art. 47, parágrafo único, do CPC.

Logo, o ato de autocomposição sobre as pretensões deduzidas no concurso deveria, também, decorrer da exteriorização de vontade de todos os credores concorrentes. Todos os credores penhorantes deveriam ter participado do acordo homologado ou, no mínimo, ter tido a oportunidade de, dele, participar.

No caso sob consulta, houve credores penhorantes que, nada obstante não terem participado do concurso especial de credores e do ato que o resolveu de forma consensual – e que foi homologado –, tiveram sua esfera jurídica atingida, já que sequer tiveram a oportunidade de afirmar o seu direito de preferência/participação na distribuição do resultado do ato expropriatório. Estes credores sequer puderam participar do feito, com poder de influenciar, anteriormente, a decisão, restando desatendido o seu direito ao contraditório, em suas faceta formal e material.

O ato impugnado, assim, padece de vício insanável, devendo, também por isso, ser decretada a sua invalidade.

4. CONCLUSÕES

Por tudo quanto foi exposto, conclui-se que:

- (i) O ato impugnado por meio da demanda anulatória consistiu em (a) adjudicação do bem por um conjunto de doze credores, titulares de créditos executados em diversos feitos executivos, em que, em todos eles, se havia penhorado o mesmo bem e (b) autocomposição processualizada (por meio de decisão com essência homologatória) sobre o concurso especial de credores no caso concreto.
- (ii) Trata-se de ato processualizado passível de impugnação por meio de demanda anulatória, cabível em face de atos praticados junto a Juizados Especiais.
- (iii) É competente para processar e julgar os pedidos da demanda anulatória o Juízo que processualizou o ato invalidando, vale dizer, o Juízo do Juizado Especial Cível de XXXX.

- (iv) Considerando os critérios da menor complexidade ou do primeiro juízo do ato de constrição, o Juizado de XXXX não era competente para processar e julgar o concurso especial de credores no caso concreto e, logo, não o era para homologar o ato de autocomposição dos credores concorrentes.
- (v) Houve credores penhorantes que sequer tiveram a oportunidade de participar do procedimento do concurso especial de credores e do ato que o resolveu de forma consensual – e que foi homologado –, razão por que o ato impugnado padece de defeito insanável, devendo ser decretada a sua invalidade.

É o parecer.

Cidade do Salvador, em 18 de novembro de 2012.

V

Pretensão à herança. Prescrição. Posse exercida pelos herdeiros aparentes. Usucapião.

Sumário: 1. Síntese da consulta – 2. A prescrição concernente à pretensão de herança: 2.1. Considerações sobre a prescrição; 2.2. A prescrição da pretensão à herança; 2.3. A investigação de paternidade e a petição de herança. O caso sob consulta – 3. A usucapião dos bens pelo herdeiro aparente – 4. Conclusões.

1. SÍNTESE DA CONSULTA

Relata-me o consulente que, em 1975, abriu-se a sucessão de um determinado sujeito, tendo o processo de inventário se desenvolvido regularmente e sendo findo cerca de três anos depois. Procedeu-se, então, à partilha de bens, cabendo a cada herdeiro os bens correspondentes à sua quota-parte. Houve o ato de tomada de posse, por eles exercida, acreditando na legitimidade da situação de proprietários que julgavam ser.

Consulta-me se seria possível, só agora, um sujeito, dizendo-se neto do de cujus, pretender à restituição da herança em face dos demais herdeiros. Consulta-me, ainda, em caráter eventual, se ter-se-ia verificado a usucapião em razão da posse exercida pelos demais herdeiros desde a partilha dos bens da herança.

É o que se passa a responder.

2. APRESCRIÇÃO CONCERNENTE À PRETENSÃO DE HERANÇA

2.1. Considerações sobre a prescrição

O mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos, que são os fatos da vida qualificados (como jurídicos), por força da incidência da norma jurídica. O fenômeno de juridicização ocorre quando se verifica a suficiência do suporte fático concreto, vale dizer, quando os fatos da vida são correspondentes (para que se possa fazer jus à concepção de “sistema móvel”, prefiro, aqui, utilizar a expressão “correspondentes”, e não “coincidentes”) aos pressupostos previstos abstratamente na hipótese normativa (suporte fático abstrato da norma).

Sobre o fenômeno da juridicização, é célebre a metáfora utilizada por PONTES DE MIRANDA: “para que os fatos da vida sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os “jurídicos””¹. E mais adiante: “ocorridos certos fatos-conteúdo, ou suportes fáticos, que têm de ser regrados, a regra jurídica incide. A sua incidência é como a da plancha da máquina de impressão, deixando a sua imagem colorida em cada folha”².

Dos fatos jurídicos decorrem efeitos jurídicos, situações jurídicas em sentido lato (dentre as quais, as relações jurídicas). E apenas deles. É incorreto afirmar que as relações jurídicas (bem assim os direitos e deveres, posições jurídicas ativas e passivas) têm como fontes os fatos (da vida) ou as normas. Os direitos subjetivos, compondo o conteúdo eficaz das relações jurídicas, apenas decorrem de fatos jurídicos, resultado da incidência da norma no suporte fático concreto. Mais do que apenas fatos. Mais do que apenas norma.³

Todo direito subjetivo é consequência de um fato jurídico. Nas lições de Pontes de Miranda:

Direito objetivo é a regra jurídica, antes, pois, de todo direito subjetivo e não-subjetivado. Só após a incidência de regra jurídica é que os suportes fáticos entram no mundo jurídico, tornando-se fatos jurídicos. Os direitos subjetivos e todos os demais efeitos são eficácia do fato jurídico; portanto, *posterius*. [...] Direito subjetivo já é efeito dos fatos jurídicos. Quando se fala de direitos subjetivos antes de leis é porque houve outra lei, antes deles, que, incidindo, produziu os fatos jurídicos de que esses direitos subjetivos emanaram.⁴

Os efeitos jurídicos só decorrem dos fatos jurídicos, e de nada mais. São categorias de efeitos jurídicos as relações jurídicas, caracterizadas como situações jurídicas complexas ou intersubjetivas.

As relações jurídicas são estruturadas pela correspectividade entre situações jurídicas ativas e passivas, titularizadas pelos sujeitos de direito que se encontram nos termos da relação. Fala-se, aqui, em correspectividade entre

1. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 1, p. 6.
2. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de direito privado*, t. 1, cit., p. 11.
3. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. V, cit., p. 03; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia*, cit., p. 30.
4. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. I, cit., p. 05.

situações jurídicas ativas e passivas, e não apenas direitos e deveres. Isso porque são situações jurídicas ativas que estruturam as relações jurídicas tanto os direitos a uma prestação (aos quais são correspectivos os deveres), como os direitos potestativos (aos quais são correspectivos os estados de sujeição).⁵

Direito subjetivo, portanto, é gênero, do qual são espécies os direitos a uma prestação e os direitos potestativos. No mesmo sentido, Manuel A. Domingues de Andrade:

E assim definir-se-á o *direito subjetivo* como a faculdade ou o poder atribuído pela ordem jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de um outra um determinado comportamento positivo (fazer) ou negativo (não fazer), ou de que por um acto de vontade – com ou sem formalidades –, só de per si ou integrado depois por um acto de autoridade pública (decisão judicial) produzir determinados efeitos jurídicos que se impõem inevitavelmente a outra pessoa (adversário ou contraparte).⁶

Direito a uma prestação (também chamado de direito subjetivo propriamente dito⁷) é o poder de exigir de outrem uma determinada conduta positiva ou negativa. A sua efetivação, portanto, pressupõe o comportamento de outro sujeito, titular de um dever; ocorre, assim, no mundo dos fatos. Ao direito a uma prestação, relacionam-se os conceitos de pretensão e prescrição.

Direito potestativo é o poder de criar, transformar ou extinguir situação jurídica.⁸ A sua efetivação ocorre no mundo do direito, ainda que haja consequências reflexas visíveis. Por exemplo, o direito de anular um contrato é um direito potestativo; anulado o contrato, modifica-se o mundo jurídico.

Ao direito potestativo, corresponde o estado de sujeição da outra parte da relação jurídica, que não é titular de um dever (não deve prestar, não deve praticar qualquer conduta), mas, sim, de um estado de sujeição. O estado de

5. No mesmo sentido, Manuel A. Domingues de Andrade: “Relação jurídica – stricto sensu – vem a ser unicamente a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição” (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Vol. I. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 02.)

6. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*, cit., p. 03.

7. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*, cit., p. 10.

8. Pontes de Miranda chama tais situações jurídicas ativas de “direitos formativos”, “que tendem à criação (direitos formativos criadores, ou geradores), à modificação (direitos formativos modificadores), ou à extinção de direitos (direitos formativos extintivos).” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 305)

sujeição consiste na “necessidade de suportar o exercício de tais direitos, bem como a produção das respectivas consequências jurídicas”⁹.

Os conceitos de pretensão e de prescrição não se aplicam quando se trata de direitos potestativos. O não exercício de um direito potestativo por um determinado lapso temporal determinado na lei ou entre as partes é pressuposto fático da decadência, e não da prescrição. Diferentemente da prescrição que só atinge a exigibilidade do direito a uma prestação, a decadência extingue o direito potestativo.

Em se tratando de direito a uma prestação e do correspondente dever jurídico, a relação jurídica pode, ainda, ser estruturada pela coextensão das situações jurídicas ativa e passiva. *A pretensão é o grau de exigibilidade de um direito a uma prestação; é um plus ao direito subjetivo.* A situação jurídica passiva correspondente é a obrigação, que também é um *plus* ao dever jurídico. A ação em sentido material é o grau de impositividade do direito subjetivo, cuja satisfação não apenas já pode ser exigida, como pode ser imposta pelo seu titular.¹⁰

Portanto, os conceitos de pretensão e direito subjetivo não se confundem. A pretensão é o grau de exigibilidade do direito subjetivo a uma prestação (não há de falar-se de pretensão como coextensão de um direito potestativo). Nesse sentido, ensina Marcos Bernardes de Mello:

Portanto, deixa de haver apenas direito (subjetivo) e dever, passando a existir pretensão do credor e obrigação do devedor ao cumprimento. A pretensão, como se vê, constitui o grau de exigibilidade do direito (subjetivo) e a obrigação de submissão ao adimplemento. O direito, enquanto sem pretensão, não é exigível; existe apenas *in potentia*.¹¹

Frise-se, então: a pretensão é um *plus* ao direito subjetivo, a sua exigibilidade.

A prescrição é fato jurídico que tem como um dos elementos de seu suporte fático a pretensão material (que é coextensão de situação jurídica ativa). Com efeito, nada impede que um fato jurídico ou uma consequência jurídica

9. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*, cit., p. 13.

10. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. p. 172 e seq.

11. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia*, cit., p. 185.

seja elemento previsto na hipótese normativa para a sua incidência. É o que afirma Lourival Vilanova: “também a própria relação jurídica, que num ponto da série é efeito, pode figurar, num outro ponto da série, como antecedente ou causa, aqui compondo o suporte fático, passando, pois, à categoria de fato jurídico”¹².

Uma vez decorrido determinado lapso temporal sem o exercício do direito a uma prestação exigível, opera-se a incidência normativa, formando-se o fato jurídico da prescrição. São, então, pressupostos fáticos da prescrição: **(i)** pretensão (direito a uma prestação exigível); **(ii)** o seu não exercício; **(iii)** o tempo.

Do fato jurídico da prescrição, decorre a sua relação jurídica, estruturada pela exceção neutralizante que atinge a eficácia da pretensão prescrita. O direito subjetivo continua existente, mas ele deixa de ser exigível. O que se afeta, com a prescrição, é o grau de exigibilidade do direito a uma prestação, não o direito em si.

Nesse sentido, afirma Pontes de Miranda: “prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação”¹³. E acrescenta:

Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrimo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade.¹⁴

Dessa forma, a prescrição relaciona-se com o conceito de pretensão material não apenas em seu plano da existência, mas também em seu plano da eficácia.

2.2. A prescrição da pretensão à herança

Como ensina Pontes de Miranda, no direito romano, a *hereditatis petitio* era “*vindicatio hereditatis* pela qual se obtinha a entrega da herança ou dos

12. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4 ed. p. 128.

13. MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. Tomo VI. 1 ed. São Paulo: Editora Revistas Tribunais, 1983, p. 100.

14. MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. T. VI, cit., p. 101.

objetos pertencentes a ela, por parte do possuidor”.¹⁵ Na época antiga, a legitimidade passiva era restrita àquele que possuía por se afirmar herdeiro (possuidor pro heredere). “Tratava-se de juízo duplo: *vindicatio*, *contravidicatio*; de modo que se exigia que o autor afirmasse o seu direito (*vindicatio*) e o réu o seu (*contravidicatio*).”¹⁶

Na fase do procedimento formular, a *hereditatis petitio* deixou de ter juízo duplo, estendendo-se a sua legitimidade passiva. Bastava que o demandado possuísse a herança, independentemente de se afirmar ou não herdeiro. “Portanto: contra os que se consideravam os verdadeiros herdeiros ou co-herdeiros (*pro herede possidentes*) e os que sabiam que não o eram (*pro possessore possidentes*)”¹⁷.

Por meio da *rei vindicatio*, discutia-se a condição de herdeiro do demandante; se esta não era negada pelo demandado, o herdeiro tinha de mover o *interdictum quam hereditatem*, “pelo qual o Pretor constrangia o possuidor a restituir as coisas hereditárias”. Neste momento, não mais poderia o demandado alegar não ser herdeiro o demandante.¹⁸

Tais considerações históricas são relevantes para que se compreenda o conteúdo do pedido de herança, atualmente previsto no art. 1824 do Código Civil, segundo o qual “o herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possuía.”¹⁹

Em nosso ordenamento jurídico, a decisão que julga o pedido de herança já tem força executiva suficiente para que seja satisfeito o direito certificado. Não se faz necessário o *interdictum quam hereditatem*.²⁰ Demais disso, tem legitimidade passiva o possuidor, independentemente de afirmar ou não a condição de herdeiro (*pro herede possidentes* ou *pro possessore possidentes*).

15. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 137, t. LV.

16. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 137, t. LV.

17. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 137, t. LV.

18. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 140, t. LV.

19. No Código Civil de 1916, assim estava previsto (art. 1580, p. único): “Qualquer dos co-herdeiros pode reclamar a universalidade da herança ao terceiro que indevidamente a possuía, não podendo este opor-lhe, em exceção, o caráter parcial do seu direito nos bens da sucessão.”

20. “No direito romano, tal resultado era obtido com o uso do *interdictum quam hereditatem*, se o réu não afirmava o seu direito. Dêle não se precisa no direito contemporâneo.” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 140/141 t. LV.)

A demanda de petição de herança tem como fim a restituição de herança, ou de parte dela, que se encontra na posse de outrem. Nela, portanto, alega-se, em sua causa de pedir próxima, o direito à restituição de herança e o dever do possuidor de restituí-la.

A *ratio* da petição de herança é próxima daquela de uma demanda reivindicatória. Nesse sentido, afirma Pontes de Miranda: “A petição de herança é, no sistema jurídico brasileiro, ação de vindicação, como a reivindicatória”.²¹

O direito à herança compõe a causa de pedir remota da demanda. Explique-se.

O conteúdo da causa de pedir de uma demanda deve ser composto (i) pela afirmação do fato jurídico e (ii) da situação jurídica em sentido lato irradiada, notadamente a relação jurídica eficaz, estruturada pela corresponsividade entre direito e dever/estado de sujeição.

É nesse contexto e com essa lógica subjacente que deve ser (re)construída a norma decorrente o art. 282, III, do Código de Processo Civil brasileiro, no qual se exige do autora exposição dos fundamentos fáticos e dos fundamentos jurídicos.

O demandante deve afirmar a existência do fato jurídico (fundamento fático) e da situação jurídica (em sentido lato) que lhe é decorrente (fundamento jurídico). O fundamento fático seria a causa de pedir remota; o fundamento jurídico, a causa de pedir próxima.

É possível que fatos jurídicos ou mesmo situações jurídicas sejam elementos do suporte fático de outro fato jurídico.²² Nesse caso, ainda que se trate de situações jurídicas, elas são afirmadas na demanda como elementos de suporte fático, compondo, assim, a sua causa de pedir remota.

É o que ocorre, por exemplo, na ação reivindicatória de um bem: a causa de pedir remota é o fato jurídico composto pelo direito à substância da

21. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 144, t. LV. Também Caio Mário Pereira da Silva: “Assemelha-se a petição de herança à reivindicatória, dela diferindo em que a ação reivindicatória visa à recuperação de uma coisa determinada, ao passo que a de petição de herança tem por objeto o reconhecimento da qualidade hereditária, com a atribuição do acervo como um todo ou fração do todo.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. VI. 17 ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 58/61)

22. Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t.I, cit., p. 34/35 e MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 43/45.

propriedade e a posse injusta de outrem; a causa de pedir próxima, o direito de reivindicar o bem, correspectivo ao dever do demandado de entregá-lo. O direito à substância da propriedade é, aqui, elemento do suporte fático e, por isso, é fundamento fático, e não jurídico, da demanda.

Na demanda de petição de herança, o direito à herança, titularizado pelo conjunto de herdeiros, é pressuposto fático do direito à sua restituição. Mas não só. Exige-se o grau de exigibilidade do direito, vale dizer, a pretensão material à herança. Também é pressuposto fático a posse exercida por outrem, ainda que não a exerça na qualidade de herdeiro aparente.

Da pretensão à herança, decorre o direito de vindicá-la, que pode ser exercido por qualquer dos herdeiros. É preciso que o autor afirme a sua situação jurídica de herdeiro, como fundamento da demanda. O direito sucessório é questão incidental e, por isso, a demanda de petição de herança não se confunde com a demanda meramente declaratória do direito sucessório.

É o que ensina Pontes de Miranda:

A ação de petição de herança, como a ação de reivindicação, de modo algum se confunde com a declaratória do direito do herdeiro (= declaratória da relação jurídica de propriedade em que é sujeito ativo o herdeiro). A petição de declaração da relação jurídica pode ser incluída na petição de herança, porém não é necessário (Tomo XIV, §1.577, 4). Se o foi, há cumulação, devendo-se julgar, primeiro, a ação declaratória; depois, a de petição de herança.²³

A situação jurídica de herdeiro não é questão principal na demanda de petição de herança, mas, sim, incidental. A petição de herança não tem natureza meramente declaratória, mas condenatória (assim entendida como demanda de conhecimento que visa a certificação e efetivação de um direito a uma prestação).

Pois bem.

Em nosso ordenamento, a herança é um todo, único, indivisível (art. 1791 do Código Civil). Assim, ela é bem jurídico único objeto de um direito único titularizado pelos herdeiros. Há, assim, o direito unitário à herança, que é exigível desde o momento de sua existência, vale dizer, desde o momento da

23. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 141, t. LV.

morte do sujeito. A exigibilidade do direito à herança caracteriza a pretensão material unitária à herança.

Nas palavras de Pontes de Miranda:

A prescrição da ação de petição de herança apresenta problemas técnicos de grande relevância: ou a) o sistema jurídico desconhece a pretensão à herança, a *hereditatis petitio*, e então não há pensar-se que em pluralidade de pretensões singulares, isto é, sem laço, cada uma delas referente à violação do direito do herdeiro a determinado objeto ou a determinados objetos; ou b) não há concepção da herança universalidade de direito (Código Civil, arts. 57, 44, III e 1.580), portanto, necessariamente, a da pretensão unitária à herança (= a petição de herança). A solução do direito brasileiro é, evidentemente, a última, com a incidência, também, do art. 1.572 do Código Civil.²⁴

Não se há de falar, portanto, em direitos à herança, nem em pretensões à herança. O direito e a pretensão à herança são unitários.

A pretensão unitária à herança – pretensão que é – pode ser elemento fático da prescrição, também unitária. Segundo Pontes de Miranda, “há, portanto, a *pretensão unitária à herança*, a que corresponde *prescrição unitária*”²⁵. Não há tantos fatos jurídicos de prescrição quantos forem os herdeiros. A prescrição também é única e atinge, de uma só vez, a exigibilidade do direito (à herança).

O direito à herança é exigível desde o momento do seu surgimento; desde então, há a pretensão unitária à herança, que já pode o ser exercida. Deve-se lembrar que o fato constitutivo do direito à herança é a morte do indivíduo, inclusive considerando que “o fim da regra que prescreve a transmissão hereditária instantânea, *ipso jure*, é evitar qualquer hiato entre a *delação* e a *aquisição de herança*.”²⁶

O prazo prescricional para o exercício do direito (exigível e unitário) à herança inicia-se com a abertura da sucessão. Por inexistir previsão específica, incide a norma decorrente do art. 205 do Código Civil de 2002, sendo, atualmente, de dez anos o prazo prescricional.

24. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 144, t. LV.

25. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 144, t. LV.

26. GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12 ed. rev. atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 20.

Se verificada a prescrição da pretensão unitária à herança, deixa de ser exigível o direito unitário à herança, pressuposto fático do direito de vindicá-la de quem a possua. Em outras palavras, se não há pretensão à herança (porque já atingida pela prescrição), não há o direito afirmado como causa de pedir próxima da petição de herança, cujo pedido deve, assim, ser julgado improcedente.

Ainda que assim não fosse, deve-se destacar, mais uma vez, que, por meioda petição de herança, se buscam a certificação e a efetivação de um direito a prestação, qual seja, o direito à sua restituição total ou parcial. É preciso, portanto, que se afirme a exigibilidade do direito cuja efetivação de busca.

A causa de pedir próxima da demanda é composta pela afirmação da pretensão à restituição da herança, que também pode ser pressuposto fático da prescrição. O direito à restituição existe e é exigível desde que (i) exista e seja exigível o direito à herança e (ii) se verifique a posse de outrem. Assim, há a pretensão à restituição desde o ato de posse da herança ou de parte dela.

É o que ensina Pontes de Miranda:

A herança é patrimônio, segundo o art. 57 do Código Civil. Se alguém retira qualquer bem, ou bens, corpóreos ou incorpóreos, da herança, de uma só vez, ou em diferentes ensejos, ofende o direito conjunto (*Gesamt-recht*) do herdeiro, isto é, sobre o patrimônio. A cada novo ato ou ato-fato tem o ofensor a posição de sujeito passivo da pretensão e da ação de petição de herança, devendo restituir tudo de que antes se apoderou como se herdeiro fosse, ou como se seu fosse. Daí o início da prescrição somente ser a partir do último ato de tomada de posse (Th. Kipp, em L. Enneccerus, Lehrbuch, V, § 66, I).²⁷

Dessa forma, a cada novo ato – violador – sobre a herança, renova-se a pretensão à sua restituição, razão por que o prazo prescricional para o seu exercício tem início a partir do último ato de tomada de posse pelo suposto ofensor.

27. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 145, t. LV.

2.3. A investigação de paternidade e a petição de herança. O caso sob consulta

No caso sob consulta, a abertura da sucessão ocorreu no ano de 1975, tendo se encerrado o processo de inventário e partilha três anos depois (1978). Consulta-me o consulente se, agora, mais de trinta anos depois, poderia um sujeito, dizendo-se neto do de cujus, pleitear a restituição da herança ou de parte dela.

A demanda de investigação de paternidade/maternidade é aquela por meio da qual se requer sejam certificados o direito potestativo de ser filho e o estado de sujeição de ser pai/mãe. A filiação e a paternidade/maternidade são situações jurídicas que, uma vez decretadas, são consideradas existentes desde o nascimento. Vale dizer: o reconhecimento da filiação tem eficácia retroativa.

Sabe-se que o reconhecimento da filiação não está sujeito a qualquer prazo. Por isso, que se diz ser “imprescritível”. Em verdade, não se trata de imprescritibilidade, pois se refere ao exercício de um direito potestativo, e não de um direito a uma prestação.

É o reconhecimento da filiação que não está sujeito a qualquer prazo (decadencial), o que não abrange efeitos patrimoniais que lhe sejam decorrentes. É possível que direitos prestacionais que tenham como pressuposto fático a situação jurídica de ser filho já tenham sido atingidos (em sua exigibilidade) pela prescrição(aqui, sim, o termo “prescrição” pode ser utilizado).

Vale dizer: a “imprescritibilidade” do direito ao reconhecimento não torna imprescritível o exercício de pretensões prescritíveis. Não torna imprescritível, assim, o exercício do direito exigível à herança, nem o direito à sua restituição.²⁸Caso assim não fosse, estar-se-ia diante de uma “imprescritibilidade por arrastamento”.

É o que dispõe, inclusive, o enunciado de súmula n. 149 do Supremo Tribunal Federal: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.²⁹

28. Em idêntico sentido, ensina Maria Helena Diniz, ao se referir à investigação de paternidade: “Será imprescritível; logo, o filho poderá em qualquer tempo propô-la, porque não se pode negar-lhe a proclamação do seu status, embora prescrevam seus efeitos patrimoniais, de modo que, havendo prescrição destes, o filho pode intentar a ação, para se fazer reconhecer, sem ter, contudo, direito à herança”. (DINIZ, Maria Helena. *A prescrição no direito de família*. In: Prescrição no Código Civil. 3 ed. Mirna Cianci (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 380).

29. “Ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança. Não há que falar em ação única, de investigação de paternidade. Não tem pertinência a alegação de negativa de vigência ao

Como visto, a pretensão à herança, que é unitária, pode ser exercida desde a abertura da sucessão e, por isso, desde então, inicia-se o prazo prescricional para tanto.

O prazo prescricional para o exercício da pretensão à herança inicia-se no momento da abertura da sucessão, ainda que seja posterior o reconhecimento da filiação.

A um, porque a pretensão à herança é unitária, razão por que a prescrição também é unitária. Não poderia haver prazos prescricionais distintos para cada titular do direito (cada co-herdeiro).

A dois, porque o reconhecimento da filiação tem eficácia retroativa, de forma que não teria sentido, apenas com relação ao exercício da pretensão à herança, a sua eficácia ser *ex tunc*. Note-se que, durante todo o lapso temporal, era possível ao herdeiro ser reconhecido como filho e pretender à herança ou à sua restituição, mas não o fez. O direito ao reconhecimento à situação jurídica não se extingue com o tempo, mas a exigibilidade do direito à herança resta atingida.

A três, porque se tutelam, no caso, a segurança e a confiança jurídicas.

Como ensina Humberto Ávila, a segurança jurídica deve ser compreendida em suas dimensões estática e dinâmica. A sua dimensão estática refere-se à questão do conhecimento do Direito ou da comunicação no Direito, revelando as qualidades que ele deve possuir para que seja “seguro”. O Direito deve ser compreensível e efetivo para que dê segurança ao cidadão e possa orientar as suas condutas.³⁰

A dimensão dinâmica refere-se às questões da confiabilidade e da calculabilidade do Direito. “Confiável, no sentido de permitir que o cidadão possa saber *quais* são as mudanças que podem ser feitas e *quais* as que não podem ser realizadas”, evitando que seus direitos e expectativas sejam frustrados.³¹ O

disposto no art. 473 do Cód. Proc. Civil. Infrutífera é a arguição de negativa de vigência ao disposto no art. 178, parágrafo 9., inc. v, letra b, do Código Civil. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, enquanto a prescrição de petição de herança é vintenária (art. 177 do Cód. Civil). O dies a quo do prazo prescricional é o da abertura da sucessão do pretendido pai, eis que não há sucessão de pessoa viva. [...]” (STF.RE 94931-RJ, 2ª Turma, Min. Relator Djaci Falcão, 07/12/1982).

30. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 290.

31. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, cit., p. 291.

cidadão deve ter assegurados os efeitos dos atos normativos que orientaram o exercício de sua liberdade no passado.

“Calculável, no sentido de que permitir que o cidadão possa saber *como* as mudanças podem ser feitas e *quando* elas serão realizadas, impedindo que ele seja surpreendido”³². A surpresa é, em princípio, vedada no Direito. As regras do jogo devem ser previamente conhecidas, e os sujeitos devem saber – também previamente – se, quando e como elas poderão ser alteradas.

Em sua dimensão dinâmica, o conteúdo princípio da segurança jurídica é preenchido pela tutela da confiança.

Como ensina Humberto Ávila, tutela-se a situação de confiança do sujeito que exerce a sua liberdade por confiar na validade (ou aparência de validade) de um conhecido ato normativo e que, depois, vê frustradas as suas expectativas pela descontinuidade da sua vigência ou seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação, quer por invalidação.³³ Neste contexto, o princípio da proteção da confiança seria a dimensão subjetiva do conteúdo do princípio da segurança jurídica.

Pois bem.

Dizer que o prazo prescricional da pretensão à herança só se iniciaria com o reconhecimento da filiação, que pode ocorrer a qualquer tempo, seria contrário ao princípio da segurança jurídica em sua dimensão estática e dinâmica.

O termo *a quo* do prazo prescricional precisa ser conhecido pelos envolvidos para que possam orientar as suas condutas (dimensão estática). Não se poderia deixar por conta vontade exclusiva de um deles a definição do seu momento de início. Caso contrário, estar-se-ia deixando ao sujeito a possibilidade de modular, por sua vontade, a prescrição.

O conhecimento prévio do termo inicial do prazo prescricional conduz à sua calculabilidade e confiabilidade para que sirva de base à orientação do exercício da liberdade dos envolvidos (dimensão dinâmica). Os demais co-herdeiros, que exercem a posse há mais de trinta anos, acreditando na legitimidade do seu direito, confiaram também no termo do prazo prescricional e calcularam a probabilidade do dever de restituição. Assim, exerceram a sua

32. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, cit., p. 291.

33. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, cit., p. 360.

liberdade e orientaram a sua conduta, investindo na situação de confiança por eles titularizadas. Não podem, agora, quando já acreditavam que não havia mais prazo prescricional em curso (confiavam não apenas no seu início, mas também no seu fim), serem surpreendidos com a afirmação de pretensão à restituição de herança.

Este é justamente o caso sob consulta.

Aberta a sucessão há quase quarenta anos (1975), o prazo prescricional para o exercício da pretensão unitária à herança começou a correr desde então, ressalvada a existência, à época, de herdeiro incapaz. Nesta hipótese, o prazo prescricional ter-se-ia iniciado, com relação a todos os herdeiros, com o alcance da maioridade do último deles, já que, como muito já se disse, se trata de pretensão única e prescrição única.

Na vigência do Código Civil de 1916, o prazo era de vinte anos³⁴; atualmente, o prazo é de dez anos, podendo ser aplicada, se for o caso, a regra de transição decorrente do art. 2028 do Código Civil de 2002. Em qualquer destas hipóteses, já foi atingida pela prescrição a pretensão à herança, bem assim a pretensão à sua restituição (considerando-se que a tomada de posse deve ser ocorrido com a partilha, em 1978).

Eventual pedido de restituição de herança só agora formulado não deve ser acolhido. A um, porque inexistente mais pretensão à herança; a dois, porque a própria pretensão à restituição não é mais exigível.

3. A USUCAPIÃO DOS BENS PELO HERDEIRO APARENTE

A usucapião é fato jurídico que tem como elemento nuclear de seu suporte fático a posse própria, como se o possuidor dono fosse. A posse é, aqui,

34. Nesse sentido, deve-se transcrever parte do voto do então Ministro Clovis Ramallete no julgamento do Recurso Extraordinário n. 93.493-6: “Quando a prescrição do direito de petição de herança da Recorrida, sendo certo que a sucessão do pai investigado foi aberta há mais de vinte anos antes da ação de investigação de paternidade, não pode mais ser objeto de petição de herança o espólio dele.” No mesmo sentido, é o posicionamento do STJ: “PARTILHA. ANULAÇÃO. PRESCRIÇÃO. HERDEIRO NÃO CONTEMPLADO. E DE VINTE ANOS O PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA QUE DEMANDE A NULIDADE DA PARTILHA O HERDEIRO QUE DELA NÃO PARTICIPOU. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. TEM-SE COMO ATENDIDO ESSE REQUISITO SE A QUESTÃO JURÍDICA FOI ENFRENTADA PELO ACORDÃO, AINDA QUE NÃO EXAMINADOS EXPLICITAMENTE OS DISPOSITIVOS LEGAIS INVOCADOS NO RECURSO”. (REsp 68.644/BA, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/1997, DJ 22/04/1997, p. 14423)

elemento fático. “A posse do imóvel como seu (art. 550), ou de coisa móvel como sua (art. 618), é acontecimento do mundo fático.”³⁵

Fala-se em “*animus domini*”, mas, em verdade, a expressão é, de certa forma, atécnica, na medida em que pode levar ao entendimento de ser relevante a vontade do possuidor. A posse é situação fática – ainda que decorrente da conduta do sujeito – que é apreendida pelo Direito; não é a vontade que importa para tanto.

É também neste sentido que a posse própria não se confunde com a boa-fé do sujeito, com a crença no título. Segundo Pontes de Miranda, “a crença no título, na causa de adquirir, nada tem como a posse mesma. Podem existir o justo título e a crença, sem existir a posse própria, ou qualquer posse.”³⁶

É também elemento nuclear do suporte fático da usucapião o decurso do tempo. É a posse duradoura que pode ser pressuposto da usucapião.

A usucapião é, também ela, manifestação da tutela da confiança pelo ordenamento. Independentemente do elemento subjetivo do possuidor, tutela-se a confiança do sujeito na situação fática da posse por ele exercida, que investiu (exerceu a sua liberdade) como se proprietário fosse. O fim imediato da usucapião não é punir o antigo proprietário, que não deu finalidade social à sua propriedade, mas, sim, proteger a situação daquele que o fez. Por isso, o pressuposto fático nuclear é a posse, e não a inércia do antigo proprietário.

Nesse sentido, são as lições de Pontes de Miranda:

Na usucapião, o fato principal é a posse, suficiente para originariamente se adquirir; não, para se adquirir de *alguém*. É bem possível que o novo direito se tenha começado a formar, *antes* que o velho se extinguisse. Chega momento em que esse não mais pode subsistir, suplantada por aquêle. Dá-se, então, impossibilidade de coexistência, e não sucessão, ou nascer um do outro.³⁷

Pois bem.

São pressupostos fáticos gerais da usucapião: (i) a posse própria, mansa, pacífica e contínua e (ii) o tempo. Diz-se gerais porque estão presentes em

35. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p. 117, t. XI.

36. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 117, t. XI.

37. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 117, t. XI.

todas as suas espécies (extraordinária, ordinária, especial rural, pro-labore ou urbana, de imóvel, de bem móvel etc). Cada uma de suas espécies apresenta os pressupostos específicos, como justo título, boa-fé, destinação para moradia e subsistência própria etc.

No Código Civil de 1916 (art. 550), era previsto que (i) “aquele que, por vinte anos, sem interrupção, nem oposição possuir como seu um imóvel, adquirir-á o domínio, independentemente de título e boa-fé”; (ii) “adquire também o domínio de imóvel aquele que, por dez anos entre presentes, ou quinze anos entre ausentes, o possuir como seu, contígua e incontestadamente, com justo título e boa-fé”.

No caso sob consulta, desde o ano de 1978, quando se verificou a partilha, teria havido o ato de tomada de posse pelos co-herdeiros. Desde então, exercem eles posse pacífica e ininterrupta sobre os bens herdados. Trata-se de posse própria, já que exercida pelos possuidores como se donos fossem. Já se passaram mais de vinte anos, atendendo-se também ao pressuposto fático do tempo.

Configurados restaram os pressupostos fáticos da usucapião extraordinária, razão por que, desde 1998, ainda que se tratasse de herdeiros aparentes, teriam eles adquirido a propriedade dos bens tido como herdados.

Note-se que, se presentes os pressupostos fáticos da usucapião extraordinária de bem imóvel, presentes também podem se fazer os pressupostos das suas demais espécies.

No caso, ainda se configuram os pressupostos do justo título e da boa-fé. Por meio da sucessão mortis causa (modo de aquisição), os herdeiros acreditavam ter adquirido a propriedade dos bens que lhe couberam por meio do formal de partilha devidamente registrado. Cuida-se de título idôneo à transferência da propriedade; “justo”, portanto. Demais disso, desde então, acreditavam ser legítimos proprietários dos bens tido como herdados, configurando-se o pressuposto da boa-fé. Dessa forma, configurou-se, assim, a usucapião ordinária.

Não se devem questionar, aqui, questões atinentes à não manifestação anterior do suposto novo herdeiro. A um, porque o elemento subjetivo do proprietário antigo não é pressuposto fático da usucapião. A dois, porque se protege a situação do herdeiro aparente que, durante tanto tempo, exerceu a posse confiando na legitimidade da situação por ele titularizada.

O herdeiro aparente é, por vezes, chamado de herdeiro putativo. A putatividade consiste “do latim, putativus (imaginário), de putare (reputar, crer,

imaginar, considerar), (...) na significação jurídica, a putatividade (qualidade de putativo) gera uma reputação de real a respeito da coisa ou do fato, para que surta certos efeitos".³⁸ O direito apreende a situação reputada como legítima pelas partes ou por uma delas, atribuindo-lhe efeitos em sua órbita.

No caso em questão, além de se restarem configurados os pressupostos objetivos da usucapião, deve-se tutelar a situação de aparência tida como legítima pelos herdeiros. Assim, ainda que se entenda não se terem configuradas as prescrições da pretensão à herança e da pretensão à sua restituição, os demais herdeiros teriam adquirido, por usucapião, a propriedade dos bens que lhe couberam em razão da partilha ocorrida em 1978.

4. CONCLUSÕES

Por tudo quanto exposto, conclui-se que:

- (i) tendo ocorrido a abertura da sucessão em 1975 e a partilha de bens em 1978, considerando-se a inexistência de herdeiros menores nos últimos vinte anos, ter-se-ia configurado a prescrição da pretensão unitária à herança, não devendo ser acolhido eventual pedido formulado em petição de herança;
- (ii) ainda que assim não fosse, a pretensão à restituição de herança também já teria sido atingida pela prescrição, considerando o ato de tomada de posse em 1978, bem assim considerando que o suposto novo herdeiro se tornou capaz há, no mínimo, vinte anos;
- (iii) em caráter eventual, ainda que ultrapassados os demais argumentos, os demais herdeiros teriam adquirido por usucapião os bens que lhe couberam em razão da partilha.

É o parecer.

Cidade do Salvador, em 07 de outubro de 2012.

38. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizado por: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Forense: Rio de Janeiro, 2005, p. 1136.

VI

Juízo de inconstitucionalidade da norma. Defeito e invalidade. Eficácia da inconstitucionalidade. Regra de deseficacização. Não aplicação no caso concreto. A Eficácia não-retroativa da decisão de inconstitucionalidade. Princípio da segurança jurídica e da confiança. Interesse social excepcional. Atuação dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

Sumário: 1. Síntese do caso – 2. Esclarecimento – 3. O juízo de validade dos atos jurídicos – 4. O juízo de inconstitucionalidade da norma – 5. A eficácia da inconstitucionalidade – 6. A modulação dos efeitos da inconstitucionalidade no controle abstrato – 7. O princípio da proteção da confiança e o princípio da segurança jurídica – 8. O caso sob consulta: 8.1. Considerações iniciais; 8.2. A incidência dos princípios da segurança jurídica e da confiança; 8.3. O “excepcional interesse social”; 8.4. Os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade; 8.5. O provimento jurisdicional de urgência – 9. Conclusões.

1. SÍNTESE DO CASO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público do Estado da Bahia junto ao Tribunal de Justiça do Estado, por meio da qual se impugnam dispositivos da Lei Municipal n. 8.167/2012, que dispõe sobre o ordenamento do uso e da ocupação do solo no Município do Salvador, por suposta dissonância com a Constituição do Estado da Bahia.

São estes os vícios afirmados:

- (i) suposta violação ao processo legislativo especial previsto para alteração do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano, já que, segundo afirma o autor, não teria ocorrido “debate, fundamentação técnica ou respeito pelo princípio participativo no planejamento urbano”;
- (ii) suposta violação aos princípios da legalidade, publicidade, moralidade e da separação dos poderes, aduzindo que teria havido descumprimento de decisão judicial proferida nos autos da Ação Civil Pública n. 0325342-39.2011.8.05.0001;
- (iii) suposto desvio de poder no exercício da função legislativa, reputando inexistente a necessidade de edição de normas urbanísticas urgentes;
- (iv) suposta violação aos conteúdos materiais mínimos exigidos para a validade de normas de planejamento urbano, considerando o

desatendimento à exigência de apresentação de estudos prévios de sustentabilidade ambiental;

- (v) suposta falta de iniciativa parlamentar em matéria de organização administrativa, que estaria sujeita à iniciativa privativa do Chefe do Executivo;
- (vi) suposto desrespeito à iniciativa privativa do Prefeito municipal no que concerne à outorga do direito de construir nas parcerias público-privadas.

Requeru, assim, ao final: **(i)** a concessão de medida de urgência, com efeitos retroativos à data da publicação, a fim de que sejam suspensos os efeitos das normas atacadas da Lei Municipal n. 8.167/2012; **(ii)** sejam, ao final, julgados procedentes os pedidos para decretar a inconstitucionalidade dos arts. 24, 24, p. único, 89, 94, 95, 148, 150, 151, 152 e 155, 160 e 161, 4, I a VIII, 14, 15, 16, 17, caput e p. terceiro, 20, 21, 23, p. único, 25, II, 33, 36, caput e p. terceiro, 40, 41, II, 42, 45, 52, III, 53, 55, III e IV, a, 56, I, a, II, a, III, IV e V, 57, I e III, 59, caput, p. quarto, 76, III, 78, II, 79, III, 84, I e IV, 85, 88, 89, 94, 95, III e IV, 98, I e II, 100, I e IV, 119, I, alínea g e II, alínea h, e 131, II, alínea b, 123, 153, 154, 156, 157, 158 e 159, todos da Lei n. 8.167/12 do Município do Salvador.

Sobreveio decisão nos autos **(i)** rejeitando o pedido de distribuição por dependência, em razão de suposta conexão com ação civil pública que tem como objeto o Projeto de Lei n. 428/2011; **(ii)** não acolhendo o pedido de extinção do processo sem julgamento de mérito, em razão da afirmada ausência de interesse de agir.

Demais disso, acolheu-se o pedido de urgência para suspender os efeitos dos dispositivos impugnados, com eficácia retroativa à data da publicação do diploma legal, tendo sido considerados presentes os pressupostos da fumaça do bom direito e do perigo da demora. Sendo assim, determinou-se que restassem sobrestados os efeitos dos atos jurídicos praticados em razão da incidência das normas municipais impugnadas, inclusive eventuais concessões para construções já expedidas e pedidos de autorização em processamento, até o julgamento final dos pedidos.

A presente consulta tem como objeto a possibilidade de modulação dos efeitos de eventual inconstitucionalidade que venha a ser decretada no fim da demanda.

É o que se passa a analisar.

2. ESCLARECIMENTO

A complexidade jurídica do caso impõe que, antes de sua análise, sejam apresentadas as premissas teóricas indispensáveis à sua compreensão. Os itens 3 a 7 deste parecer têm essa função introdutória/propedêutica.

No item 8, apresentar-se-á o exame do caso.

3. O JUÍZO DE VALIDADE DOS ATOS JURÍDICOS

O mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos, que são os fatos da vida qualificados (como jurídicos), por força da incidência da norma jurídica. O fenômeno de juridicização ocorre quando se verifica a suficiência do suporte fático concreto, vale dizer, quando os fatos da vida são correspondentes aos pressupostos previstos abstratamente na hipótese normativa (suporte fático abstrato da norma).

Sobre o fenômeno da juridicização, é célebre a metáfora utilizada por PONTES DE MIRANDA: “para que os fatos da vida sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os “jurídicos””¹. E mais adiante: “ocorridos certos fatos-conteúdo, ou suportes fáticos, que têm de ser regrados, a regra jurídica incide. A sua incidência é como a da plancha da máquina de impressão, deixando a sua imagem colorida em cada folha”².

O mundo jurídico é composto por três planos: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia.³

No primeiro, analisa-se a formação do fato jurídico – a ocorrência do fenômeno da juridicização, por meio da incidência normativa. Cuida-se do plano do *ser* do fato jurídico. A existência do fato jurídico antecede a análise de sua validade e de sua eficácia.⁴ Não se discute, neste plano, se o fato é viciado, nem ineficaz. O ato jurídico defeituoso existe.⁵

1. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 1, p. 6.
2. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de direito privado*, t. 1, cit., p. 11.
3. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 95/102.
4. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 96.
5. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 1, cit., p. 20.

O plano da eficácia está relacionado à operação de irradiação da consequência jurídica, que traduz uma relação de condicionalidade. A concretização da norma e a apreensão do fato (em síntese: a juridicização do fato) é pressuposto necessário para a irradiação da eficácia jurídica. Não se irradia situação jurídica (em sentido lato) que não do fato jurídico.⁶ Todavia, a irradiação do efeito no mundo do pensamento não é consequência necessária da formação do fato jurídico. Daí tratar-se de uma relação de condicionalidade.⁷

No plano da validade, verifica-se se há defeito no fato jurídico existente. Em verdade, apenas os atos jurídicos lícitos (fatos jurídicos cujo núcleo do suporte fático é exteriorização da vontade humana) passam pelo plano da validade. Não se pode invalidar, por exemplo, um fato jurídico em sentido estrito (como a morte, o nascimento, uma inundação), nem um ato-fato jurídico (não se pode invalidar a união estável, nem a prescrição), nem tampouco um ato ilícito.⁸

No plano da validade, não se analisa a suficiência do suporte fático (esta análise refere-se ao plano da existência), mas, sim, sua eventual deficiência. Nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello:

Pode ocorrer que o suporte fático suficientemente formado seja deficiente (a) por lhe faltar algum elemento complementar ou (b) porque algum de seus elementos nucleares seja imperfeito. Enquanto a suficiência do suporte fático se reflete no plano da existência – tendo-se por inexistente, o fato jurídico, quando o suporte fático é insuficiente –, a sua deficiência atua no plano da validade ou da eficácia.⁹

O defeito é a deficiência do suporte fático, fato do qual pode decorrer a invalidação do ato jurídico. A validade de um ato deve ser analisada contemporaneamente à formação do ato jurídico; eventual defeito deve ser anterior ou concomitante à sua formação. Não se pode falar em defeito posterior à formação do ato jurídico. Isso porque, se o defeito é a deficiência do suporte fático concreto, é porque a incidência normativa ocorreu de forma deficiente. Se não havia deficiência quando da juridicização do suporte fático, não pode

6. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 04; MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30/31.

7. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia*, cit., p. 25.

8. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 97.

9. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 87.

passar a existir posteriormente. Se o ato jurídico é válido, os fatos que lhe sejam supervenientes afetarão a sua existência ou a sua eficácia, não a sua validade.

Vale frisar: verificar a suficiência do suporte fático (logo, a presença de seus elementos constitutivos) é verificar se o ato jurídico existe ou inexistente; verificar se o suporte fático suficiente é deficiente é verificar se o ato jurídico (existente) é defeituoso. O plano da existência não se confunde com o plano da validade. O ato defeituoso não é inexistente e não será necessariamente invalidado.

De outra parte, o plano da validade não se confunde com o plano da eficácia. São os atos jurídicos que passam pelo plano da validade, não os efeitos jurídicos. Os efeitos jurídicos existem ou não existem, porque são irradiados ou não.¹⁰

A invalidação é consequência jurídica decorrente da juridicização de suporte fático que tem como elemento nuclear o defeito em um ato jurídico. Defeito e invalidação são noções com significados distintos. Invalidação é consequência sancionatória; defeito, é seu pressuposto fático. A invalidação é a consequência jurídica mais drástica que pode advir da prática de um ato jurídico defeituoso.

Toda invalidade é sanção e, como tal, deve ser decretada. Segundo Calmon de Passos, “inexiste nulidade processual sem um prévio dizer do magistrado e sua decretação opera a partir do momento em que é consumada¹¹. O ato não é, em si, inválido. Ele é defeituoso e só será inválido, se aplicada a consequência jurídica da invalidação, que deve sempre ser decretada. Não existe nulidade de pleno direito, independentemente do regime jurídico ao qual o defeito esteja submetido. A invalidade não é declarada, mas, sim, decretada.

Nem todo defeito implica invalidação. Se uma decisão judicial contém vício – que não seja transrescisório –, passado o prazo bienal após o trânsito em

10. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6, p. 141. No mesmo sentido, BARBOSA, José Carlos Barbosa. *Invalidade e ineficácia do negócio jurídico*. In: Revista de direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, n.15, p. 226.

11. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas*, cit., *passim*. Ainda sobre a necessidade de decretação da invalidade, a título exemplificativo, MITIDIERO, Daniel Francisco. *O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil contemporâneo*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, 2005, n. 35, p. 53; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 259; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v.2, p.586/587.

julgado, ela não mais poderá ser desconstituída e continuará válida e eficaz. É possível que o ordenamento preveja outras consequências, quer permitindo a convalidação do vício, quer permitindo o aproveitamento do fato deficiente, quer considerando a ausência de prejuízo. A invalidade é sanção tão drástica que deve ser a *ultima ratio*.

A invalidade não se confunde com o defeito verificado no ato jurídico. A invalidade é consequência jurídica que decorre da deficiência do suporte fático de um fato jurídico. O defeito (que pressupõe a existência do fato jurídico) é elemento do suporte de outro fato jurídico cujo efeito mais drástico é a invalidação. A invalidação é consequência jurídica; o defeito, pressuposto fático. Até que seja invalidado, o ato jurídico existe e produz efeitos. É, inclusive, possível que atos jurídicos invalidados produzam efeitos, como ocorre com o casamento putativo.

Essas premissas teóricas são imprescindíveis para o estudo da inconstitucionalidade de uma norma legal.

4. O JUÍZO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA

O ato normativo é, em si, fato jurídico: é fato do mundo que é apreendido pelo direito para irradiar as suas consequências. A própria incidência normativa (que é a eficácia normativa) é eficácia jurídica da norma jurídica (tida como fato jurídico). Segundo Pontes de Miranda, “a regra jurídica já é fato no mundo, tal como existe e persiste no pensamento dos homens”; “enquanto a regra jurídica existe, não é possível obstar suas consequências”.¹² Os atos normativos presumem-se conforme a Constituição. Tal presunção é também efeito jurídico.¹³

Nas lições de Tercio Sampaio Ferraz, a norma jurídica é forma de comunicação, que deve ser compreendida em dois níveis: **(i)** o relato e **(ii)** o cometimento. O relato corresponde ao conteúdo da mensagem emanada; o cometimento corresponde à mensagem transmitida e à relação entre os comunicadores que lhe é subjacente. No caso das normas jurídicas, esta relação é de autoridade, vale dizer, “que espera confirmação, admite negação, mas

12. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. I, cit., p. 09 e 18.

13. CF. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 256; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Aspectos processuais da ADIN e da ADC*. In: Ações constitucionais. 2ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007, p. 334/339.

não suporta desconfirmação.” A desconfirmação descaracterizaria a própria autoridade.¹⁴

Nesse contexto, seria caracterizado um sistema de imunização entre as normas, para que a autoridade de uma norma (imunizada) repouse em uma outra norma (imunizante). A validade seria, assim, uma relação de imunização.¹⁵ A invalidade (como defeito) é um problema nas relações de imunização entre as normas. Em se tratando do juízo de (in)constitucionalidade, a norma imunizante tem natureza constitucional.

Nas palavras de Paulo Roberto Lyrio Pimenta, “a norma inválida também está imunizada contra a reação de desconfirmação, mas isso não ocorre por intermédio de uma outra norma, e sim pelas regras de calibração do sistema (princípio da legalidade, regras sobre o procedimento de invalidação das normas sobre o sistema, princípio da supremacia constitucional, da presunção de constitucionalidade etc)”¹⁶. Assim, a norma constitucional e a norma inconstitucional seriam diferenciadas pelo tipo de imunização; a inconstitucionalidade seria um estado da norma, que, nesse contexto, não constituiria uma anormalidade do sistema.¹⁷

O juízo de validade/invalidade, constitucionalidade/inconstitucionalidade da norma é posterior à sua própria existência. Norma inconstitucional (defeituosa) não se confunde com norma jurídica inexistente, nem tampouco com norma jurídica ineficaz. A norma – até que seja retirada no mundo jurídico – existe e produz efeitos, vale dizer, incide em fatos da vida, para que sejam qualificados como jurídicos. E, destes fatos da vida qualificados pelo efeito da norma (incidência normativa), serão criadas suas próprias consequências jurídicas, relativas ao patrimônio jurídico de sujeitos de direito.

A desconformidade de um ato normativo com a Constituição é defeito do ato.

Cuida-se de norma existente, mas defeituosa. O juízo de (in)constitucionalidade é o juízo de (in)validade da norma como fato jurídico. O conceito de

14. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo ao direito*. Técnica, decisão, dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 182.

15. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo ao direito*, cit. p. 183.

16. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 24.

17. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*, cit., p. 31.

inconstitucionalidade (como invalidade) da norma é uma questão que, antes de tudo, pertence à Teoria Geral do Direito.

Não se declara inconstitucionalidade, assim como não se declara qualquer invalidade. O ato defeituoso não se confunde com o ato inválido. O ato normativo desconforme com a Constituição não se confunde com o ato inconstitucional. Toda inconstitucionalidade deve ser decretada, pois, entre o defeito e a sanção, existe um caminho de ponderação dos valores envolvidos no caso concreto. Como toda invalidade, a inconstitucionalidade deve ser a *ultima ratio*.¹⁸

Nesse sentido, em caráter exemplificativo, destaca-se o julgamento da ADI 2240/BA, em que o Supremo Tribunal Federal, nada obstante tenha considerado a Lei Estadual nº 7.619/00, do Estado da Bahia, inconstitucional (afirmou, pois, a existência do defeito), deixou de retirá-la do mundo jurídico (deixou de decretar a sua invalidade).

Reconheceu o Supremo que o referido diploma legal violara o §4º do art. 18 da Constituição Federal, com sua redação modificada pela Emenda Constitucional nº 15/96, em razão da inexistência da lei complementar referida no texto constitucional para definir o período em que os Municípios poderiam ser criados. Todavia, deixou de decretar a sua nulidade, considerando a existência de fato do Município há mais de 6 anos com autonomia federativa, bem assim as consequências perniciosas que adviriam com a sua desconstituição. Considerou, ainda, que o vício decorreria de uma omissão do próprio Poder Legislativo. Dessa forma, em prol dos princípios da segurança jurídica e da confiança, possibilitou que o ato normativo continuasse a existir e produzir efeitos no mundo jurídico.¹⁹

Trata-se de exemplo em que o ato normativo era defeituoso, mas não foi invalidado, porque se ponderaram, no caso concreto, valores também constitucionalmente tutelados, como segurança jurídica e confiança.

Como ensina Humberto Ávila, é preciso diferenciar a situação em que se reconhece o defeito da norma, mas não se decreta a sua inconstitucionalidade, daquela em que se decreta a inconstitucionalidade, mas se modulam/restringem os seus efeitos.²⁰

18. É, nesse contexto, que se destacam as técnicas da “inconstitucionalidade sem redução de texto” e da “interpretação conforme a Constituição”.

19. Cf. STF, ADI 2240/BA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. em 09.05.2007.

20. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 517/519.

No primeiro caso, não houve a aplicação da consequência sancionatória (invalidação) em razão do defeito da norma. O ato normativo, que sempre existiu e foi eficaz, continua existindo e sendo eficaz. Trata-se de ato normativo defeituoso, que não é inválido (porque não foi invalidado). No segundo caso, o ato viciado é invalidado, deixa de existir no mundo jurídico. Nada obstante, preservam-se os seus efeitos pretéritos e, até mesmo, permite-se alguma eficácia presente e futura. O ato é inválido (e não apenas defeituoso), mas, de certa forma, eficaz.

5. A EFICÁCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE

Pontes de Miranda define “o suporte fático (Tatbestand) da regra jurídica” como “aquêlo fato, ou grupo de fatos que o compõe, e sobre o qual a regra jurídica incide”²¹. A noção de suporte fático reflete duas facetas: **(i)** suporte fático abstrato ou hipotético, que é a previsão abstrata dos elementos fáticos à qual se ligam as consequências jurídicas; **(ii)** suporte fático concreto, quando o suporte fático é materializado no mundo, vale dizer, quando há correspondências entre os fatos da vida e aqueles previstos abstratamente.²²

A norma jurídica incide quando se verifica a suficiência do seu suporte fático, vale dizer, quando se verificam, no mundo, todos os elementos que compõem o núcleo do suporte fático.²³ Resta, assim, caracterizado o suporte fático concreto (correspondente ao suporte fático abstrato) que, por força da incidência normativa, ingressa no mundo jurídico como fato jurídico. Se inexistente qualquer dos elementos, inexistente fato jurídico.

Fatos jurídicos e efeitos jurídicos podem compor o suporte fático de um outro fato jurídico. Explica Marcos Bernades de Mello:

O fato jurídico e o efeito jurídico estão no mundo jurídico, mas nem por isso deixam de integrar, com essa característica de jurídico, o mundo em geral, dito mundo dos fatos. O mundo jurídico é, apenas, parte do mundo geral, portanto compõe o todo. O fato jurídico, como os efeitos jurídicos, quando entram na composição de um suporte fático, são tomados como fato jurídico ou como efeito jurídico, tal qual são. Não voltam a ser facto

21. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. I, cit., p. 19.

22. Mello, Marcos Bernades de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 38/39.

23. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. I, cit., p. 25/26.

desqualificado de jurídico, mas continuam a ser fático adjetivado de jurídico.²⁴

O autor segue os ensinamentos de Pontes de Miranda, que afirma: “Quando fatos jurídicos são elementos de suporte fático, não deixam de ser fatos jurídicos, não voltam a ser, apenas, elementos de fato”. Dessa forma, “o jurídico figura no suporte fático sem perder a juridicidade que adquiriu e exatamente com ela é que entra na composição do suporte fático.”²⁵ Nesses casos, o que compõe o suporte fático é justamente o fato jurídico, e não o fato carente de tal adjetivo.

Sobre a possibilidade de um efeito jurídico ser elemento do suporte fático de outro fato jurídico, também afirma Lourival Vilanova: “também a própria relação jurídica, que num ponto da série é efeito, pode figurar, num outro ponto da série, como antecedente ou causa, aqui compondo o suporte fático, passando, pois, à categoria de fato jurídico”²⁶.

A presença de um fato jurídico ou de um efeito jurídico em outro suporte fático não é pouco frequente. Se a vida é uma sucessão causal de fatos (causalidade natural), também a sua inserção no mundo jurídico (por meio dos recortes dados pela incidência normativa) pode também ocorrer como uma sucessão causal. A causalidade jurídica é construída como um sistema de relações, recobrando o sistema social.²⁷

O dever de indenizar, por exemplo, é efeito jurídico que decorre da juridicização de um suporte fático composto pelo descumprimento de um dever primário (efeito jurídico de um outro fato jurídico). O direito de anular determinado contrato pressupõe a existência do contrato (fato jurídico) defeituoso. O direito de decretar a inconstitucionalidade da norma também pressupõe a existência da norma (que é um fato jurídico). A coisa julgada material pressupõe a existência de uma decisão judicial (fato jurídico).

Pois bem.

A invalidade, como visto, é efeito jurídico que decorre da juridicização do suporte fático formado pelos elementos **(i)** defeito do ato jurídico e **(ii)** prejuízo. O ato defeituoso poderá não ser invalidado, quer porque não exista

24. Mello, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 45.

25. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. I, cit., p. 34.

26. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 128.

27. VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, cit., p. 134.

o elemento prejuízo (não se formando o fato jurídico idôneo a ensejar a invalidação), quer porque se irradiem outras consequências jurídicas menos drásticas, em razão da incidência de outras normas jurídicas, como o princípio da confiança. Evidencia-se, aqui, a relação de condicionalidade da eficácia jurídica: nem sempre o fato jurídico vai irradiar a eficácia que, em princípio, lhe seria própria.

A invalidade é efeito que se conceitua como a extinção do fato jurídico defeituoso. O fato – que havia sido juridicizado – deixa de existir no mundo jurídico, deixa de ser jurídico. A invalidade é, portanto, desjuridicizante: torna inexistente o que antes era existente. A desjuridicização não é, nem poderia ser, retroativa. O ato jurídico inválido deixa de existir no mundo jurídico a partir do momento em que é aplicada a consequência desjuridicizante.

A invalidade é decorrente da incidência de uma norma desjuridicizante, que é assim conceituada por Marcos Bernardes de Mello:

[...] há normas jurídicas de cuja incidência resulta tornar negócio jurídico passível de ser desjuridicizado, sendo excluído do mundo jurídico, trazido de volta ao mundo fático. Essas normas, em vez de juridicizar, criando o fato jurídico, apenas possibilitam a eliminação da juridicidade atribuída por outra norma a certo fato.²⁸

O autor traz como exemplos de eficácia desjuridicizante a revogação, rescisão, resolução *stricto sensu*, dentre outros; a invalidação é por ele tida como eficácia invalidante.²⁹

Todavia, a partir das premissas tidas no presente trabalho, pode-se concluir que a eficácia invalidante é espécie de eficácia desjuridicizante, já que decorre de incidência de norma que possibilita a eliminação da juridicidade atribuída por outra norma ao fato da vida. A revogação, a resolução por inadimplemento, a invalidação são, todas elas, consequências jurídicas que significam retirar a juridicidade de um fato, anteriormente qualificado como jurídico.

A invalidade é consequência juridicizante, mas não é, em si, consequência deseficacizante.

28. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 93.

29. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 93.

Deseficacização é também modalidade de consequência jurídica, mas não se confunde com a desjuridicização. Deseficacizar é desfazer o efeito já irradiado do fato jurídico.³⁰ É a eficácia do fato que se extingue no mundo jurídico, e não o próprio fato jurídico. A extinção do fato jurídico é desjuridicização; a extinção do seu efeito, deseficacização.

Nem toda deseficacização pressupõe a desjuridicização do fato. É possível que o fato continue existindo no mundo jurídico, sendo atingidos apenas o seu plano da eficácia. É o que ocorre, por exemplo, com a prescrição. A prescrição é fato jurídico do qual decorre consequência parcialmente deseficacizante, que atinge a exigibilidade de um direito a prestação (efeito jurídico irradiado de um outro fato jurídico). A decadência tem consequência totalmente deseficacizante, que atinge o próprio direito decadencial (efeito jurídico).³¹ Em nenhum dos dois casos, há desjuridicização do fato (jurídico) do qual irradiaram os efeitos atingidos.

Em outros casos, a deseficacização tem como antecedente a desjuridicização. Aqui, a deseficacização é efeito jurídico da desjuridicização. A própria desjuridicização (que é efeito jurídico) é elemento do suporte fático de um outro fato jurídico, do qual decorre a deseficacização.

É o que ocorre, em regra, com a resolução do contrato por descumprimento de uma das partes. O contrato é existente desde o momento de sua formação; com a resolução, há a desjuridicização do acordo de vontades. O contrato passa a ser inexistente a partir daí; não se afeta a sua existência anterior. Sucede que a desjuridicização, neste caso, tem – em regra – como efeito jurídico “o retorno ao *status quo* anterior”, vale dizer, a deseficacização.

A deseficacização, neste caso, é uma espécie de retroeficácia. Não é a existência passada do fato que é desconstituída, mas, sim, os seus efeitos (pretéritos). A desjuridicização só se opera para frente. Não se pode tornar inexistente o que já existiu. Ou o fato existiu; ou o fato não existiu. O que não pode é ele ter existido, e – depois – não ter existido mais.

Nesse sentido, ensina Pontes de Miranda:

[...] o direito, o dever, a pretensão, a obrigação, a ação ou a exceção, que derivou de ato jurídico de A, ou de A e B, pode, muitas vezes, *extinguir-se* por ato de A, ou de A e

30. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 92.

31. No mesmo sentido, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 92/93.

B, – porém não deixar de ter sido. Tratar-se *como se* não tivesse sido é diferente, porque, com isso, só se estabelece que se lhe eliminaram os efeitos por modo tal que tudo seja como se não tivesse sido.³² (grifos originais)

Quando a desjuridicização (que, aqui, passa a ser elemento fático) tiver como efeito a deseficacização, esta só pode ser retroativa. A inexistência de efeitos futuros é consectário lógico da inexistência (futura) do fato jurídico, que deixou de existir a partir daquele momento. Os efeitos pretéritos são atingidos, desfeitos; os futuros, sequer são irradiados.

Têm-se, assim, as premissas deste ponto: **(i)** a invalidade é consequência jurídica desjuridicizante; **(ii)** a desjuridicização pode ter como efeito a deseficacização retroativa; **(iii)** neste caso, a desjuridicização é elemento do suporte fático; a deseficacização, consequência jurídica. Como visto, nada impede que um efeito jurídico seja pressuposto fático de um outro fato jurídico.

A invalidade pode ter como efeito a deseficacização. É uma questão jurídico-positiva: cabe ao direito positivo dispor sobre as consequências da invalidade. Nem toda invalidade tem como efeito o desfazimento das consequências pretéritas do ato invalidado. O conceito de invalidade é lógico-jurídico – pertence à Teoria Geral do Direito; os seus efeitos, por sua vez, são estabelecidos pelo direito positivo.

No direito civil brasileiro, o regime jurídico das invalidades distingue os seus efeitos a partir da conceituação (jurídico-positiva) do que seja ato nulo e ato anulável. Esta conceituação foi feita pelo legislador e tem como critério a gravidade do vício.

Alguns defeitos foram considerados tão graves pelo legislador que **(i)** qualquer pessoa pode alegá-lo; **(ii)** não há prazo para que o ato seja invalidado; **(iii)** os efeitos da invalidade devem ser retroativos. Outros defeitos estão sujeitos ao regime das anulabilidades, que tem como principais características **(i)** a existência de prazos decadenciais; **(ii)** a legitimidade restrita dos sujeitos que podem requerer a invalidade; **(iii)** a ausência de eficácia retroativa da anulação. Foi o legislador que estabeleceu assim. Pode, por exemplo, existir lei nova dispondo que a invalidade de determinado ato “nulo” não terá eficácia retroativa.

32. MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 85. T. V.

Igualmente, coube ao direito positivo estabelecer que, em regra, os efeitos da inconstitucionalidade (invalidade) devem ser retroativos. Aqui, não mais se trata de não decretar a inconstitucionalidade da norma, nada obstante existente o defeito (desconformidade com a Constituição). Ao contrário, pressupõe-se, neste momento, que a inconstitucionalidade seja decretada para que seja elemento fático de um outro fato jurídico – aquele do qual decorre a deseficacização.

Sucedede que se trata, também neste particular, de relação entre fato jurídico (formado pela invalidade/inconstitucionalidade) e efeito jurídico (deseficacização), que, como já se disse, é uma relação de condicionalidade. Não pode haver deseficacização, se inexistente a invalidade/inconstitucionalidade (sanção já aplicada). Todavia, a inconstitucionalidade já decretada pode não ter, no caso concreto, como efeito a deseficacização. Isso porque pode haver outras normas jurídicas incidentes e outros valores tutelados, obstando a retroatividade negativa da inconstitucionalidade. É o caso, por exemplo, do princípio boa-fé, do qual decorre a tutela da confiança, faceta da segurança jurídica.

Nesta hipótese, incidem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

Consoante as lições de Humberto Ávila, “os postulados são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situados no plano do objeto de aplicação.” Por isso, são metanormas ou normas de segundo grau, que orientam a aplicação de outras normas, de primeiro grau, quais sejam, as regras e princípios.³³

Os postulados normativos aplicativos são aqueles “que se aplicam para solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito, especialmente para solucionar antinomias contingentes, concretas e externas”. Contingentes e externas, porque não são conflitos internos do próprio sistema jurídico, mas surgem no caso concreto.³⁴ É o caso dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

O postulado da razoabilidade “exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela

33. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 124.

34. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 135.

generalização legal.³⁵ Dessa forma, “em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável por se tratar de caso anormal.”³⁶ Exige-se, pois, sejam consideradas as circunstâncias do caso concreto, de forma que pode não incidir a norma geral.

O postulado da proporcionalidade exige seja examinada a relação causal entre o meio e o fim, a partir dos seguintes elementos: **(i)** adequação (o meio promove o fim?); **(ii)** necessidade (dentre os meios disponíveis e aquedados, o meio escolhido é o menos restritivo dos direitos fundamentais afetados? o meio é necessário); **(iii)** proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem ou superam as desvantagens que lhe são decorrentes?).³⁷

A regra da deseficacização (segundo a qual, sendo decretada a inconstitucionalidade, se deve operar a deseficacização retroativa) poderá/deverá não ser aplicada no caso concreto, se assim exigirem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, inclusive para tutelar valores constitucionais envolvidos.³⁸

Note-se que o ato invalidado (a norma) teve como efeito a incidência em suportes fáticos concretos, dos quais decorreram fatos jurídicos, que, por sua vez, irradiaram seus efeitos jurídicos próprios. A deseficacização significa desfazer as incidências normativas anteriores. Tecnicamente, é a eficácia legal que é atingida, e não a eficácia dos fatos jurídicos que ela deu origem. Sucede que desfazer a incidência normativa (eficácia legal) significa, por via indireta, atingir os fatos jurídicos que lhe foram resultantes.

Pode-se chegar ao extremo de imaginar um “desfazimento” em cadeia: atinge-se a eficácia da norma invalidada, dos fatos jurídicos decorrentes da incidência atingida, dos efeitos irradiados, de novos fatos jurídicos decorrentes destes efeitos, dos efeitos dos novos fatos jurídicos etc. Tal possibilidade deve ser averiguada no caso concreto, já que se trataria de manifestação de violação da segurança no comércio jurídico.

35. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 156.

36. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. p. 156.

37. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. p. 163/164.

38. Também se referindo à razoabilidade e proporcionalidade como restrição à eficácia da inconstitucionalidade, cf. FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*. Salvador: Editoria Jus Podivm, 2009, p. 104/105; PIMENA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*, cit., p. 93/96.

6. A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA INCONSTITUCIONALIDADE NO CONTROLE ABSTRATO

Como se fez claro, não se pretende negar a existência, no regime jurídico das invalidades no âmbito do direito constitucional brasileiro, da regra segundo a qual, decretada a inconstitucionalidade (elemento fático), se opera a deseficacização retroativa até o início da vigência do ato invalidado (efeito jurídico).

Ocorre que a regra e a consequência nela prevista podem ser afastadas no caso concreto, quer porque a relação entre o fato jurídico e a consequência jurídica é de condicionalidade, quer porque se verifica a atuação dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. *Entre a decretação de inconstitucionalidade e sua eventual eficácia retroativa, deve haver ponderação dos valores constitucionais envolvidos.*

É incorreto, assim, dizer que a inconstitucionalidade irradia sempre eficácia retroativa. A norma defeituosa não era inexistente; a sua inexistência opera-se apenas *ex nunc*, a partir da decretação da inconstitucionalidade. O defeito, por sua vez, não se confunde com a invalidade, como muito já ressaltado. A eficácia preponderante do provimento que decreta a inconstitucionalidade da norma não é declaratória, mas, sim, constitutiva. Certifica-se e efetiva-se o direito potestativo de invalidação do ato.

Não se pode pretender que a eficácia *ex tunc* da inconstitucionalidade decorra de natureza declaratório do provimento jurisdicional. Não se declara inconstitucionalidade, como não se declara qualquer invalidade³⁹, ainda que se trate dos mais graves vícios.

A eventual eficácia *ex tunc* da inconstitucionalidade não é questão da Teoria Geral do Direito, nem da Teoria Geral do Direito constitucional (que é conteúdo da primeira). Cuida-se de questão decorrente do conteúdo do nosso direito positivo.

39. Como ensina Marcos Bernardes de Mello, “a ação de nulidade de ato jurídico é desconstitutiva (=constitutiva-negativa, como a denomina Pontes de Miranda), uma vez que a sentença que a decreta tem o efeito preponderante de desfazer, desconstituir o ato jurídico, excluindo-o do mundo jurídico. Por isso, é impróprio falar-se em ação declaratória de nulidade, como também em declaração de nulidade, precisamente porque a declaratividade da sentença apenas diz respeito à existência ou inexistência do ato ou de relação jurídica e seus efeitos, ou à falsidade documental, nunca à invalidade.” (grifos originais) (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da validade*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 293).

Modular os efeitos da inconstitucionalidade para que esta tenha eficácia “*ex nunc*” – espécie de modulação dos efeitos – nada mais é do que deixar de aplicar a regra da deseficacização no caso concreto. É possível também que a deseficacização ocorra apenas parcialmente, quer quanto ao limite temporal da retroatividade, quer quanto aos efeitos desfeitos. Nestes casos, trata-se de aplicação parcial da regra da deseficacização, sob a orientação dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

Há, ainda, no âmbito da modulação dos efeitos da inconstitucionalidade decretada, a possibilidade de se estabelecer a sua eficácia apenas a partir de determinada data ou evento do futuro. Tem-se, nesta hipótese, uma eficácia *ex nunc* não imediata, sujeita a condição ou termo estabelecido pela própria decisão judicial que decretou a inconstitucionalidade. Não se trata de possibilidade peculiar às decisões de controle de constitucionalidade.

Sabe-se que o art. 460, p. único, do CPC, estabelece como requisito de validade da decisão judicial (que é um fato jurídico) a certeza quanto à certificação da existência ou da inexistência de uma situação jurídica em sentido lato ou quanto à impossibilidade de análise de um pedido, por não ter sido superado o seu juízo de admissibilidade. Isso não impede, porém, que o pronunciamento judicial esteja sujeito a um fator de eficácia. Aqui se está no plano da eficácia do fato jurídico (decisão), e não mais no seu plano de validade. A decisão condicional não se confunde com a decisão incerta. A eficácia da certificação de uma situação jurídica pode ser condicionada; o que não pode ser condicionada é a própria certificação. É possível, então, falar em decisões judiciais sujeitas a termos ou condições por elas criadas.

A decisão que decreta a inconstitucionalidade, no controle abstrato, pode estabelecer fator de sua própria eficácia. Neste caso, a certificação e a efetivação do direito potestativo restam com sua eficácia suspensa até a ocorrência do momento futuro.

O art. 27 da Lei Federal n. 9.869/1999 prevê, expressamente, a possibilidade de modulação dos efeitos da decretação de inconstitucionalidade no controle abstrato, desde que “fundada em razões de segurança jurídica e excepcional interesse social” e observado o procedimento próprio.

Tal previsão sequer seria necessária em nosso ordenamento. A possibilidade de não aplicação da regra da deseficacização, total ou parcialmente, bem como a possibilidade de a decisão de inconstitucionalidade estabelecer um fator de eficácia não precisariam de previsão expressa. Decorrem da atuação da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de que se ponderem

os princípios constitucionais que, no caso concreto, afastem a regra da deseficacização. O art. 27 do referido diploma legal, em verdade, restringe tal possibilidade, ao prever exigências específicas para a modulação dos efeitos. Deve-se dizer, ainda, que “segurança jurídica” e “excepcional interesse social” são conceitos jurídicos indeterminados, que serão concretizados no caso concreto.

A possibilidade de modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, antes de decorrer do art. 27 da Lei n. 9.869/1999, decorre da própria Constituição Federal. A eficácia da decretação de inconstitucionalidade não pode fazer surgir situação igualmente inconstitucional⁴⁰.

7. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Como ensina Humberto Ávila, tutela-se a situação de confiança do sujeito que exerce a sua liberdade por confiar na validade (ou aparência de validade) de um conhecido ato normativo e que, depois, vê frustradas as suas expectativas pela descontinuidade da sua vigência ou seus efeitos, quer por simples mudança, quer por revogação, quer por invalidação.⁴¹

Sobre o âmbito de aplicação do princípio da confiança, acrescenta o autor: “sua extensão engloba também os atos, concluídos ou iniciados, praticados com base em atos normativos que se revestiam de legalidade meramente aparente, ou nem isso, e cuja anulação desde o início causaria frustração da expectativa individual sobre eles lançada.”⁴²

Neste contexto, o princípio da proteção da confiança seria a dimensão subjetiva do conteúdo do princípio da segurança jurídica.

[...] o princípio da segurança jurídica qualifica, sob o ângulo macrojurídico, uma norma objetiva, abstrata e protetiva dos interesses coletivos, que serve, portanto, como instrumento de proteção “das confianças” ou do “conjunto das confianças” no ordenamento jurídico, ao passo que o princípio da proteção da confiança representa uma aplicação reflexiva, subjetiva e concretamente orientada

40. Cf. ADI 4029, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012.

41. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., 360.

42. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., 361.

do princípio da segurança jurídica, sendo um veículo de proteção “de uma confiança”. O princípio da segurança jurídica revelaria, assim, a face geral da segurança jurídica, protegendo o interesse de todos, apesar, eventualmente, do interesse de alguns; ao passo que o princípio da proteção da confiança garantiria o interesse de um ou de alguns, apesar, eventualmente, do interesse de todos.

O princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança são, pois, facetas que se complementam semanticamente: a segurança é a faceta geral da confiança; a confiança, a face particular da segurança. Trata-se de relação recíproca estrutural entre os conceitos, que se faz, ainda mais, evidente ao se considerar que o conceito contemporâneo de interesse público não pode estar dissociado do de interesse privado.

O interesse privado e o público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais). [...] Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma conexão estrutural (“ein struktureller Zusammenhang”). Se eles – o interesse público e o privado – são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos.⁴³

A noção de bem comum que deve ser perseguida reflete a ideia da solidariedade humanitária, e não a solidariedade coletivista. Vale dizer: a tutela do todo só se justifica em face da tutela do particular contextualizado. Dessa forma, a relação entre os conceitos de interesse público e privado, assim como entre os conceitos de segurança e confiança, não é de contradição, mas, sim, de reciprocidade conceitual.

Ainda segundo as lições de Humberto Ávila, o princípio da proteção da confiança irradia-se de suporte fático formados pelos seguintes elementos: **(i)** base da confiança, **(ii)** confiança nessa base; **(iii)** exercício da confiança e **(iv)** frustração por ato posterior do Poder Público.⁴⁴

43. ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>, acesso em 18 de setembro de 2009.

44. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 360.

Primeiro. A base da confiança “traduz-se nas normas que serviram de fundamento para a (in)ação individual”. Exige-se a sua “aptidão para servir de fundamento para o exercício de direitos de liberdade e propriedade”, independentemente dos seus requisitos de validade.

Os atos defeituosos podem configurar-se em base de confiança.⁴⁵ Lei (supostamente) defeituosa é espécie de ato jurídico defeituoso, como visto.

A base de confiança configura-se, na presença em maior ou menor grau, ou até na ausência de alguns deles, dos seguintes critérios: **(i)** grau de vinculatividade: quanto maior for o grau de vinculação do ato normativo, maior deve ser a expectativa do jurisdicionado quanto ao seu cumprimento futuro, já que menor foi o seu poder de escolha e menor foi a repartição de risco na tomada da decisão (exercício de liberdade – sob a orientação do próprio Direito)⁴⁶; **(ii)** grau de aparência de legitimidade da base: não se analisa o “grau de validade do ato”, mas, sim, se o ato teve aptidão para ser objeto da confiança depositada pelos sujeitos (aqui atua a presunção de validade dos atos normativos)⁴⁷; **(iii)** grau de modificabilidade da base: quanto maior for o grau de pretensão de permanência, maior deve ser a proteção da confiança nele depositada – não se exige a permanência em si do ato, a sua pretensão de permanência, em contraponto aos atos transitórios, por exemplo⁴⁸; **(iv)** grau de eficácia no tempo: maior a proteção da confiança, quanto mais duradoura tiver sido a eficácia da base⁴⁹; **(v)** grau de realização das finalidades da base: “quanto maior o grau de realização das finalidades subjacentes à regra supostamente violada, maior deve ser a proteção da confiança”⁵⁰; **(vi)** grau de indução da base: quanto maior for o grau de indução, incentivo da base, mais deve ser tutelada a confiança, considerando que “há *engano* do contribuinte, decorrente de *deslealdade* do Poder Público, que em um dia incentiva, e em outro desconsidera” (grifos

45. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 367/368.

46. Lembra o autor que o princípio da segurança jurídica “é instrumento de respeitabilidade da liberdade exercida no passado sob a orientação do próprio Direito. Sendo assim, ele deve proteger tanto mais o cidadão quanto mais ele tiver seguido a orientação fornecida pelo Direito.” Quanto maior a força vinculativa da norma, maior terá sido a influência do Direito no exercício da liberdade. (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 375).

47. “Tanto o ato estatal lícito quanto o ilícito produzem efeitos concretos que não podem ser simplesmente desconsiderados: aquele que confiou, sem negligência nem culpa, em um ato estatal, em razão do qual dispôs de maneira intencional e irreversível da sua liberdade e do seu patrimônio, deve ser protegido, pouco importando a ilicitude do ato.” (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 381)

48. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 381/383.

49. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 383/385.

50. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 385.

originais)⁵¹; **(vii)** grau de individualidade: quanto maior a proximidade do sujeito com o ato, maior a proteção da confiança⁵²; **(viii)** grau de onerosidade da base: deve-se tutelar a confiança, quanto maior for a onerosidade da base, vale dizer, quanto mais ela crie ônus e despesas ao particular.⁵³

Trata-se de elementos tipológicos, vale dizer, “que não são individualmente, nem necessários, nem suficientes, valendo para a sua configuração a visão de conjunto”⁵⁴. Nas palavras de Kar Larenz, os tipos distinguem-se dos conceitos justamente por não exigir a presença de todas as suas notas distintivas, sendo relevante, para a sua caracterização, a imagem global no caso concreto.⁵⁵ Tem-se a ideia do sistema móvel, em que a ausência de um ou mais elementos não obsta a configuração da base de confiança. Haverá base de confiança em sua imagem global, quando houver “mais razões para proteger a confiança do que para não a proteger”⁵⁶.

Segundo. A tutela da confiança exige, obviamente, a confiança na “base da confiança”, vale dizer, legítimas expectativas no seu cumprimento (futuro). Exige-se, nesse contexto, o conhecimento da base, demonstrando a relação entre confiabilidade e cognoscibilidade do Direito. Não se pode confiar no desconhecido. Quanto mais sólida a imagem global da base confiança, maior a confiança legítima nela depositada.⁵⁷

Terceiro. É preciso que o sujeito tenha exercido a confiança na base, vale dizer, tenha exercido a sua liberdade sob a orientação do ato normativo e confiando no seu cumprimento futuro. O cidadão deve ter tido determinada atuação em razão da base de confiança.⁵⁸

O exercício da confiança pode ser também uma conduta negativa. Imagine-se, por exemplo, que determinado ato normativo isenta determinados sujeitos de recolhimento de tributos. A postura de silêncio dos sujeitos seria exercício da confiança depositada no próprio ato.

Quarto. Se configurada a situação de confiança legítima – decorrente da confiança exercida na base –, tal situação é merecedora de proteção jurídica,

51. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 386.

52. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 391/392.

53. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 392/393.

54. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 372.

55. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3ed. Tradução: José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1997, p. 655 e seq.

56. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 372.

57. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 397/398.

58. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 398/401.

razão por que a sua frustração futura por nova manifestação estatal é ato ilícito. É nesse sentido que a frustração da confiança é elemento fático da incidência do princípio da proteção da confiança.⁵⁹

Os elementos da proteção da confiança referidos por Humberto Ávila aproximam-se daqueles tidos nas lições de Antônio Menezes Cordeiro. Para este último, a tutela jurídica da confiança exige os seguintes fatores: a) situação de confiança conforme o sistema (seria a “confiança na base”); b) justificação à confiança, identificada pela presença de elementos objetivos que provoquem a crença plausível (seria a própria “base da confiança” no caso); c) investimento da confiança, como o exercício de atividades jurídicas sob a crença da confiança (“exercício da confiança”), d) a imputação da situação de confiança à pessoa que será atingida pela proteção ao confiante.⁶⁰ Estas notas distintivas podem existir em menor ou maior grau no caso concreto – ou mesmo alguma dela pode não se fazer presente, como afirma Antônio Menezes Cordeiro.⁶¹ São, portanto, elementos tipológicos no sistema móvel.

O princípio da confiança e o princípio da segurança jurídica – que se complementam estruturalmente – relacionam-se também com o princípio da boa-fé.

A noção jurídica da boa-fé reflete, entre nós, duas acepções – uma subjetiva, outra objetiva – que são comunicáveis entre si. A boa-fé subjetiva traduz o estado psicológico de crença do indivíduo na legitimidade da situação fática que lhe é apresentada. A boa-fé objetiva (“Treu und Glauben”) é norma (princípio) de conduta, em consonância com os padrões éticos consagrados em dado tempo e espaço. Vale dizer: a boa-fé subjetiva é pressuposto fático; a boa-fé objetiva é norma. Por isso, inclusive, é pleonástico referir-se ao “princípio da boa-fé objetiva”, até porque não existe um princípio da boa-fé subjetiva.

Nada obstante a sua indeterminação semântica⁶², Antônio Menezes Cordeiro acentua a duplicidade intrínseca do conteúdo da boa-fé objetiva, em sua

59. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 401/402.

60. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 52.

61. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Almedina: Coimbra, 2007, p. 1248.

62. Sobre a indeterminação semântica do conteúdo da boa-fé, Nelson Rosenthal: “A boa-fé é, portanto, adaptável e proteiforme, uma vez que o seu conteúdo será inferido por juízos valorativos animados pelo tempo, espaços e pessoas que figuram na relação. Esse juízo parte da aferição do setor social a que correspondem os participantes da relação, os seus usos e concepções cristalizadas no tráfico jurídico. Com base nessas referências, será possível verificar a compatibilidade entre a atuação humana e concreta e as supremas exigências de justiça.” (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 82.)

delimitação positiva, composta pelos princípios da confiança e da materialidade da regulação jurídica⁶³.

Assim, o princípio da confiança é parte do conteúdo substancial da boa-fé objetiva e legitimaria o reconhecimento e a tutela da situação “em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas”⁶⁴. Nesse contexto, pode-se dizer que também o princípio da segurança jurídica compõe o conteúdo da boa-fé objetiva, em sua faceta geral: protegem-se, aqui, “as confianças” (ou o “conjunto de confianças”). Os elementos do princípio da proteção da confiança são também elementos do princípio da segurança jurídica, mas em sua dimensão não particular.

8. O CASO SOB CONSULTA

Estabelecidas as premissas conceituais, é possível, agora, examinar o caso.

8.1. Considerações iniciais

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade de norma municipal em face da Constituição Estadual, por meia da qual se requer seja decretada a invalidade de preceitos normativos contidos na Lei n. 8.167/2012, que dispõe sobre o ordenamento do uso e da ocupação do solo no Município do Salvador (LOUOS). Em sede de tutela de urgência, o órgão plenário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia suspendeu, retroativamente, a eficácia dos dispositivos impugnados.

A presente consulta não busca enfrentar a questão de fato da existência ou não dos defeitos afirmados na demanda, nem a questão se a inconstitucionalidade deve ou não ser decretada. As questões objeto deste parecer são formuladas e respondidas em caráter eventual; referem-se aos efeitos de eventual inconstitucionalidade decretada nos autos.

De logo, deve-se deixar claro que a modulação dos efeitos de inconstitucionalidade é cabível no caso sob consulta, ainda que a norma em referência seja a Constituição Estadual.

63. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Ed. Almedina, 2001, p. 1234 e seq.

64. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*, cit., p. 1.234.

Primeiro, porque a possibilidade de eficácia *ex nunc* decorrerá da não aplicação da regra de deseficacização, em razão dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade e da incidência de princípios constitucionais.

Segundo, porque, se, em se tratando de violação de norma constitucional, é possível a modulação, também o é no caso de violação de norma da Constituição Estadual.

Terceiro, em razão da incidência do postulado da simetria e da aplicação analógica do art. 27 da Lei Federal n. 9.869/1999. Tem-se, no caso, situação de fato semelhante àquela prevista no art. 27 do diploma legal, que é apreendida pela *ratio* subjacente à norma tida como parâmetro, para que a consequência ali prevista seja aplicada.

Possível, pois, a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade.

Remanesce a questão: no caso, é devida esta modulação?

8.2. A incidência dos princípios da segurança jurídica e da confiança

Como visto, a validade é uma qualidade da norma existente no que concerne à sua relação internormativa. No caso, suposta incompatibilidade da lei municipal com a Constituição Estadual (norma imunizante) é defeito de preceitos normativos existentes. Os atos normativos impugnados são existentes, (supostamente) defeituosos e, em princípio, até que sejam invalidados, são eficazes.

Com isso, tem-se que, até a suspensão (retroativa) dos efeitos dos atos normativos, eles irradiaram, normalmente, os seus efeitos. Vale dizer: incidiriam sobre fatos da vida, tornando-os jurídicos, para irradiar consequências próprias no mundo jurídicos.

Foi, assim, que se concederam, legitimamente, cerca de 13.000 (treze mil) licenças de construção de empreendimentos durante o período em que os atos (agora suspensos) irradiaram sua eficácia. Diz-se legitimamente, pois, ainda que a norma fosse defeituosa, não se há de falar em “defeito/invalidade” de sua eficácia jurídica. Ou ela foi irradiada, ou não foi. E, no caso, foi: os atos normativos incidiram para fazer surgir os direitos dos jurisdicionados à obtenção das licenças concedidas.

Demais disso, se eventual defeito existe, o defeito é qualidade da norma incidente, mas não dos atos jurídicos que dela decorreram. Os atos de licença não têm qualquer problema no plano da validade. Eles podem ser

eventualmente atingidos em razão da eficácia reflexa da inconstitucionalidade. Isso porque, atingidas as incidências pretéritas das normas, eles não mais poderão ser tidos como existentes.

As licenças, por sua vez, irradiaram seus efeitos próprios, qual seja, o direito de construir e o correspondente estado sujeição da Administração Pública. Os empreendedores, confiando na legitimidade das licenças que lhe foram concedidas, certamente, celebraram contratos concernentes a projetos, matéria prima (material de construção), mão de obra, serviços relacionados (como corretagem, publicidade etc) e, é possível, contratos com consumidores finais. Vale destacar que algumas das construções já tinham sido, inclusive, iniciadas.

Os efeitos já produzidos pelas normas impugnadas e a cadeia de atos jurídicos e efeitos jurídicos não podem ser desconsiderados no momento da decretação da inconstitucionalidade e da modulação de sua eficácia jurídica. A deseficacização, no caso, significaria um desfazimento de efeitos e atos jurídicos em cadeia: se tidas as incidências como se inexistentes, afetam-se os atos de licenças, as contratações com terceiros, inclusive empregados e consumidores – que, por sua vez, confiando nos contratos celebrados, criaram expectativas e investiram em planos e projetos próprios.

A deseficacização retroativa, no caso, não atinge a confiança legítima apenas de um particular ou de um pequeno grupo, mas, sim, afeta um “conjunto de confianças”, composto por um inquantificável número de sujeitos.

Há a situação de confiança dos empreendedores, que acreditaram na legitimidade das licenças que lhe foram concedidas e do diploma legislativo com base em que foram expedidas (confiança na base) e, a partir de então, fizeram investimentos, celebraram contratos de prestações de serviços, adquiriram materiais, contrataram mão de obra etc. (exercício da confiança).

Há a situação de confiança dos terceiros que celebraram contratos com os empreendedores: os prestadores de serviços, os fornecedores, os empregados, os consumidores etc. Todos eles praticaram novos atos jurídicos, fizeram planos e investimentos próprios (exercício de confiança), com confiança nos contratos que haviam celebrado, na legitimidade dos empreendimentos e dos seus aspectos formais, na legitimidade das licenças concedidas e, por conseguinte, na legitimidade na norma em que estas se basearam (confiança na base).

Se eles soubessem que, no futuro, tais licenças seriam ou poderiam ser cassadas/suspensas, certamente não teriam celebrado os negócios com os empreendedores e não teriam feito os planos/investimentos. Todos eles orientaram a sua conduta, o seu exercício de liberdade, a sua escolha, confiando no

cumprimento futuro da lei impugnada, das licenças concedidas, dos contratos celebrados.

Há, ainda, a confiança dos cidadãos do Município, de um modo geral, ainda que não estejam diretamente e imediatamente envolvidos na cadeia de atos e efeitos jurídicos decorrentes da primeira base de confiança (os atos normativos impugnados).

Primeiro, porque eles, certamente, poderão sofrer reflexos mediatos do desfazimento dos efeitos já irradiados pelos atos normativos supostamente defeituosos.

Segundo, porque, como consta no parecer do economista Armando Avena, Professor da Universidade Federal da Bahia, o Município encontra-se em uma fase de desaceleração de sua economia, que é fortemente centrada no setor de serviços e tem sua força no ramo da construção civil. A concessão das licenças foi uma promessa concreta de investimento, moradia e emprego aos cidadãos. O desfazimento das licenças conduzirá à não mobilização de bilhões de reais em investimentos, não oferta de milhares de novos empregos e não lançamento de milhares de unidades habitacionais.

E a cadeia de atingidos, se bem pensada, poderia ser infundável, pois aqueles que celebraram negócios com os empreendedores realizariam novos negócios com terceiros e assim sucessivamente.

Resta configurada a situação das “confianças” de um indeterminado número de sujeitos que exercerem a sua liberdade confiando na legitimidade dos atos impugnados e na legitimidade dos atos que lhe foram decorrentes. Criaram, todos eles, expectativas legítimas do seu cumprimento futuro e não podem agora vê-las frustradas diante de uma invalidação da norma com eficácia retroativa.

Demonstrados os elementos da “situação das confianças” e do “exercício das confianças”, deve-se analisar a “base das confianças”.

Os atos normativos impugnados tiveram – e têm – aptidão para servir de fundamento para a conduta dos sujeitos titulares das confianças.

Primeiro. São normas com alto grau de vinculatividade, já que, a partir da vigência da lei municipal em comento, os licenciamentos para construir só poderiam ser obtidos em consonância com o mencionado diploma. Não havia a opção de se valer da lei anterior, nem de qualquer outra. Menor foi o poder de escolha dos empreendedores, que exerceram a sua liberdade sob a orientação do próprio Direito.

Segundo. Havia a aparência de legitimidade do ato, em razão, inclusive, da presunção de validade dos atos normativos. A aparência de legitimidade chega a ser intuitiva. Se houvesse qualquer desconfiança pelos empreendedores e demais terceiros envolvidos de que os atos poderiam não ser cumpridos no futuro, em face de eventual inconstitucionalidade normativa, certamente não teriam feito a escolha de realizar investimentos e contratações de tamanha proporção. A dimensão do exercício da confiança confirma a existência deste critério da base de confiança. Prova disso é que, diante da suspensão da eficácia dos atos normativos impugnados, investidores já suspenderam os empreendimentos que estavam em processo de licenciamento (cf. parecer do economista Armando Anena).

Terceiro. Cuida-se de atos normativos com pretensão de permanência; não se tratava de lei com eficácia transitória.

Quarto. No que concerne ao grau de eficácia no tempo, o volume de atos celebrados e a sua dimensão econômica para a população e para o Município devem ser considerados na análise do mencionado critério. No caso concreto, a intensidade da eficácia do ato impugnado deve sobrepor-se à sua extensão no tempo.

Quinto. A deseficacização seria contrária às finalidades subjacentes às normas tidas por violadas. É o caso, por exemplo, da suposta ausência de participação da comunidade no processo de elaboração da lei impugnada. A população não pode ser prejudicada em razão da decretação da invalidade da lei, pelo motivo de não ter ela participado de sua elaboração.

Sexto. A lei significou incentivo do Poder Público à realização de investimentos no ramo da construção civil. Não pode incentivar e depois desconsiderar.

Sétimo. A deseficacização causará graves prejuízos econômicos aos diretamente envolvidos e, mediatamente, à população. A onerosidade dos efeitos da base (atos impugnados) manifesta-se nos investimentos altos e de grande volume concernentes à realização dos empreendimentos já licenciados, que repercutem nas relações que lhe são decorrentes, como prestação de serviços, fornecimento, contratação de mão de obra.

Os critérios acima demonstrados, em uma ideia de sistema móvel, configuram a imagem global da base de confiança no caso concreto, que teve aptidão para orientar a conduta de um número indeterminado de pessoas, que acreditaram no seu cumprimento futuro. Pode-se, inclusive, falar em uma

cadeia de bases de confianças: as licenças concedidas, por exemplo, são bases de confiança na perspectiva dos empreendedores e não são, em si, maculadas por qualquer vício. Os contratos celebrados pelos empreendedores são bases de confianças na perspectiva dos contratados.

Por fim, a frustração das confianças.

Todos aqueles titulares das situações das confianças demonstradas, que exerceram a sua liberdade confiando na legitimidade das bases de confiança, terão frustradas as suas expectativas de cumprimento dos atos normativos impugnados, das licenças concedidas, dos contratos celebrados. O desfazimento dos efeitos normativos causará consequências até então inesperadas pelos sujeitos, diretamente ou indiretamente envolvidos.

Resta, assim, demonstrada a configuração dos elementos do princípio da proteção da confiança, em sua faceta macro, geral. A faceta geral/objetiva do princípio da confiança é, como visto, o princípio da segurança jurídica. A retroeficácia da invalidade, no caso, violaria o princípio constitucional da segurança jurídica. Deve prevalecer o princípio da segurança jurídica para que seja afastada a regra da deseficacização.

8.3. O “excepcional interesse social”

Presente também o “excepcional interesse social” no caso sob análise. Se for retroativa a eficácia de eventual inconstitucionalidade decretada nos autos, restarão cassadas cerca de treze mil licenças de construir já concedidas – ora suspensas –, o que ocasionará (i) a não mobilização de investimentos; (ii) a não oferta de empregos, (iii) o não lançamento de unidades habitacionais, sobretudo direcionadas às famílias de média e baixa renda, conforme parecer do economista Armando Avena. Acentuar-se-á, sobremaneira, a desaceleração da economia soteropolitana.

A cassação das licenças já concedidas e a paralisação dos licenciamentos em andamento não afetam apenas os interesses individuais, mas também os interesses da coletividade. Deve-se, mais uma vez, destacar que o conceito contemporâneo de interesse público não está dissociado do conceito de interesse particular. São conceitos que se estruturam reciprocamente. Tutelar o interesse público, no caso, significa tutelar o conjunto de confianças titularizado pela comunidade, mas também o conjunto das confianças titularizadas pelos indivíduos.

E nem se alegue que novas licenças poderão ser concedidas.

Primeiro, como se depreende do parecer do economista Armando Avena, muitos dos empreendimentos não poderão ter suas licenças concedidas com base na lei anterior.

Segundo, a suspensão dos projetos e obras já iniciadas – sem data de retorno – ocasionará o aumento de custo das construções (inclusive com o custo de retomada dos serviços), o que resultará em prejuízo final para os consumidores.

Terceiro, não há qualquer previsão de novas licenças pela SUCOM - Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município, inclusive considerando que alguns dos preceitos normativos cuja eficácia foi suspensa são relativos ao processo administrativo do licenciamento.

Quarto, o grau de insegurança decorrente da deseficacização é idôneo a causar desistências de empreendedores já licenciados e a afastar novos investidores, como já se tem notícia.

8.4. Os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade

Humberto Ávila buscou sistematizar os pressupostos da modulação dos efeitos da inconstitucionalidade. Seriam eles: (i) excepcionalidade do objeto da modulação, que deve estar vinculada à dificuldade de repetitividade no futuro; (ii) aparência de legitimidade do ato invalidado (que, em verdade, é um pressuposto do princípio da proteção da confiança, como se verá); (iii) objetivo de restaurar a constitucionalidade, que, em nossa perspectiva, se aproxima do objetivo de obstar a criação de outro panorama inconstitucional (são facetas complementares); (iv) proteção direta da segurança jurídica objetiva e indireta dos direitos fundamentais.⁶⁵

A modulação deve referir-se “à proteção da credibilidade do ordenamento jurídico, no sentido de que a decretação de nulidade terminaria afetando de forma negativa, comprovada ou presumidamente, um sem-número de pessoas, cujos direitos fundamentais terminariam por ser desnecessariamente restringidos e cuja confiança no ordenamento, globalmente considerada, seria fortemente afetada”.⁶⁶

Este é justamente o caso dos autos.

65. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 563/573.

66. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 571.

Cuida-se de situação excepcional caracterizada por uma cadeia de atos, efeitos e sujeitos que seriam atingidos pela deseficacização, ocasionando graves consequências para a comunidade e para a economia local. Certamente, a manutenção dos efeitos já irradiados não servirão de incentivo à edição de atos normativos semelhantes (tidos como viciados), inclusive para que se evitem transtornos e prejuízos semelhantes aos que ora ocorrem.

As circunstâncias excepcionais do caso concreto não podem ser ignoradas; ao contrário, como visto, o postulado da razoabilidade exige que elas sejam consideradas para afastar a incidência da regra geral (no caso, a regra da deseficacização).

Demais disso, a aparência de legitimidade dos atos impugnados e o objetivo de preservação de valores constitucionalmente tutelados, como a segurança jurídica e a confiança, estão demonstrados. A não deseficacização, no caso, é exigida pela tutela de princípios decorrentes da Constituição Federal, que prevalece, inclusive, com relação à norma tida por violada.

A retroatividade de eventual inconstitucionalidade criaria um panorama desconforme com a Constituição Federal, de forma que o meio não promoveria o fim pretendido (a suposta recomposição da constitucionalidade). Não haveria adequação na relação meio e fim, elemento que deve ser analisado por exigência do postulado da proporcionalidade.

Como se não bastasse, além de inadequado, o meio é desnecessário e desproporcional em sentido estrito. Isso porque *(i)* atinge, desnecessariamente, a esfera jurídica de um número indeterminado de sujeitos, que exerceram a sua liberdade sob a orientação do Direito e *(ii)* a deseficacização traria mais desvantagens e prejuízos do que benefícios. Há, no caso concreto, mais razões para proteger a segurança jurídica e confiança do que para não as proteger.

8.5. O provimento jurisdicional de urgência

Em síntese, ainda que sejam julgados procedentes os pedidos formulados na demanda, para que se decrete a inconstitucionalidade das normas impugnadas, deve-se modular os efeitos da inconstitucionalidade a fim de que tenha eficácia *ex nunc*. A regra da deseficacização deve ser afastada no caso concreto. A modulação não é, aqui, uma possibilidade; é um direito subjetivo transindividual.

Se a inconstitucionalidade – eventualmente decretada –, neste caso, só deve ter eficácia prospectiva, não se poderiam suspender os efeitos dos preceitos normativos retroativamente. Explique-se.

O provimento jurisdicional de urgência sob análise não tem natureza cautelar, tratando-se de antecipação dos efeitos da tutela desconstitutiva. Não mais se discute ser possível a técnica de antecipação dos efeitos em se tratando de tutela (des)constitutiva. Não se antecipam a certificação e a efetivação do direito potestativo, o que seria antecipação da própria tutela, mas os seus efeitos práticos.

Suspender os efeitos de um contrato cuja anulação se busca é antecipar o efeito prático de não executá-lo. Suspender os efeitos da norma cuja inconstitucionalidade se requer é antecipar o seu efeito prático de não incidência normativa (decorrente de eventual desjuridicização).

No caso dos autos, demonstrou-se, neste parecer, que eventual inconstitucionalidade decretada deve ter apenas eficácia prospectiva, não podendo atingir os efeitos já produzidos pelas normas. Dessa forma, a antecipação dos efeitos da tutela – decorrente de cognição sumária – não poderia ter atingido tais efeitos pretéritos. Isso porque a tutela desconstitutiva não teria como efeito a deseficacização. Não se podem suspender os efeitos anteriores da norma, se eventual tutela final não terá este efeito prático.

Demais disso, a antecipação dos efeitos da tutela, tal como foi feita, acaba por tornar vazia a modulação final dos efeitos. De nada adiantará a eficácia prospectiva da inconstitucionalidade, se a decisão de urgência deu eficácia retroativa aos seus efeitos práticos. A questão não é só de técnica; é também prática. Graves prejuízos já terão sido suportados, investimentos já terão sido desmobilizados, a confiança e a segurança jurídica já terão sido atingidas. A modulação não mais conseguirá atender às razões que a justificam.

9. CONCLUSÕES

Por tudo quanto foi exposto, conclui-se que:

- (i) O juízo de inconstitucionalidade é um juízo de validade. Até que seja invalidada, a norma existe e produz efeitos no mundo jurídico.
- (ii) A invalidade é uma consequência desjuridicizante, mas não é, em si, uma consequência deseficacizante. Ela pode ter como efeito a deseficacização; neste caso, a invalidade passa a ser pressuposto fático de novo fato jurídico.
- (iii) No regime jurídico das inconstitucionalidades, há regra segundo a qual, decretada a inconstitucionalidade (elemento fático), se opera a deseficacização retroativa até o início da vigência do ato invalidado (efeito jurídico).

- (iv) A regra de deseficacização pode ser afastada no caso concreto, quer porque a relação entre o fato jurídico e a consequência jurídica é de condicionalidade, quer porque atuam os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.
- (v) No caso sob consulta, há a configuração dos elementos fáticos do princípio da proteção da confiança, em sua faceta objetiva. A retroeficácia da invalidade, no caso, violaria o princípio constitucional da segurança jurídica. Deve prevalecer o princípio da segurança jurídica para que seja afastada a regra da deseficacização.
- (vi) Presente também o “excepcional interesse social”. Se for retroativa a eficácia de eventual inconstitucionalidade decretada nos autos, sofrerão graves prejuízos não apenas aqueles sujeitos diretamente envolvidos, mas toda a comunidade.
- (vii) As circunstâncias excepcionais do caso concreto não podem ser ignoradas. O postulado da razoabilidade exige que elas sejam consideradas para afastar a incidência da regra geral (no caso, a regra da deseficacização).
- (viii) A retroatividade de eventual inconstitucionalidade criaria um panorama desconforme com a Constituição Federal, de forma que o meio não promoveria o fim pretendido (a suposta recomposição da constitucionalidade). Não haveria adequação na relação meio e fim.
- (ix) Além de inadequado, o meio é desnecessário e desproporcional em sentido estrito. Isso porque atinge, desnecessariamente, a esfera jurídica de um número indeterminado de sujeitos, que exerceram a sua liberdade sob a orientação do Direito, e a deseficacização traria mais desvantagens e prejuízos do que benefícios.
- (x) A antecipação dos efeitos da tutela – decorrente de cognição sumária – não poderia ter atingido os efeitos pretéritos dos atos normativos. Isso porque a tutela desconstitutiva não deve ter como efeito a deseficacização. Não se podem suspender os efeitos anteriores da norma, se eventual tutela final não terá este efeito prático.

É o parecer.

Cidade do Salvador, em 02 de agosto de 2012.

VII

Comportamento da parte e interpretação da coisa julgada: o caso do Campeonato Brasileiro de Futebol de 1987.¹

Sumário: 1. Síntese da causa – 2. Sobre a interpretação da decisão judicial: 2.1. Algumas considerações teóricas; 2.2 O caso – 3. Eventualidade: a renúncia ao direito de exclusividade: 3.1. Considerações teóricas; 3.2. O caso – 4. A incidência do princípio da boa-fé: 4.1. Considerações teóricas; 4.2. O caso – 5. Conclusão.

Ementa: Campeonato brasileiro de 1987. Decisão judicial que determina o reconhecimento do Sport Club do Recife como campeão. Ato administrativo que reconhece o título de campeão também ao Club de regatas Flamengo. Ausência de descumprimento da decisão judicial. Concordância dos clubes do reconhecimento a ambos do título de campeão. Renúncia tácita. Vedação a comportamento contraditório. Boa-fé objetiva.

1. SÍNTESE DA CAUSA

Trata-se de ação ordinária ajuizada, em 11 de fevereiro de 1988, por SPORT CLUB DO RECIFE contra a CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL - CBF – e contra a UNIÃO, pessoa jurídica à qual está vinculada o CONSELHO NACIONAL DE DESPORTOS. Foi, ainda, requerida a citação do GUARANI SPORT CLUB, do CLUBE DE REGATAS FLAMENGO e do SPORT CLUB INTERNACIONAL

Afirmou o autor que participou do Campeonato Brasileiro de Futebol Profissional no ano de 1987, organizado pela CBF, primeira demandada, cuja Diretoria teria editado resolução regulamentando o campeonato. Acrescentou que a competência para regular o mencionado campeonato era do Conselho Arbitral da CBF. Nada obstante, por força de decisão judicial liminar, o campeonato se teria iniciado com a participação de trinta e um clubes, todos integrantes do Conselho Arbitral da CBF, razão pela qual teria ocorrido a aprovação tácita do regulamento editado pela Diretoria.

1. Cf. DIDIER JR., Fredie, BOMFIM, Daniela Santos. *Comportamento da parte e interpretação da coisa julgada: o caso do Campeonato Brasileiro de Futebol de 1987*. Revista de Processo. , v.211, p.349 - 377, 2012.

Segundo o mencionado regulamento, afirma que a Quarta Fase do campeonato deveria ser disputada pelo campeão e pelo vice-campeão do módulo verde (Copa União) e pelo campeão pelo vice do módulo amarelo. Teriam sido proclamados campeões e vice-campeões o SPORT CLUB RECIFE e o GUARANI SPORT CLUB do módulo amarelo e o CLUBE DE REGATAS FLAMENGO e o SPORT CLUB INTERNACIONAL do módulo verde.

Aduz que o Conselho Nacional de Desportos – CND determinou que a CBF instalasse um Conselho Arbitral para que aprovasse ou não o regulamento do campeonato. Isso porque a decisão liminar antes proferida tinha perdido a sua eficácia em razão de acórdão proferido pelo Tribunal Federal de Recursos.

Afirmou que ajuizara ação cautelar com o intuito de que se determinasse aos demandados que se abstivessem de acatar qualquer decisão do Conselho Arbitral da CBF que implicasse alteração do regulamento do campeonato, salvo se a deliberação decorresse da unanimidade dos participantes. O Juízo teria proferido decisão de urgência neste sentido.

Em reunião do Conselho Arbitral da CBF, ter-se-ia decidido, por maioria, tornar sem efeito a Quarta Fase do Campeonato.

Nada obstante, por conta da decisão judicial, teriam sido mantidas as disputas da Quarta Fase do campeonato, cuja realização teria sido organizada pela própria CBF. O CLUBE DE REGATAS FLAMENGO e o SPORT CLUB INTERNACIONAL não teriam comparecido aos jogos agendados, tendo sido vencedor o SPORT CLUB RECIFE, ora autor.

Ao final, requereu (i) fosse declarada a validade do Regulamento do Campeonato Brasileiro de Futebol Profissional de 1987, inicialmente editado pela Diretoria da CBF; (ii) fosse declarado que a modificação no mencionado regulamento dependeria de quórum de unanimidade; (iii) fosse determinado que as demandadas se abstivessem de acatar decisão do Conselho Arbitral que implicasse modificação do Regulamento; (iv) fosse determinado que a primeira requerida reconhecesse o autor como legítimo Campeão Brasileiro de 1987.

Sobreveio sentença aos autos julgando procedentes os pedidos para (i) declarar a validade do regulamento do Campeonato Brasileiro de 1987; (ii) declarar necessária a aprovação unânime para a alteração do regulamento; (iii) determinar a CBF e a União que se abstenham de convocar o Conselho Arbitral ou acatar decisão do Conselho que impliquem em modificação não unânime do regulamento; (iv) determinar que o autor fosse reconhecido como

Campeão do Campeonato Brasileiro de Futebol Profissional do ano de 1987. Tal decisão foi publicada em meio de 1994, tendo ocorrido o seu trânsito em julgado em 05.04.1999.

Pois bem.

Em 21 de fevereiro de 2011, a Confederação Brasileira de Futebol editou a resolução n. 02/2011, que, retificando a resolução n. 03/2010, reconheceu o SPORT CLUB RECIFE e o CLUBE DE REGATAS DO FLAMENGO como campeões do Campeonato Brasileiro de Futebol Profissional de 1987, bem assim o GUARANI FUTEBOL CLUBE e o SPORT CLUB INTERNACIONAL DE PORTO ALEGRE como vice-campeões.

Diante do conteúdo da mencionada resolução, o SPORT CLUB RECIFE peticionou nos autos daquela ação anteriormente por ele proposta, alegando suposto descumprimento do comando judicial transitado em julgado e requerendo que fosse determinada à CBF a edição de nova resolução para anular a resolução n. 02/2011, sob pena de multa diária. O Juízo acolheu o pedido para determinar que a CBF reconhecesse o SPORT CLUB RECIFE como o único vitorioso do Campeonato de 1987. Em face desta decisão, o CLUBE DE REGATAS FLAMENGO interpôs agravo de instrumento.

Foi, então, editada pela CBF a resolução n. 06/2011 por meio da qual se revogou a resolução n. 02/2011 e se reconheceu o SPORT CLUB RECIFE como único campeão do Campeonato Brasileiro de Futebol Profissional de 1987.

Consulta-me o CLUBE DE REGATAS FLAMENGO se, por meio da resolução n. 02/2011, teria ocorrido descumprimento de decisão judicial transitada em julgado, bem assim se seria possível o reconhecimento de dois campeões ao Campeonato Brasileiro de Futebol Profissional de 1987.

É o que se passa a analisar.

2. SOBRE A INTERPRETAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

2.1. Algumas considerações teóricas

A coisa julgada material é situação jurídica (efeito jurídico) que decorre de um fato jurídico composto, vale dizer, da juridicização de um suporte fático formado pela (i) existência de decisão judicial (ii) que verse sobre o mérito (objeto litigioso), (iii) que tenha sido decorrente de cognição exauriente e (iv) que se tenha tornado inimpugnável na relação jurídica processual em que foi

proferida (coisa julgada formal). A coisa julgada material (que é efeito jurídico) consiste na imutabilidade do conteúdo do dispositivo da decisão sobre o mérito, da norma jurídica individualizada dele decorrente.

A norma jurídica individualizada não é o texto da parte dispositiva da decisão. Texto e norma, também aqui, não se confundem.

RICCARDO GUASTINI acentua a diferença entre texto e norma. Norma é o resultado da interpretação; o texto, o seu objeto. Entende o autor como interpretação jurídica “a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo.”² O discurso do intérprete seria construído na forma do enunciado “T significa S”, em que T equivale ao texto normativo e S equivale ao sentido que lhe é atribuído.³

Seguindo a sua linha, HUMBERTO ÁVILA também afirma: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.”⁴ Na verdade, trata-se de uma reconstrução de sentido, do conteúdo semântico inicial inerente ao texto, já que “há traços de significado mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”⁵. Chama de “núcleos de sentido” os significados mínimos incorporados ao texto pelo uso linguístico e pela comunidade do discurso. A norma seria, assim, uma construção a partir de algo; logo, seria uma reconstrução.⁶

A norma jurídica é o resultado da interpretação do texto (signo de linguagem) ou dos sinais (circunstâncias fáticas) dos quais ela é decorrente. Estes funcionam como ponto de partida da interpretação cujo sentido inicial a eles atribuído pode, inclusive, ser revisto no decorrer do processo do compreender.

Interpretar é, nas palavras de KARL LARENZ, “uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático”.⁷ O significado do texto das normas jurídicas é sempre problemático, notadamente considerando que a linguagem jurídica não se vale de

2. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-24.
3. GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 24.
4. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.
5. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 32.
6. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 33.
7. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad.: José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 439.

conceitos rigorosamente fixados, “mas termos mais ou menos flexíveis, cujo significado possível oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circunstâncias”.⁸ Em verdade, não há termo ou conceito carente de problematicidade, pois “mesmo quando se trata de conceitos em alguma medida fixos, estes contêm frequentemente notas distintivas que, por seu lado, carecem de uma limitação rigorosa”.⁹

Todo texto é, assim, carente de interpretação. O texto é significante, e não significado. A linguagem é o caminho percorrido entre significante e significado.

Signos e sinais são espécies de significantes, cujos significados serão reconstruídos no caso concreto. Nas palavras de PAULO MOTA PINTO:

O símbolo tem uma dimensão semântica constante, uma identidade objectiva, conservando a sua base convencional nos diversos contextos em que insere. É, por isso, menos ambíguo, menos equívoco, mesmo se o significado se precisa se precisa definitivamente apenas na situação concreta. [...] o sinal não tem sequer uma relação semântica constante, devendo a sua capacidade significativa inteiramente às circunstâncias semânticas em que se insere. Ao sinal pode, por convenção, ser atribuído um significado, sendo empregue para finalidades expressivas – ou melhor, como símbolo. Normalmente, não consente, porém, ilações pré-estabelecidas, dependendo a relação entre manifestante e manifestado totalmente das circunstâncias ambientais.¹⁰

Distinguem-se os signos e os sinais pela existência ou não de uma relação semântica prévia, dentro de determinado “jogo de linguagem”. Quanto aos símbolos, haveria uma função semântica pré-estabelecida (mas não definitiva); uma concepção prévia convencional do seu significado que pode ser confirmada ou infirmada no processo do compreender, no caso concreto. Em se tratando de sinais, inexistiria uma relação semântica prévia, de forma que o seu significado, naquele jogo de linguagem, será construído por força da “moldura das circunstâncias”¹¹.

8. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 439.

9. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 439.

10. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Lisboa: Almedina, 1995, p. 516.

11. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 517.

O texto normativo é signo de cuja interpretação decorre a norma. Há uma relação semântica pré-estabelecida, inserida na linguagem jurídica. Trata-se, justamente, dos “núcleos de sentido” aos quais se refere HUMBERTO ÁVILA: “traços de significados mínimos incorporados ao uso ordinário ou técnico da linguagem”.¹²

Esta “relação semântica pré-estabelecida” corresponde também à noção de “sentido literal possível” referida por KARL LARENZ.

Toda interpretação de um texto há de iniciar-se com o seu sentido literal. Por tal entendemos o significado de um termo ou de uma cadeia de palavras no uso linguístico geral ou, no caso de que seja possível constatar um tal uso, no uso linguístico especial do falante concreto.¹³

Todavia, em razão da flexibilidade e riqueza de cambiantes e da capacidade de adaptação da linguagem, geral e particular, não haveria um sentido literal inequívoco, mas, sim, sentidos literais possíveis. O sentido literal possível é ponto de partida da interpretação, mas é também o seu limite. Quando se ultrapassa tal limite, já não se está mais no âmbito da interpretação, mas, sim, da integração.¹⁴

A interpretação literal é, assim, o ponto de partida e o limite da própria atividade interpretativa. Outros critérios interpretativos serão também tidos em conta: o contexto no qual o texto está inserido (interpretação sistemática); a finalidade e os valores subjacentes (interpretação teleológica) etc.

As decisões judiciais são também linguagem. Os seus textos – em si – não são as decisões; eles são signos, carentes, portanto, de interpretação. São elementos das decisões o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Esta é a estrutura das decisões judiciais – e não de seus textos. Tanto é assim que, ao longo da “fundamentação” no texto, pode ocorrer de o magistrado rejeitar questões processuais, cuja solução compõe o conteúdo do dispositivo.

A decisão judicial é o resultado da interpretação do texto. É significado, pois. A norma jurídica individualizada está contida na decisão judicial, e não no seu texto. Ela é reconstrução, que tem como ponto de partida os seus

12. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, cit., p. 32.

13. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 451.

14. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 451.

núcleos de linguagem, a sua literalidade. O seu sentido literal não é critério único, mas é ponto de partida e é limite.

A (re)construção da norma jurídica individualizada, a partir do texto da decisão, não pode ultrapassar os seus próprios limites, vale dizer, os seus sentidos literais possíveis. Não se trata, aqui, de integração da norma jurídica individualizada, que, quando possível, deve ser feita mediante liquidação. A atividade interpretativa da decisão não se confunde com a atividade integrativa; entre elas, há o “sentido literal possível” do seu texto. Não se permite, na atividade executiva, ir além do limite da interpretação, pois se estaria indo além do título executivo, da coisa julgada material.

2.2 O caso

No texto da decisão judicial, constou que se julgavam procedentes os pedidos para (i) declarar a validade do regulamento do Campeonato Brasileiro de Futebol Profissional de 1987, editado pela Diretoria da CBF; (ii) declarar necessária a aprovação unânime para a alteração do mencionado regulamento; (iii) determinar a CBF e a União que se abstenham de convocar o Conselho Arbitral ou acatar decisão do Conselho que impliquem em modificação não unânime do mencionado regulamento; (iv) determinar que o autor fosse reconhecido pela CBF como Campeão do Campeonato Brasileiro de Futebol Profissional do ano de 1987.

Do mencionado texto, depreende-se que se certificou a obrigação da CBF de reconhecer o SPORT CLUB RECIFE como campeão do Campeonato Brasileiro do Futebol Profissional do ano de 1997, *mas não se certificou eventual obrigação da CBF de não reconhecer outro clube também como campeão brasileiro de 1987.*

Nem sequer se disse que o SPORT CLUB RECIFE deveria ser reconhecido como “único” ou como “o” campeão do mencionado campeonato. Note-se, inclusive, que ser “legítimo campeão” não significa ser “único campeão”. O fato de mais de um clube ser tido como campeão não retira a legitimidade do título de qualquer deles.

A obrigação de reconhecer um clube como campeão não tem como conteúdo a obrigação de não reconhecer a outros título semelhante. Não há, entre elas, qualquer relação de continência, nem mesmo de dependência. São obrigações autônomas. Apenas a primeira é conteúdo da decisão judicial transitada em julgado; apenas a primeira está acobertada pela coisa julgada material.

Por meio da Resolução n. 02/2011, a CBF não deixou de reconhecer o SPORT como campeão de 1987. Não se questionou a legitimidade do título já conferido ao SPORT.

A CBF equiparou o título conquistado pelo FLAMENGO naquele ano – vencedor da Copa União (módulo verde) – ao de campeão brasileiro, como fez com títulos conquistados por outros clubes em outros anos¹⁵. É o que se depreende do parecer do Dr. Carlos Eugênio Lopes, diretor jurídico da CBF, que antecedeu o mencionado ato administrativo:

[...] é preciso salientar que, recentemente, a CBF equiparou vários títulos conquistados por diversos públicos ao de campeão brasileiro. Nada mais justo que ao Flamengo (campeão do modulo verde que, sem a menor sombra de dúvida reuniu as equipes mais poderosas na ocasião) seja dado tratamento idêntico, o que atenderia ao princípio constitucional da razoabilidade.

O ato da CBF nada interferiu no título do SPORT CLUB RECIFE. Ao título indiscutivelmente conquistado pelo FLAMENGO, foi atribuída eficácia de Campeão Brasileiro. O mencionado ato administrativo não levou em conta ser válido ou inválido o regulamento editado pela Diretoria da CBF, nem se era ou não possível a sua alteração na Quarta Fase do campeonato. Tais questões não poderiam ser mais discutidas, pois já estavam acobertadas pela imutabilidade material. Tais questões interfeririam, estas sim, no direito do SPORT de ser considerado campeão brasileiro de 1987. Não foi o caso.

A CBF deu eficácia de Campeonato Brasileiro – por si – àquele campeonato no qual tinha sido vitorioso o FLAMENGO, independentemente do Campeonato vencido pelo SPORT. Foi como se, em um mesmo ano, tivessem ocorrido dois campeonatos, tendo, cada um, o seu campeão.

O ato da CBF, portanto, não violou a coisa julgada material, que tinha tornado imutável o conteúdo da decisão que (i) declarou a validade do regulamento da Diretoria da CBF; (ii) disse que não poderia ocorrer alteração não unânime do regulamento; (iii) determinou que não se acatasse qualquer

15. A propósito, confira-se a Resolução n. 03/2010 da Confederação Brasileira de Futebol, não impugnada pelo Sport Club Recife: em 1967, a Sociedade Esportiva Palmeiras foi considerado como campeão de dois campeonatos brasileiros (Taça Brasil e Torneio Roberto Gomes Pedrosa) e, em 1968, houve dois campeões distintos, Botafogo de Futebol e Regatas (Taça Brasil) e Santos Futebol Clube (Torneio Roberto Gomes Pedrosa).

alteração não unânime do regulamento e (iv) se determinou que o SPORT fosse reconhecido como campeão brasileiro de 1987.

O ato da CBF (i) não considerou o conteúdo, nem questionou a validade do regulamento; (ii) não pretendeu realizar, nem acatar qualquer alteração no regulamento e (iii) não questionou a legitimidade do título do SPORT, há muito já reconhecido. O ato da CBF não foi contrário, portanto, à decisão transitada em julgado.

Em nenhum momento, a decisão judicial certificou obrigação de não reconhecer (obrigação de não fazer) o FLAMENGO como campeão brasileiro. Esta obrigação não compõe o conteúdo da decisão judicial – e não foi objeto de pedido por parte do SPORT CLUB RECIFE. Não há decisão judicial neste sentido.

A um, porque tal interpretação ultrapassaria os limites da própria literalidade do texto. Determinar que se reconhecesse o SPORT como campeão não é o mesmo que determinar que não se reconhecesse o FLAMENGO como tal. E nem se diga que uma obrigação decorre da outra e, por isso, a certificação da segunda estaria implícita: não há relação de causalidade, nem de condicionalidade, nem de reciprocidade entre elas. São obrigações autônomas, com componentes sintáticos e semânticos diversos.

Não pode o órgão jurisdicional, na atividade executiva, ir além do limite do sentido literal possível da interpretação, sob pena de estar desenvolvendo, criando, constituindo uma nova decisão. Foi, entretanto, o que ocorreu.

A dois, porque tal interpretação estaria em dissonância com contexto no qual o texto estava inserido. Em se tratando de norma jurídica individualizada, a interpretação sistemática deve levar em conta todo o conteúdo da decisão, bem assim o objeto litigioso do processo.

A decisão é a resposta do órgão jurisdicional acerca da existência ou inexistência de um fenômeno jurídico substancial afirmado pela parte. É este fenômeno jurídico substancial afirmado pela parte que compõe a causa de pedir da demanda. É a primeira veste do fenômeno jurídico substancial, que vai, em seguida, assumir as suas demais vestes, como ser objeto do contraditório e da cognição judicial. O pedido não pode ser individualmente considerado; ele é individualizado por sua causa de pedir.

O pedido sozinho é um vazio que sequer pode ser apreciado. A causa de pedir sozinha é a afirmação do fenômeno substancial desprovida de postulação (sem que se postule a manifestação do órgão jurisdicional). Sem o pedido,

não há o dever de decidir do órgão jurisdicional; sem a causa de pedir, não há conteúdo sobre o qual se deva decidir. Pedido e causa de pedir são elementos que se associam para formar o objeto litigioso do processo.

O significado da norma jurídica individualizada é (re)construído a partir de seu texto, tendo-se em conta as discussões travadas ao longo da relação jurídica processual, das quais decorreram aquela resposta do órgão jurisdicional certificando ou não a existência da situação jurídica afirmada.

No caso dos autos, em nenhum momento, discutiu-se se poderiam os dois clubes serem considerados campeões brasileiros de 1987, nem tampouco se, ao título conquistado pelo FLAMENGO, poderia ser atribuída a eficácia de campeão brasileiro. Discutiu-se apenas se, considerando o regulamento editado pela Diretoria da CBF, deveria o SPORT ser reconhecido como campeão.

Não se discutiu o título do FLAMENGO, nem que eficácia lhe poderia ser atribuída. Porque tais questões não compunham o objeto litigioso do processo, não poderiam ser, como não foram, objeto de cognição, nem de decisão judicial.

A três, porque tal interpretação seria contrária à própria *ratio* de uma decisão judicial.

Com efeito, a cognição judicial é um ato de inteligência, que, segundo KAZUO WATANABE, consiste “em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*”¹⁶. A cognição é a atividade que tem como resultado o conhecimento, vale dizer, a resposta do magistrado ao que foi pedido. A cognição é, pois, a pesquisa da solução aos problemas submetidos à apreciação do magistrado. Estes problemas são as questões.

Na dogmática processual, o termo “questão” assume dois significados: **(i)** questão como todo ponto de fato ou de direito controvertido, em relação ao qual deve o magistrado pronunciar-se e **(ii)** questão como o próprio *thema decidendum*, questão principal a ser decidida pelo magistrado. É nesse sentido que se distinguem as questões que devem ser resolvidas *incidenter tantum* daquelas que devem ser resolvidas *principaliter tantum*.

16. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 41

A resolução das primeiras será posta como fundamento para a solução de outras. Em relação a esta espécie de questões, há cognição e há resolução, mas não há decisão, não há julgamento, de forma que a sua solução não ficará imune em razão da coisa julgada.

Há questões, no entanto, que devem ser decididas, não somente conhecidas. Cuida-se das questões principais, que compõem o objeto litigioso do processo. Com relação a elas, haverá decisão pressuposto fático da coisa julgada material. A questão principal que é submetida ao órgão jurisdicional é a de saber se deve ou não ser acolhido o pedido do autor, porque existe ou não existe o direito subjetivo afirmado na demanda (em sua causa de pedir).

A *ratio* das decisões judiciais é, assim, ser resposta às questões submetidas ao magistrado, em regra por meio de atos postulativos, quer se trate de procedimento principal, recursal ou incidental. É ser solução ao problema posto.

Pois bem.

No caso em análise, o autor não requereu que o FLAMENGO não fosse reconhecido como campeão de 1987. Não afirmou, em sua causa de pedir, obrigação de não fazer da CBF neste sentido. Trata-se de situação jurídica substancial que não foi afirmada pelo demandante, que não foi submetida ao contraditório e que não poderia, portanto, ter sido certificada pelo órgão jurisdicional – como, de fato, não foi.

Tal interpretação seria contrária à lógica das vestes assumidas pelo fenômeno jurídico substancial no processo. Admitir tal interpretação seria admitir que a decisão judicial foi *ultra petita*, vale dizer, que teria ultrapassado os limites dos elementos objetivos da demanda.

E os textos das decisões judiciais devem, sempre que possível, ser interpretados com o intuito de que sejam preservadas a sua validade e eficácia. É o que ocorre, *mutatis mutandis*, com a preservação dos contratos como regra de interpretação. As decisões judiciais devem ser interpretadas para que sejam mantidas e que tenham eficácia.

Em síntese, não se pode atribuir à decisão judicial conteúdo que ultrapasse o seu sentido literal possível. Demais disso, a interpretação da decisão deve estar, sempre que possível, em consonância com o fenômeno jurídico substancial que assumiu as diversas vestes no processo, inclusive porque se presume a validade das decisões.

E mais.

Em 21.01.1988, houve decisão administrativa do Conselho Nacional de Desportos reconhecendo ser o FLAMENGO campeão do Campeonato Brasileiro de 1987. Trata-se de ato administrativo jamais impugnado, quer administrativamente, quer judicialmente. A ação ajuizada pelo SPORT não teve como fim anular a decisão administrativa do CND. Não se afirmou eventual vício nela existente, nem o direito de desconstituir a decisão administrativa.

Este fato deve ser levado em conta na interpretação dos pedidos formulados na demanda e acolhidos na sentença. O autor não impugnou, por meio da referida demanda, o ato que havia reconhecido ser o FLAMENGO campeão. Também por isso, ao requerer que lhe fosse reconhecido o título de campeão, não requereu que título semelhante não fosse reconhecido ao FLAMENGO, nem que o título lhe fosse concedido em caráter exclusivo.

E nem se alegue que a exclusividade estava implícita no pedido formulado. Os pedidos devem ser interpretados restritivamente (art. 293 do CPC), e sua interpretação não pode ir além do sentido literal possível. Acrescentar “termo” inexistente no pedido é ir além dos limites da interpretação. Não caberia ao órgão jurisdicional integrar o pedido do autor – tanto que não o fez. Demais disso, não se tratava de qualquer das hipóteses excepcionais nas quais se admite o pedido implícito.

Ainda que ultrapassados todos os argumentos acima, a ausência de impugnação à decisão do CND é circunstância fática que deve ser considerada na interpretação do pedido do demandante. A exteriorização de vontade do demandante não submeteu ao Poder Judiciário à questão do FLAMENGO ser campeão brasileiro de 1987 – tanto que não impugnou o ato administrativo do CND. A questão principal submetida ao órgão jurisdicional foi a de o SPORT ser ou não campeão.

Em nenhum momento dos autos, formulou-se a pergunta: “Sport ou Flamengo?”. Formulou-se apenas a pergunta: “Sport?”. Foi esta pergunta que o órgão jurisdicional respondeu. É a sua resposta que está acobertada pela coisa julgada material.

A assertiva “Sport e Flamengo” não é contrária ao conteúdo da coisa julgada material, justamente porque inclui o Sport. Não se pode pretender, só agora, que a decisão judicial tenha respondido à pergunta “Flamengo?”. Não respondeu, porque não lhe foi perguntado. Ao contrário, o ato de reconhecimento do título de campeão ao FLAMENGO jamais foi impugnado.

Dessa forma, houve erro de julgamento da decisão agravada, haja vista que inexistiu descumprimento do comando judicial transitado em julgado. Foi a nova decisão judicial que, agora, na fase executiva, extrapolou os limites do título executivo, violando a coisa julgada material.

Destaque-se, ainda: carece de interesse ao SPORT, inclusive, para voltar-se contra o ato administrativo que reconheceu serem os dois clubes campeões brasileiros de 1987. Isso porque, não se tendo questionado a legitimidade do título do SPORT, tal ato em nada interfere em sua órbita jurídica.

3. EVENTUALIDADE: A RENÚNCIA AO DIREITO DE EXCLUSIVIDADE

3.1. Considerações teóricas

O mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos, que são os fatos da vida qualificados (como jurídicos), por força da incidência da norma jurídica. O fenômeno de juridicização ocorre quando se verifica a suficiência do suporte fático concreto, vale dizer, quando os fatos da vida são correspondentes (para que se possa fazer jus à concepção de “sistema móvel”, prefiro, aqui, utilizar a expressão “correspondentes”, e não “coincidentes”) aos pressupostos previstos abstratamente na hipótese normativa (suporte fático abstrato da norma).

Sobre o fenômeno da juridicização, é célebre a metáfora utilizada por Pontes de Miranda: “para que os fatos da vida sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os “jurídicos””¹⁷. E mais adiante: “ocorridos certos fatos-conteúdo, ou suportes fáticos, que têm de ser regrados, a regra jurídica incide. A sua incidência é como a da plancha da máquina de impressão, deixando a sua imagem colorida em cada folha”¹⁸.

Os fatos jurídicos (em sentido lato) podem ser classificados em razão do elemento cerne (nuclear) do suporte fático, assim entendido como o aquele “que determina a configuração final do suporte fático e fixa, no tempo, a sua concreção”¹⁹.

17. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 1, p. 6.

18. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de direito privado*, t. 1, cit., p. 11.

19. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 49.

Os atos jurídicos em sentido lato são aqueles cujo suporte fático tenha como elemento nuclear a exteriorização consciente da vontade humana que tenha por objeto a “obtenção de um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível”²⁰. Aqui, “o ato humano entra no mundo jurídico como ato”²¹, e não como fato do homem. A vontade exteriorizada é cerne do suporte fático.

Dessa forma, o ato jurídico em sentido amplo seria caracterizado por três elementos: **(i)** um ato humano volitivo, vale dizer, uma conduta que represente a exteriorização de uma vontade, juridicamente relevante, razão por que figura como cerne do suporte fático de dada norma jurídica (suporte fático abstrato); **(ii)** a consciência da exteriorização da vontade (vale dizer: o intuito de realizar a conduta); **(iii)** que o ato se dirija à obtenção de um resultado (o ato jurídico há de ser, ao menos, potencialmente eficaz).²² Ressalte-se que apenas os atos jurídicos em sentido lato são submetidos ao plano da validade (não o são os fatos jurídicos em sentido estrito, os ato-fatos jurídicos e os atos ilícitos).

O ato jurídico em sentido lato é gênero do qual são espécies o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico.

Em se tratando de ato jurídico em sentido estrito, a vontade humana é elemento do suporte fático, mas ela não opera quanto aos efeitos decorrentes do ato jurídico. Cuida-se de efeitos pré-estabelecidos pela norma, efeitos necessários. Em se tratando de negócios jurídicos, a vontade é elemento relevante quanto à existência e à eficácia do ato jurídico.

[...]o direito não recebe a vontade manifestada somente como elemento nuclear do suporte fático da categoria que for escolhida pelas pessoas, mas lhe reconhece, dentro de certos parâmetros o poder de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam a conteúdo eficaz das relações jurídicas que nascem do ato jurídico.²³

Os negócios jurídicos (espécie de atos jurídicos em sentido lato) são fatos jurídicos cujo elemento cerne do suporte fático é a vontade humana

20. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 138.

21. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 395.

22. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 139 e seq.

23. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 148/149.

exteriorizada (o que pressupõe, certamente, a sua consciência). Sem exteriorização de vontade humana, não há negócio jurídico e nem tampouco irradiação de seus efeitos.

Para que componha o suporte fático de qualquer negócio jurídico, deve-se verificar a consciência da exteriorização da vontade, quanto **(i)** à vontade em si mesma, ou seja, o conteúdo da vontade exteriorizada e **(ii)** a vontade de exteriorizar/declarar, expressa ou tacitamente.²⁴ Se inexistente consciência, inexistente vontade exteriorizada, não se verifica a suficiência do suporte fático do ato jurídico. A consciência é essência do próprio elemento nuclear fático, quer se trate de declaração expressa, quer se trate de declaração tácita de vontade.

A inconsciência da vontade exteriorizada não se confunde com eventual vício nela verificado. A inconsciência significa inexistência de exteriorização da vontade e, conseqüentemente, não verificação da suficiência do suporte fático do fato jurídico. Estamos, pois, em seu plano de existência. O vício na vontade exteriorizada, como o erro e o dolo, conduz à deficiência do suporte fático (suficientemente configurado). Estamos, agora, no plano de validade: o ato existe, mas é defeituoso, podendo ser decretada a sua invalidade.

Ressalte-se, ainda, que, quando se exige a consciência da vontade, não se exige que a parte tenha ciência e a intenção de praticar determinado ato jurídico. Por exemplo, quando alguém entra em um ônibus, certamente não pensa tratar-se de um ato negocial (contrato de transporte), mas há a consciência de entrar no ônibus para ser transportado²⁵.

Compõem os substratos fáticos dos negócios jurídicos não apenas as chamadas declarações expressas de vontade, mas também as declarações tácitas/manifestações de vontade (e isso não mais se questiona, atualmente).

Adotando a concepção ampla de declaração de Paulo Mota Pinto, distinguem-se as suas modalidades (expressa ou tácita) em razão da configuração de relação entre manifestante e manifestado, contrapondo a manifestação por símbolo e por sinais. Em se tratando de símbolo, há uma relação semântica pré-estabelecida entre manifestante e manifestado.²⁶

24. Nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello: "para compor o suporte fático suficiente de ato jurídico a exteriorização da vontade há de ser consciente, de modo que aquele que a declara ou manifesta deve saber que a está declarando ou manifestando com aquele sentido próprio" (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência, cit., p. 141.)

25. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência, cit., p. 143.

26. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 515.

Nesse contexto, se a vontade é exteriorizada por meio de símbolos, cuida-se de declaração expressa; se por meio de sinais, declaração tácita. Note-se que os conceitos de símbolos e sinais não são absolutos, mas relativos. É bem possível que determinado fato seja símbolo em uma dada situação e sinal em outra. O que se deve observar é a existência ou não de alguma relação semântica pré-estabelecida. Apenas, no caso, será reconstruído o significado do manifestante, por meio da interpretação.

Não há relação necessária entre declaração expressa (simbólica) e a língua (verbal ou escrita). As declarações expressas podem ser gestuais, como ocorre com a linguagem dos surdos-mudos e a comunicação em morse.²⁷ De outra parte, a exteriorização de vontade por meio de signos linguísticos não será sempre declaração expressa²⁸.

Em síntese, há declaração expressa quando o fato significativo tem um conteúdo semântico, naquele contexto de linguagem, pré-estabelecido. Há declaração tácita, por sua vez, quando, inexistente (ou praticamente inexistente) uma relação semântica antecedente, de forma que o juízo acerca de sua existência e de seu conteúdo depende de forma decisiva das circunstâncias do caso.

A renúncia é negócio jurídico. Trata-se de negócio jurídico unilateral por meio do qual se extingue uma situação jurídica ativa titularizada pelo renunciante. Como negócio jurídico, a vontade exteriorizada não apenas compõe o suporte fático, mas é relevante ao menos para a escolha da categoria jurídica. Como unilateral, não provoca a corresponsabilidade de efeitos jurídicos. A exteriorização de vontade apreendida pode ser expressa ou tácita, a depender da existência ou não de uma relação semântica pré-estabelecida.

É consequência jurídica da renúncia a extinção de situação jurídica prévia, e não uma obrigação de renunciar. Pode-se, inclusive, dizer que a vontade exteriorizada é, nesse sentido, performativa. Se houve vontade exteriorizada de renunciar, incidiu a norma jurídica, irradiou-se o seu respectivo efeito: a extinção da situação jurídica.

3.2. O caso

Em 09.06.1997, quando já havia sido proferida a sentença analisada no tópico antecedente, ocorreu Assembleia Extraordinária do Clube dos Treze

27. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 518.

28. “As palavras e outros símbolos só revelam na sua significação normal para a declaração expressa, pois em relação à declaração tácita funcionam como mero sinal”. (PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 519)

– associação dos principais clubes de futebol do Brasil. Participou da Assembleia o Presidente do SPORT CLUB RECIFE, já que seria decidido o ingresso do clube na associação.

Na ocasião, antes de iniciada a votação correspondente, o Presidente do FLAMENGO disse que o seu voto só seria favorável ao ingresso do SPORT, se este concordasse com que se dirigisse uma postulação à CBF, com o propósito de que ambos os clubes – SPORT e FLAMENGO – fossem reconhecidos como campeões brasileiros de 1987.

Da leitura da ata da Assembleia, depreende-se que, em um primeiro momento, o Presidente do SPORT disse que “teria que ouvir seus pares de diretoria e não podia submeter-se à exigência colocada.” Ocorre que, em seguida, manifestaram-se os Presidentes do Botafogo e do São Paulo para que o impasse – então instalado – fosse superado.

Como consta expressamente na ata, decidiu-se que se levaria à CBF a vontade da unanimidade do Clube dos Treze de ver reconhecido aos dois clubes – SPORT e FLAMENGO – título de campeão brasileiro de 1987. Não houve aí qualquer oposição ou ressalva do Presidente do SPORT. Ao contrário, ficou expressamente consignado que tal decisão visava “superar uma questão antiga, e estabelecer um clima fraterno e solidário entre todos os integrantes de nossa Associação, fundadores e novos integrantes.”

Dessa forma, houve unanimidade na aprovação do ingresso do SPORT, tendo sido a votação aberta, por solicitação do Presidente do FLAMENGO.

Como se vê, o SPORT aceitou que o FLAMENGO fosse também reconhecido como campeão brasileiro de 1987. Nada obstante a primeira manifestação do Presidente do SPORT, após a manifestação de outros clubes e a discussão sobre o tema, houve decisão – sem qualquer oposição ou ressalva do SPORT – de que o Clube dos Treze manifestaria a sua vontade unânime de que os dois clubes fossem tidos como campeões.

Veja-se que tal deliberação teve como finalidade expressa estabelecer o bom relacionamento entre os antigos membros, como era o FLAMENGO, e os novos, como o SPORT. Dessa forma, o voto do FLAMENGO foi favorável à inserção do SPORT no Clube.

E não se pode dizer que o SPORT não participou ou não concordou com a mencionada deliberação. A um, porque não houve qualquer ressalva do SPORT quando a decisão foi tomada, por unanimidade. A dois, porque a decisão visou, justamente, conciliar os interesses do SPORT e do FLAMENGO.

A três, porque o voto do FLAMENGO foi favorável ao ingresso do SPORT, justamente em razão da sua concordância com a deliberação do Clube.

Pois bem.

Como visto, na decisão judicial, não se certificou qualquer direito do SPORT de que o FLAMENGO não fosse reconhecido como campeão. Tal direito seria, inclusive, contrário à própria noção das situações jurídicas ativas, já que não se trataria de uma posição de vantagem (proeminência) conferida ao seu titular. O direito do SPORT ao título não depende de que não seja reconhecido a outro clube título semelhante.

Não se poderia falar em direito do SPORT de que o FLAMENGO não fosse tido como campeão, porque tal situação não lhe traria qualquer vantagem sobre um dado bem da vida. Apenas seria prejudicial ao consulente. Por isso, inclusive, que a decisão judicial não reconheceu tal “direito”, sequer afirmado pelo autor na demanda.

Demais disso, não se determinou a exclusividade do título reconhecido ao SPORT. Não se disse que apenas um clube poderia ser tido como campeão brasileiro daquele ano, inclusive porque nunca se discutiu, naqueles autos, a resposta à pergunta “Sport ou Flamengo?”.

Ainda que se considerasse, entretanto, que se certificou direito do SPORT à exclusividade do título de campeão brasileiro ou direito de que nenhum outro clube fosse, também, reconhecido como campeão brasileiro daquele ano, teria havido renúncia (tácita) da situação jurídica ativa.

Como visto, é pressuposto da renúncia a exteriorização de vontade, que pode ser expressa ou tácita. Como regra, não se veda que uma declaração tácita componha o substrato fático (concreto) do referido negócio. O ordenamento, inclusive, em algumas hipóteses, prevê expressamente a sua admissibilidade, tal como ocorre com a renúncia à prescrição (art. 191 do Código Civil).

A existência da declaração negocial tácita e o seu conteúdo é decorrente da interpretação dos fatos²⁹. Na declaração tácita, não há símbolos, significantes de conteúdo semântico pré-estabelecido. Há sinais que, globalmente considerados, conduzem à conclusão de uma declaração de vontade. Esse significado é decorrente de um juízo de inferência a partir das circunstâncias concretas. Certamente, este juízo de ilação não pode ser ilimitado.

29. Nesse sentido, PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 748.

Tem-se, aí, a noção de “concludência” – que “significa que se pode tirar uma conclusão a partir de algo”.³⁰ Esta apresenta duas facetas: **(i)** a concludência pode ser entendida em sentido amplo, como característica de toda declaração negocial, que seria sempre uma conclusão acerca do significado declarativo a partir de um determinado comportamento e **(ii)** em sentido estrito, apenas para as declarações tácitas, como um limite objetivo ao juízo de inferência dos sinais para concluir a existência e o conteúdo de uma declaração de vontade.³¹

Nesse sentido, Paulo Mota Pinto:

“[...] a ilação é aqui realizada a partir dos chamados “factos concludentes”. Estes são aqueles factos a partir dos quais, de acordo com o critério interpretativo, se pode concluir uma declaração tácita – podem, portanto, ser todos os que se devem considerar do ponto de vista hermeneuticamente relevante, sejam eles positivos ou negativos, desde que se sirvam para constituir uma “impressão do destinatário” no sentido da existência de uma declaração tácita e que não se trate de símbolos integrantes de uma linguagem (pois então a declaração seria expressa)³²”.

Veja-se que os fatos concludentes – a partir dos quais se pode concluir a existência e o conteúdo da vontade exteriorizada – podem ser positivos e negativos. O silêncio (em sentido amplo), por exemplo, pode ser juridicamente relevante.

Entre o comportamento concludente no contexto concreto e a declaração tácita, há, pois, um nexo de concludência, decorrente de um juízo interpretativo, em que são relevantes “factores de tipicidade social e factores jurídicos”.³³ No juízo de concludência, são relevantes critérios gerais práticos, como a incompatibilidade do comportamento com significados contrários à declaração, sempre à luz do contexto negocial.

O juízo de concludência é norteado também por critérios normativos, por meio dos quais se adota um padrão normativo de conduta para avaliar e compreender o comportamento do agente³⁴. A adoção deste padrão normativo de

30. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 752.

31. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 749-750.

32. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 752.

33. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 768.

34. Segundo Paulo Mota Pinto: “[...] é necessário, por um lado, adoptar um padrão normativo de conduta para a avaliar e compreender o comportamento do agente, e, por outro, poder pressupor que o agente,

conduta como critério da interpretação é manifestação da função interpretativa do princípio da boa-fé (boa-fé como norma, e não como fato)³⁵.

Nesse contexto, tem-se a “imagem juridicamente relevante” daquilo que poderia ter sido compreendido pelo destinatário. Note-se que o juízo de conclusão não é um juízo de certeza acerca da intenção daquele que declara – o que também não se exige no que concerne às declarações expressas –, mas, sim, de alto grau de probabilidade da exteriorização da vontade³⁶.

No caso sob consulta, as circunstâncias concretas evidenciam um nexo de conclusão que permite interpretar o comportamento do SPORT como declaração tácita de vontade para compor o substrato fático concreto da renúncia de eventual direito de exclusividade do título.

Na Assembleia do Clube dos Treze, após a discussão sobre o tema, houve deliberação de que era vontade unânime do Clube que ambos os clubes fossem tidos como campeões. Ainda que o SPORT não tenha votado expressamente neste sentido (o que não se faz possível examinar a partir do conteúdo da ata), o SPORT concordou – mesmo que tacitamente – com o conteúdo da deliberação, que teve como escopo – frise-se, mais uma vez – a boa convivência entre os dois clubes que, a partir de então, seriam integrantes daquela Associação.

De outra parte, o FLAMENGO se havia posicionado no sentido de que só votaria favorável ao ingresso do SPORT, se este clube concordasse que lhe fosse reconhecido, também, o título de campeão brasileiro de 1987. Após a deliberação do Clube dos Trezes, com a qual concordou o SPORT, houve aprovação unânime do ingresso do novo membro. Tem-se, assim, que o voto favorável do FLAMENGO só ocorreu em razão da concordância do SPORT acerca do conteúdo da deliberação do Clube dos Treze.

Das circunstâncias fáticas concretas, outra interpretação não pode ser dada ao comportamento do SPORT: o SPORT concordou com a decisão do Clube dos Treze e, assim, teria renunciado a eventual direito à exclusividade

com o seu comportamento, não está concretamente a desviar-se, a colocar-se à margem daquele padrão.” (PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 783)

35. Sobre a função interpretativa da boa-fé objetiva, aduz Nelson Rosenvald: “O recurso interpretativo ao princípio da boa-fé será a forma pela qual o operador do direito preservará a finalidade econômico-social do negócio jurídico e determinará o sentido do contrato em toda a sua trajetória, preservando a relação cooperativa mesmo que a operação hermenêutica contrarie a vontade contratual.” (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 90).

36. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 777

do título (caso considerado existente). *Outra interpretação seria incompatível, inclusive, com as expectativas legítimas do FLAMENGO, que, acreditando na “imagem da concordância do SPORT”, votou favoravelmente ao seu ingresso.*

Outra interpretação seria também incompatível ao próprio conteúdo da deliberação anuída pelo SPORT. Isso porque, se não houvesse a concordância do SPORT, careceria de eficácia e de efetividade a decisão do Clube dos Treze: de *eficácia*, porque, com o ingresso do SPORT, se não houvesse a sua concordância, não mais se poderia falar que era vontade unânime da Associação de que ambos fossem tidos como campeões; de *efetividade*, porque não se alcançaria a sua finalidade de resolver o impasse entre o FLAMENGO e o SPORT, que passaram a ser, ambos, integrantes da Associação.

E não apenas os critérios práticos nos conduzem a este juízo de conclusão, mas também os critérios normativos, notadamente a incidência do princípio da boa-fé, em sua função interpretativa. O comportamento da parte só pode ser compreendido à luz do padrão de conduta ética imposto às relações humanas.

Como visto, não apenas o FLAMENGO, mas todos os participantes da Assembleia, acreditaram que o comportamento do SPORT era de concordância com o conteúdo da decisão ali tomada. O FLAMENGO criou expectativas legítimas de que o SPORT estava concordando com o reconhecimento também do seu título e, por isso, votou favorável ao ingresso do novo membro. De outra parte, os demais participantes da Assembleia acreditavam que, com aquela decisão, se resolveria o impasse interno entre o antigo e o novo membro da Associação.

Dessa forma, formou-se como “imagem juridicamente relevante” aquela de concordância do SPORT com o conteúdo da deliberação do Clube dos Treze e, logo, de exteriorização de vontade de renunciar a eventual exclusividade que lhe tivesse sido conferida. Foi esta imagem que foi compreendida pelos destinatários e foi ela que foi apreendida pelo direito para se configurar a renúncia tácita no caso dos autos.

4. A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

4.1. Considerações teóricas

A noção jurídica da boa-fé reflete, entre nós, duas acepções – uma subjetiva, outra objetiva – que são comunicáveis entre si. A boa-fé subjetiva traduz

o estado psicológico de crença do indivíduo na legitimidade da situação fática que lhe é apresentada. A boa-fé objetiva (“Treu und Glauben”) é norma (princípio) de conduta, em consonância com os padrões éticos consagrados em dado tempo e espaço. Vale dizer: a boa-fé subjetiva é pressuposto fático; a boa-fé objetiva é norma. Por isso, inclusive, é pleonástico referir-se ao “princípio da boa-fé objetiva”. Não existe um princípio da boa-fé subjetiva.

Nada obstante a sua indeterminação semântica³⁷, MENEZES CORDEIRO acentua a duplicidade intrínseca do conteúdo da boa-fé objetiva, em sua delimitação positiva, composta pelos princípios da confiança e da materialidade da regulação jurídica³⁸. Assim, o princípio da confiança é parte do conteúdo substancial da boa-fé objetiva e legitimaria o reconhecimento e a tutela da situação “em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas”³⁹.

Como bem observa ANDERSON SCHREIBER, a valorização jurídica contemporânea da confiança é expressão da solidarização social humanitária. Após a concepção liberal oitocentista – consagrando a máxima relevância à vontade individual – e a posterior fragilização do ser humano no século XX, a racionalidade contemporânea buscou a proteção da dignidade humana, não mais sob a ótica individualista liberal, e sim à luz da noção de solidariedade. Não se trata, porém, de uma solidariedade coletivista, mas humanitária, já que tem como fim o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, contextualizados no grupo, e não deste em si mesmo⁴⁰. A racionalidade jurídica solidária decorre da própria pluralidade social e jurídica, não aceitando a concepção de um indivíduo descontextualizado⁴¹.

Consagrou-se, então, o princípio geral de cooperação e lealdade recíproca entre as partes, em decorrência na nova perspectiva da dignidade humana

37. Sobre a indeterminação semântica do conteúdo da boa-fé, Nelson Rosenthal: “A boa-fé é, portanto, adaptável e proteiforme, uma vez que o seu conteúdo será inferido por juízos valorativos animados pelo tempo, espaços e pessoas que figuram na relação. Esse juízo parte da aferição do setor social a que correspondem os participantes da relação, os seus usos e concepções cristalizados no tráfico jurídico. Com base nessas referências, será possível verificar a compatibilidade entre a atuação humana e concreta e as supremas exigências de justiça.” (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, cit., p. 82.)

38. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Ed. Almedina, 2001, p. 1234 e segs.

39. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*, cit., p. 1.234.

40. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Editora Renovar, 2005, p. 39-55.

41. ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, cit., p. 174.

– informada pela solidariedade –, na qual cada indivíduo é responsável pela conservação da dignidade do outro, impondo-se “sobre todos o dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro”⁴².

A boa-fé objetiva é princípio cuja incidência faz irradiar situações jurídicas (em sentido lato), dentre as quais o dever de não comportar-se de forma contraditória (a proibição do *venire contra factum proprium*) Segundo ANDERSON SCHREIBER, não se busca manter a coerência em si, mas notadamente proteger a situação de confiança despertada no outro.

De fato, a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção de coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízo. Mais que contra a simples coerência, atenta o *venire contra factum proprium* à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado. Ausentes tais expectativas, ausente tal atentado à legítima confiança capaz de gerar prejuízo a outrem, não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência com um comportamento anterior.⁴³

Vale dizer: a incoerência de comportamento ganha relevância jurídica quando ofende expectativas legítimas criadas em outrem por força da conduta anterior.

A boa-fé objetiva é princípio e, como tal, norma imediatamente finalística, em que se estabelece a tutela da confiança como componente do estado de coisas a ser atingido. Diferentemente das regras – que são normas imediatamente descritivas da conduta a ser adotada –, dos princípios decorre o dever de adotar comportamento necessário para a realização do estado de coisas⁴⁴. Daí por que o “não se comportar contraditoriamente” será juridicamente relevante a partir do juízo de correlação entre os seus efeitos e o estado de coisas posto como fim (a confiança). Note-se, inclusive, que a incoerência em si é

42. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 47-56 e 89.

43. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 90.

44. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 71.

admitida em nosso ordenamento (em alguns casos), como nos casos de revogação da vontade exteriorizada.

Como pressupostos da proibição do comportamento contraditório, há duas condutas praticadas pelo sujeito que são, se isoladamente consideradas, em princípio, lícitas. A ilicitude decorre da violação ao princípio da boa-fé quando se frustram as expectativas legítimas criadas em função do comportamento anterior (o *factum proprium*).

O *factum proprium* não é, em princípio, um comportamento vinculante (vale dizer, não tem, inicialmente, relevância jurídica). Se já era vinculante, a incoerência posterior estará no âmbito do descumprimento da obrigação irradiada, independentemente da tutela da confiança da outra parte. O *factum proprium* é (inicialmente) não vinculante; “passa a ser vinculante apenas se e na medida em que gera uma confiança legítima na sua conservação”.⁴⁵

4.2. O caso

Consoante noticia Antônio Menezes Cordeiro, a tutela jurídica da confiança exige os seguintes fatores: a) situação de confiança conforme o sistema; b) justificação à confiança, identificada pela presença de elementos objetivos que provoquem a crença plausível; c) investimento da confiança, como o exercício de atividades jurídicas sob a crença da confiança, d) a imputação da situação de confiança à pessoa que será atingida pela proteção ao confiante⁴⁶.

Este é o caso sob consulta.

Duas foram as condutas do SPORT apreendidas pelo princípio da boa-fé: (i) ausência de impugnação do ato administrativo da CND que reconheceu ser o FLAMENGO campeão brasileiro de 1987 e (ii) concordância do SPORT, na Assembleia do Clube dos Treze, de que ambos os clubes deveriam ser reconhecidos como campeões de futebol profissional em 1987. Cada uma destas condutas, por si, já seria suficiente para fazer nascer a situação de confiança do consulente de que o SPORT não impugnaria decisão da CBF que reconhecesse aos dois clubes o título de campeão daquele ano. As expectativas do consulente são, com ainda mais razão, legítimas, já que as duas condutas do SPORT ocorreram cumulativamente.

45. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 136.

46. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 52.

Durante anos, o SPORT não impugnou o reconhecimento do FLAMENGO como campeão, o que fez nascer a expectativa legítima de que não mais o faria. Houve *suppressio*: perda de eventual direito em razão do seu não seu exercício.

É pressuposto da *suppressio* um comportamento inicial omissivo que, em si, não seria ilícito. Aqui, o *factum proprium* seria uma conduta silenciosa (um não fazer). O que é apreendido juridicamente, entretanto, não é a conduta em si, mas a sua situação fática decorrente (a imagem de não exercício) que legitima a situação de confiança do outro. Esta imagem de não exercício pressupõe o tempo. Nesse sentido Antônio Menezes Cordeiro:

A não actuação de um direito subjetivo é, pois, facto próprio do seu titular. A realidade social da *suppressio*, que o direito procura orientar, está na ruptura das expectativas de continuidade da auto-apresentação praticada pela pessoa que, tendo criado, no espaço jurídico, uma imagem de não exercício, rompe, de súbito, o estado gerado.⁴⁷

E conclui o autor: “apenas pela sua continuidade pode, o não exercício, suscitar as expectativas sociais de que essa auto-representação se mantem. O que é dizer: o decurso do tempo é a expressão da inactividade traduzindo, como tal, o *factum proprium*”⁴⁸.

O SPORT não impugnou o ato de reconhecimento do título do FLAMENGO. Não poderia, só agora, voltar-se contra o ato que reconhece ser os dois clubes campeões, que, inclusive, não lhe traz qualquer prejuízo. Cuida-se de conduta, além de contraditória, incoerente.

Houve mais. O SPORT, na Assembleia do Clube dos Treze, aceitou que o FLAMENGO fosse também reconhecido como campeão – outro comportamento que se tornou vinculante em razão das expectativas legítimas criadas no consulente.

Imbuído do espírito de que o SPORT teria concordado com o conteúdo da decisão do Clube dos Treze de expressar a sua vontade unânime para que os dois clubes fossem tidos como campeões brasileiros de 1987, inclusive porque ele nunca havia impugnado o ato da CND, o consulente criou expectativas legítimas de que o SPORT não iria se opor à equiparação do título do FLAMENGO ao de campeão brasileiro daquele ano (situação de confiança).

47. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, 2007, cit., p. 813.

48. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, 2007, cit., p. 813.

Não houve qualquer elemento objetivo que pudesse obstar a crença da confiança do consultante. Ao contrário, das circunstâncias fáticas objetivas envolvendo o comportamento do SPORT, só poderia decorrer a imagem à qual o FLAMENGO aderiu (justificação da confiança) e em função da qual investiu, já que apenas votou favoravelmente ao ingresso do SPORT no Clube dos Treze (investimento da confiança) porque acreditou no seu comportamento (imputação da confiança).

Os primeiros comportamentos do SPORT fizeram nascer a situação da confiança do consultante, de cuja tutela decorreu a obrigação do SPORT de não se comportar contraditoriamente à sua conduta na Assembleia do Clube dos Treze, nem à ausência de impugnação da decisão da CND.

Tais comportamentos (*factum proprium*) passaram a ser vinculantes, relevantes juridicamente, na medida em que fizeram nascer as expectativas legítimas do consultante. Imensa deve ter sido a surpresa do consultante quando teve conhecimento da insurgência do SPORT contra o ato da CBF que lhe havia reconhecido o título de campeão brasileiro, conjuntamente com o SPORT.

Mas não foi só.

O comportamento do SPORT fez também surgir a crença de confiança de todos os clubes que participaram da decisão da Assembleia do Clube dos Treze. Fez surgir a expectativa legítima da própria Associação, que acreditou que o SPORT não se comportaria de modo contrário à decisão ali tomada justamente com o intuito de “superar uma questão antiga” e “estabelecer um clima fraterno e solidário” entre os seus antigos e novos membros. A situação de confiança da Associação, que aderiu e investiu na imagem decorrente do comportamento do SPORT, fez – também ela – incidir a boa-fé objetiva para decorrer a obrigação da SPORT de não se comportar contraditoriamente ao primeiro comportamento (*factum proprium*).

O novo comportamento do SPORT – de impugnar a resolução n. 02/2011 da CBF – é hipótese de *venire contra factum proprium*, já que violou as situações de confiança do consultante, do Clube dos Treze e dos demais membros, cuja tutela decorre da boa-fé objetiva.

Esta é a imagem de hoje: quando foi conveniente ao SPORT aceitar que o título do FLAMENGO fosse também reconhecido, ele assim se comportou, mas, em seguida, quando já tinha obtido vantagem decorrente do seu primeiro comportamento, resolveu não manter a sua posição.

Trata-se de comportamento contrário ao padrão de eticidade exigido nas relações sociais, vedado por força da incidência da boa-fé objetiva. A boa-fé

objetiva é norma, princípio. Independe, pois, da vontade do sujeito. Não se trata, aqui, portanto, da ocorrência de renúncia ou qualquer outro negócio jurídico. A *vedação ao comportamento contraditório* é efeito jurídico decorrente da incidência do princípio da boa-fé, por meio do qual se tutela a confiança (estado de coisas). Aqui, é irrelevante a vontade do sujeito.

Não se pode confundir as teses expostas neste parecer.

Disse que, no caso dos autos, o comportamento do SPORT significou uma declaração tácita de vontade de abdicar de eventual direito à exclusividade do título de campeão brasileiro de 1987. Outro significado que fosse atribuído ao seu comportamento seria, inclusive, incompatível com o quadro fático apresentado e com o padrão de conduta que deve nortear a atividade interpretativa.

Aqui, a conduta era comportamento negocial, elemento de um negócio jurídico; a vontade exteriorizada era relevante. O caso foi, neste aspecto, analisado à luz da vontade exteriorizada pelo sujeito. A boa-fé objetiva foi invocada apenas no que concerne à sua função interpretativa, e não quanto à sua função limitadora.

Ocorre que, ainda que se entenda não restar configurada a renúncia tácita, verificou-se a incidência do princípio da boa-fé (em sua função limitadora) para que se tutelasse a situação da confiança do consulente e do próprio Clube dos Treze, criada legitimamente em razão da imagem de não impugnação da decisão da CND e do comportamento do SPORT naquela Assembleia.

Como já se disse, neste sentido é irrelevante se o comportamento do SPORT significou ou não declaração de vontade; importa a situação de confiança tutelada. Em razão da situação de confiança decorrente do seu comportamento anterior, o SPORT não mais poderia se insurgir contra o reconhecimento, também ao FLAMENGO, do título de campeão brasileiro de 1987. Ainda que direito à exclusividade houvesse, tal direito teria sido extinto por força dos comportamentos anteriores do SPORT.

Por uma ou por outra via, o atual comportamento do SPORT é indevido. Eventual direito à exclusividade do título, ainda que tido como existente, estaria extinto.

5. CONCLUSÃO

Por tudo quanto foi exposto, conclui-se:

- (i) A sentença proferida nos autos do processo em análise não certificou qualquer obrigação da CBF de não reconhecer, a qualquer outro

clube, o título de campeão brasileiro de 1987, juntamente com o SPORT, nem certificou qualquer direito do autor à exclusividade do título, pretensões que de resto não foram formuladas pelo SPORT.

- (ii) A resolução n. 02/2011 da CBF não consubstanciou, assim, descumprimento da decisão judicial transitada em julgado.
- (iii) O SPORT nunca impugnou a decisão administrativa da CND que reconheceu o título de campeão brasileiro de 1987 ao FLAMENGO. Tal fato deve ser levado em conta na interpretação da sentença transitada em julgado. Demais disso, é fato apreendido pelo princípio da boa-fé para que irradiar a obrigação do SPORT de não se voltar contra a decisão que reconhece os dois clubes como campeões.
- (iv) Ainda que fosse conteúdo da decisão judicial direito à exclusividade do título, teria ocorrido renúncia tácita desta situação jurídica ativa, em razão do comportamento do SPORT na Assembleia do Clube dos Treze na qual se deliberou acerca da vontade unânime da Associação de que ambos os clubes fossem tidos como campeões do ano de 1987.
- (v) Ainda que se entenda não restar configurada a renúncia tácita, ter-se-ia configurada a situação de confiança legítima do consulente e do próprio Clube dos Treze decorrente do primeiro comportamento do SPORT, que estava assim obrigado a não adotar comportamento contraditório aos primeiros (*factum proprium*).
- (vi) Por uma ou por outra via, o atual comportamento do SPORT é indevido. Eventual direito à exclusividade do título, ainda que tido como existente, estaria extinto.

É o parecer.

Cidade do Salvador, em 23 de maio de 2012.

VIII

Decisão que reconhece conexão de recursos. Conexão de demandas originárias. Erro de procedimento. Violação ao contraditório. Erro de Julgamento. Causas de pedir e pedidos distintos. Ausência de afinidade.

Sumário: 1. Síntese da causa – 2. A recorribilidade da decisão da Vice-Presidência do Tribunal de Justiça – 3. Erro de procedimento. Violação ao contraditório – 4. O erro de julgamento da decisão. Ausência de conexão: 4.1 Considerações gerais sobre a conexão; 4.2. O caso – 5. Conclusões.

1. SÍNTESE DA CAUSA

A) Ação tombada sob o n. 00XXXX-XX.2011.805.0001

Trata-se de ação ajuizada em 16.05.2011 e distribuída para a 13ª Vara das Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca do Salvador.

XXXX LTDA. E XXXX ajuizaram ação ordinária em face de COMPANHIA DE PARTICIPAÇÕES XXXX e outros.

Sustentaram as autoras que são acionistas minoritárias da Companhia de Participações XXXX, primeira ré, sociedade que seria fruto da cisão da Companhia de Seguros XXXX. Segundo afirmam, os acionistas da Companhia de Seguros receberam, no ato de criação da Companhia de Participações, participações proporcionais àquelas que possuíam na primeira.

Alegaram que tiveram conhecimento de uma série de fraudes e atos contrários aos interesses sociais da Companhia de Participações XXXX supostamente praticados pelo acionista controlador, o segundo demandado, razão por que se teria ajuizado ação de responsabilidade em face dos seus administradores, todos réus na presente demanda. Afirmaram que, na Assembleia Geral Ordinária ocorrida em 29.04.2010, as autoras exigiram que fosse instalado Conselho Fiscal no âmbito da Companhia, elegendo dois Conselheiros desvinculados do grupo controlador.

Afirmaram que, em 31.05.2011, em Assembleia Geral Ordinária da Companhia de Seguros, os minoritários teriam sido arbitrariamente impedidos de eleger membros no Conselho de Administração e no Conselho Fiscal, em razão de ilegalidades verificadas na votação.

Dessa forma, considerando que a Assembleia Geral Ordinária da Companhia de Participações estava agendada para o dia 18.05.2011, no intuito de evitar a participação do grupo de controle da eleição em separado para o Conselho de Administração e o Conselho Fiscal, requereram fossem antecipados os efeitos da tutela para que (i) não fossem computados os votos de seis dos demandados nas eleições em separado para a eleição dos dois representantes dos acionistas minoritários nos Conselhos de Administração e Fiscal, na Assembleia do dia 18.05.2011 e nas seguintes; (ii) eventualmente, caso não fosse acolhido o primeiro pedido, fossem suspensos os efeitos das deliberações que viessem a ser tomadas na Assembleia Geral Ordinária (AGO) da Companhia de Participações agendada, desde que envolvessem a composição do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal, quanto a este último permanecendo a sua composição decorrente da Assembleia do dia 29.04.2010; (iii) cumulativamente, fossem o segundo, terceiro, quarto, quinto e sexto demandados impedidos de compor chapa concorrente nas eleições em separado para os Conselhos referidos na AGO já agendada e nas seguintes.

Ao final, requereram a confirmação dos efeitos antecipados da tutela para que (i) os seis demandados fossem impedidos (dever de não fazer) de não votar em qualquer Assembleia vindoura da Companhia de Participações nas votações em separado para eleição de Conselheiros do Conselho de Administração e Fiscal; (ii) o segundo, terceiro, quarto, quinto, sexto e sétimo demandados fossem impedidos (dever de não fazer) de compor qualquer chapa concorrente de “bloco minoritário” para concorrer nas eleições em separado para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal em qualquer Assembleia convocada para tanto.

Foi proferida decisão determinando a distribuição por dependência e acolhendo pedido de urgência para determinar que determinados acionistas fossem impedidos de votar nas eleições em separado para o Conselho de Administração e Conselho Fiscal da Companhia de Participações.

A Fundação XXXX, então, interpôs agravo por instrumento em face da mencionada decisão, alegando (i) erro de julgamento no que concerne à existência de conexão entre a demanda em tela e a ação de responsabilidade anteriormente ajuizada, razão por que não deveria ter sido feita a distribuição por dependência; (ii) impossibilidade jurídica do pedido formulado na demanda, razão por que deveria ter sido o processo extinto sem julgamento do mérito; (iii) impossibilidade de se impedir a recorrente de tomar parte nas eleições em separado; (iv) inexistência de prova do conflito de interesses e dos prejuízos eventualmente suportados pela Companhia.

O mencionado agravo foi distribuído para a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia, tendo como relatora a Desembargadora Vera Lúcia Freire de Carvalho. Além deste, outros três agravos foram interpostos no mesmo processo, todos em trâmite junto à 1ª Câmara Cível do Tribunal.

B) Ação tombada sob o n. 0XXXXX-XX.2012.805.0000

Trata-se de ação ajuizada em 29.03.2012 e distribuída para a 8ª Vara das Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca do Salvador, Bahia.

XXXX LTDA. e XXXX ajuizaram ação ordinária em face de COMPANHIA DE SEGUROS XXXX e outros.

Afirmam as autoras que são acionistas minoritárias da Companhia de Seguros XXXX, primeira demandada, assim como são da Companhia de Participações XXXX. Aduzem que, na Assembleia Geral Ordinária (AGO) do dia 29.04.2010, exigiram que fosse instalado o Conselho Fiscal, elegendo dois conselheiros desvinculados do grupo controlador.

Alegam, ainda, que, na AGO de 2011, por sua vez, teria havido burla ao mecanismo de deliberação destinado aos verdadeiros acionistas minoritários, já que foram considerados como minoritários sócios que compõem o grupo controlador. Defendem a impossibilidade de serem reconhecidas prerrogativas de grupo minoritário ao Sr. XXXX e outros.

Dessa forma, considerando que nova Assembleia Geral Ordinária da Companhia de Seguros estava designada para o dia 30.03.2012, requereram fossem antecipados os efeitos da tutela para que (i) não fossem computados os votos de seis dos demandados nas eleições em separado para a eleição dos dois representantes dos acionistas minoritários nos Conselhos de Administração e Fiscal, na Assembleia do dia 30.03.2012 e nas seguintes; (ii) eventualmente, caso não fosse acolhido o primeiro pedido, fossem suspensos os efeitos das deliberações que viessem a ser tomadas na Assembleia Geral Ordinária (AGO) da Companhia de Seguros agendada, desde que envolvessem a composição do Conselho de Administração e do Conselho Fiscal; (iii) cumulativamente, fossem o demandados XXXX e outros impedidos de compor chapa concorrente nas eleições em separado para os Conselhos referidos na AGO já agendada e nas seguintes.

Ao final, requereram a confirmação dos efeitos antecipados da tutela para que (i) os seis demandados fossem impedidos (dever de não fazer) de votar em qualquer Assembleia vindoura da Companhia de Seguros nas votações

em separado para eleição de Conselheiros do Conselho de Administração e Fiscal; (ii) os demandados XXXX e outros fossem impedidos (dever de não fazer) de compor qualquer chapa concorrente de “bloco minoritário” para concorrer nas eleições em separado para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal em qualquer Assembleia convocada para tanto; (iii) todos os demandados fossem impedidos de praticar atos que obstasse o exercício das prerrogativas das autoras como minoritárias.

Requereram que, na hipótese de já ter ocorrido a AGO do dia 30.03.2012, na qual se tenha verificado a formação de falso bloco minoritário, fosse determinada a suspensão do resultado da eleição, franqueando-se às autoras a indicação de um membro do Conselho de Administração e um membro do Conselho Fiscal até decisão final neste processo.

Foi proferida decisão negando o pedido de antecipação dos efeitos da tutela. Em face desta decisão, as autoras interpuseram agravo por instrumento junto ao Plantão Judiciário do 2º grau. O Desembargador Plantonista acolheu o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso para determinar a suspensão da Assembleia societária.

Em seguida, o agravo foi distribuído à Terceira Câmara Cível, tendo como Relatora a Desembargadora Daisy Lago Ribeiro Collho. O agravado, então, apresentou petição nos autos, requerendo fossem os autos do agravo em comento encaminhados ao Juízo prevento da Primeira Câmara Cível, nos qual já tramitavam outros quatro agravos interpostos em face de decisão/decisões proferidas nos autos do processo n. 00XXXX-XX.2011.805.0001.

A Desembargadora Relatora, acertadamente, indeferiu o pedido de redistribuição do recurso.

A Companhia de Seguros XXXX ajuizou reclamação junto à Vice-Presidência do Estado da Bahia em face da distribuição por sorteio do agravo por instrumento n. 0XXXXX-XX.2012.805.0000. O nobre Desembargador Vice-Presidente acolheu o pedido formulado na reclamação para determinar a redistribuição do agravo ao Juízo da 1ª Câmara Cível do Tribunal, que considerou prevento em razão de conexão com os agravos que lá se encontram em trâmite.

Consultam-me as consulentes acerca da recorribilidade da decisão da Vice-Presidência do Tribunal de Justiça, bem assim se houve erro de julgamento no reconhecimento da prevenção da 1ª Câmara Cível para processar e julgar o agravo por instrumento n. 0XXXXX-XX.2012.805.0000..

É o que se passa a analisar.

2. A RECORRIBILIDADE DA DECISÃO DA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O art. 157, § 7º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia prevê que cabe reclamação ao Vice-Presidente a fim de impugnar distribuição de demanda, originária ou recursal, de competência do Tribunal.

De outro lado, nos termos do art. 319 do Regimento, a parte que se sentir prejudicada em face de decisão do Vice-Presidente pode valer-se do agravo regimental, salvo quando se tratar de decisão irrecorrível ou do qual caiba recurso próprio. Note-se que não há norma regimental prevendo a irrecorribilidade da decisão que julga a reclamação ajuizada contra o ato de distribuição, nem tampouco lhe prevendo recurso diverso. O Regimento simplesmente é omissivo quanto ao procedimento da reclamação prevista em seu art. 157.

Em assim sendo, cabe agravo regimental em face da decisão do Vice-Presidente que acolhe ou nega o pedido formulado na reclamação em comento.

Aplica-se, no caso, a norma decorrente do art. 39 da Lei n. 8.038/1990, que prevê o cabimento de agravo contra decisão proferida por membro de tribunal (Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal, da Seção ou da Turma ou relator) que causar gravame à parte, em cinco dias. Esse dispositivo está previsto em lei que regulamenta os processos perante o STJ e o STF.

O STJ possui, porém, inúmeras decisões que, corretamente, aplicam o art. 39 mencionado, por analogia, a qualquer decisão unipessoal proferida por qualquer tribunal (STJ, 1ª T., AgRg nos EDcl no REsp n. 1.115.445 / DF, rel. Min. Luiz Fux, j. em 11.05.2010, publicado no DJe de 24.05.2010; 1ª T., Resp n. 575.938, rel. Min. Luiz Fux, j. 15.06.2004, publicado em 16.08.2004, p. 143; 2ª T., Resp n. 770.620, rel. Min. Castro Meira, j. 01.09.2005, publicado no DJ de 03.10.2005, p. 236).

Se assim não fosse, estar-se-ia impossibilitando à parte contrária – que, no caso, sequer teve o direito de se manifestar antes da decisão – de impugnar o seu conteúdo e a sua forma, violando, assim, o direito ao julgamento pelo juízo natural (que, no caso, é o colegiado), o direito de acesso aos Tribunais e o direito a um processo devido.

3. ERRO DE PROCEDIMENTO. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO

O art. 157 do Regimento Tribunal diz que cabe reclamação para impugnar o ato processual da distribuição de demanda originária ou recursal realizada no Tribunal.

A mencionada reclamação tem natureza de demanda. É ato postulativo por meio do qual a parte aponta equívoco no ato da distribuição (causa de pedir) e, por isso, requer a sua cassação e nova distribuição (pedidos). Tanto é que a reclamação depende de provocação da parte e exige capacidade postulatória.

Toda demanda pressupõe a afirmação de um fenômeno jurídico substancial. Aqui, não poderia ser diferente. O postulante afirma que (i) houve equívoco na distribuição anterior (fato jurídico), razão por que se irradiou o direito de sua correção (situação jurídica). O fenômeno jurídico substancial, antes de ser objeto da cognição judicial, deve ser objeto do contraditório.

A parte contrária deve ter a oportunidade de manifestar-se acerca da postulação e dos seus fundamentos, com efetivo e anterior poder de influência. Em nosso ordenamento, o contraditório é requisito de validade do processo e, logo, das decisões judiciais.

No caso, a parte contrária não teve oportunidade de participar e influenciar o conteúdo do ato decisório. Houve decisão que julgou procedente o pedido da demanda sem sequer ouvir o demandado, *o que é inadmissível*. Admita-se seja inadmitida a demanda ou julgado improcedente o pedido sem ouvir a parte contrária. Isso porque não há prejuízo àquele que não teve oportunizado o contraditório. *Mas não se possibilita seja admitida a demanda e julgado procedente o pedido sem que se observe o contraditório*.

No caso, sequer se pode falar que se tratava de contraditório postergado, como ocorre nos casos de decisões de urgência sem a ouvida do réu. Não era o caso. Sequer se cogitou ouvir, antes ou depois da decisão, as demandadas. Demais disso, a decisão já julgou – de forma exauriente – o pedido. O juízo não foi de cognição sumária. O demandado deveria ser ouvido antes da decisão, para que tivesse efetivo poder de influência quanto ao seu conteúdo (direito ao contraditório sob a perspectiva substancial).

Assim, a decisão está maculada por *error in procedendo*, qual seja, o desrespeito ao devido processo legal e ao direito ao contraditório, razão por que deve ser invalidada.

O vício, de tão escancarado, carece de maior fundamentação.

4. O ERRO DE JULGAMENTO DA DECISÃO. AUSÊNCIA DE CONEXÃO

4.1. Considerações gerais sobre a conexão

Conexão é uma relação de semelhança entre demandas considerada pelo direito positivo como apta para a produção de determinados efeitos

processuais. A conexão pressupõe demandas *distintas*, mas que mantêm entre si algum nível de vínculo.

Trata-se de conceito *jurídico-positivo*, construído a partir da observação de uma determinada ordem jurídica, a quem cabe estabelecer qual o tipo de vínculo considerado como relevante e quais são os seus efeitos jurídicos. Não há um conceito universal (lógico-jurídico) de conexão.

A conexão é fato jurídico processual que, em regra, produz o efeito jurídico de determinar a *modificação da competência relativa*, de modo a que um único juízo tenha competência para processar e julgar todas as causas conexas.

A conexão, para fim de modificação de competência, tem por objetivo promover a economia processual (já que são semelhantes, é bem possível que a atividade processual de uma causa sirva a outra) e evitar a prolação de decisões contraditórias. A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito principal e desejado, exatamente porque atende muito bem às funções da conexão.

A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito jurídico típico da conexão.

O art. 105 do CPC diz que o juiz *pode* reunir os processos em se tratando de ações conexas.

Na verdade, se houver conexão, aliada ao risco de decisões contraditórias e a possibilidade de reunião¹, o magistrado *deve* reunir os processos, pois se trata de norma processual cogente. A prevenção é o instrumento para que se saiba em qual Juízo as causas conexas serão reunidas.

A conexão é fato que atribui ao órgão jurisdicional prevento uma competência absoluta. Não é por outra razão que esse fato pode ser conhecido de ofício pelo órgão jurisdicional.

Conforme disse, o conceito de conexão de *jurídico-positivo*.

O legislador brasileiro optou por conceituar *conexão* no artigo 103 do CPC: “Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”.

1. É possível que a conexão produza outro efeito jurídico. Imagine-se o caso de causas conexas que tramitam em juízos com competências materiais distintas ou que tramitem sob procedimentos distintos. Nesse caso, não será possível a reunião dos processos, quer porque haveria alteração de competência absoluta (que se não admite no direito brasileiro), quer porque as causas não poderiam ser reunidas para tramitar sob procedimentos diversos. A conexão, então, fará com que uma das causas fique suspensa, à espera da decisão da outra, de modo a evitar que sejam proferidas decisões contraditórias. Se não for possível a reunião, a conexão pode gerar a suspensão de um dos processos, portanto.

É também possível falar em conexão como relação de semelhança entre recursos. São duas as suas hipóteses: (i) quando se trata de recursos interpostos em um mesmo processo; (ii) quando se trata de recursos provenientes de causas distintas, mas conexas. Se as demandas originárias são conexas, os recursos também o serão.

4.2. O caso

É nesse contexto que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia prevê, como hipóteses de prevenção para o processamento e julgamento de recursos: (i) a distribuição de um recurso torna prevento o relator para os demais recursos interpostos no mesmo processo (art. 160, *caput*); (ii) distribuição, por dependência, nos casos previstos no art. 253 do CPC.

O art. 253 do CPC refere-se à distribuição por dependência, nas seguintes hipóteses: (i) em caso de conexão; (ii) em caso de, extinto o processo sem julgamento do mérito, seja reiterado o pedido; (ii) quando houver ajuizamento de ações idênticas. Interessa-nos, aqui, a primeira hipótese.

A prevenção em segundo grau é instrumento para que se saiba em que órgão serão reunidos e julgados recursos conexas. Há conexão entre recursos, quando (i) se trate de recursos interpostos em um mesmo processo; (ii) se trate de recursos interpostos em causas distintas, mas conexas. Daí a redação do regimento interno do Tribunal da Bahia.

O agravo por instrumento n. 0XXXXX-XX.2012.805.0000 foi interposto contra decisão proferida no processo em trâmite na 8ª Vara das Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca do Salvador, Bahia. Os outros quatro recursos de agravo foram interpostos no processo n. 00XXXX-XX.2011.805.0001, em trâmite na 13ª Vara das Relações de Consumo, Cíveis e Comerciais da Comarca do Salvador, Bahia.

Não se cuida de recursos, portanto, interpostos no mesmo processo, razão por que não se verifica a primeira hipótese de conexão recursal.

Resta-nos analisar a segunda hipótese: há conexão entre as demandas originárias? A análise de eventual conexão entre os recursos depende, aqui, necessariamente da análise de conexão entre as demandas que lhe deram origem.

Como visto, o conceito de conexão é jurídico-positivo. Cabe ao direito positivo defini-lo. O art. 103 do CPC traz o conceito legal de conexão: há conexão quando, entre as demandas, for comum o objeto (pedido) ou a causa

de pedir. Trata-se de conceito eminentemente objetivo, que exige a identidade de um dos elementos objetivos das demandas. Não há conexão subjetiva em nosso ordenamento: a identidade de partes não interfere no juízo de existência da conexão.

São elementos objetivos da demanda o pedido e a causa de pedir.

O pedido é a postulação que é submetida ao órgão jurisdicional, a “aspiração do demandante, de que para aquela parcela da realidade social por ele traduzida na demanda e que lhe está sendo prejudicial, seja dada a solução conforme ao direito segundo o seu modo de entender”².

O pedido é composto por dois elementos, tradicionalmente denominados de pedido imediato e pedido mediato. O pedido imediato é o provimento jurisdicional de determinada espécie que o autor aspira ser obtido. É elemento-força ou elemento-condicionante.³ O pedido mediato é o bem da vida que lhe é consequente; cuida-se do elemento-efeito ou elemento condicionado.⁴

Os dois elementos do pedido têm caráter de postulação, aspiração, e não de afirmação. O autor postula um provimento jurisdicional (pedido imediato) para que obtenha um bem da vida que lhe seja consequente (pedido mediato), afirmando a ocorrência do fenômeno jurídico substancial como fundamento (causa de pedir).

O pedido é o que se pede, não o porquê se pede. Nesse sentido, afirma Pontes de Miranda: “O *petitum* é o que se pede, não o fundamento ou a razão de pedir, a *causa petendi*.”⁵

A causa de pedir é, justamente, o porquê se pede. É o fundamento. É por meio dela que o fenômeno jurídico substancial é inserido no processo para, a partir daí, assumir as suas demais vestes no processo, como ser objeto do contraditório e da cognição judicial. Em sua primeira veste, o fenômeno jurídico substancial é afirmação e é conteúdo da causa de pedir.

O fenômeno jurídico é composto por duas operações: (i) a juridicização do fato – ou conjunto de fatos – decorrente das incidência normativa e (ii) a irradiação da consequência jurídica.

2. CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 97.
3. CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*, cit., p. 97.
4. CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*, cit., p. 97.
5. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 4. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 34.

Os fatos jurídicos são os fatos (da vida) que são capturados pelas normas jurídicas e, assim, qualificados como jurídicos. Vale dizer: eles são inseridos no mundo do direito para serem idôneos a irradiar efeitos jurídicos (situações jurídicas em sentido lato). Como afirma Pontes de Miranda: “para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os ‘jurídicos’.”⁶

Os fatos jurídicos existem no mundo jurídico, que é componente do mundo (conjunto de fatos da vida). Todo fato jurídico é fato da vida (juridicizado), mas nem todo fato da vida é jurídico. É preciso que haja a incidência normativa.⁷ Dos fatos jurídicos – e apenas deles – decorrem os efeitos jurídicos. Relações jurídicas estruturadas por direitos, deveres, estados de sujeição são efeitos jurídicos decorrentes de fatos jurídicos, não apenas de fatos da vida, não apenas de norma jurídica.⁸

O fenômeno jurídico pode ser decomposto em fenômenos componentes: o fenômeno de apreensão do fato pela norma (ou de incidência da norma) e o fenômeno de irradiação dos efeitos jurídicos. No primeiro, estamos no plano da existência do mundo jurídico; no segundo, no plano da eficácia.

O conteúdo da causa de pedir deve ser a afirmação do fenômeno jurídico substancial, em sua integralidade, composto por suas duas operações (i) formação do fato jurídico e (ii) irradiação da situação jurídica em sentido lato, notadamente a relação jurídica eficaz, estruturada pela correspectividade entre direito e dever/estado de sujeição.

Não basta ao demandante afirmar apenas o fato jurídico, nem afirmar apenas as consequências jurídicas cujo reconhecimento se busca. Todo o fenômeno jurídico substancial deve ser afirmado na causa de pedir da demanda para que possa assumir, também em sua integralidade, as demais vestes no processo.

É nesse contexto e com essa lógica subjacente que deve ser (re)construída a norma decorrente o art. 282, III, do Código de Processo Civil brasileiro, no

6. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, t. 1, p. 06. Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello: “a incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71)

7. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 1, cit., p. 05; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*, cit., p. 09/10.

8. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 1, cit., p. 07 e 17.

qual se exige do autor a exposição dos fundamentos fáticos e dos fundamentos jurídicos.

O autor deve afirmar a existência do fato jurídico (fundamento fático) e da situação jurídica (em sentido lato) que lhe é decorrente (fundamento jurídico). O fundamento fático seria a causa de pedir remota; o fundamento jurídico, a causa de pedir próxima, justamente por ser um vínculo entre o fato jurídico afirmado e o pedido formulado.

No caso em exame, não há identidade de pedidos, nem de causas de pedir. Não há conexão, portanto – nem mesmo por uma visão mais elástica que se dê ao art. 103 do CPC.

Vejamos.

A primeira demanda foi ajuizada em face de Companhia de Participações XXXX e outros dez demandados, todos sócios da primeira ré. Trata-se de demanda inibitória por meio da qual as autoras afirmaram risco de lesão ao seu direito de participar da eleição dos membros do Conselho Fiscal e do Conselho de Administração da Companhia de Participações.

Afirmaram que, por conta das supostas ilegalidades ocorridas na última Assembleia Geral Ordinária da Companhia de Seguros XXXX, sua “irmã” – controlada pelo mesmo grupo –, havia efetivo risco de que condutas semelhantes fossem praticadas na Assembleia Geral Ordinária da Companhia de Participações, já designada, de forma que, se assim fosse, seria, materialmente, violado o direito das autoras de participar da escolha dos membros dos seus Conselhos Fiscal e de Administração. Por conta disso, requereram que os demandados fossem impedidos de praticar atos idôneos a violar o direito afirmado. Como se vê, cuida-se de demanda inibitória, que visa impedir a violação de direito, em razão do efetivo risco afirmado.

As demandas inibitórias têm como causa de pedir próxima a afirmação do direito em relação ao qual há risco de lesão e do direito à prevenção⁹. O direito à prevenção é elemento inerente a todo direito. Todavia, a sua impositividade só existe quando se verifica o efetivo risco de lesão ao direito prevenido. O risco de lesão é o inadimplemento do dever da outra parte de não adotar comportamento que ponha em risco o direito de outrem.

9. Sobre o direito, a pretensão e a ação à prevenção, afirma Pontes de Miranda: “A pretensão e a ação de abstenção não são pretensão e ação *ex delicto*. A culpa não lhe é pressuposto necessário. Se culpa existe, é plus. Só se exige o ser contrário a direito o ato que se teme, ou cuja continuação se tem por fito evitar.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, t. 1, cit., p. 495)

A causa de pedir remota das demandas inibitórias é, assim, composta (i) pela afirmação do fato jurídico gerador do direito prevenido e (ii) pelo fato do qual decorre a impositividade do direito à prevenção, vale dizer, o efetivo risco de violação ao direito prevenido. É por isso que, se se tratar de ação preventiva, anterior à violação, é necessário alegar, além do fato constitutivo do direito, a ameaça/risco/perigo de violação a esse direito.

Na demanda inibitória sob consulta, a causa de pedir próxima foi composta pela afirmação (i) do direito das autoras de participar efetivamente da eleição dos Conselhos da Companhia de Participações– direito prevenido – e (ii) do direito à prevenção, correspectivo à obrigação dos demandados de não praticarem qualquer ato que ponha em risco ou viole o direito prevenido.

Esta obrigação, especificamente considerada, foi assim afirmada: (i) obrigação dos réus XXXX e outros de não votarem nas Assembleias da Companhia de Participações nas votações em separado para eleger membros do seu Conselho Fiscal e do Conselho de Administração; (ii) obrigação dos réus XXXX e outros de não comporem chapa de “bloco minoritário” para concorrer nas eleições em separado para o Conselho Fiscal e de Administração da Companhia.

Em sua causa de pedir remota, afirmou-se, como fato gerador do direito prevenido (direito de voto no sistema de votação em separado para eleger membros dos dois Conselhos na Companhia de Participações), fato jurídico decorrente da incidência de normas decorrentes do art. 141 e 161 da Lei de Sociedades Anônimas, que têm como pressuposto a condição de acionistas minoritários das autoras na Companhia de Participações. Demais disso, afirmou-se o efetivo risco de lesão do direito prevenido, do qual decorreu a impositividade do direito à prevenção.

A segunda demanda também é inibitória.

Ela visa, entretanto, proteger o direito das autoras de participar da escolha dos membros do Conselho Fiscal e de Administração da Companhia de Seguros XXXX, e não da Companhia de Participações XXXX.

A Companhia de Seguros XXXX e a Companhia de Participações XXXX não se confundem. Esta premissa é fundamental para que se compreenda, corretamente, o caso em análise. São pessoas jurídicas distintas. A Companhia de Participações decorreu da cisão da Companhia de Seguros.

Nos termos do art. 229 da Lei das Sociedades Anônimas, a cisão pode ocorrer de duas maneiras: (i) transferência de todo o patrimônio de uma

determinada sociedade para que se crie uma nova sociedade, extinguindo-se a sociedade cindida; (ii) transferência de parte do patrimônio, criando-se uma nova pessoa jurídica sem que seja extinta a sociedade cindida.

A cisão sem extinção da sociedade cindida é a operação por meio da qual se cria uma nova pessoa jurídica, sem que seja extinta a anterior. De uma pessoa jurídica, passam a existir duas – distintas, portanto. As autoras a chamam de “irmãs”; a analogia de “mãe e filha” parece-me, entretanto, mais adequada. De todo modo, em sendo “irmãs” ou “mãe e filha”, são pessoas distintas, titulares, portanto, de patrimônios distintos, situações jurídicas (direitos, obrigações, estados de sujeição) distintas.

O fato de alguns sócios – mesmo quase todos – de uma serem também sócios de outra, com percentuais de participação semelhantes, não as tornam uma única pessoa jurídica. Os direitos dos sócios em face da Companhia de Participações não se confundem com os direitos dos sócios em face da Companhia de Seguros, como é elementar.

As autoras são sócias minoritárias de ambas as sociedades empresárias e, como tal, afirmaram – em demandas distintas – direito de voto (em votação em separado) para eleger os membros de seus respectivos Conselhos. O direito de votos das autoras para eleger os membros dos Conselhos da Companhia de Participações é distinto do direito de voto para eleger os membros dos Conselhos da Companhia de Seguros. Correspectiva ao primeiro, há situação jurídica passiva titularizada pela Companhia de Participações; correspectiva ao segundo, situação jurídica titularizada pela Companhia de Seguros. Os próprios Conselhos de uma não se confundem com a da outra – ainda que a sua composição seja semelhante.

Os direitos prevenidos afirmados nas duas demandas analisadas são, portanto, direitos distintos. Porque distintos os direitos prevenidos, distintos também são os direitos à sua prevenção e as obrigações dos demandados de não adotarem comportamento que viole ou coloque em risco os direitos prevenidos.

Essas obrigações foram, assim, afirmadas na segunda demanda: (i) obrigação dos demandados XXXX e outros de não votarem em qualquer Assembleia da Companhia de Seguros nas votações em separado para eleição de seus conselheiros fiscais ou de administração; (ii) obrigação dos demandados XXXX e outros de não comporem chapa de minoritários para concorrer nas eleições em separado para os Conselhos da Companhia de Seguros; (iii) obrigação de todos os demandados de não praticarem atos que violem as prerrogativas das autoras como minoritárias.

Trata-se de obrigações distintas daquelas afirmadas na primeira demanda. Estas se referem a votações para membros de Conselhos da Companhia de Seguros; aquelas, para membros de Conselhos da Companhia de Participações. Alguns dos seus titulares são, inclusive, distintos. A XXXX e XXXX não são titulares de qualquer situação jurídica passiva afirmada na primeira demanda, razão por que, nesta, não são demandados.

As causas de pedir remotas das demandas são também distintas.

O fato da condição de sócia minoritária em uma sociedade é distinto do fato da condição de sócia minoritária da outra. Distintos os seus elementos fáticos, distintos os fatos jurídicos afirmados. É por isso que também os direitos prevenidos – que lhe são decorrentes – são distintos. O efetivo risco de lesão do direito das autoras na condição de sócias minoritárias da Companhia de Participação também não se confunde com o risco de lesão do direito em relação à Companhia de Seguros.

Distintas, portanto, as causas de pedir das demandas analisadas.

Distintos também são os pedidos, embora se pareçam.

Na primeira demanda, os pedidos são relacionados às eleições para os Conselhos da Companhia de Participações XXXX; na segunda, às eleições para os Conselhos da Companhia de Seguros XXXX. As pessoas jurídicas (sociedades) são distintas; os seus órgãos e as suas eleições, portanto, também o são.

Não existe sequer identidade entre as partes réis nas duas demandas. Ainda que houvesse, como já se disse, não existe conexão subjetiva em nosso ordenamento. O fato de as mesmas pessoas proporem distintas demandas, por si, não as torna conexas.

Em síntese, houve erro de julgamento na decisão sob consulta, pois o nobre Desembargador considerou existente fato jurídico inexistente, qual seja, a conexão entre as demandas originárias.

Segundo o Desembargador, haveria “identidade das partes e matéria discutida em ambos os recursos”.

Sucedo que, como visto, se trata de recursos interpostos em processos distintos, de forma que a conexão em segunda instância pressupõe, necessariamente, a conexão entre as demandas originárias.

Não há identidade entre os elementos objetivos das duas demandas. Sequer há identidade de partes, diferentemente do que afirmou o Desembargador.

E, ainda que houvesse, tal fato, em si, não é elemento da conexão. Também não há identidade, nem relação de preliminariedade ou prejudicialidade entre as questões decorrentes das demandas.

Note-se, inclusive, que não se considerou existente conexão entre as demandas em trâmite em primeiro grau, em Juízos distintos – destaque-se. *Se não há conexão entre as demandas originárias, não poderia haver conexão entre os recursos interpostos em processos distintos.*

Porque não há conexão, não se pode falar em prevenção do Juízo da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia.

5. CONCLUSÕES

Por tudo quanto foi exposto, conclui-se:

- (i) A decisão do Vice-Presidente que julga pedido formulado em sede de reclamação ajuizada com base no art. 157 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia é impugnável por agravo regimental.
- (ii) Há erro de procedimento da decisão, já que não se oportunizou à parte contrária o exercício do contraditório, com efetivo poder de influência, antes da decisão.
- (iii) Não há identidade entre os pedidos e as causas de pedir das demandas originárias analisadas, de forma que não há conexão entre o agravo por instrumento n. 0XXXXX-XX.2012.805.0000 e aqueles que tramitam na 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Bahia.
- (iv) Dessa forma, porque não há conexão entre os recursos, o Juízo da 1ª Câmara Cível não é prevento, configurando-se erro de julgamento da decisão.

É o parecer.

Cidade do Salvador, em 01 de maio de 2012.

IX

Processo administrativo tributário: prova por amostragem e Distribuição dinâmica do ônus da prova.

Sumário: 1. Síntese dos fatos – 2. Algumas considerações sobre a distribuição do ônus da prova – 3. A distribuição do ônus da prova no processo administrativo – 4. O caso em análise – 5. Conclusões.

1. SÍNTESE DOS FATOS

A INDÚSTRIA XXXX., ora consultante, recebeu dois autos de infração referentes ao exercício financeiro do ano de 2005, sendo um atinente ao período compreendido entre os meses de janeiro e março e o outro, aos meses de abril e dezembro. Em ambos, foi-lhe imputada, como infração tributária, a omissão de saídas de mercadorias tributáveis (vendas sem emissão de notas fiscais correspondentes).

Tal omissão teria sido apurada mediante o cotejo das informações oferecidas ao Fisco, pela empresa autuada, acerca de suas operações de vendas realizadas com cartões de crédito/débito, com aquelas prestadas pelas administradoras dos mesmos cartões. A comparação teria apontado um descompasso entre o montante afirmado como pago à empresa consultante pelas administradoras de cartões e aquele sobre o qual a empresa contribuiu a título de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Ciente dos termos dos referidos autos de infração, a INDÚSTRIA XXXX. apresentou razões de defesa nos dois procedimentos administrativos, com o intuito de afastar a presunção encartada no §4º do art. 4º da Lei Estadual n. 7.014/96¹, bem como no art. 2º, §3º, inciso VI do RICMS/BA².

1. Lei Estadual n. 7.014/96, art. 4º - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...) §4º - O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, *ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.*
2. Art. 2º - Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento: § 3º - Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar: VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Inicialmente, sustentou o vício dos autos de infração por ausência de fundamentação e violação ao devido processo legal. Quanto ao mérito da acusação – repetida em ambas as autuações –, alegou, em síntese, sua improcedência, na medida em que a autuante se teria equivocado ao supor que haviam sido realizadas vendas sem a emissão das notas fiscais correlatas, quando, em verdade, se tratava de meras transações financeiras entre a empresa autuada (franqueadora) e estabelecimentos franqueados, autorizadas pelo próprio Poder Público.

Para fundamentar suas alegações, a INDÚSTRIA XXXX. detalhou o modo como operacionaliza suas vendas junto às suas franqueadas, que consiste em método particular: a consulente firma com suas franqueadas *contrato de cessão e transferência de créditos*. Daí, as franqueadas concordam em *ceder* a renda auferida com as operações de vendas realizadas com cartões de crédito/débito à franqueadora, de modo que o montante recebido a este título é depositado, pela administradora dos cartões, na conta bancária da empresa franqueadora. Em seguida, são emitidas faturas contra os franqueados, correspondentes a *royalties* e outros encargos, sendo-lhes repassadas suas margens de lucro sobre as vendas, mediante depósitos em suas contas bancárias.

Ao que consta, durante o trâmite do processo administrativo, a INDÚSTRIA XXXX apresentou, como meio de prova de suas alegações, documentação fiscal emitida por um grupo de empresas franqueadas (recolhida por amostragem), a qual demonstraria o método de operacionalização utilizado pela indústria consulente, bem assim a emissão das competentes notas fiscais pelas franqueadas.

Em sede de primeira instância, os dois autos de infração foram julgados improcedentes, por unanimidade, tendo sido consignado em ambos os acórdãos que:

Na situação presente, os elementos contidos no processo indicam uma operacionalização atípica, ou seja, o autuado vende ou remete mercadorias em consignação aos franqueados (----) e quando os franqueados efetivam vendas, mediante contrato, efetiva recebimento por meio de cartão de crédito/débito no POS do franqueador. Logo, como o franqueador recebe os valores das vendas por meio de cartão de crédito e quem emite a nota fiscal da venda correspondente é o franqueado, é lógico que o confronto do montante dos valores informados como pagos pelas empresas administradoras de cartão ao autuado, com os documentos fiscais por ele emitidos irão indicar falta de conformidade. [...] **Portanto, nessa situação**

específica, os documentos fiscais juntados ao processo emitidos pelos franqueados constituem provas suficientes para elidir a presunção legal em relação aos recebimentos por meio de cartão de crédito/débito do estabelecimento autuado na condição de franqueador.

Como se vê, em primeira instância administrativa, acolheram-se as alegações de defesa da autuada, considerando-se existente o fato por ela alegado, qual seja, a operacionalização atípica autorizada pelo Poder Público, suficiente para descaracterizar as infrações contra ela afirmadas. Considerou-se provado o fato alegado na defesa com relação a todas as infrações imputadas nos autos, aceitando-se a prova documental por amostragem neles produzida.

Sucedede que, já em segunda instância administrativa, foi juntado aos autos parecer elaborado pela Procuradoria Fiscal do Estado da Bahia, que, contrariando os termos dos acórdãos proferidos pela 4ª e 5ª Turmas, entendeu que a documentação apresentada pela INDÚSTRIA XXXX teria aptidão para afastar a presunção legal tão somente em relação às empresas franqueadas que forneceram os documentos fiscais apresentados. Isso é, ao que consta no parecer, os referidos documentos não poderiam ser considerados como prova em relação a outras franqueadas não contempladas na amostragem.

Consulta-me a INDÚSTRIA XXXX, assim, acerca da referida alegação da Procuradoria Fiscal, no sentido de que as provas apresentadas em amostragem não alcançariam as demais empresas franqueadas, razão pela qual, em relação a elas, a autuada não teria conseguido afastar a presunção legal de que teriam ocorrido os fatos geradores tributários.

É o que se passa a analisar.

2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova possui duas facetas: (i) faceta subjetiva e (ii) faceta objetiva. Em sua faceta subjetiva, o ônus da prova é regra de conduta dirigida às partes, que indica quais os fatos cada uma deve provar. Em sua faceta objetiva, o ônus da prova é regra de julgamento que indica qual das partes deverá suportar a decisão desfavorável em caso de determinado fato não restar provado. É regra dirigida ao juiz que decorre da proibição de não julgamento (do *non liquet*).³

3. José Carlos Barbosa Moreira explica a faceta subjetiva do ônus da prova: “O desejo de obter a vitória cria para a litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no

No presente caso, é como regra de julgamento que o ônus da prova será examinado.

Do art. 333 do CPC decorre norma que distribui estaticamente o ônus da prova no processo civil. Compete, em regra, a cada uma das partes o ônus de provar os fatos por ela alegados. Isso porque, em princípio, o ônus da prova é decorrente do ônus da alegação (na perspectiva do autor) e do ônus da impugnação (na perspectiva do réu). Trata-se de distribuição estática do ônus da prova, feita pelo legislador, em uma primeira valoração acerca do interesse e da possibilidade na produção da prova.

Há três maneiras de se distribuir o encargo probatório: (i) a distribuição é feita de forma prévia e abstrata pelo legislador, (ii) a distribuição é feita à luz do caso concreto, na qual o julgador verifica a parte que tem maiores condições de produzir a prova – *distribuição dinâmica do ônus da prova*; (iii) a distribuição pode ser feita convencionalmente, pelas partes, como autoriza, por exemplo, o par. ún. do art. 333 do CPC. As três formas de distribuição podem – e devem – existir em um mesmo regime jurídico processual.

A distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual o ônus da prova deve caber a quem tenha melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto, vem sendo aceita no direito brasileiro⁴. Esse

trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido.” Explica também a sua faceta objetiva: “A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (ônus objetivo ou material).” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus da prova*. Temas de direito processual civil – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74/75.

4. Assim, DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica do ônus probatório*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 2001, n. 788, p. 98; CARPES, Artur Thompsen. *Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório*, cit., p. 36 e 37. Admitindo essa possibilidade, tem-se, ainda, MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901315330.pdf>>. Acesso em: 13 dez 2007, p. 07; LOPES, João Baptista de. *A prova no direito processual civil*, cit., 51 e 52; ALVES, Maristela da Silva. “Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil”, cit., p. 214 e 215; KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 175-179; CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit, p. 344-346. Manuel Dominguez cita farta doutrina italiana e espanhola nesse sentido, admitindo a distribuição judicial e casuística do ônus de prova, tendo em conta a normalidade (o que parece se aproximar da ordinaryness e verossimilhança aferidas com máximas de experiência) e a facilidade probatória. (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Libreria Communitas EIRL, 2009, p. 118-119.)

posicionamento justifica-se nos princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e da igualdade.

“A solução alvitrada tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou se ré) ou a espécie do fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo”⁵.

De acordo com essa teoria: (i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; (ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; (iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); (iv) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – ou o interesse em prová-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidades de fazer a prova⁶.

Nesse contexto, o órgão julgador – inclusive no âmbito administrativo – permanece no posto de gestor das provas e com poderes ainda maiores, pois lhe incumbe avaliar qual das partes está em melhores condições de produzir a prova, à luz das circunstâncias concretas – sem estar preso a critérios prévios, gerais e abstratos. Pauta-se o magistrado em critérios abertos e dinâmicos, decorrentes das regras de experiência e do senso comum, para verificar quem tem mais facilidade de prova, impondo-lhe, assim, o ônus probatório. Explora a *dinâmica* fática e axiológica presente no caso concreto, para atribuir a carga probatória àquele que pode melhor suportá-la⁷.

Um sistema no qual só exista a distribuição estática do ônus da prova é inflexível e não razoável e poderá conduzir a julgamentos injustos. Isso porque é possível que, no caso concreto, a parte não tenha condições de produzir uma prova cujo encargo lhe foi previamente atribuído.

É o que ocorre com a chamada *prova diabólica*, aquela que é impossível ou muito difícil de ser produzida. Prova diabólica “(...) é expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da

5. DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica do ônus probatório*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 2001, n. 788, p. 98.
6. DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica do ônus probatório*, cit., p. 98.
7. CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e Relevância*, cit, p. 341 e 342.

veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração”⁸.

Não há relação necessária entre prova diabólica e prova de fato negativo. Nem toda prova diabólica se refere a fato negativo – basta pensar, por exemplo, que nem sempre o autor terá acesso à documentação que corrobora a existência de um vínculo contratual (fato positivo), em sede de uma ação revisional. E nem todo fato negativo é impossível de ser provado, demandando prova diabólica (ex.: certidões negativas emitidas por autoridade fiscal).

Quando se está diante de uma prova diabólica insusceptível de ser produzida por aquele a quem caberia fazê-lo, de acordo com a lei, mas a prova pode ser realizada pelo outro, o ônus probatório deverá ser distribuído dinamicamente, caso a caso, na fase de saneamento ou instrutória – a tempo de o onerado dele desincumbir-se. É uma prova unilateralmente diabólica, isto é, impossível (ou extremamente difícil) para uma das partes, mas viável para a outra.

Pois bem. Questiona-se se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova teria sido adotada por nosso direito processual.

O CPC não contém enunciado expresso adotando a teoria. Mas a doutrina acolhe essa concepção, a partir de uma interpretação sistemática de nossa legislação processual⁹. A *distribuição dinâmica do ônus da prova* seria uma decorrência dos seguintes princípios:

a) princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CF, e art. 125, I, CPC), uma vez que deve haver uma paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-lo;

8. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, 2005, n. 31, p. 12.
9. Para Robson Renault Godinho a distribuição do ônus da prova é uma questão vinculada ao exercício dos direitos fundamentais, não necessitando de integração legislativa para sua flexibilização: “se o cumprimento do ônus probatório pode significar a tutela do direito reclamado em juízo, parece-nos intuitivo que as regras que disciplinam sua distribuição afetam diretamente a garantia do acesso à justiça. Se a distribuição do ônus da prova se der de uma forma que seja impossível que o interessado dele se desincumba, em última análise estará sendo-lhe negado o acesso à tutela jurisdicional. [...] como a necessidade de inversão do ônus da prova decorre diretamente da Constituição, não há necessidade de integração legislativa, que, contudo, poderá existir e possuirá um caráter pedagógico e simbólico que facilitará o acesso à justiça” (*A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais*. Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais. Marcelo Novelino Camargo (org.). Salvador: Editora JusPODIVM, 2006, p. 182, 183 e 194).

b) princípio da lealdade, boa-fé e veracidade (art. 14, 16, 17, 18 e 125, III, CPC), pois nosso sistema não admite que a parte aja ou se omita, de forma ardilosa, no intuito deliberado de prejudicar a contraparte, não se valendo de alegações de fato e provas esclarecedoras;¹⁰

c) princípio da solidariedade com órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345, 355, CPC), pois todos têm o dever de ajudar o magistrado a descortinar a verdade dos fatos¹¹; exige-se que a parte colabore em matéria de prova para que o juiz alcance a verdade¹²;

d) princípio do devido processo legal (art. 5.º, XIV, CF), pois um processo devido é aquele que produz resultados justos e equânimes;¹³

e) princípio do acesso à justiça (art. 5.º, XXXV, CF), que garante a obtenção de tutela jurisdicional justa e efetiva.

A esses princípios, acrescento o princípio da adequação do processo.

A ausência de um dispositivo referindo-se expressamente à distribuição dinâmica do ônus da prova não significa a impossibilidade de sua adoção. As três formas de distribuição do encargo probatório devem compatibilizar-se em um mesmo sistema. Um sistema em que apenas existisse a distribuição estática seria inflexível; um sistema no qual o ônus probatório fosse distribuído apenas de forma dinâmica e concreta seria inseguro. A flexibilidade e a segurança são valores que devem estar conjugados e subjacentes aos preceitos normativos.

Verificada a impossibilidade ou extrema dificuldade da produção de determinada prova, no caso concreto, pela parte a quem caberia o ônus probatório

10. SOUZA, Wilson Alves. *Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas*, cit., p. 256; WHITE, Inês Lépari. *Cargas Probatórias Dinâmicas*. In: *Cargas Probatórias Dinâmicas*. PEYRANO, Jorge W. (Dir.). 1 ed. Santa Fé: Rubinzalculzoni, 2004, p. 67; AIRASCA, Ivana Maria. *Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatórias dinámicas*. In: “Cargas Probatórias Dinâmicas”. PEYRANO, Jorge W. (Dir.). 1 ed. Santa Fé: Rubinzalculzoni, 2004, p. 141.

11. Sobre estes três primeiros princípios, vale a pena conferir a exposição de Antonio Janyr Dall’agnol Jr. (*Distribuição dinâmica do ônus probatório*, p. 103-105 e segs.). Vide, ainda, KNIJNIK, Danilo. “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”, cit., p. 945. Maristela Alves embasa a teoria nos princípios da solidariedade e igualdade material (ALVES, Maristela da Silva. *Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil*, cit., p. 214).

12. WHITE, Inês Lépari. *Cargas Probatórias Dinâmicas*. In: “Cargas Probatórias Dinâmicas”, cit., p. 67-68.

13. Acerca destes quatro primeiros princípios, interessam as palavras de Wilson Alves Souza (*Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas*, cit., p. 256).

(em razão da distribuição prévia e estática), ou a maior facilidade da parte contrária de produzi-la, deverá o juiz atribuir o ônus da prova de forma dinâmica, à luz das peculiaridades concretas. A atribuição dinâmica do ônus da prova deve ser feita em decisão fundamentada e ser anunciada às partes antes de ser aplicada a regra de julgamento, de forma a possibilitar à parte desincumbir-se do ônus que, até então, não lhe cabia.

A distribuição dinâmica das cargas probatórias decorre do princípio do devido processo e do princípio do acesso à justiça em seus sentidos materiais: um processo devido é aquele que produz resultados justos. As normas processuais devem analisadas e (re)construídas à luz das peculiaridades do caso concreto. Se uma prova é unilateralmente diabólica, haveria aí o direito a não precisar provar, que é, por mais estranho que possa parecer, manifestação do direito à prova.

O art. 333 do CPC e eventuais outras regras de distribuição estática do encargo probatório não podem ser vistos de maneira isolada, mas à luz dos princípios que informam o processo devido, cooperativo e igualitário. Tais princípios incidem quer se trate de processo jurisdicional, quer se trate de processo administrativo. A distribuição das cargas probatórias deve ser vista sob a perspectiva do devido processo legal.

3. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

É atributo dos atos administrativos a presunção de sua legitimidade. Trata-se de lição basilar do direito administrativo. Presumem-se conforme ao direito os atos decorrente da atividade administrativa, do que decorre, além da sua auto-executoriedade, a necessidade de produção de prova em contrário para afastá-la (presunção *juris tantum*). Questiona-se, então, a repercussão de tal presunção no processo administrativo, vale dizer, se, por conta dela, não caberia à Administração Pública provar os fatos por ela alegados.

Segundo Durval Carneiro Neto, a presunção de legitimidade não conduziria à desnecessidade da Administração de provar os fatos alegados em processos administrativos ou judiciais. Isso porque, consagrados o princípio do contraditório nas vias judicial e administrativa, seria inconstitucional a atribuição de prerrogativa desigualitária ao Poder Público. Conclui: “O atributo da presunção de legitimidade, apesar de presente em muitos processos de formação dos atos administrativos executórios, não pode encontrar terreno fértil para predominar nos processos litigiosos administrativos e judiciais, mormente os

sancionadores.”¹⁴ A presunção de legitimidade atuarial na formação do ato administrativo, mas, por si, não levaria à atribuição apenas ao administrado de provar a inocorrência da infração. O ônus da prova pode, por outros motivos, ser do administrado, mas não por conta da presunção de legitimidade.

Trata-se, aqui, da prova dos elementos fáticos de cuja juridicização seriam decorrentes as sanções aplicadas pela Administração. Imagine-se, por exemplo, uma sanção administrativa disciplinar, como a demissão do servidor público. Não precisaria restar comprovada a conduta ilícita do servidor por conta da presunção de legitimidade? Dever-se-ia restar provada a ausência de conduta ilícita? Seria o servidor quem deveria suportar a decisão desfavorável por ausência de prova? Parece-me que não. Os elementos fáticos da sanção devem restar provados, sob pena de a administração pública não poder aplicar a pena. O mesmo raciocínio pode ser aplicado aos processos administrativos fiscais. A Administração precisa provar a ocorrência dos elementos do fato gerador para que seja devido o tributo.

Segundo Paulo de Barros Carvalho,

“Com a evolução da doutrina, nos dias de hoje, não se acredita mais na inversão do ônus da prova por força da presunção de legitimidade dos atos administrativos e tampouco se pensa que esse atributo exonera a administração de provar as ocorrências que se afirma terem existido. Na própria configuração oficial do lançamento, a lei institui a necessidade de que o ato jurídico administrativo seja devidamente fundamentado, o que significa dizer que o fisco tem que oferecer prova concludente de que o evento ocorreu na estrita conformidade da previsão genérica da hipótese normativa.”¹⁵

A presunção de legitimidade do ato administrativo, inclusive o ato fiscal, não significa necessariamente ausência de ônus probatório ao Poder Público¹⁶.

14. CARNEIRO NETO, Durval. *Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 343. :

15. CARVALHO, Paulo de Barros. *A prova no processo administrativo tributário*. Revista Dialética de Direito Tributário, n.º 34. 1999. pp. 107/108.

16. “Se é verdade que a conformação peculiar do processo administrativo tributário exige do contribuinte impugnante, no início, a prova dos fatos que afirma, isto não significa, como vimos, que, no decurso do processo, seja de sua incumbência toda a carga probatória. Tampouco a presunção de legitimidade do ato de lançamento dispensa a Administração do ônus de provar os fatos de seu interesse e que fundamentam a pretensão do crédito tributário, sob pena de anulamento do ato.” (BONILHA, Paulo Celso B. *Da prova no processo administrativo tributário*. Dialética. 2ª edição. São Paulo. 1997, p. 77). Helenilson Cunha Pontes diz que se trataria de um dever de provar, decorrente da necessidade

Ainda que assim não fosse, não se pode negar a aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova nos processos administrativos.¹⁷ Em se tratando de prova cuja produção seria unilateralmente impossível ou muito difícil ao administrado, tal peculiaridade do caso concreto deve ser tida em consideração para que seja da Administração o encargo probatório, seja porque apenas ela pode produzir prova do fato contrário, seja porque para ele o acesso a tal prova é facilitado. O ônus da prova deve, então, ser distribuído à luz do caso concreto, para que a decisão administrativa decorra de um processo justo, igualitário, cooperativo e devido.

Nos casos em que somente a Administração detém ou deveria deter determinados documentos, por exemplo, “a presunção de legitimidade não lhe poupa do encargo probatório.”¹⁸ Nesse sentido, inclusive, há previsão na Lei Federal n. 9.784/99.

Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

O próprio legislador já realizou uma prévia valoração acerca da possibilidade de produção probatória. Não se trata de inversão do ônus da prova,

de motivação na atividade administrativa. Refere-se, assim, em dever constitucional de investigação e prova da realização do suporte fático tributário. (PONTES, Helenilson Cunha. *Omissão de receitas e depósitos bancários: o sentido normativo do art. 42 da Lei 9.430/96*. Revista dialética de direito tributário. 146. Nov/2007, p. 87.)

17. A jurisprudência do STJ admite a distribuição dinâmica do ônus da prova em desfavor do Poder Público, quando a sua produção for unilateralmente diabólica ao administrado. É o que se depreende do seguinte excerto de ementa de julgado: PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ÔNUS DA PROVA. FATO NEGATIVO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO EMBASADOR DA EXTRAÇÃO DOS TÍTULOS EXECUTIVOS. NULIDADE. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CDA AFASTADA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA FAZENDA. [...] 3. A tese do exequente de que competiria ao contribuinte o ônus de comprovar as suas alegações não merece êxito por tratar-se de prova de fato negativo, não devendo ser exigido do contribuinte que demonstre em juízo que não foi devidamente notificado para se defender no processo administrativo, que se encontra em poder do exequente. No caso, caberia à Fazenda diligenciar e provar a efetiva notificação do contribuinte para se defender. [...] (AgRg no Ag 1022208 GO 2008/0045121-5, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 21/10/2008, STJ, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/11/2008 RDDT vol. 161 p. 146) No mesmo sentido, RS 2010/0096786-1, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 17/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2010).
18. CARNEIRO NETO, Durval. *Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo*, cit., p. 344.

nem de sua distribuição dinâmica. É distribuição prévia e abstrata feita pelo legislador; estática, pois.

A regra acima referida é uma concretização do princípio da cooperação, decorrente do princípio da boa-fé processual. Todos os sujeitos processuais (seja qual for a modalidade de processo) devem comportar-se de forma leal e cooperativa para que seja produzida uma decisão justa.¹⁹

4. O CASO EM ANÁLISE

a) Generalidades.

Cuida-se, no caso em análise, de autos de infração nos quais a Administração Pública estadual afirmou a ocorrência do fato gerador da obrigação de pagar ICMS e de ato jurídico ilícito, qual seja, omissão quanto à venda de mercadorias tributáveis e o falta de pagamento do tributo. Afirmou ser devido o pagamento de quantia, correspondente ao ICMS supostamente não recolhido e à multa incidente.

Afirmou que se teria verificado a incidência do art. 4, §4º, da Lei Estadual n. 7014/94 e do art. 2º, §3º, inciso VI do RICMS/BA, existindo presunções relativas quanto à ocorrência do fato gerador e da omissão da saída das mercadorias não tributáveis sem o pagamento de imposto, fatos principais por ela afirmados no auto de infração. Por conta da afirmação e da comprovação do suporte fático do art. 4, §4º, da Lei Estadual n. 7014/94, o ônus da prova com relação aos fatos principais (ocorrência do fato gerador do tributo e da omissão quanto à saída de mercadorias tributáveis sem o pagamento do tributo) seria, em princípio, da autuada. Veja-se: o ônus da prova seria, em princípio, da autuada por conta das presunções contidas nos mencionados diplomas legais, e não por conta da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Pois bem.

A autuada, em sua defesa, alegou que não se verificou o fato gerador do tributo e que não se verificou o ato ilícito afirmado pelo Fisco. Isso porque o descompasso entre suas informações de vendas realizadas com cartões de crédito/débito e aquelas prestadas pelas administradoras dos mesmos cartões se

19. “Está implícito que não pode a Administração bloquear o acesso do particular a fatos e documentos de seu interesse. Mais que isso, deve a Administração colaborar com o particular na busca de elementos probatórios, porque o interesse público assim o exige.” (FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 1ª edição, 2ª triagem, Editora Malheiros. 2002, pg. 134.)

justificaria por conta da operacionalização atípica do recebimento de quantia, a título de *royalties*, na relação com suas franqueadas, autorizada pelo Poder Público.

Trata-se de fato idôneo para afastar as presunções legais, vale dizer, para comprovar que o fato gerador e a conduta ilícita não existiram. Assim consideraram os julgadores da Quarta Junta de Procedimento Fiscal. Assim também considerou a Procuradoria do Estado da Bahia em seu parecer, já que considerou afastadas as presunções legais por conta das operações comprovadas pelos documentos fiscais juntados aos autos.

Não se questiona a idoneidade do fato afirmado na defesa para comprovar a inexistência dos fatos principais afirmados. A questão está na prova do fato de defesa. São duas as perguntas que precisam ser respondidas: (i) o fato das operações atípicas restou comprovado? e (ii) se não houve comprovação do fato, quem deve suportar a decisão desfavorável? Esta é a ordem das perguntas que, já que o ônus da prova é regra de julgamento de aplicação subsidiária.

b) A prova por amostragem no caso concreto.

Não se questiona que restou provada a ocorrência das operações atípicas realizadas com as franqueadas relativas aos documentos fiscais juntados aos autos. A questão é se restou comprovada a ocorrência das operações com relação às demais franqueadas. A autuada juntou aos autos do processo administrativo documentos fiscais concernentes a parte das franqueadas, com o objetivo de provar as operações atípicas realizadas com todas elas. Pretendeu, assim, provar um conjunto de fatos, demonstrando parte deles.

A prova por amostragem, que pode ser considerada uma variante da chamada de prova por estatística, é aquela por meio da qual se prova uma universalidade de eventos a partir da prova de parte deles. Isso porque, como consta no *Manual for Complex Litigation*, uma publicação oficial do Poder Judiciário norte-americano, métodos estatísticos podem normalmente estimar, com determinado nível de segurança, as características da “população” ou “universo” de eventos, transações, atitudes ou opiniões, por meio da observação das características em um segmento pequeno ou simples da população.²⁰

A prova por amostragem pressupõe a existência de um conjunto de eventos/fatos que possam ser agrupados porque semelhantes, de forma que a prova

20. *Manual for Complex Litigation*, Fourth, § 11.493, p. 102 (Disponível em <https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf>, consultado em 04.03.2012, 08h).

de parte deles possa conduzir o magistrado ao juízo acerca da existência de todos eles. A prova de parte conduz à conclusão da existência acerca de todos os fatos que compõem o conjunto.

A prova por amostragem relaciona-se com a prova indiciária.

Na prova indiciária, o indício não é o fato probando principal – embora se tenha de prova o indício, o objeto principal da prova é o fato que o indício aponta; o fato ao qual se liga o indício. O indício é o fato conhecido que, por via de raciocínio, sugere a existência/inexistência do fato probando principal. Entre o indício e o fato probando principal há uma relação lógica de causalidade, que autoriza a atividade do juiz (presunção judicial) de concluir existente o fato probando principal. Pode-se afirmar que o indício é um meio de prova, já que a partir dele se elabora a presunção judicial.

Na prova indiciária, há uma relação lógica entre o fato conhecido (indício) e o fato que se quer provar. Essa relação permite que se faça um silogismo.

Premissa maior: verdade mais geral; conceito geral a que se chega pela experiência. Trata-se de um produto de conhecimentos gerais, aceitos sob a forma de experiência.

Premissa menor: fato conhecido; fato base; fato auxiliar. O indício. É preciso que haja certa relação entre o fato geral e o fato base. Essa relação pode dar-se de duas formas: a) constante: o que se apresenta como verdadeiro em todos os casos particulares. Ex.: todos os homens são mortais; João é homem, logo, mortal. A relação entre os fatos é regida por uma lei natural, sendo impossível que as coisas ocorram de maneira diferente, sendo uma certeza absoluta – aqui não há presunção, mas certeza. De tal conclusão resulta a evidência; b) ordinária: o que se apresenta como verdadeiro em quase todos os casos particulares. Aqui, não há evidência, mas mera verossimilhança. Dado que um fato exista, em face do que comumente acontece, também existirá o fato que se deseja provar. A base do silogismo é uma regra estabelecida segundo o que ordinariamente acontece. Surge a presunção.

Na prova por amostragem, os fatos provados são também fatos probandos – servem como indícios –, mas, por meio da sua prova, pretende seja realizado juízo acerca da existência de todos os fatos pertencentes ao conjunto. A prova dos fatos da “amostragem” autoriza a presunção acerca dos fatos que não compõem a “amostragem”. Nesse sentido, caso se realize a atividade da presunção, nenhum dos fatos que compõem o conjunto pode ser considerado não provado, pois seria ilógico. Todos os fatos pertencem ao conjunto justamente

porque existe relação de forma constante ou ordinária entre eles. Por meio da prova de determinados elementos, surge a presunção acerca de todos eles, considerados em sua universalidade. A relação, aqui, não é de causalidade, mas de continência.

A relação de conteúdo/continência também permite que se faça um silogismo, no qual também ganha relevância as máximas de experiência para que se constate a existência da relação entre os fatos componentes do conjunto.

Premissa maior: máxima da experiência, noção que reflete o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se outras – possuem as características da generalidade e abstração²¹.

Premissa menor: a relação entre fatos para que sejam tidos como componentes de um conjunto. A relação entre eles será também de constância ou ordinariade, justificando a formação, na lógica do pensamento, do conjunto. Com o auxílio da experiência, pode-se concluir que todos aqueles fatos são componentes do conjunto. Após esta conclusão, dado que uma série de fatos do conjunto exista – e aqui a experiência atua mais uma vez –, conclui-se que todos eles existem. É a presunção.

O raciocínio só será legítimo se os métodos de amostragem forem utilizados de acordo com os padrões gerais de estatística, como se depreende do Manual for Complex Litigation. São fatores relevantes que devem ser levados em consideração: (i) se a "população" foi propriamente escolhida e definida; (ii) se a amostragem escolhida foi representativa da população; (iii) se os dados reunidos foram cautelosamente relatados; e (iv) se os dados foram analisados de acordo com as os princípios de estatística aceitáveis.²²

As normas da estatística são, aqui, meios ao alcance da “confiabilidade” da conclusão da atividade da presunção. Michelle Taruffo trata das funções dos “conhecimentos científicos” quando se refere ao juízo prognóstico de fatos futuros. Suas lições aplicam-se, *mutadis mutandis*, ao que ora se chama de “prova por amostragem”, para considerar que os esquemas “probabilísticos” são adaptados para munir o juiz de estruturas lógicas validamente utilizáveis,

21. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. Temas de direito processual – segunda série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 62.

22. Manual for Complex Litigation, Fourth, § 11.493, p. 102/103.

atribuindo um grau considerável de confiabilidade e probabilidade de suas previsões²³, aqui com relação aos fatos não diretamente provados.

Na prova por amostragem, exige-se, pois, que o conjunto seja definido para que os seus elementos guardem relação de constância ou ordinariade. Demais disso, os fatos constantes da amostragem devem ser significativos para que, no segundo momento de atuação da experiência, se possa realizar a presunção com relação ao todo.

A prova por amostragem/estatística pode ser muito útil no processo. Técnicas aceitáveis de amostragem podem economizar tempo e reduzir custos e, em alguns casos, promover a única forma viável de coletar e apresentar um dado relevante – diminui-se o objeto da prova: em vez da apresentação de volumosos dados de toda população, apresentam-se dados de apenas parte desta população²⁴. A prova por amostragem atende, pois, ao princípio da economia processual e, em alguns casos, é uma saída para que se evite a existência de prova diabólica.

A ausência de previsão expressa em nosso direito processual não significa que não se admita a prova por amostragem no processo. Os fatos podem ser evidenciados por qualquer meio de prova, ainda que não previsto na lei, desde que se trate de um meio lícito e moralmente legítimo (art. 332, CPC). Assim, ao lado dos meios de prova típicos, que contam com expressa previsão em lei, admitem-se os meios de prova atípicos, que não encontram sede legal.

São meios de prova *atípicos*, por exemplo, a prova cibernética, a reconstituição de fatos e a prova emprestada. A prova por amostragem é também exemplo de prova atípica.²⁵ São provas atípicas (inominadas), pois, com elas, se busca “a obtenção de conhecimentos sobre fatos por formas diversas daquela prevista na lei para as provas chamadas típicas”.²⁶ E a ausência de disciplina legislativa exige que o juiz atente, no momento da sua produção, para

23. TARUFFO, Michele. *Sobre as fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Editorial Themis, 2006, p. 314/315.

24. Manual for Complex Litigation, Fourth, § 11.493, p. 102/103.

25. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n. 103.556, reconheceu o cabimento da prova pericial por amostragem em máquinas caça-níqueis, considerando, inclusive, que seria impossível a perícia em todas elas, já que algumas já se encontram deterioradas. (HC 103556/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 24/06/2008, DJe 18/08/2008)

26. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Provas atípicas*. Revista de processo. São Paulo: RT, 1996, n. 76, p. 117.

os princípios que norteiam a teoria geral da prova, sobretudo os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Então.

No caso em análise, a autuada juntou aos autos quantidade expressiva de documentos fiscais com o intuito de demonstrar as operações atípicas realizadas com todas suas franqueadas, fatos, como visto, idôneos a elidir as presunções legais incidentes. Tais fatos – operações atípicas realizadas com todas as franqueadas – guardam relação de constância, já que, se tal modelo de operação foi autorizado pelo Poder Público como uma forma de proteção dos interesses da autuada junto às franqueadas, seria ilógico que tal modelo fosse válido para algumas franqueadas, mas não para outras. Acrescente-se o argumento de que os contratos de franquia são contratos nos quais há pouca ou quase nenhuma possibilidade de interferência da vontade das franqueadas na sua formação. Sabe-se que, em regra, as condições são estipuladas pela franqueadora, cabendo à franqueada aceitar ou não. Aproximam-se, pois, dos contratos de adesão. Por isso, as relações da franqueadora com suas franqueadas, no que concerne ao modo de recebimento dos *royalties*, podem ser agrupadas em uma universalidade, para que se verifique o raciocínio indutivo da prova por amostragem.

A relação da franqueadora com suas franqueadas segue uma “relação-padrão”. Exceções podem existir, mas não descaracteriza a existência da “relação-padrão”. A prova de que tal operação ocorria apenas com uma franqueada não seria suficiente para conduzir ao juízo sobre a existência de todas as operações. Poderia esta, justamente, se tratar da exceção. Todavia, a prova de uma quantidade significativa de operações, tal como ocorreu no caso em comento, evidencia que tal operação era componente da “relação padrão” existente entre a franqueadora e suas franqueadas. A amostragem era idônea a conduzir à presunção acerca da existência de todos os eventos pertencentes à universalidade.

Da prova documental produzida nos autos, é lícito que se conclua pela existência das operações atípicas com as franqueadas que forneceram os documentos fiscais, mas não apenas. É possível, por presunção com relação ao todo, seja concluída a existência das operações com relação a todas as franqueadas. A prova por amostragem é, no caso, cabível, eis que (i) se encontra definida a universalidade com base na relação de constância e (ii) os fatos componentes da amostragem são, quantitativamente, expressivos para permitir que se conclua ser a operação atípica elemento da “relação padrão” existente entre a franqueadora e suas franqueadas.

A prova por amostragem não apenas atende à economia processual, mas também à efetividade do direito à prova. É uma forma de não se caracterizar a prova diabólica no caso concreto, pois, como se verá, é impossível à autuada trazer aos autos os documentos fiscais de todas as franqueadas, não apenas por questão de volume, mas principalmente por depender da conduta das próprias franqueadas.

Note-se que, no parecer da Procuradoria do Estado, inexistente qualquer argumento que possa retirar a idoneidade da prova por amostragem no caso. Não se disse ser inexistente a relação de constância entre os fatos componentes da universalidade, nem tampouco que a amostragem era quantitativamente inexpressiva. Limitou-se a dizer que as dificuldades de produzir a produção de todos os fatos (as operações atípicas com relação a todas as franqueadas) deveriam ser suportadas exclusivamente pela autuada.

Lembre-se, inclusive, que a amostragem é meio normalmente utilizado pelo próprio Fisco para considerar existente a ocorrência de fatos geradores. O Estado vale-se, com frequência, da prova por amostragem. Não pode, agora, não aceitá-la, sem qualquer justificativa idônea para tanto.

c) A atribuição dinâmica do ônus da prova à luz das peculiaridades do caso em análise.

Ainda que não fosse cabível a prova por amostragem, a prova de todas as operações atípicas é uma prova unilateralmente diabólica, vale dizer, impossível ou muito difícil de ser produzida pela consulente. Isso porque ela dependeria que as franqueadas fornecessem os seus documentos fiscais. A conduta das franqueadas, entretanto, não seria obrigatória junto à autuada. Vale dizer: do contrato de franquia, não decorre nenhuma obrigação das franqueadas de entregar os seus documentos fiscais à franqueadora. A franqueadora não pode exigir, assim, a sua entrega.

O próprio parecer da Procuradoria do Estado refere-se à dificuldade da produção da prova pela autuada. Afirma:

[...] possíveis dificuldades na produção de prova capaz de elidir a presunção legal em análise – como, por exemplo, a invocação de sigilo fiscal ou a recusa ao fornecimento de seus documentos fiscais pelas empresas franqueadas – devem ser suportadas exclusivamente pela empresa autuada, como resultado de sua livre opção de modelo de gestão [...] (fls. 2999)

E continua: “em linha oposta àquela seguida pelo órgão julgador de primeira instância, entendemos que devem militar contra a autuada, e não contra

o Fisco, quaisquer dificuldades que decorram do atípico modelo operacional eleito no caso concreto”. (p. 2999)

Equivoca-se ao afirmar que tais dificuldades devem ser “suportadas exclusivamente pela autuada, como resultado de sua livre opção de modelo de gestão.”

A um, porque a prova não é difícil de ser produzida pela Administração Pública, que tem acesso a todos os documentos fiscais referidos, em razão dos poderes inerentes à Administração Tributária. Veja-se que as franqueadas não podem alegar sigilo fiscal em face do próprio Fisco, que pode exigir a apresentação dos documentos fiscais pela franqueada.

Esta é a *ratio*, inclusive, do art. 37 da Lei 9.784/1999: quando a Administração pública tiver maiores condições de produzir determinada prova documental, deverá por ela ser produzida, sob pena de suportar a decisão desfavorável. No mesmo sentido, o art. 23 da Lei de Processo Administrativo do Estado da Bahia (Lei 12.209/2011) dispõe que: “cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução, mediante a juntada dos documentos que se encontram em seu poder.” Nos dois dispositivos, encontra-se subjacente a valoração do legislador na distribuição prévia do ônus da prova. Trata-se, pois, de distribuição estática do ônus da prova.

Os mencionados preceitos normativos são concretizações do princípio da cooperação e da igualdade. O processo administrativo deve ser produto da atividade cooperativa: cada parte com suas funções, mas com o objetivo comum de produção do ato final, decisão administrativa decorrente de um processo devido, em suas facetas formal e material. O princípio da cooperação exige participação cooperativa da Administração Pública no processo administrativo fiscal, o que abrange a produção da prova documental em comento.

Ainda que assim não fosse, o encargo probatório deve ser distribuído à luz das circunstâncias do caso concreto. O próprio Estado reconhece que a prova é diabólica para a autuada. De outro lado, é evidente que o Estado tem melhores condições de produzir a prova documental, já que deve ter tais documentos ou pode exigir das franqueadas que os entreguem.

Dessa forma, no caso concreto, cabe ao Estado, e não à autuada, suportar a decisão desfavorável, acaso o fato não se encontre provado. Em outras palavras: se o Estado exige que todas as operações sejam provadas, não aceitando a amostragem de documentos fiscais existentes nos autos, e esta prova pode

ser por ele mesmo produzida, o ônus da prova deve ser do Estado, por força da sua distribuição dinâmica no caso concreto, a quem caberá provar os fatos contrários à pretensão do contribuinte.

A dois, a “livre opção do modelo de gestão” da administrada não é circunstância idônea a lhe atribuir o ônus de prova diabólica, inclusive porque se tratou de “modelo de gestão” autorizado pelo próprio Poder Público. Não pode, agora, este mesmo Poder Público pretender que a administrada suporte consequência que lhe é desfavorável em razão de conduta cuja legalidade foi anteriormente por ele verificada. Trata-se de comportamento contraditório da Administração Pública, vedado por força do princípio da boa-fé.

A boa-fé objetiva é norma (princípio) de conduta, em consonância com os padrões éticos consagrados em dado tempo e espaço. O princípio da confiança é parte do conteúdo substancial da boa-fé e legitima o reconhecimento e a tutela da situação “em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas”²⁷. Dela decorre o princípio de cooperação e lealdade recíproca entre as partes, em decorrência na nova perspectiva da dignidade humana – informada pela solidariedade – na qual cada indivíduo é responsável pela conservação da dignidade do outro, impondo-se “sobre todos o dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro”²⁸.

A boa-fé objetiva, informada pelo princípio da confiança, extrapolou o âmbito do direito civil para orientar os demais ramos do direito, dentre os quais o direito administrativo. Nesse contexto, a legitimidade da confiança depositada numa determinada conduta administrativa independe da legitimidade/legalidade do ato/omissão pelo qual se revela essa conduta. É possível, assim, que o ato/omissão tenha sido viciado e, nada obstante, tenha gerado uma expectativa legítima, obstando assim seja decretada a sua invalidade, tal como se verifica no caso em análise. Com ainda mais razão, haverá expectativas legítimas decorrentes da conduta da administração não viciada. Ensina Rafael Maffini:

27. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 2003, p. 1.234.

28. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório. A proibição do comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 47/56 e 89.

Se assim ocorre, *a fortiori*, com maior razão ainda, há de se aplicar a proteção da confiança em relação a condutas administrativas válidas. Isso porque, sendo a própria ação válida, a confiança nela depositada, invariavelmente, deverá ser considerada legítima, sem a necessidade de uma espécie de mediatização oriunda da presunção de legitimidade. Em outras palavras, nas condutas inválidas, a conduta é ilegítima, mas a confiança nela depositada é legítima em razão da presunção de legitimidade, ao passo que, nas condutas administrativas válidas, sendo esta legítima, quaisquer manifestações de confiança depositadas em tais condutas deverão ser necessariamente consideradas legítimas.²⁹

É efeito da incidência da boa-fé objetiva a obrigação da Administração Pública não se comportar de forma contraditória ao seu próprio comportamento, violando, assim, expectativas legítimas do administrado. Assim é manifestada a proibição de *venire contra factum proprium* no âmbito administrativo, que não exige apenas a contradição do comportamento, mas principalmente a situação de confiança do administrado.

No caso em comento, o comportamento anterior do Poder Público ao aprovar o sistema de operações que seria realizado entre a franqueadora e as franqueadas fez nascer expectativas legítimas de que nenhuma consequência poderia lhe ser imputada em razão de tal “modelo de gestão”. Pretender que, agora, a administrada tenha de suportar o ônus de prova diabólica por força deste “modelo de gestão” é comportamento da Administração contrário ao comportamento anterior que viola a situação de confiança da administrada.

5. CONCLUSÕES

Por tudo quanto foi exposto, conclui-se que:

- (i) É cabível a prova por amostragem no caso concreto, já que (i) se encontra definida a universalidade das operações atípicas realizadas com todas as franqueadas e (ii) os fatos componentes da amostragem são, quantitativamente, expressivos para permitir que se conclua ser a operação atípica elemento da “relação padrão” existente entre a franqueadora e suas franqueadas.

29. MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 188.

- (ii)** No caso, incide a norma decorrente do art. 23 da Lei de Processo Administrativo do Estado da Bahia (Lei 12.209/2011), para que seja ônus do Estado a produção de prova documental, quando os documentos puderem ser obtidos pela Administração com maior facilidade, dever decorrente, inclusive, do princípio da cooperação no processo administrativo.
- (iii)** Ainda que assim não fosse, caracteriza-se prova unilateralmente diabólica em desfavor do administrado, razão por que deve ser o ônus da prova distribuído à luz das peculiaridades do caso concreto, para que o Estado suporte a decisão desfavorável caso não provados os fatos das operações realizadas com todas as franquias.
- (iv)** A “livre opção do modelo de gestão” da administrada não é circunstância idônea a lhe atribuir o ônus de prova diabólica, inclusive porque se tratou de “modelo de gestão” autorizado pelo próprio Poder Público.

É o parecer.

Cidade do Salvador, em 14 de março de 2012.

X

Demandas coletivas. Direitos individuais homogêneos. Ausência de obrigação do demandado de indicar os titulares desses direitos individuais homogêneos. Impossibilidade de sentença líquida. Ausência de confissão e de admissão. Atendimento substancial da determinação judicial.

Sumário: 1. Síntese da causa – 2. Análise da causa e da viabilidade de ajuizamento de ação rescisória: 2.1. Ausência de obrigação do demandado de indicar os titulares dos direitos individuais homogêneos afirmados na demanda; 2.2. Sentença líquida. Impossibilidade. Violação da norma decorrente do art. 95 do CDC; 2.3. Inexistência de confissão. Inexistência de admissão: 2.3.1. Generalidades; 2.3.2. O caso; 2.2. O atendimento substancial à determinação judicial. A ineficácia de eventual confissão. O afastamento da presunção de veracidade de eventual admissão – 3. Conclusão.

1. SÍNTESE DA CAUSA

Cuida-se de 36 (trinta e seis) ações de cumprimento de convenção coletiva ajuizadas por um determinado Sindicato de Empregados em face de XXXXXX. Alegou-se que a Convenção Coletiva de Trabalho 2007/2008, celebrada entre o Sindicato autor e determinado Sindicato Patronal, estabelecia que os supermercados da região poderiam funcionar aos domingos, de 8h às 13h, mediante bonificação de R\$8,00 (oito reais) a cada empregado que laborasse em tais dias.

Alegou, ainda, que o demandado descumpriu a norma coletiva, já que, durante os trinta e seis domingos afirmados nas demandas, nos anos de 2007 e 2008, o estabelecimento funcionou até às 18h. Acrescentou que, por conta do descumprimento obrigacional, seria devida a multa prevista na cláusula 23 da convenção, no valor de 50% do piso salarial, a cada empregado prejudicado. Requereu, ao final, que o demandado fosse condenado a pagar R\$200,00 (duzentos reais) a cada empregado que laborara naqueles dias indicados, bem assim a indenizar os danos morais supostamente sofridos pelo sindicato autor, em razão da ofensa à sua honra objetiva.

As trinta e seis ações foram reunidas para serem processadas e julgadas simultaneamente. Durante o seu trâmite, o magistrado determinou que o demandado trouxesse aos autos relação dos empregados que laboraram nas mencionadas datas dos anos de 2007 e 2008, “sob pena de confissão”. O demandado, então, trouxe aos autos a relação dos empregados que laboraram nos dias

de 2008, bem assim documentos, dentre os quais as folhas de ponto, relativos aos dias do ano de 2007.

Foi proferida sentença julgando procedentes os pedidos, condenando-se a demandada a pagar quantia, por força da incidência da multa prevista na convenção, a cada empregado listado na relação de 2008 e a todos os seus empregados, no que concerne ao ano de 2007, por considerar que se teria verificado, no caso, a confissão.

A mencionada sentença foi mantida nas demais instâncias, tendo transitada em julgado.

Consulta-me o consulente acerca da viabilidade de ajuizamento de ação rescisória em face do capítulo que certificou direito de receber quantia em favor de todos os empregados da reclamada no ano de 2007.

2. ANÁLISE DA CAUSA E DA VIABILIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA

2.1. Ausência de obrigação do demandado de indicar os titulares dos direitos individuais homogêneos afirmados na demanda

O direito processual deparou-se com a necessidade de tutela de situações jurídicas que não poderia ser alcançada por meio do processo individualista já consagrado. O seu viés individualista houve de ser superado para que o processo, que é instrumento, fosse adequado às peculiaridades de situações jurídicas ativas que se desviavam da tradicional fórmula individual de conflitos (credor/devedor).

Assim é que, no contexto do Estado Democrático Constitucional de 1988, o processo conformou-se para possibilitar a tutela jurisdicional das situações jurídicas de titularidade coletiva ou para possibilitar a tutela macromolecular de situações jurídicas inicialmente individuais, mas que poderiam ser tuteladas coletivamente, em razão de sua natureza de massa. Trata-se, nesta última hipótese, dos direitos individuais homogêneos, categoria criada pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 81, p. único, III, do CDC), cuja tutela coletiva se justifica pela padronização das relações jurídicas.

Como afirma Antonio Gidi, “tal categoria de direitos representa uma ficção jurídica criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (macromolecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa)”¹.

1. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 20.

Os direitos individuais homogêneos são direitos coletivos (em sentido lato) por ficção jurídica e não se confundem com os direitos individualmente considerados. O tratamento molecular constitui-se elemento próprio para a sua caracterização. Cuida-se de situação jurídica coletiva afirmada na demanda, e não de situações individuais. Não se trata de litisconsórcio multitudinário.

No mesmo sentido, afirma Luiz Paulo da Silva Araújo Filho:

[...] uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais. Às avessas, caracteriza-se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão do legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar a muitas pessoas. O que é completamente diferente de apresentarem-se inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares dos direitos.²

O objeto da demanda coletiva é a fixação de uma tese geral; não se afirmam, como sua causa de pedir remota, direitos individuais cumulados, mas, sim, direito cujo titular é uma coletividade de vítimas genericamente consideradas.

Assim, a titularidade genérica dos direitos individuais que justificam a tutela coletiva leva à formulação de um pedido genérico e, conseqüentemente, à prolação de uma sentença genérica, que vai certificar o direito como tese geral. A titularidade de cada direito individual será determinada em posterior fase de liquidação; as peculiaridades de cada direito serão só nesta última fase tratadas. Até o momento de sua liquidação, os direitos individuais homogêneos são considerados, por ficção, uma unidade indivisível, titularizada pela coletividade das vítimas.

Então.

No caso em análise, cuidava-se de demandas coletivas por meio das quais o substituto processual afirmara direitos individuais homogêneos, vale dizer, direitos de receber quantia em razão da incidência da multa prevista na convenção coletiva. A tese geral afirmada nas demandas foi a de que seriam titulares dos direitos de receber quantia todos aqueles empregados dos demandados que tiveram de laborar nos domingos referidos nas iniciais depois das 13 horas.

2. ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdiccional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 114.

O sindicato autor não afirmou, em nenhum momento, quem seriam os titulares dos direitos individuais homogêneos, tratando-os de forma abstrata e genérica, tal como deve ser nas demandas coletivas.

Ocorre que, no fim das peças iniciais, requereu que fosse o demandado intimado a demonstrar quem seriam os substituídos beneficiados, o que acabou sendo determinado pelo Juízo. Vale dizer: o magistrado determinou que o demandado procedesse à identificação dos titulares dos direitos individuais homogêneos.

Agiu equivocadamente o magistrado.

Não existe a situação jurídica processual passiva do demandado, na demanda coletiva, de proceder à identificação dos titulares dos direitos individuais homogêneos para a liquidação dos direitos sequer ainda certificados. A liquidação dos direitos individuais homogêneos – identificando-se os elementos do *cui debeat* (a quem é devido) e do *quantum debeat* (quanto é devido) – deveria ocorrer após a prolação da sentença genérica, em que cada interessado afirmasse ser titular da situação jurídica individual.

Não existia qualquer obrigação ou ônus do demandado de apresentar tal relação de empregados. Caberia a cada beneficiado proceder posteriormente à liquidação e à execução individual. Se assim não ocorresse, o sindicato poderia, agora sim identificando os titulares individuais, promover a liquidação da sentença coletiva em favor das vítimas individualmente consideradas. Neste caso, não teríamos uma ação coletiva de liquidação, mas, sim, uma ação de liquidação de créditos individuais, ainda que proposta pelo sindicato³.

Poder-se-ia até cogitar, eventualmente, que o sindicato já tivesse afirmado quem seriam os titulares – o que já estaria violando a lógica da demanda e da tutela coletiva. Só não se pode admitir é que o dever de promover essa identificação fosse imputado ao demandado, tal como acabou sendo.

A conduta do demandado não se caracterizou como ilícito processual, nenhuma sanção poderia ter sido a ele imposta. De outra parte, não se tratava de hipótese de confissão, tampouco de admissão, como ainda se verá no presente parecer.

3. DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 6ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, v. 4, p. 396-397; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor comentado*, p. 694; “Ponderações sobre a *fluid recovery* do art. 100 do CDC”. *Processo civil coletivo*. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 462, nota 3. No mesmo sentido, ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 119-120.

A decisão, portanto, violou as normas concernentes à identificação dos titulares dos direitos individuais homogêneos afirmados em demanda coletiva, decorrentes, inclusive, do art. 94, 97 e 98 do CDC, neste caso aplicados subsidiariamente, por serem as normas do microssistema da tutela coletiva que cuidam do assunto. Tal fato pode ser afirmado como causa de pedir de ação rescisória a ser ajuizada em face da decisão mencionada.

2.2. Sentença líquida. Impossibilidade. Violação da norma decorrente do art. 95 do CDC

Como já se disse, na demanda coletiva em que se afirmam direitos individuais homogêneos, por ficção se cria uma situação jurídica coletiva, que amalgama todos os direitos individuais, titularizada pela “coletividade das vítimas”; por isso, trata-se de um direito coletivo, ainda não essencialmente coletivo.

O direito afirmado é coletivo e, por isso, não se confunde com os direitos que poderiam ser afirmados em demandas individuais. O autor da demanda coletiva não deve identificar, na petição inicial, os titulares dos direitos individuais, nem tratar das peculiaridades de cada um. Nesse caso, o fenômeno jurídico substancial (de natureza coletiva) será afirmado como “tese geral” na demanda; assim será composta a sua causa de pedir.

É o pedido de fixação da “tese geral” aplicado a todas as vítimas que será submetido ao contraditório. O demandado deverá impugnar os pressupostos fáticos genericamente afirmados, bem como negar a irradiação dos direitos individuais homogêneos considerados de forma abstrata e indivisível. Não deve o demandado impugnar titularidades e especificidades de cada direito. Isso porque não foi afirmado, ainda, “cada direito” concretamente e isoladamente considerado. O “ônus da impugnação” reflete o “ônus da alegação da parte demandante”. Trata-se de lição elementar.

O fenômeno jurídico assume a veste de afirmação na causa de pedir e, posteriormente, a veste de objeto do contraditório na defesa. Se ele foi afirmado como direito coletivo na demanda, deve ser impugnado como direito coletivo na defesa. O fenômeno jurídico assume, posteriormente, a veste de objeto da cognição e da decisão judicial. Caberá ao magistrado solucionar o problema que lhe foi posto por meio da demanda, qual seja: a existência de um direito coletivo pertencente à coletividade das vítimas – e não a cada uma delas.

Pode-se afirmar que, por meio de qualquer demanda, o autor traz ao Poder Judiciário um problema a ser solucionado ao longo do processo. Demais

disso, ele afirma uma solução que considera a melhor ao caso (a sua hipótese). A hipótese do autor será submetida à crítica efetiva da parte contrária, cujo escopo é justamente refutá-la. Ao final, cabe ao órgão jurisdicional refutá-la ou certificar a existência do direito subjetivo, tal como afirmado na hipótese do autor. Note-se que, nesse caso, a solução perde o seu caráter de conjectura inicial – de mera afirmação – para que, na lógica jurisdicional, seja conhecimento, que comporá, inclusive, o suporte fático da coisa julgada material, já que se terá havido, além de cognição, decisão.

Assim, são várias as vestes assumidas pelo fenômeno jurídico substancial ao longo do processo: afirmação/hipótese, objeto de crítica efetiva, objeto de cognição e conhecimento. A afirmação do fenômeno jurídico como hipótese na demanda vai definir os seus contornos nas demais vestes por ele assumidas. Por isso, os limites da atividade da crítica efetiva, bem como da atuação do órgão jurisdicional vão refletir aqueles da causa de pedir da demanda (fenômeno jurídico como hipótese/afirmação).

Tal lógica também está presente nas demandas coletivas, inclusive naquelas em que se afirmam direitos individuais homogêneos. O fenômeno jurídico substancial é afirmado como direito coletivo, é criticado/impugnado como direito coletivo e, assim, deve ser decidido. A existência de direitos individuais homogêneos será certificada sem que se identifiquem os titulares dos direitos individuais e sem que se atendam às suas exigências particulares. A norma jurídica concreta – contida na decisão – será ainda incompleta, necessariamente. Vale dizer: a decisão será, necessariamente, ilíquida. Diz-se “necessariamente” porque a certificação dos direitos será “como tese geral”, de forma que os seus titulares e o *quantum* que cada um fará jus serão ainda elementos não determinados.

É por isso que o art. 95 do CDC diz que a sentença de procedência na ação coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos será genérica. Serão ainda indefinidos os titulares dos direitos genericamente certificados (*cui debeat* da norma jurídica individualizada).

Nesse sentido é o posicionamento de Luiz Rodrigues Wambier:

Por meio desse pedido, o legitimado leva a juízo, em nome próprio, as pretensões ainda indeterminadas. Verificado o dano global, a sentença fixará a “responsabilidade do réu pelos danos causados” (art. 95 do CDC).

Note-se, portanto, que, considerando que não se demonstrou o dano sofrido por cada uma das pessoas lesadas,

não se tem notícias, ainda, quando da prolação da sentença, de quem são seus beneficiários. Ou, por outras palavras, quando da prolação da sentença condenatória coletiva, a ser executada, posteriormente, por aqueles cuja situação jurídica se amolde ao comando da sentença, não se tem ainda condições de estimar o universo de sua abrangência subjetiva. Quem irá habilitar-se, propondo sua liquidação individual? A qualificação (por exemplo, consumidores de determinado produto) daqueles que, individualmente, terão direito a alguma indenização terá sido feita pela sentença, mas aqueles que propuseram a liquidação terão de se ajustar às condições estabelecidas na decisão judicial.⁴

Demais disso, não será ainda estabelecido o montante da prestação devido a cada titular (*quantum debeat*), se o seu objeto for suscetível de quantificação. Veja-se: a sentença pode estabelecer parâmetros para a quantificação, mas não procederá – ela mesma – à identificação do *quantum debeat*, inclusive porque poderão existir peculiaridades em relação a cada beneficiado.

Luiz Rodrigues Wambier tinha antes o posicionamento no sentido de que seria possível imaginar (ao menos teoricamente) sentenças líquidas ainda quando fossem referentes a direitos individuais homogêneos, de forma que o seu valor pudesse ser apurado por simples cálculo.⁵ É o que se verifica na terceira edição da sua obra “Sentença civil: liquidação e cumprimento.” Na edição mais recente, por sua vez, o autor modificou o seu posicionamento, ao se referir à impossibilidade de sentenças líquidas nos processos coletivos. Veja-se:

De fato, no processo individual essa possibilidade existe e, em casos assim, desnecessária a sua fase de liquidação. No processo coletivo, todavia, especialmente quando de direitos individuais homogêneos se tratar, essa possibilidade inexistente.

Na edição anterior deste trabalho, sustentamos posição em sentido oposto. Maior reflexão todavia nos impede de manter aquela que, hoje, consideramos uma posição absolutamente equivocada. Dizíamos, na edição anterior,

4. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 309.
5. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 3ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 371.

que, inobstante a regra do art. 95 do CDC, nada impediria que, mesmo em se tratando de ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos, houvesse sentença “líquida”, que definisse com precisão o valor devido a cada um dos entes individualmente considerados.

O equívoco dessa afirmação é evidente. É que, nas ações ligadas a direitos individuais homogêneos, os titulares dos direitos reconhecidos na sentença que condena determinado réu ao pagamento de quantia (ou a outra espécie de obrigação) são, até o momento da sentença, desconhecidos. Há um universo de “interessados”, cujas situações individuais se amoldam ao comando da sentença, mas que do processo não fizeram parte, até então, em regra.⁶

Considero correto o novo posicionamento do autor, que se encontra em consonância com tudo o que foi até agora dito neste parecer. A sentença coletiva que certifica direitos individuais homogêneos não poderá, em nenhuma hipótese, ser líquida de logo, porque os seus beneficiários ainda não estarão determinados. Cuida-se de certificação de direito coletivo, não individual. Caberá a cada um, no momento da liquidação, afirmar e comprovar que se amolda no comando da sentença coletiva, bem como afirmar e demonstrar a delimitação do objeto da prestação (inclusive pecuniária) que lhe seria individualmente devida.

Pois bem.

No caso em análise, cuidava-se de demandas em que se afirmavam direitos individuais homogêneos, como já destacado. Não afirmou o sindicato autor quem seriam os titulares individuais de tais situações jurídicas; eles foram tratados coletivamente, como deveria ser – perdão pela redundância – em uma ação coletiva.

Ocorre que, como se não bastasse exigir do demandado que procedesse – na fase de conhecimento – à identificação dos titulares dos direitos sequer ainda certificados, o magistrado, considerando a ocorrência de uma “confissão” jamais existente, proferiu sentença identificando concretamente os beneficiários da tutela. Vale dizer: identificou an própria sentença o *cui debatur* da norma jurídica individualizada.

6. WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença civil: liquidação e cumprimento*. 4ed. Cit, p. 310/311.

O fenômeno jurídico foi afirmado como “tese geral” na demanda, foi impugnado como “tese geral” na defesa, mas *não* foi certificado como “tese geral” na sentença. Sem que qualquer interessado viesse aos autos afirmando-se titular dos direitos ali discutidos, a sentença procedeu à sua determinação. Mas não foi só. Com relação ao ano de 2007, tal determinação ainda foi feita de forma completamente aleatória e fictícia. Determinou-se que seriam titulares de tais direitos todos os empregados da loja, quando tal comando fere a própria lógica do razoável.

Cuidou-se de decisão líquida quanto aos titulares dos direitos, o que não é possível em se tratando de tutela de certificação de direitos individuais homogêneos. Dessa forma, a decisão violou a norma decorrente do art. 95 do CDC, fato apto a ser afirmado como causa de pedir da ação rescisória a ser ajuizada.

Demais disso, cuidou-se de decisão incongruente objetivamente com relação à demanda, já que identificou elementos não afirmados na demanda e, logo, não submetidos ao contraditório. Se a demanda continha a afirmação da “tese geral”, sem que se individualizassem os beneficiados, a sentença ao fazê-lo foi além dos seus elementos objetivos (causa de pedir e pedido). Assim sendo, violou-se também a regra da congruência objetiva da decisão, decorrente, inclusive, dos arts. 128 e 460 do CPC, fato também idôneo a ser afirmado como causa de pedir remota da ação rescisória.

2.3. Inexistência de confissão. Inexistência de admissão.

2.3.1. Generalidades

A confissão e a admissão não se confundem.

Confissão, como se sabe, é meio de prova; é declaração voluntária de ciência de fato contrário ao interesse do confitente e favorável ao adversário. É conduta positiva. É ato jurídico processual em sentido estrito.

A admissão é ausência de impugnação de fato alegado pela parte contrária. Aquele que admite não declara a ciência do fato; simplesmente, deixa de impugná-lo. A admissão é conduta negativa cuja situação fática decorrente é apreendida pelo direito. É, pois, ato-fato jurídico processual.

A admissão (ato-fato jurídico) tem como efeito jurídico a presunção relativa da veracidade do fato não impugnado. Tal efeito é normalmente chamado de “confissão ficta”. Cuida-se de denominação pouco técnica, na medida em que a admissão e o seu efeito não se confundem com a confissão,

que é meio de prova. A presunção da veracidade do fato não impugnado é relativa; inverte-se o ônus da prova, em suas facetas subjetiva e objetiva. Acaso não seja provada a inexistência do fato, aquele que o admitiu suportará a decisão desfavorável. A presunção, portanto, admite prova em contrário, que pode ser produzida, inclusive, pela parte que não impugnou o fato.

A confissão já é meio de prova. Ela dispensa a prova do fato, justamente porque tal fato já foi objeto de prova. Como não mais se admite que nenhuma prova tenha valor absoluto, é possível que, no universo das provas produzidas em determinado processo, a confissão não prepondere. Cuida-se aí de uma questão de valoração de prova. Mas a prova terá sido produzida. E, porque foi produzida, não poderá a parte confitente produzir prova em contrário, em razão da proibição de *venire contra factum proprium*.

A confissão é ato jurídico em sentido estrito; a presunção da veracidade do fato é efeito jurídico. A primeira dispensa a prova do fato porque o fato já foi objeto de prova; a segunda inverte a regra de julgamento do ônus da prova. A confissão impossibilita que a parte produza prova em contrário (preclusão); a presunção admite prova em contrário.

A admissão é o não atendimento da parte demandada do ônus de impugnar os fatos alegados pelo demandante. Só se há de verificar a admissão – e seu efeito de presunção de veracidade –, portanto, com relação aos fatos afirmados pelo demandante para compor a causa de pedir da demanda.

Com efeito, a causa de pedir de uma demanda é composta pela afirmação do fato jurídico – fato ou conjunto de fatos da vida juridicizados pela incidência normativa – e as situações jurídicas ativa e passiva deles decorrentes. Daí se dizer que a causa de pedir é composta pela causa remota (afirmação do fato jurídico) e pela causa próxima (afirmação das situações jurídicas – direitos, deveres, estados de sujeição etc). Não basta afirmar a situação jurídica; deve-se afirmar o fato jurídico que a teria irradiado.

Os fatos jurídicos, como se sabe, são fatos da vida qualificados como jurídicos pela incidência da norma. A norma incide quando configurados todos os seus pressupostos fáticos (que compõem o seu suporte fático concreto). Afir-mar a existência do fato jurídico é afirmar a existência dos seus pressupostos fáticos. A formação do fato jurídico – logo, a existência dos seus pressupostos fáticos – deve ser afirmada como causa de pedir remota da demanda, sob pena de a postulação não restar apta a ser apreciada.

O autor francês Henri Motulski, nesse contexto, refere-se ao “ônus de alegação” (“charge d’allégation”), por ele definido como a necessidade de a parte que afirma a existência de um direito subjetivo alegar todas as circunstâncias de fato correspondentes aos elementos geradores deste direito, sob pena de insucesso da pretensão. O ônus da alegação abrange, em princípio, todos os elementos fáticos exigidos para, conjuntamente, irradiar o direito invocado. As circunstâncias fáticas são aquelas da qual se deduz o nascimento do direito.⁷

Ressalta, ainda, que o ônus da prova (charge de la preuve) é, em verdade, um prolongamento do ônus da alegação, podendo, inclusive, ser desnecessário: se constatada a insuficiência das alegações da parte (em face da ausência de afirmação de todo o material necessário para a irradiação do direito pretendido), não se deverá sequer preocupar com a contestação e com a verificação de “veracidade” destes fatos.⁸

Ainda segundo o autor, as alegações do demandante são “concluants” na medida em que correspondem aos pressupostos fáticos do direito afirmado. Uma vez que estes estejam presentes nas afirmações do postulante, forma-se um “edifício” que deve ser mantido enquanto o seu material parecer firme. Cabe ao demandado romper este “edifício”, vale dizer, negar a existência dos elementos criadores do direito alegados. Poder-se-ia falar, então, no “ônus da contestação” da parte contrária, que seria a faceta reversa do “ônus da alegação”, em razão, inclusive, do princípio da isonomia.⁹

O “ônus da contestação” é a nossa regra da necessidade de impugnação específica, em que não se admite impugnação genérica, devendo o demandado impugnar todos os pressupostos fáticos alegados, com vistas a demolir o “edifício” construído pelo demandante.

A admissão é, justamente, a não observância do “ônus de contestação” de todos e de cada pressuposto fático afirmado pelo autor. O fato não impugnado é fato admitido, que pode ser presumido como verdadeiro. Só se admite fato que tenha sido afirmado como causa de pedir da demanda. Não se há de falar em admissão de fato que não componha a causa de pedir remota da demanda e, logo, que não componha o objeto litigioso (mérito) do processo.

7. MOTULSKI, Henri. *Principes d’une réalisation du droit privé: la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*. cit, p. 88.

8. MOTULSKI, Henri. *Principes d’une réalisation du droit privé: la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*. cit, p. 88.

9. MOTULSKI, Henri. *Principes d’une réalisation du droit privé: la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*. cit, p. 119/120.

2.3.2. *O caso*

No caso em tela, o juiz determinou que o demandado trouxesse aos autos relação dos empregados que teriam trabalhado nos domingos referidos nos anos de 2007 e 2008, sob pena de “confissão”. Ainda que se admitisse que seria obrigação do demandado trazer tais afirmações, bem assim que ele não teria cumprido a determinação judicial, não se teria verificado confissão, tampouco admissão.

Não se tratou de declaração voluntária de ciência de fato, não foi conduta positiva, não foi confissão. E nem se diga que a confissão, no caso, seria semelhante à ficção jurídica prevista no art. 343 do CPC, segundo o qual, em caso de não comparecimento para o depoimento pessoal ou recusa de depor, se considerará ocorrida confissão. Cuida-se aí de verdadeira ficção jurídica: embora saiba que a confissão não ocorreu, o legislador considera o ato jurídico (confissão) como ocorrido.

Nem mesmo a confissão ficta se confunde com a admissão. No primeiro caso, o legislador considera ocorrida a prova sobre o fato, em razão do comportamento omissivo da parte durante a instrução processual. No segundo, em razão da não impugnação do fato (em sua defesa), o fato é presumido como verdadeiro, admitindo-se, ainda, prova em contrário.

A admissão não é uma ficção jurídica; é conduta negativa cuja situação decorrente é apreendida pelo direito. É ato-fato jurídico. O seu efeito é o da presunção da veracidade do fato, liberando a parte contrária do ônus da prova (que é então invertido). Não se considera existente, nesta hipótese, o ato jurídico da confissão.

Não se tratou, no caso concreto, de confissão ficta.

As ficções legais são técnicas legislativas por meio das quais o legislador visa que se irradiem as consequências de um dado suporte fático também quando verificado suporte fático diverso. Assim as definem Karl Larenz:

As ficções legais têm normalmente como finalidade a aplicação de regra dada para um dado para uma previsão normativa típica (P1) a outra previsão normativa típica (P2). Deste modo, não são senão remissões encobertas. Em vez de ordenar: as consequências jurídicas de P1 vigoram também para P2, a lei finge que P2 é um caso de P1. Como a lei não contém enunciados sobre factos mas ordenações de vigência, o legislador não afirma que P2 é na realidade igual a P1, ou que é um caso de P1, mas

preceitua que para P2 valem as mesmas consequências jurídicas que para P1. Para conseguir este objectivo, dispõe que P2 deve ser considerado por quem aplica a lei “como se” fosse um caso de P1.¹⁰

As ficções jurídicas (legais) são, pois, em regra proposições remissivas: atribui-se a fato diverso as consequências jurídicas previstas para outro suporte fático antecedente. É o que ocorre com a confissão ficta. O fato jurídico (ato jurídico) da confissão é, em regra, correspondente à conduta positiva de declaração voluntária de ciência de fato desfavorável ao emitente. A esta hipótese fática a lei atribui as consequências jurídicas que lhe são típicas, como (i) abdicação do direito de produzir prova contrária, (ii) liberação da parte contrária de provar o fato.

Ocorre que o legislador considerou que o não comparecimento e/ou a recusa da parte para depor seriam situações fáticas às quais deveriam ser aplicadas as mesmas consequências da situação típica da confissão. A conduta positiva de declaração de ciência de fato é a previsão normativa P1 à qual Karl Larenz se refere; o não comparecimento e/ou a recusa de depor, a previsão P2. O legislador preceituou que, para P2, valem as consequências de P1 (ordenações de vigência). Para tanto, vale-se da ficção jurídica: dispõe que P2 deve ser considerado “como se fosse” P1.

Frise-se: as ficções jurídicas (legais) são técnicas legislativas; cabe ao legislador ordenar a vigência de dada consequência jurídica a situação fática que, em princípio, não lhe seria correspondente.

Inexiste, no regime jurídico de direito processual, quer civil, quer trabalhista, qualquer previsão de que se atribuam as consequências da confissão a suposta ausência de indicação dos titulares de eventuais direitos individuais homogêneos afirmados como causa de pedir pelo substituto processual em uma demanda coletiva. Não poderia se tratar de confissão ficta, sob pena de estar diante de uma ficção não legal, criada pelo magistrado.

Mas não é só. A conduta supostamente devida pelo demandado – diz-se supostamente porque, como se viu, não era obrigação do demandado apresentar tal relação – sequer se relacionava a questão de fato. Explique-se.

10. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad.: José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 367.

A confissão é declaração de ciência de fato. A declaração tem como objeto fato contrário ao emitente (elemento objetivo do ato). Não se pode pensar em confissão que não de fato. Não há, por exemplo, confissão da existência de direito. O reconhecimento da existência do direito afirmado é ato de reconhecimento da procedência do pedido.

Também a confissão ficta é meio de prova de fato. Porque a parte não procedeu ao depoimento pessoal (meio de prova que tem como escopo, inclusive, a obtenção de confissão da parte), considera-se ocorrida a confissão com relação aos fatos afirmados na demanda.

O juiz determinou, no caso presente, que a parte demandada apresentasse relação dos empregados que teriam trabalhado nos domingos referidos nas peças iniciais. Determinou, pois, que o demandado indicasse os titulares dos direitos afirmados na demanda coletiva. Não se trata de fato, evidentemente. Cuida-se de titularidades de situações jurídicas, em relação às quais, obviamente, não se pode falar em confissão.

As situações jurídicas ativas foram afirmadas genericamente pelo sindicato autor, já que se tratava de demanda coletiva. A individualização dos seus titulares deveria ser feita em posterior fase de liquidação. Não se poderia impor ao demandado fazê-lo. Ainda assim e eventualmente, tal conduta aproximar-se-ia mais do reconhecimento da procedência do pedido (reconhecimento da procedência do pedido de liquidações ainda inexistentes), mas nunca poderia ser considerada confissão. Seria como se todos os empregados da loja se tivessem afirmado titulares dos direitos individuais homogêneos e que tais titularidades, na fase de liquidação, tivessem sido reconhecidas pelo demandado. Ocorre que não se pode aceitar, por ficção, um reconhecimento da procedência do pedido, em qualquer fase do processo, provocado e ficto. Tal conduta é negócio jurídico e, como tal, depende da exteriorização espontânea de vontade da parte.

Também porque não tinha como objeto qualquer fato, a ausência da conduta do demandado não se tratou de admissão. Só se admitem fatos. Não se há de falar em admissão de situação jurídica (ou sua titularidade). Assim como a confissão, a admissão não conduz necessariamente à vitória no processo, justamente porque não se trata de reconhecimento de existência do direito afirmado.

Demais disso, ainda que de fato se tratasse, este não teria sido afirmado pelo sindicato demandante na peça inicial. Não há admissão se o fato não foi afirmado pelo autor. Como visto, a admissão é a inobservância do ônus de impugnação dos fatos afirmados na causa de pedir da demanda.

A titularidade dos direitos homogêneos afirmados – ainda que absurdamente fosse considerada fato – não foi afirmada pelo sindicato autor, que, vale dizer, em nenhum momento afirma que “todos os empregados da loja trabalharam durante todos os domingos de 2007 referidos nas demandas”. Fato não alegado não pode ser fato admitido. Tal fato – se fato fosse –, inclusive, seria objetivamente impossível. Ainda que tivesse sido afirmado pelo autor e não impugnado pelo demandado, a consequência da presunção de veracidade não prevaleceria em face do desproporcionalidade manifesta da alegação.

Em síntese, não se tratava de hipótese de confissão, de forma que restou violada a norma decorrente do art. 348 do CPC. Não se tratava nem mesmo de hipótese de confissão ficta, restando violada a norma decorrente do art. 343, §2º, do CPC. Tais violações são fatos idôneos a serem alegados como causa de pedir da rescisória.

Ainda que se considerasse que a decisão impugnada, em verdade, se referia à admissão, e não à confissão, inexistente também o mencionado ato-fato jurídico processual. Dessa forma, caso seja esta a interpretação dada ao pronunciamento judicial, *violaram-se as normas decorrentes do art. 302 e 304, III, do CPC, o que pode ser fundamento do pedido na demanda rescisória.*

2.2. O atendimento substancial à determinação judicial. A ineficácia de eventual confissão. O afastamento da presunção de veracidade de eventual admissão

Ainda que fosse possível determinar que o demandado procedesse à identificação dos titulares dos direitos individuais homogêneos, tal determinação judicial teria sido atendida pelo consulente.

Com efeito, o demandado trouxe aos autos a relação dos empregados que laboraram nos domingos de 2008, bem como documentos concernentes ao ano de 2007, inclusive os cartões de ponto dos trabalhadores. A própria sentença faz menção a tais documentos, como se depreende do seguinte excerto:

A demandada apresentou diversos documentos (uma caixa) desnecessários ao deslinde da questão, conforme certidão à fl. 911, eis que se tratam de recibos salariais, folhas de ponto e contracheques de todos os seus empregados, onde os mesmos lhe serão devolvidos, evitando-se tumulto processual, quando deveria apenas listar os empregados que laboraram nos domingos mencionados [...]

Não se discute que o demandado trouxe aos autos as folhas de ponto de todos os empregados da loja, documentos a partir dos quais era possível identificar aqueles que teriam laborado nos domingos mencionados. O demandado, portanto, cumpriu a determinação de apresentar os documentos que se encontravam sob o seu poder, a partir dos quais fosse possível identificar os titulares dos direitos afirmados.

Não se poderia exigir que o demandado identificasse os titulares dos direitos afirmados. Não se poderia exigir, muito menos, que, além de trazer aos autos os documentos em seu poder para que tal identificação fosse feita, procedesse, ele mesmo, à sua análise. Existentes, nos autos, as folhas de ponto, cada beneficiado poderia demonstrar a sua legitimação para liquidar e executar a sentença individualmente. Até o próprio sindicato autor estaria apto a, eventualmente, identificar os titulares dos direitos afirmados. Até o juízo, se fosse o caso – e não era, sob pena de violação do princípio da demanda, poderia proceder à identificação dos empregados que laboraram nos mencionados domingos.

O demandado, portanto, cumpriu substancialmente a determinação judicial: trouxe aos autos os documentos a partir dos quais era possível identificar os titulares dos direitos. Exigir que tal atendimento tivesse *forma* de relação/lista é fazer prevalecer a forma em face da substância, o que, certamente, não é o escopo do processo. A forma é instrumento para alcance da finalidade, e esta foi, no caso em análise, alcançada.

O adimplemento substancial de um dever é fato que impede a adoção de sanções. Trata-se de aplicação do princípio da boa-fé, no caso aplicado ao direito processual. No caso, foi violado o princípio da boa-fé, em razão do adimplemento substancial mencionado.

Convém tecer rápidas considerações sobre a teoria do adimplemento substancial.

Um dos efeitos do princípio da boa-fé é limitar o exercício das situações jurídicas ativas. A vedação ao abuso do direito é uma dessas consequências.

Há diversas modalidades de exercício inadmissível de situações jurídicas. Fala-se, por exemplo, em *venire contra factum proprium*, *tu quoque*, *supressio* etc.

Uma aplicação da vedação ao abuso do direito é exatamente a chamada *teoria do adimplemento substancial*, “estabelecida por Lord Mansfield em 1779, no caso

Boone v. Eyre, isto é, em certos casos, se o contrato já foi adimplido substancialmente, não se permite a resolução, com a perda do que foi realizado pelo devedor, mas atribui-se um direito de indenização ao credor”¹¹.

Assim, o direito potestativo à resolução do negócio não pode ser exercido em qualquer hipótese de inadimplemento. Se o inadimplemento for mínimo (ou seja, se o déficit de adimplemento for insignificante, a ponto de considerar-se *substancialmente* adimplida a prestação), o direito à resolução converte-se em outra situação jurídica ativa (direito à indenização, p. ex.), de modo a garantir a permanência do negócio jurídico.

Mas não apenas a resolução do negócio pode ser impedida pela aplicação dessa teoria (repita-se: derivada da aplicação do princípio da boa-fê)¹². Pode-se, por exemplo, cogitar da extinção da *exceção substancial de contrato não cumprido*¹³ (outra situação jurídica ativa): a parte não poderia negar-se a cumprir a sua prestação, se a contraprestação tiver sido *substancialmente adimplida*.

Embora sem utilizar essa terminologia, MENEZES CORDEIRO demonstra que o *desequilíbrio no exercício jurídico* que se revela pela desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem é uma das espécies de exercício inadmissível de situações jurídicas ativas¹⁴. Segundo o autor, trata-se do mais “promissor” subtipo de exercício em *desequilíbrio* de posições jurídicas, que se verifica em situações como o “desencadear de poderes-sanção por faltas insignifi-

11. SILVA, Clóvis do Couto e. “O princípio da boa-fê no Direito brasileiro e português”. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Vera Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 55.
12. SCHREIBER, Anderson. “A boa-fê e o adimplemento substancial”. *Direito Contratual – temas atuais*. Giselda Maria Hironaka e Flávio Tartuce (coord.). São Paulo: Ed. Método, 2007, p. 141.
13. ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português – conceito e fundamento*. Coimbra: Almedina, 1986, p. 123-127; MORENO, María Cruz. *La ‘exceptio non adimpleti contractus’*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004, p. 75; BECKER, Anelise. “A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, 1993, v. 09, p. 60 e 65; BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 104-106. Assim, também, STJ, 4ª T., REsp n. 656.103/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 12.12.2006, publicado no DJ de 26.02.2007, p. 595.
14. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fê no direito civil*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001, p. 857-860

cantes, a actuação de direitos com lesão intolerável de outras pessoas e o exercício jussubjectivo sem consideração por situações especiais”¹⁵. Os exemplos de exercício de poder-sanção por falta insignificante mencionados pelo autor são exatamente o da *exceção de contrato não cumprido* e o da resolução do negócio por uma falha sem relevo de nota na prestação da contraparte¹⁶.

Todo esse repertório é aplicado ao direito processual (art. 14, II, CPC).

Dessa forma, porque atendida a determinação judicial, nenhuma consequência haveria de ser imputada ao demandado, muito menos ser considerada existente uma “confissão” jamais existente.

Ainda que confissão tivesse ocorrido – e não houve –, como se sabe, a confissão não impede a apreciação do magistrado *in concreto* do conjunto probatório. Não se trata de meio de prova pleno e absoluto. Dessa forma, após a análise dos documentos acostados aos autos, não poderia o magistrado chegar à conclusão de que todos os empregados da loja laboraram nos domingos do ano de 2007, de forma que a suposta confissão não teria prevalecido.

Não poderia o magistrado simplesmente considerar que se tratava de documentos desnecessários ao deslinde do feito, inclusive porque tais documentos continham as informações para a identificação dos titulares dos direitos, tal como substancialmente por ele determinado. Não poderia – muito menos –, após determinar o desentranhamento de tais documentos, afirmar que tais informações não se encontravam nos autos e, por isso, considerar existente a tal “confissão”. *Cuidou-se, inclusive, de comportamento contraditório do órgão jurisdicional, violando, assim, a boa-fé objetiva processual (decorrente do art. 14, II, do CPC).*

Do mesmo modo, ainda que considerada existente eventual admissão, esta teria como efeito a presunção relativa de veracidade de fato (se de fato se tratasse), presunção que seria afastada em face do conteúdo da prova documental produzida nos autos.

Em síntese, o órgão jurisdicional violou o princípio da instrumentalidade das formas, ao desconsiderar o atendimento substancial da determinação judicial. Demais disso, como se disse, o seu comportamento foi contraditório,

15. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 857.

16. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, cit., p. 858.

violando-se também o princípio da boa-fé processual, decorrente do art. 14, II, do CPC.

Além disso, violou-se a regra da motivação das decisões judiciais, já que o magistrado deixou de fundamentar a razão de, no caso concreto, suposta confissão ter prevalecido em face da prova documental produzida, sequer apreciada pelo magistrado. De igual modo, também não deveria ter prevalecido eventual presunção de veracidade decorrente de eventual admissão, em razão dos documentos trazidos aos autos. Assim, violou-se o princípio do contraditório e seu decorrente direito à prova.

Tais fatos são também aptos a compor a causa de pedir da demanda rescisória.

3. CONCLUSÃO

Por tudo quanto foi exposto, conclui-se que:

- (i) Não caberia ao demandado proceder à identificação dos titulares dos direitos individuais homogêneos. Dessa forma, a decisão violou as normas concernentes os art. 94, 97 e 98 do CDC.
- (ii) Não poderia também a decisão ter procedido à tal identificação; deveria ter sido proferida sentença ilíquida quanto aos titulares dos direitos. Assim, violou-se a norma decorrente do art. 95 do CDC, bem assim a regra da congruência objetiva da decisão (arts. 128 e 460 do CPC).
- (iii) Não se tratava de hipótese de confissão, nem mesmo de confissão ficta, de forma que restaram violadas as normas decorrentes do art. 348 e 343, parágrafo segundo, do CPC.
- (iv) Ainda que se considerasse que a decisão impugnada, em verdade, se referia à admissão, inexistente também o mencionado ato-fato jurídico processual. Dessa forma, violaram-se as normas decorrentes do art. 302 e 304, III, do CPC.
- (v) Houve o atendimento substancial da determinação judicial, restando violado o princípio da instrumentalidade das formas e o princípio da boa-fé processual.
- (vi) O comportamento do órgão jurisdicional foi contraditório, restando violado o princípio da boa-fé processual.

(vii) Considerando o conjunto probatório dos autos, os efeitos de eventual confissão ou eventual admissão não prevaleceriam, violando-se, inclusive, a regra da motivação das decisões judiciais.

(viii) A violação das mencionadas normas pode ser afirmada como causa de pedir remota da ação rescisória, em face da incidência do art. 485, V, do CPC.

É o parecer.

Cidade do Salvador, em 24 de novembro de 2011.

XI

Conexão por afinidade. Reunião dos processos. Questão decidida. Preclusão. Boa-fé processual. Impossibilidade de desmembramento. Decisão materialmente não fundamentada. Inobservância da regra da congruência objetiva.

Sumário: 1. Síntese da causa: 1.1. Uma necessária contextualização; 1.2. O objeto do processo tombado sob o n. XXXXXX; 1.3. O objeto do processo tombado sob o n. XXXXXX; 1.4. O objeto do processo tombado sob o n. XXXXXX; 1.5. Do prosseguimento dos feitos em processo simultâneo - 2. As questões do parecer - 3. Problemas relacionados à conexão: 3.1. Considerações gerais sobre a conexão; 3.2. O caso - 4. Problema relacionado à sentença proferida nos autos n. 95.00.09981-0: 4.1. Síntese do que ocorreu neste caso; 4.2. O vício na fundamentação da sentença; 4.3. A inobservância da regra da congruência objetiva - 5. Conclusão.

1. SÍNTESE DA CAUSA

1.1. Uma necessária contextualização

Na década de 70 do século passado, com o aumento do preço do petróleo, a balança comercial entre o Brasil e o Iraque, então nosso maior fornecedor do produto, sofreu sérios impactos. Isso que levou o governo brasileiro a adotar uma política de priorizar a exportação de bens e serviços a esse país, de modo a reencontrar o equilíbrio nas relações comerciais. Neste contexto histórico, a M. foi chamada, em 1977, a ingressar no Iraque para a atuação na área de construção.

No início da década de 80, entretanto, a então relação comercial e diplomática entre os dois países foi afetada por conta da guerra entre o Iraque e o Irã, de forma que o Iraque passou a descumprir as suas obrigações em face do Brasil e em face da M.

Em 1983, a M. pleiteou em face do Estado do Iraque indenização por força dos danos verificados na execução de obras causados pela guerra com o Irã. Em maio de 1984, foi celebrado acordo estabelecendo os valores e a forma de pagamento da indenização devida à M. Ocorre que não apenas o Iraque não cumpriu o acordo, como os danos suportados pela M. aumentaram.

Em assim sendo, houve agravamento da situação financeira da M. junto a instituições financeiras brasileiras, o que acabou por ensejar a paralisação das obras no Iraque.

O Estado brasileiro adotou, assim, política de auxílio à M., no sentido de minorar os impactos sofridos com a atuação no Iraque. Foi, então, que o Banco do Brasil celebrou contrato de cessão (28.07.1989) com a empresa brasileira, tornando-se titular dos créditos existentes em face do Iraque. Em contrapartida, o Banco do Brasil, como agente do governo, assumiu dívidas da M. junto a instituições financeiras nacionais.

Demais disso, foram tomadas medidas de recomposição para a estabilidade financeira da M., dentre as quais a realização, pelo Banco do Brasil, de consolidação e repactuação das dívidas da M. (Operação baseada na Resolução 63, resumida na carta de 31.01.90 dirigida ao Banco Central).

A resolução 63 do BACEN, atualmente revogada, facultava instituições financeiras autorizadas a operar em câmbio a contratação de empréstimos externos para que fossem repassados a sociedades empresárias brasileiras (mutuários finais).

Foi assim que o Banco do Brasil, na qualidade de agente do governo, emprestou recursos financeiros (com base na resolução 63 do BACEN) a diversos bancos com a finalidade específica de que fossem repassados à M. para adimplir anteriores dívidas vencidas da empresa junto aos mesmos bancos e, por conseguinte, prosseguissem as obras no Iraque.

1.2. O objeto do processo tombado sob o n. XXXXXX

O Banco XXXX ajuizou ação declaratória em face do Banco do Brasil S.A., tendo denunciado a lide à M., afirmando, em face desta, direito de regresso acaso julgado improcedente o pedido principal.

Afirmou que, em 23.01.1990, o Banco autor celebrou com o Banco do Brasil (réu) contrato de “Repasse de crédito externo”, com fundamento na resolução 63/67, no valor de dez milhões de dólares americanos, mediante o pagamento de juros anuais de 1,5% ao réu. Aduziu o autor, ainda, que, no dia seguinte, celebrou com a M., denunciada, “Repasse de empréstimo externo”, repassando-lhe integralmente o valor mutuado, mediante o pagamento dos mesmos juros e cobrando-lhe a comissão de repasse.

Sustentou que, com o contrato de cessão por meio do qual o Banco do Brasil tornou-se titular dos créditos da M. em face do governo Iraquiano, o Banco do Brasil (réu) assumiu a obrigação de pagar as dívidas da M. decorrentes da Resolução 63, dentre as quais aquelas decorrentes do contrato celebrado com o autor.

Afirmou o autor que, mediante o contrato de repasse celebrado com a M., houve transferência da titularidade de sua anterior situação jurídica contratual em face do Banco do Brasil, aduzindo que não houve, pelo autor, a assunção de qualquer risco, sendo-lhe apenas devido o repasse do valor do mútuo.

De outra parte, caso assim não se entendesse, por força do contrato de cessão dos créditos em face do Iraque, teria ocorrido a confusão, já que as dívidas da M. foram assumidas pelo Banco do Brasil, que, por sua vez, era titular dos créditos decorrentes da operação 63, repassada ao autor e a outros bancos.

Em último caso, eventualmente, ter-se-ia verificado a novação subjetiva.

Por tudo quanto exposto, pede o autor a declaração de inexistência de suas obrigações decorrentes do contrato de repasse de empréstimo externo celebrado com o réu. Eventualmente, requer seja declarada inexigível eventual dívida existente.

A M., como denunciada, requereu que fossem também em relação a ela declaradas inexistentes eventuais obrigações em face do autor e em face do réu decorrentes do contrato de repasse anteriormente celebrado.

A mencionada ação foi distribuída para a 1ª Vara Cível de Brasília/DF.

1.3. O objeto do processo tombado sob o n. XXXXXX

A M. e outros ajuizaram ação declaratória em face do Banco do Brasil e do Banco YYYY, afirmando, desde logo, conexão com o processo acima referido, já que ambos teriam como objeto, em suas palavras, “o mesmo empréstimo financeiro – operação 63 específica – destinada à M. – concedida pelo Banco do Brasil, por decisão de Governo, repassando através de diversas instituições financeiras, entre elas, o Banco XXXX e o Banco YYYY”, para que a autora pudesse dar prosseguimento às obras no Iraque. Requereram, assim, a distribuição por dependência para processamento simultâneo.

Aduziram os autores que o Banco do Brasil, na qualidade de agente do Governo, emprestou recursos financeiros oriundos da Operação 63 a diversos bancos, inclusive o Banco réu, com a finalidade específica de que tais recursos fossem repassados à M. para ensejar a resolução de seus problemas de liquidez e o prosseguimento das obras no Iraque. De outra parte, afirmaram que todos os seus créditos em face do Iraque foram transmitidos ao Banco do Brasil por meio do contrato de cessão datado de 28.07.1989.

Assim, sustentaram que “sendo o Réu – Banco do Brasil S.A. cessionário dos créditos da Autora – M. e sendo esta devedora do Réu – Banco YYYY e do Réu Banco do Brasil S.A., este tornou-se credor e devedor do Réu – YYYY., operando-se então a confusão”.

Afirmaram, ainda, que a finalidade da cessão de créditos celebrada com o Banco do Brasil era a progressiva compensação com os débitos junto ao mesmo banco.

Em assim sendo, requereram, ao final, fosse declarada a inexistência de qualquer dívida decorrente da Operação 63 ajustada entre os autores e as instituições financeiras demandadas.

1.4. O objeto do processo tombado sob o n. XXXXXX

A M. e outros ajuizaram também ação declaratória em face do Banco do Brasil S.A. e do Banco ZZZZ, requerendo também a declaração de inexistência de dívidas decorrentes das Operações 63 celebradas com os demandados, tendo afirmado fundamentos semelhantes àqueles da demanda anterior. Requereu também a distribuição por dependência à demanda ajuizada pelo Banco XXXX.

1.5. Do prosseguimento dos feitos em processo simultâneo

Os pedidos de distribuição por dependência formulados no bojo das demandas foram acolhidos para que, por força da conexão, fossem as demandas processadas e julgadas conjuntamente.

O Banco do Brasil, então, promoveu denúncia da lide em face da União nas três demandas, razão por que o Juízo estadual determinou o encaminhamento dos autos à Justiça Federal, tendo sido distribuídos à 20ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Ocorre que, neste Juízo, as demandas foram processadas e julgadas separadamente.

No processo envolvendo o Banco XXXX, houve sentença julgando improcedente o pedido declaratório de inexistência de dívida, bem assim o pedido eventual de declaração de inexigibilidade, por considerar que o contrato de cessão celebrado entre o Banco do Brasil e a M. teve, como contraprestação, a transferência das dívidas anteriores à sua celebração, o que não abrangeria as dívidas decorrentes do contrato de repasse celebrado com o autor (que lhe foi posterior). De outra parte, entretanto, julgou-se procedente o pedido

formulado na denúncia da lide para certificar o direito de regresso da do Banco XXXX em face da M. Na fundamentação da mencionada sentença, constam trechos que não se relacionam com o processo em que proferida.

Na ação envolvendo o Banco YYYY, houve pronunciamento judicial saneador que rejeitou a questão preliminar de ilegitimidade passiva do Banco do Brasil, bem assim a de incompetência, já que não teria sido oposta exceção de incompetência. Foi também rejeitada a questão de carência de ação levantada pelo Banco YYYY, bem como as de ilegitimidade da União e, logo, de incompetência absoluta do Juízo.

Demais disso, deferiu-se o pedido de perícia contábil e de prova testemunhal. Após a perícia, sobreveio sentença aos autos julgando improcedentes os pedidos formulados na demanda, porque não se teria verificado a confusão, notadamente considerando que a operação 63 foi posterior ao contrato de cessão.

Na terceira demanda, envolvendo o Banco ZZZZ, houve também pronunciamento interlocutório que rejeitou as questões preliminares de ilegitimidade passiva das instituições financeiras. Além disso, deferiu-se pedido de produção de prova pericial e de prova testemunhal.

Sobreveio sentença nos autos julgando improcedentes os pedidos, por força de fundamentos semelhantes àqueles afirmados nas demais sentenças.

A M. apelou, então, das três sentenças, tendo sido os autos, em segunda instância, novamente reunidos para processamento simultâneo.

2. AS QUESTÕES DO PARECER

Diante deste cenário fático, foram-me submetidas as seguintes questões:

- (i) A reunião das ações conexas, no caso exposto, era obrigatória ou facultativa?
- (ii) Efetivada a reunião, poderia o juiz determinar discricionariamente o desdobramento das ações conexas? O desdobramento das ações dependia de fundamentação específica, sob pena de nulidade?
- (iii) Cuida-se de vício da decisão a adoção de fundamentos referentes a outro processo, diverso do processo em que proferida a decisão?

É o que se passa a responder.

3. PROBLEMAS RELACIONADOS À CONEXÃO

3.1. Considerações gerais sobre a conexão

Conexão é uma relação de semelhança entre demandas considerada pelo direito positivo como apta para a produção de determinados efeitos processuais. A conexão pressupõe demandas *distintas*, mas que mantêm entre si algum nível de vínculo.

Trata-se de conceito *jurídico-positivo*, construído a partir da observação de uma determinada ordem jurídica, a quem cabe estabelecer qual o tipo de vínculo considerado como relevante e quais são os seus efeitos jurídicos. Não há um conceito universal (lógico-jurídico) de conexão.

A conexão é fato jurídico processual que, em regra, produz o efeito jurídico de determinar a *modificação da competência relativa*, de modo a que um único juízo tenha competência para processar e julgar todas as causas conexas.

A conexão, para fim de modificação de competência, tem por objetivo promover a economia processual (já que são semelhantes, é bem possível que a atividade processual de uma causa sirva a outra) e evitar a prolação de decisões contraditórias. A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito principal e desejado, exatamente porque atende muito bem às funções da conexão.

A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito jurídico típico da conexão.

O art. 105 do CPC diz que o juiz *pode* reunir os processos em se tratando de ações conexas.

Na verdade, se houver conexão, aliada ao risco de decisões contraditórias e a possibilidade de reunião¹, o magistrado *deve* reunir os processos, pois se trata de norma processual cogente.

A conexão é fato que atribui ao órgão jurisdicional prevento uma competência absoluta. Não é por outra razão que esse fato pode ser conhecido de ofício pelo órgão jurisdicional.

1. É possível que a conexão produza outro efeito jurídico. Imagine-se o caso de causas conexas que tramitam em juízos com competências materiais distintas ou que tramitem sob procedimentos distintos. Nesse caso, não será possível a reunião dos processos, quer porque haveria alteração de competência absoluta (que se não admite no direito brasileiro), quer porque as causas não poderiam ser reunidas para tramitar sob procedimentos diversos. A conexão, então, fará com que uma das causas fique suspensa, à espera da decisão da outra, de modo a evitar que sejam proferidas decisões contraditórias. Se não for possível a reunião, a conexão pode gerar a suspensão de um dos processos, portanto.

Conforme disse, o conceito de conexão de *jurídico-positivo*.

O legislador brasileiro optou por conceituar *conexão* no artigo 103 do CPC: “Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”.

Há consenso, na doutrina e na jurisprudência, de que as hipóteses de conexão previstas no art. 103 são mínimas². O art. 103 consagra apenas *exemplos* de conexão. Trata-se de ponto, realmente, pacífico.

Basta referir a alguns casos de conexão que foram reconhecidos pelos tribunais, a despeito de não se encaixarem nos estritos termos do art. 103 do CPC: a) ação de execução fiscal e ação anulatória de auto de infração (STJ, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. em 03.02.2004, publicado no DJ de 25.02.2004, p. 101); b) ação de alimentos aforada pelo filho menor contra o seu pai e a ação de guarda e busca e apreensão promovida por este contra a mãe daquele que objetive a sua guarda (STJ, 2ª S., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 09.09.1998, publicado no DJ de 23.11.1998); c) ação de despejo e de execução do respectivo contrato (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 656.277/RJ, rel. Min. Celso Limongi, j. em 18.05.2010, publicado no J de 07.06.2010).

O conceito de conexão é, pois, concretizado paulatinamente pela jurisprudência, com apoio na doutrina.

Exatamente por isso, tenho defendido, há alguns anos, aquilo que designei como *conexão por afinidade*³. A afinidade entre demandas leva a que as consideremos como conexas. Há afinidade entre duas causas quando houver entre elas questões de fato e/ou de direito comuns, nos exatos termos do inciso IV do art. 46 do CPC. A afinidade torna o processo simultâneo das causas um imperativo da economia processual e da igualdade (sujeitos de direito em situações semelhantes merecem tratamento idêntico). O regramento dos recursos repetitivos (arts. 543-B e 543-C, CPC) confirma a tese de que causas afins são conexas, e, pois, merecem um tratamento uniforme.

2. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A conexão de causas como pressuposto da reconvenção*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 125-126; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 1, p. 465; OLIVEIRA NETO, Olavo. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994, p. 62; ARAGÃO, Egas Dirceu. “Conexão e tríplice identidade”. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: AJURIS, 1983, n. 28, p. 79; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 1, p. 255-256; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: RT, 2007, p. 120 e segs; SILVA, Edward Carlyle. *Conexão de causas*. São Paulo: RT, 2006, p. 82-83.
3. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, v. 1, p. 171.

Essas são as informações gerais indispensáveis à apresentação da resposta aos questionamentos formulados.

3.2. O caso

Há conexão neste caso.

Dois são os argumentos.

- a) Em *primeiro* lugar, a existência de conexão entre as demandas mencionadas é questão já suscitada e decidida.

O pedido de distribuição por dependência, formulado na petição inicial das duas demandas posteriores, foi acolhido e as causas, reunidas. Não houve recurso.

Questão decidida e não recorrida é questão que se torna indiscutível pela preclusão (art. 473 do CPC).

A propósito, convém reafirmar o que disse alhures⁴: a decisão de *qualquer* questão (questões processuais, questões de mérito, questões relativas a interesse disponível, questão de ordem pública etc.) tem aptidão para tornar-se indiscutível em razão da preclusão.

Ao aceitar a distribuição por dependência, o órgão jurisdicional acolheu o requerimento, decidindo a questão. Como não houve recurso, preclusão.

Como se não bastasse a preclusão que decorreu da não interposição do recurso, o transcurso do tempo, **mais de quinze anos**, é fato jurídico processual que produz o efeito de estabilizar a solução das questões, tornando insuscetível discutir temas já decididos.

A observação não é ociosa.

Mesmo que fosse possível a *revisão* de questão já decidida, quando se trata de tema relativo a competência, posicionamento com o qual não concordo, o tempo transcorrido após a decisão gerou em todos os sujeitos processuais a expectativa legítima (confiança) de que a solução da questão era aquela. Essa confiança merece proteção jurídica. O silêncio de todos os sujeitos processuais em torno do assunto implicou, assim, a perda de qualquer situação jurídica

4. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, v. 1, p. 551-557.

processual (direito da parte ou competência do juízo) que pudesse levar à revisão daquilo que foi decidido. Pode-se, tranquilamente, dizer que houve *supressio* do poder de rever a solução da questão (a existência de conexão). A *supressio* é a perda de uma situação jurídica de vantagem, pelo *não* exercício em lapso de tempo tal que gere no sujeito passivo a expectativa legítima de que a situação jurídica não seria mais exercida⁵; o exercício tardio seria contrário à boa-fé⁶ e abusivo. A *supressio* é efeito jurídico cujo fato jurídico correspondente tem como pressupostos o não exercício de uma situação jurídica ativa e a confiança surgida nos demais sujeitos envolvidos. É corolário do princípio da boa-fé processual (art. 14, II, CPC)⁷.

Há conexão, portanto, seja porque se trata de questão decidida e não impugnada oportunamente por recurso, seja porque, a partir da incidência do princípio da boa-fé processual, houve *supressio* do poder de rediscuti-la.

- b) Em *segundo* lugar, independentemente do que já se decidiu, há, realmente, conexão entre as causas. Ao aceitar a distribuição por dependência das demandas posteriores, o órgão jurisdicional *não* incorreu em *error in iudicando*.

Explica-se.

A afinidade entre as causas é, como visto, hipótese de conexão. Não há necessidade de repetir o que já se disse.

Todas as causas originam-se da Resolução n. 63 do Banco Central. As demandas versam sobre negócios jurídicos celebrados com base neste instrumento normativo.

Não foi por acaso que o órgão jurisdicional aceitou a distribuição por dependência das demandas subsequentes àquela ajuizada pelo Banco XXXX. A identidade das questões de direito (afinal, é o mesmo regramento normativo

-
5. “la giustificata aspettativa che il diritto stesso non sarebbe più stato fatto valere”. (RANIERI, Filippo. *Rinuncia tacita e Verwirkung*. Padova: CEDAM, 1971, p. 1.)
 6. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001, p. 797.
 7. BAUMGÄRTEL, Gottfried. “Treu und Glauben im Zivilprozess”. *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1973, n. 86, Heft 3, p. 355; ZEISS, Walter. *El dolo procesal: aporte a le precisacion teorica de una prohibicion del dolo en el proceso de cognicion civilistico*. Tomas A. Banzhaf (trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, *passim*; HESS, Burkhard. “Abuse of procedure in Germany and Austria”. *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Michele Taruffo (coord). Haia/Londres/Boston: Kluwer Law International, 1999, p. 153-154; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, v. 1, p. 70.

que regula os negócios) e a semelhança dos termos dos instrumentos negociais levaram ao reconhecimento da existência de um vínculo de conexão entre as causas.

Conexão essa que impôs a reunião dos feitos para processamento simultâneo, de modo a garantir uma condução mais austera do processo, em homenagem à economia processual, e a evitar decisões contraditórias. A contradição poderia surgir em três situações: a) decisões dão interpretação diversa ao mesmo regramento jurídico (no caso, ao arcabouço normativo que autoriza as mencionadas operações de crédito); b) decisões conferem efeitos jurídicos diversos a um mesmo fato (no caso, uma decisão poderia conferir ao contrato de cessão de crédito, celebrado em 1989, o dever de o Banco do Brasil assumir as dívidas futuras da Mendes Júnior decorrentes da Operação 63, enquanto tal efeito não fosse conferido pela decisão proferida em outro processo); c) decisões atribuem ao acervo probatório valor diverso: um juiz considera provado determinado fato que outro juiz entendeu inexistente (p. ex: a destinação específica dos recursos emprestados, resolução dos problemas de liquidez para ensejar o prosseguimento de obras no Iraque, poderia ser reconhecida em um processo e, em outro, não).

A afinidade foi, inclusive, reconhecida na sentença que julgou a primeira causa: “A questão debatida nos autos é a mesma já apreciada nas ações nº XXXXX e XXXXX, ou seja, que o Banco do Brasil e a União assumiram a obrigação de pagar quaisquer dívidas da M., em especial, o empréstimo denominado Operação 63, porque o governo brasileiro tinha interesses em resolver os "problemas de liquidez" da M. e fornecer-lhe o capital de giro”.

Como se não bastasse tudo isso, a conexão foi reafirmada em *tribunal*. O Des. João Batista Moreira, em 20.10.2009, reconhecendo a conexão entre as três causas mencionadas, determinou o apensamento da apelação interposta pelo Banco XXXX às demais apelações, que estavam sob a relatoria do Des. Daniel Paes Ribeiro, que é o prevento.

Há conexão entre as causas, enfim.

Reconhecida a conexão, a reunião das causas se impunha, como se impôs, a ponto de ser determinada.

O efeito jurídico típico da conexão é cogente e só não será observado se a reunião das causas implicasse alteração de competência absoluta, o que não foi o caso.

E mais.

Não poderia o órgão jurisdicional “desconectar” as demandas, tirando-as do mesmo trilho procedimental. A conexão implica reunião das ações, que *devem* tramitar em um mesmo procedimento, exatamente para que as suas funções, economia processual e harmonia dos julgamentos, possam ser cumpridas. A norma processual que regula a conexão é *cogente*; seus efeitos são, portanto, indisponíveis. Como se viu acima, a conexão: *a) implica* competência absoluta do juízo prevento; *b) deve* ser determinada *ex officio*; *c) pode* ser alegada por qualquer das partes, como preliminar da petição inicial ou da contestação ou, até mesmo, por petição simples. Trata-se de questão que se submete, como se vê, ao regime jurídico das questões de ordem pública.

É certo que a conexão por afinidade permite o desmembramento do litisconsórcio, nos termos do art. 46, parágrafo único, CPC⁸. Seria possível conceber uma aplicação analógica desse enunciado normativo ao caso em análise.

Sucedem que os pressupostos de aplicação desse dispositivo não se observam nesse caso: *a) a conexão aqui não gerou um litisconsórcio multitudinário; b) não houve decisão judicial que reconhecesse o comprometimento da “rápida solução do litígio” ou da “defesa”, como prescreve o mencionado texto normativo. A aplicação desse dispositivo, convém frisar, pressupõe decisão judicial, que não existiu.*

A decisão judicial, se houvesse, deveria demonstrar as razões pelas quais a decisão anterior que reconheceu a conexão deveria ser revogada, certamente em razão de *facta supervenientes*, além de demonstrar o preenchimento dos pressupostos do parágrafo único do art. 46 do CPC, aqui aplicado por analogia. Somente com essa fundamentação específica é que seria possível cogitar, em tese, de uma revisão do assunto. Em suma: mesmo que se admita como lícito esse desmembramento, somente por decisão ele poderia ser determinado⁹.

Mas esse é um argumento meramente eventual.

É que, conforme defendido neste parecer, a existência de conexão e a necessidade de produção dos seus efeitos são temas que se tornaram indiscutíveis pela preclusão temporal ou em razão da *supressio*. Não poderiam ser reexaminados, salvo por fato superveniente, que não ocorreu.

8. Parágrafo único do art. 46 do CPC: “O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão”.

9. Nessa mesma linha de raciocínio, na doutrina, SILVA, Edward Carlyle. *Conexão de causas*. São Paulo: RT, 2006, p. 208-211.

Conclui-se, portanto, que a existência da conexão por afinidade impõe, nesse caso, o processamento simultâneo das causas, sem possibilidade de seu desmembramento, salvo por fato superveniente, que não ocorreu.

O desmembramento das causas, indevido conforme bem percebeu o Des. João Batista, que determinou novamente a reunião das causas na fase recursal, implica invalidade da sentença, proferida em nítido *error in procedendo*.

4. PROBLEMA RELACIONADO À SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS N. 95.00.09981-0

4.1. Síntese do que ocorreu neste caso

Como se viu, a demanda ajuizada pelo Banco XXXX tem como objeto o pedido de declaração de inexistência das obrigações decorrentes do contrato de mútuo celebrado com o Banco do Brasil com a finalidade de que a quantia fosse repassada à consulente, então denunciada. Sustentou o banco autor a inexistência da situação jurídica à luz de três fundamentos fáticos eventuais: **(i)** com o contrato de repasse celebrado com a construtora, ter-se-ia verificada a cessão das situações jurídicas decorrentes do primeiro contrato; **(ii)** por força do contrato de cessão celebrado em 1989, o Banco do Brasil teria assumido as obrigações da M., inclusive aquelas decorrentes do contrato de repasse referido, verificando-se a confusão; **(iii)** em último caso, ter-se-ia verificado a novação subjetiva.

Demais disso, por força da denúncia da lide, requereu-se que, uma vez não sendo acolhido o pedido principal, fosse então certificado o direito de regresso do banco autor em face da M., tendo como fundamento fático o contrato de repasse celebrado.

A M., como denunciada, requereu fossem também em relação a ela declaradas inexistentes eventuais obrigações em face do autor e em face do réu decorrentes do contrato de repasse anteriormente celebrado, afirmando que teria ocorrido a confusão no caso em tela.

Este foi o objeto da demanda em comento, composto pelos seus pedidos e suas causas de pedir correspondentes. Aos seus limites, estava adstrita a atuação do órgão jurisdicional.

Ocorre que sobreveio sentença aos autos no sentido de que **(i)** o Banco do Brasil, por força do contrato de cessão de créditos, teria assumido as dívidas da M. então existentes, o que não seria o caso das obrigações decorrentes do contrato de repasse decorrente da operação 63; **(ii)** não há nada de concreto

vinculando o contrato de cessão ao contrato de repasse; **(iii)** inexistiu conduta do governo brasileiro que justificasse qualquer obrigação de recompor eventual prejuízo da M., que não estivesse abrangido no contrato de cessão; **(iv)** seria falacioso o argumento de que era “interesse nacional” a saúde financeira da M. Tais fundamentos, deve-se frisar, foram os mesmos aduzidos, inclusive com as mesmas palavras, na sentença do processo envolvendo o Banco YYYY.

Após trazer os mencionados fundamentos, entretanto, o magistrado começou a se referir à prova pericial produzida em outro processo, vale dizer, naquele envolvendo o Banco YYYY, *cujo julgamento (vale também dizer) não se verificou simultaneamente.*

É de destacar-se que o magistrado não fez referência à mencionada perícia por tê-la tomado como prova emprestada. Não pretendeu o Juízo atribuir eficácia à prova produzida em procedimento em que o Banco XXXX, inclusive, não foi parte, ressaltando-se que se julgaram improcedentes os pedidos nesta demanda (ajuizada pelo Banco XXXX) formulados.

Em verdade, a referência ao laudo pericial do outro processo é evidência de que parte da sentença é cópia idêntica de parte da sentença da demanda envolvendo o Banco YYYY. Cuida-se, a partir da fl. 1537 dos autos do processo envolvendo o Banco XXXX, de transcrição da sentença do processo envolvendo o Banco YYYY, a partir da fl. 1142 destes últimos autos. A partir do ponto “XII. Repasse externo – operação no. 63”, trata-se de idêntica redação, sem que sequer fossem alterados os nomes das partes envolvidas.

Tanto foi que o Banco do Brasil S.A. opôs embargos de declaração em face da mencionada sentença aduzindo que lá se encontravam dados de outra demanda e requerendo que fossem retificados. Houve, então, decisão acolhendo tais embargos para retificar o nome da instituição financeira, bem assim o valor do contrato de repasse. Vale dizer: retificaram-se os nomes “dos Réus/Autores/valores” dos contratos nas páginas 22,23 e 30. Tudo além, na redação, restou inalterado e idêntico à redação da outra sentença.

A sentença está, porém, viciada, porque o órgão jurisdicional deixou de cumprir **(a)** o seu dever de fundamentação e **(b)** o seu dever de estar adstrito aos limites objetivos da demanda.

4.2. O vício na fundamentação da sentença

A demanda é fato jurídico do qual decorre, dentre outros efeitos, a relação jurídica estruturada, de um lado, pelo direito da parte a uma decisão sobre a

questão principal posta (situação jurídica ativa) e, do outro, o dever do órgão jurisdicional de decidir (situação jurídica passiva). Tais situações jurídicas só se irradiam após ajuizada a demanda, ato jurídico do qual decorrem, mas são extensão da faceta material do direito incondicional e abstrato de ação, cuja existência precede a demanda.

Como afirma CANOTILHO, da arqueologia da fórmula do *due process*, decorre o direito de acesso aos tribunais, como **(i)** um direito de defesa ante os tribunais e contra atos dos poderes públicos e **(ii)** o direito de uma proteção do particular por meio do órgão jurisdicional para que seus direitos sejam protegidos contra violação de terceiros (direito de proteção jurisdicional e respectivo dever da prestação jurisdicional pelo Estado).¹⁰

Também o direito de acesso aos Tribunais teria como dever correspectivo mínimo o dever de o Estado assegurar a abertura da via judiciária, o que seria corolário lógico do **(i)** monopólio da coação legítima por parte do Estado e da vedação, em regra, da autotutela e **(ii)** do dever de manutenção da paz pública naquele território.¹¹

Mas não é só. Do direito de acesso aos tribunais decorre o direito ao processo (equitativo) e o direito à prestação jurisdicional. Assim afirma CANOTILHO:

O direito de acesso aos tribunais implica o **direito ao processo** entendendo-se que este postula um direito a uma decisão final incidente sobre o fundo da causa sempre que se hajam cumprido e observado os requisitos processuais da acção ou do recurso. Por outras palavras: no direito de acesso aos tribunais inclui-se o **direito de obter uma decisão fundada no direito**, embora dependente da observância de certos requisitos ou pressupostos processuais legalmente consagrados. Por isso, a efectivação de um direito ao processo *não* equivale necessariamente a uma decisão favorável; basta uma *decisão fundada no direito* quer seja favorável quer desfavorável às pretensões deduzidas em juízo.¹²(grifos originais)

Como se vê, o direito abstrato de ação, o dever de prestação jurisdicional e o direito a um processo devido estão umbilicalmente relacionados.

10. CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Portugal: Almedina, p. 496.

11. CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Cit, p. 497.

12. CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Cit, p. 498.

O dever de decidir, entretanto, é um dever qualificado. Não basta que exista uma decisão; esta decisão deve ser fundamentada. O dever de decidir é qualificado pelo dever de fundamentar, que decorre, por sua vez, da incidência do art. 93, IX, da Constituição Federal. A inobservância do dever de fundamentar é deficiência do suporte fático da decisão judicial (fato jurídico), que tem como sanção a ser aplicada a sua invalidade.

A exigência da motivação justifica-se como meio de legitimação das decisões judiciais.

A legitimidade do convencimento judicial não está na ausência de valores, inclusive porque a própria construção do fenômeno jurídico na decisão pressupõe valoração. A objetividade da atividade jurisdicional não se equivalet à objetividade do sujeito julgador.

De outra parte, o convencimento judicial – já se sabe – está fundado na ideia de “verdade possível”, dada a impossibilidade material de alcance da “verdade real”. Vale dizer: não se pretende, na atuação jurisdicional, revelar uma verdade absoluta pré-existente. A atividade jurisdicional é constitutiva e normalmente está fundamentada em um juízo de verossimilhança, com base nos elementos de convencimento submetidos ao diálogo processual.

Dessa forma, pode-se dizer que objetividade da atuação jurisdicional está, isto sim, na sua crítica efetiva. A ideia de crítica efetiva é proposta por Karl Popper para legitimar e objetivar o conhecimento. A objetividade do conhecimento, na visão do autor, não está na neutralidade do sujeito cognoscente, mas, sim, na crítica efetiva e permanente que caracteriza o método da pesquisa à qual está submetido o conhecimento. Não se trata apenas de crítica formal. A crítica há de ser efetiva; a solução experimental deve ser criticada para que seja refutada. Não se poderia criticá-la apenas para confirmá-la.¹³

A crítica efetiva que legitima a decisão verifica-se em três momentos: *(i)* ela é resultado do exercício do contraditório que antecede o julgamento, razão por que a decisão está adstrita aos limites daquilo que foi submetido ao diálogo entre os sujeitos processuais; *(ii)* em um segundo momento, ela caracteriza-se como a fundamentação da decisão no próprio ato jurisdicional; *(iii)* por fim, tem-se, ainda, em regra, a possibilidade de crítica da decisão prolatada.

Interessa-nos, aqui, a crítica efetiva como fundamentação da decisão. É por meio da fundamentação que o magistrado demonstra o vínculo lógico

13. POPPER, Karl. *A lógica das ciências sociais*. MARTINS, Estevão Resende (trad.). 3 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 22 e segs.

entre a conclusão do dispositivo e as premissas dialogadas no processo. Nesse sentido, pode-se falar que a fundamentação tem dupla função: *(i)* função endoprocessual, porque permite às partes conhecer as razões do convencimento do magistrado para, se for o caso, possibilitar a sua impugnação (crítica efetiva no terceiro momento) e *(ii)* função extraprocessual, já que possibilita o controle da legitimidade da decisão judicial por via difusa pela democracia participativa. A motivação, portanto, legitima a decisão, quer em face daqueles que compõem a relação jurídica processual, quer em face da coletividade¹⁴.

Pois bem.

No caso em análise, o magistrado, em sua decisão, transcreveu a fundamentação da decisão prolatada em outro processo. Inicialmente, nem mesmo os dados da demanda foram modificados; em seguida, com a oposição dos embargos de declaração, alteraram-se os nomes das partes e o valor do contrato de repasse. Tudo além restou inalterado, inclusive a referência à prova pericial nunca produzida no processo tendo como parte o Banco XXXX.

A fundamentação “colada” na decisão não foi, substancialmente, a fundamentação daquela decisão. A exigência de fundamentação não é apenas formal, mas, sim, material. O órgão jurisdicional deve justificar a sua conclusão à luz das alegações das partes e dos elementos de provas produzidos naquela relação processual. Só assim estará sendo atendida a faceta substancial do direito das partes a uma efetiva prestação jurisdicional. Fundamentação materialmente deficiente/inexistente é ausência de fundamentação.

Foi o que ocorreu no caso presente. Não puderam as partes conhecer o vínculo lógico dedutivo da conclusão do convencimento do magistrado com as premissas dialogadas naqueles autos, mesmo porque as premissas tidas na fundamentação formal da decisão fazem referência aos elementos do outro processo. Dessa forma, violou-se também o princípio do contraditório.

Frustrada, portanto, restou a função endoprocessual da exigência da motivação. De outro lado, também não foi atendida a função extraprocessual da motivação, já que não se faz possível o controle da decisão pela coletividade.

A decisão em tela é, substancialmente, uma decisão não fundamentada e, portanto, carece de validade.

14. Sobre a divisão, TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 400 e segs.

Disto isto, em face do vício de fundamentação da decisão, há o direito potestativo de que ela seja invalidada, sanção que decorre, inclusive, da incidência direta e clara do art. 93, IX, da Constituição Federal.

4.3. A inobservância da regra da congruência objetiva

A decisão judicial é um ato jurídico processual, submetendo-se, portanto, aos planos de existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos em geral. Nesse contexto, a congruência é requisito de validade de toda decisão judicial, manifestando-se em dois aspectos: externamente, a decisão deve ser congruente aos elementos da demanda, quer objetivos (causa de pedir e pedido), quer subjetivo (partes); internamente, deve revestir-se dos atributos da certeza, clareza, coerência e liquidez.

Vale dizer, o pronunciamento decisório não apenas se deve mostrar congruente em si mesmo (regra da congruência interna), como deve estar correlacionado aos limites da demanda proposta, delineados, objetivamente, pela causa *petendi* e pelo pedido e, subjetivamente, pelos sujeitos envolvidos no processo (regra da congruência externa).

O exercício da jurisdição é condicionado à provocação do legitimado para defender direito próprio ou alheio, razão pela qual a prestação jurisdicional deve ser correlata ao conteúdo da demanda. A demanda, portanto, projeta os limites da atuação do órgão jurisdicional. A abrangência do dever de decidir decorre, pois, da exteriorização de vontade das partes.

De outra parte, a congruência externa da decisão é exigência decorrente do direito ao contraditório (art. 5º, LV, da CF). Considerando que as partes têm o direito de manifestar-se sobre tudo aquilo que pode interferir no conteúdo da decisão, o magistrado deve ater-se ao que foi demandado e, logo, submetido ao diálogo processual.

Evidenciam-se, portanto, as diversas vestes às quais se submete o situação jurídica litigiosa: ela é afirmação na causa de pedir da demanda, é objeto de crítica no exercício do contraditório e é conhecimento na decisão judicial. A legitimidade do conhecimento decorre, como visto, da sequência efetiva das vestes assumidas pelo objeto litigioso ao final tido como existente ou inexistente. Por isso, a decisão deve respeitar os limites objetivos do diálogo processual.

Amparado nessas premissas, o legislador pátrio, dando substância à regra da congruência, estabeleceu expressamente os contornos da atividade a ser

desempenhada pelo juiz, que não poderá julgar fora, além ou aquém do que foi submetido à sua apreciação. É o que se depreende dos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil.

Estes dispositivos legais delimitam objetivamente a atividade do magistrado que **(i)** deve se pronunciar sobre todos os pleitos realizados no processo, não podendo ir além deles e **(ii)** deve se pautar nos fundamentos suscitados pelo demandante (causa de pedir remota – fato jurídico – e causa de pedir próxima – relação jurídica dele decorrente) e nos fundamentos de defesa. Tem-se aí a faceta objetiva da regra da congruência externa.

Há inobservância da regra da congruência objetiva quando a decisão leva em consideração fundamentos *não suscitados* por qualquer das partes e, logo, não submetidos ao contraditório, em lugar daqueles que limitaram o limite da atuação do órgão jurisdicional.

Foi o que ocorreu no caso em análise.

Não apenas houve inobservância do dever de fundamentar, como também do dever do órgão jurisdicional de estar adstrito aos limites objetivos da demanda. Cuida-se de deveres correlatos que qualificam o dever de decidir. O órgão jurisdicional deve decidir de forma fundamentada e com observância aos limites do pedido e dos fundamentos da demanda e da defesa.

O juiz, no caso presente, ao copiar a fundamentação de uma outra decisão, prolatada para a solução de outra demanda, obviamente levou em consideração os fundamentos fáticos alhures afirmados. Vale destacar: apreciaram-se fundamentos fáticos diversos daqueles afirmados na demanda e submetidos ao contraditório. A decisão não respeitou a sequência de vestes que deve assumir a situação jurídica litigiosa.

Evidencia-se, assim, também este *error in procedendo* da decisão, impondo-se também por isso a sua invalidação.

5. CONCLUSÃO

Por tudo quanto foi exposto, conclui-se:

- (i)** No caso, a identidade das questões de direito e a semelhança dos termos dos instrumentos negociais levaram ao reconhecimento da existência de um vínculo de conexidade entre as causas.
- (ii)** A conexão entre as causas foi questão decidida, não impugnada e atingida pela preclusão, razão por que não poderia ser mais revisitada.

- (iii) Demais disso, o transcurso do tempo gerou nas partes a expectativa legítima de que era justa a solução dessa questão, de forma que houve *supsessio* quanto a eventual poder de rediscuti-la.
- (iv) Reconhecida a conexão, a reunião das causas se impunha, como se impôs, a ponto de ser determinada. Cuida-se de efeito cogente da conexão que só não se verificará se a reunião não for possível, o que não era o caso dos autos.
- (v) Não poderia o órgão jurisdicional “desconectar” as demandas, tirando-as do mesmo trilho procedimental, considerando a não incidência do art. 46, parágrafo único, do CPC e a inexistência de fato superveniente. A decisão deve, então, ser invalidada, por *error in procedendo*.
- (vi) A sentença que julgou a demanda ajuizada pelo Banco XXXX é uma decisão materialmente não fundamentada, que, além disso, extrapolou os limites objetivos da demanda. O vício da fundamentação e a inobservância da regra da congruência objetiva são erros de procedimento dos quais decorrem o direito de invalidação da decisão.

É o parecer.

Cidade do Salvador, Bahia, em 26 de julho de 2011.

XII

Exercício tardio de situações jurídicas ativas. O comportamento silencioso. O silêncio como declaração tácita de vontade. Renúncia tácita. A imagem do não exercício decorrente do silêncio. Situação de confiança. Princípio da boa-fé. *Supressio*.¹

Sumário: 1. Síntese da causa – 2. Primeiras considerações – 3. Primeiro momento: análise do caso sob o aspecto da vontade exteriorizada pelo titular do direito (afirmado): 3.1. O negócio jurídico na teoria do fato jurídico; 3.2. As formas de exteriorização da vontade como elemento fático dos atos jurídicos em sentido amplo (dentre os quais os negócios jurídicos); 3.3. O silêncio como exteriorização de vontade, pressuposto fático de negócios jurídicos; 3.4. O caso sob consulta. Configuração da renúncia tácita. Comportamento negocial concludente – 4. Segundo momento: análise do caso sob o enfoque da situação da confiança da consultante: 4.1. A incidência do princípio da boa-fé nas relações contratuais; 4.2. O caso sob consulta. A *supressio*. A situação de confiança da consultante – 5. Conclusão.

1. SÍNTESE DA CAUSA

Trata-se de ação ordinária ajuizada por XXXX contra a consultante por meio da qual se requer **(i)** seja certificada obrigação de pagar quantia no valor de R\$102.775,56 (cento e dois mil setecentos e setenta e cinco mil e cinquenta e seis centavos), a título indenizatório, haja vista suposta ocorrência de danos decorrentes da ruptura desmotivada e unilateral de relação contratual de transporte de mercadorias; **(ii)** seja certificada a obrigação de pagar quantia no valor de R\$689.109,68 (seiscentos e oitenta e nove mil cento e nove reais e sessenta e oito centavos), decorrente do inadimplemento de obrigação estipulada no contrato; **(iii)** seja certificada a obrigação de pagar a quantia de R\$492.447,05 (quatrocentos e noventa e dois mil quatrocentos e quarenta e sete reais e cinco centavos), em razão da incidência de juros moratórios por força do inadimplemento contratual; **(iv)** seja certificada a obrigação de pagar a quantia de R\$ 3.557.984,99 (três milhões quinhentos e cinquenta e sete mil novecentos e oitenta e quatro reais e noventa e nove centavos), como indenização pelos lucros cessantes em razão da ruptura contratual.

1. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. Exercício tardio de situações jurídicas ativas: o silêncio como fato jurídico extintivo.. Revista Brasileira de Direito Processual (Impresso), v. 71, p. 189-216, 2010.

Alegou a autora que, em 01.09.1984, as partes (em verdade, as suas antecessoras) celebraram contrato de transporte de mercadorias, por meio do qual as concordaram que os transportes das mercadorias vendidas pela ré seriam feitos pela autora, que, por sua vez, assumia o risco de eventual perecimento da coisa durante o transporte, mediante a contraprestação correspondente a 0,25% sobre o valor das mercadorias transportadas no mês. Vale dizer: o preço do transporte seria pago pelo cliente, que, por sua vez, poderia exigir que o transporte fosse feito por outrem.

Sustentou que, em 1993, a ré não permitiu mais que a autora realizasse o transporte das mercadorias, deixando de informá-la do cronograma de carregamento. Em face da ruptura contratual, alegara que sofrera danos emergentes e lucros cessantes. Demais disso, alegara que a contratante deixou de efetuar o pagamento correspondente a 0,25% da mercadoria mensalmente transportada, conforme houvera sido pactuado.

Em sua defesa, a demandada alegou **(i)** a ocorrência da prescrição, por força da incidência do art. 178, §10, III, do Código Civil de 1916, que previa o prazo prescricional de 05(cinco) anos quanto à exigibilidade de direito de receber juros ou qualquer outras prestações acessórias pagáveis anualmente ou em períodos mais curtos, o que, segundo a demandada, se verificaria no caso do autos; **(ii)** a ocorrência da prescrição por conta da incidência do art. 178, §6º, II, do Código Civil antigo, segundo o qual o prazo prescricional para seja exercida a pretensão material concernente a direitos decorrentes de contrato de seguro era de um ano; **(iii)** em razão da ausência de previsão quanto à possibilidade ou não de rescisão contratual, a ré informou à autora o seu interesse em extinguir a relação contratual; **(iv)** existia um negócio não formalizado por meio do qual se acordara que a ré iria incluir o equivalente a 0,25% na mercadoria a ser transportada.

Veio sentença aos autos julgando antecipadamente os pedidos, nada obstante o requerimento de produção de provas, por considerar que **(i)** “a alegação de quitação não pode ser comprovada oralmente”, no que concerne ao pedido de certificação de pagar quantia em razão do inadimplemento contratual; **(ii)** a demandada afirmou genericamente a ausência de dano por força da ruptura contratual, deixando, inclusive, de aduzir os motivos do rompimento; **(iii)** a verificação da extensão dos danos poderia ser feita quando a sentença fosse liquidada.

Considerou, ainda, a não ocorrência da prescrição no caso dos autos, já que não incidira o art. 178, § 10, III, do então Código Civil, já que a obrigação

descrita no contrato se trata de obrigação autônoma, e não acessória. Ademais, tratar-se-ia de suporte fático concreto do art. 177 do revogado CC. De outra parte, não incidiria no caso o art. 138, §6, III, do CC-16, pois não seria contrato de seguro.

Na sentença, afirmou-se que restaram incontroversos nos autos: **(i)** a existência do contrato – válido e eficaz; **(ii)** a obrigação de pagar os 0,25% do valor da mercadoria transportada; **(iii)** a exclusividade do transporte; **(iv)** a ruptura contratual não motivada.

Em sua fundamentação, a sentença considerou a ruptura contratual um ato abusivo e, pois, ilícito, já que a contratante o fez por meio de uma forma abrupta, sem aviso prévio e sem o consentimento da outra parte. Dessa forma, certificou-se o direito de a autora ser indenizada pelo rompimento contratual pelos danos materiais sofridos (danos emergentes e lucros cessantes).

No que concerne à alegação do inadimplemento contratual e o consequente pedido de receber a quantia correspondente, considerou-se que a demandada deixou de alegar o pagamento nos termos estabelecidos no contrato, e, ainda, que a tese de que o 0,25 % era acrescido na carga transportada (em natura) é inidônea para afastar a responsabilidade da ré. Dessa forma, certificou-se o direito de receber quantia concernente a 0,25% do valor das mercadorias transportadas de 01.09.1984 a 30.05.1993.

Foi interposto recurso de apelação, alegando cerceamento de defesa, em face do julgamento antecipado dos pedidos, razão por que se requereu o provimento do apelo para decretar a nulidade da sentença. Demais disso, que fosse, eventualmente, provido o recurso para, reformando a sentença, julgar improcedentes os pedidos formulados na peça vestibular. Por fim, e ainda em caráter eventual, que fosse provido o recurso para que, reformando a sentença parcialmente, a correção monetária incidisse após a propositura da ação e os juros, a partir da citação.

Negou-se provimento ao recurso, sob os seguintes fundamentos: **(i)** houve ruptura unilateral e injustificada do contrato; **(ii)** não se sustenta a tese de que o percentual de 0,25 % deveria ser entregue em mercadoria; **(iii)** não houve prova de pagamento, que só poderia ser comprovado documentalmente; **(iv)** não se verificara a prescrição, no caso dos autos; **(v)** configurado o fato jurídico da responsabilidade civil, há o dever de indenizar pelos lucros cessantes, a serem apurados em posterior liquidação.

Foram opostos embargos de declaração pela demandada/apelante, acolhidos parcialmente apenas para expressamente ultrapassar o argumento de ilegitimidade ativa.

Foi, então, interposto recurso especial, tendo como causa de pedir violação a literal disposição de lei, quais sejam, **(i)** violação aos arts. 3º, 295, II, e 371, I, do CPC, haja vista que a autora não é a titular do direito afirmado e certificado; **(ii)** violação aos arts. 178, §10, III, e 178, §6, II, do Código Civil de 1916, os quais teriam incidido no caso em tela, **(iii)** violação aos arts. 138 e 205 do Código Comercial antes vigente, já que o termo para a incidência de juros e correção monetária seria a data do recebimento da notificação judicial. Demais disso, o recurso especial teve como causa de pedir a existência de dissídio jurisprudencial (art. 105, III, c, CF88) no que concerne à solução atribuída a casos de pedido de certificação de direito de receber quantia decorrente de prestação de serviços documentada em notas fiscais emitidas por terceiros.

Foi também interposto recurso extraordinário, tendo como causa de pedir a violação ao art. 5º, LV, da Constituição Federal.

O recurso especial foi parcialmente admitido no juízo *a quo*, apenas no que concerne à violação aos arts. 178, §6º, II, e §10º, III, do CC-16. O recurso extraordinário não foi admitido.

2. PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

Consulta-nos acerca da existência atual das situações jurídicas ativas (afirmadas pela autora) de receber as quantias equivalentes a 0,25% do valor das mercadorias por elas transportadas de setembro de 1984 a maio de 1993, por força da cláusula quarta do instrumento contratual de fls. 31-32 dos autos.

É o que se passa a analisar.

A análise, por sua vez, será feita sob dois enfoques diversos, mas não necessariamente excludentes entre si.

Em um primeiro momento, verificar-se-á se o comportamento omissivo da transportadora pode ser caracterizado como uma declaração tácita de vontade elemento de uma renúncia.

Em um segundo momento, analisar-se-á se, independentemente da vontade da transportadora, ter-se-ia configurada situação de confiança da consulente idônea a justificar a incidência do princípio da boa-fé.

3. PRIMEIRO MOMENTO: ANÁLISE DO CASO SOB O ASPECTO DA VONTADE EXTERIORIZADA PELO TITULAR DO DIREITO (AFIRMADO)

3.1. O negócio jurídico na teoria do fato jurídico

O mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos, que são os fatos da vida qualificados (como jurídicos), por força da incidência da norma jurídica. O fenômeno de juridicização ocorre quando se verifica a suficiência do suporte fático concreto, vale dizer, quando os fatos da vida são correspondentes (para que se possa fazer jus à concepção de “sistema móvel”, preferimos, aqui, utilizar a expressão “correspondentes”, e não “coincidentes”) aos pressupostos previstos abstratamente na hipótese normativa (suporte fático abstrato da norma).

Sobre o fenômeno da juridicização, é célebre a metáfora utilizada por PONTES DE MIRANDA: “para que os fatos da vida sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os “jurídicos””². E mais adiante: “ocorridos certos fatos-conteúdo, ou suportes fáticos, que têm de ser regrados, a regra jurídica incide. A sua incidência é como a da plancha da máquina de impressão, deixando a sua imagem colorida em cada folha”³.

Como se vê, as noções de fato (da vida), suporte fático e fato jurídico não são coincidentes.

Os fatos (da vida) pertencem ao mundo (dos fatos) e, para que ingressem no mundo jurídico, é preciso que sejam qualificados (como jurídicos) pela incidência normativa. Veja-se: todo fato jurídico é também fato da vida (o contrário não é correto afirmar), razão por que o mundo jurídico está contido no mundo da vida.

A expressão “suporte fático” reflete, em seu significado, duas facetas: **(i)** suporte fático hipotético ou abstrato, que é a hipótese fática prevista na norma jurídica; **(ii)** suporte fático concreto, caracterizado pela configuração, no mundo dos fatos, dos elementos previstos abstratamente⁴. O suporte fático abstrato é um conceito do mundo dos pensamentos, na medida em que é elemento das

2. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 1, p. 6.
3. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de direito privado*, t. 1, cit., p. 11.
4. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 39.

proposições jurídicas, mas não coincide com o fato jurídico, sendo-lhe, inclusive, prévio no fenômeno jurídico.

O suporte fático concreto é um conceito do mundo dos fatos⁵, mas não corresponde ao conceito de fatos (da vida). Como afirma MARCOS BERNARDES DE MELLO, “entre o fato (real), ou seja, o fato em si mesmo, e o suporte fático há o elemento valorativo, que os qualifica diferentemente”⁶.

Esta diferença também é realçada por KARL LARENZ, ao distinguir as noções de “situação de fato em bruto” e “situação de fato definitiva” (o enunciado fático). Na premissa menor do silogismo da determinação da consequência jurídica (“S é um caso de P”), “S” não seria a situação de fato bruto (e note-se que também esta seria resultado de alguma interpretação), mas, sim, um enunciado fático construído pelo intérprete, a partir das possíveis proposições jurídicas aplicáveis no caso.⁷

Veja-se: a valoração não está apenas no substrato fático abstrato (realizada pelo legislador), mas na construção do substrato fático concreto, que seria decorrente de um julgamento (valorativo) dos fatos. Não se interpretam apenas os textos normativos (para que se “reconstruam” as normas), mas também os fatos, para que se construam os respectivos enunciados fáticos (substratos fáticos concretos), à luz do caso particular, e para que se verifique a sua correspondência com a hipótese abstratamente prevista. Isso porque os fatos são também devem ser vertidos em linguagem, logo seus signos devem ser interpretados para que se “construam” os seus significados.

Pois bem.

Os fatos jurídicos (em sentido lato) podem ser classificados em razão do elemento cerne (nuclear) do suporte fático, assim entendido como o aquele “que determina a configuração final do suporte fático e fixa, no tempo, a sua concreção”⁸. Os elementos nucleares do suporte fático influem diretamente na existência do fato jurídico.

Nesta classificação, há os atos jurídicos em sentido lato, aqueles cujo suporte fático tenha como elemento nuclear a exteriorização consciente da vontade humana. O ato jurídico em sentido lato é gênero do qual são espécies o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico.

5. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 38.

6. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 63.

7. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 391 e segs.

8. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 49.

Em se tratando de ato jurídico em sentido estrito, a vontade humana (exteriorizada) é elemento do suporte fático, mas ela não atua quanto aos efeitos decorrentes do ato jurídico (vale dizer, não atua quanto ao plano de eficácia do ato, mas apenas quanto ao seu plano de existência). Cuida-se de efeitos pré-estabelecidos pela norma, efeitos necessários. Praticamente inexistente possibilidade de escolha da categoria jurídica.

Em se tratando de negócios jurídicos, a vontade é elemento relevante quanto à existência e quanto à eficácia do ato jurídico. Nas palavras de MARCOS BERNARDES DE MELLO:

[...] o direito não recebe a vontade manifestada somente como elemento nuclear do suporte fático da categoria que for escolhida pelas pessoas, mas lhe reconhece, dentro de certos parâmetros o poder de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam a conteúdo eficaz das relações jurídicas que nascem do ato jurídico.⁹

Como se viu, os negócios jurídicos (como atos jurídicos em sentido lato) são fatos jurídicos cujo elemento cerne do suporte fático é a vontade humana exteriorizada (o que pressupõe, certamente, a sua consciência). Sem exteriorização de vontade humana, que será não há negócio jurídico e nem tampouco irradiação de seus efeitos.

3.2. As formas de exteriorização da vontade como elemento fático dos atos jurídicos em sentido amplo (dentre os quais os negócios jurídicos)

Sobre a “exteriorização da vontade”, como pressuposto fático dos atos negociais, PONTES DE MIRANDA afirma que abrangeria a manifestação da vontade (atos de vontade declarativos) e a declaração de vontade, que poderia ser, por sua vez, expressa ou tácita. Note-se que algumas manifestações seriam tão próximas das declarações que poderiam ser consideradas juridicamente como declarações. Eis a lição do autor:

“Alguns atos declarativos (manifestações simples de vontade) estão tão próximos das declarações de vontade que se têm, juridicamente, como declarações de vontade tácitas... Tácito, aí, significa ‘silente’, ‘calado’, sem se indagar se houve ato, ou não. Os atos volitivos

9. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 148-149.

adeclarativos são sem declaração, posto que manifestem vontade; os atos, de que falamos, têm declaração de vontade silente, - ou porque a regra jurídica, como a propósito da revogação (re-vocatio) dos testamentos pela destruição, ou da revogação do mandato (art.1709 e 1316, I), tenha dito que como ‘declaração’ de vontade de determinado conteúdo se deveria considerar, ou porque, segundo as circunstâncias, o que deixa de falar sabia que se teria por declaração de vontade de determinado conteúdo o seu silêncio.

No ato volitivo adeclarativo, o ato é indício de vontade, talvez de vontade de negócio; na declaração de vontade tácita ou pelo silêncio, ainda o é, mas há o *plus* da declaração de vontade, embora sem palavras”¹⁰.

Assim, poder-se-ia imaginar uma linha de gradação entre a manifestação de vontade, a declaração tácita de vontade e a declaração expressa de vontade, sendo certo que os três níveis de exteriorização da vontade poderiam compor o substrato fático concreto do negócio jurídico (salvo quando, no aspecto formal, se exija a declaração expressa).

MARCOS BERNARDES DE MELLO identifica as declarações tácitas como “manifestações de vontade”. Exteriorizações poderiam ser manifestações (exteriorizações tácitas) e declarações (exteriorizações expressas).¹¹

PAULO MOTA PINTO vale-se da dicotomia declaração tácita/declaração expressa no sentido que costuma ser atribuído à dicotomia manifestação/declaração (como o próprio MARCOS BERNARDES DE MELLO), ressaltando que a diferença, nesse particular, seria apenas terminológica¹². Nega o autor a doutrina dos negócios sem declaração (os chamados negócios de vontade), mas, como ressalta, adota um conceito amplo de declaração. Para ele, os casos apontados como “atuações de vontade” seriam pressupostos fáticos de atos jurídicos em sentido estrito ou seriam declarações tácitas, como pressuposto do ato negocial¹³.

10. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 3, p. 5-6.

11. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 141-142.

12. “Realmente, na doutrina que emprega a expressão “manifestação em sentido estrito”, nota-se frequentemente uma coincidência entre a distinção declaração/manifestação e a separação declaração tácita/expressa – portanto, uma simples transposição de designações.” (PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Lisboa: Almedina, 1995, p. 452)

13. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 543 e segs.

A controvérsia reside, portanto, em questões terminológicas, em razão de adotar-se um conceito restrito ou amplo de declaração. Não devemos, aqui, permanecer nela. O que se deve atentar é o seguinte: *compõem os substratos fáticos dos negócios jurídicos não apenas as chamadas declarações expressas de vontade, mas também as declarações tácitas/manifestações de vontade (e isso não mais se questiona, atualmente).*

Adotando a concepção ampla de declaração de PAULO MOTA PINTO, distinguem-se as suas modalidades (expressa ou tácita) em razão da configuração de relação entre manifestante e manifestado, contrapondo a manifestação por símbolo e por sinais.¹⁴ Segundo o autor:

“O símbolo tem uma dimensão semântica constante, uma identidade objectiva, conservando a sua base convencional nos diversos contextos em que insere. É, por isso, menos ambíguo, menos equívoco, mesmo se o significado se precisa se precisa definitivamente apenas na situação concreta. [...] o sinal não tem sequer uma relação semântica constante, devendo a sua capacidade significativa inteiramente às circunstâncias semânticas em que se insere. Ao sinal pode, por convenção, ser atribuído um significado, sendo empregue para finalidades expressivas – ou melhor, como símbolo. Normalmente, não consente, porém, ilações pré-estabelecidas, dependendo a relação entre manifestante e manifestado totalmente das circunstâncias ambientais¹⁵”.

Os fatos (da vida) são significantes. Estão inseridos no contexto linguístico. Carece de utilidade pensar em um mundo pré-linguístico (na “coisa em si”, sendo mesmo questionável que esta exista). A linguagem é o caminho percorrido entre significantes e significado. A língua, por exemplo, é uma espécie de linguagem, mas não é a única.

Signos e sinais são significantes, cujos significados serão reconstruídos no caso concreto. Distinguem-se, todavia, pela existência ou não de uma relação semântica prévia, dentro de determinado “jogo de linguagem”. Quanto aos símbolos, haveria uma função semântica pré-estabelecida (mas não definitiva); uma concepção prévia convencional do seu significado que pode ser confirmada ou infirmada no processo do compreender, no caso concreto. Em

14. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 515.

15. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 516.

se tratando de sinais, inexistiria uma relação semântica prévia, de forma que o seu significado, naquele jogo de linguagem, será construído por força da “moldura das circunstâncias”¹⁶.

Nesse contexto, se a vontade é exteriorizada por meio de símbolos, cuida-se de declaração expressa; se por meio de sinais, declaração tácita. Note-se que os conceitos de símbolos e sinais não são absolutos, mas relativos. É bem possível que determinado fato seja símbolo em uma dada situação e sinal em outra. O que se deve observar é a existência ou não de alguma relação semântica pré-estabelecida. Apenas, no caso, será reconstruído o significado do manifestante, por meio da interpretação.

Nesse sentido, por exemplo, como se verá, nem sempre o silêncio será sinal (como poderia concluir-se, em um primeiro momento). Acaso lhe seja atribuído um conteúdo significativo prévio, tratar-se-á de símbolo e, portanto, de declaração expressa de vontade.

Não há relação necessária entre declaração expressa (simbólica) e a língua (verbal ou escrita). As declarações expressas podem ser gestuais, como ocorre com a linguagem dos surdos-mudos e a comunicação em morse.¹⁷ De outra parte, a exteriorização de vontade por meio de signos linguísticos não será sempre declaração expressa¹⁸.

Em síntese, há declaração expressa quando o fato significativo tem um conteúdo semântico, naquele contexto de linguagem, pré-estabelecido. Há declaração tácita, por sua vez, quando, inexistente (ou praticamente inexistente) uma relação semântica antecedente, de forma que o juízo acerca de sua existência e de seu conteúdo depende de forma decisiva das circunstâncias do caso.

A noção de declaração tácita é uma evidente manifestação do pensamento tipológico, ao qual se refere KARL LARENZ, já que os tipos se concretizam pela “imagem fenomênica global” decorrente do conjunto de notas distintivas (os sinais) que podem estar presentes em graus distintos.¹⁹ Cuida-se da noção de “sistema móvel”. Importa verificar se, globalmente, as circunstâncias fáticas conduzem à configuração de uma vontade exteriorizada.

16. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 517.

17. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 518.

18. “As palavras e outros símbolos só revelam na sua significação normal para a declaração expressa, pois em relação à declaração tácita funcionam como mero sinal”. (PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 519)

19. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 662.

Veja-se que as circunstâncias ambientais terão também espaço na interpretação dos símbolos (da declaração expressa). A diferença está também, pois, no grau de necessidade de sua análise.

Ainda algumas considerações.

Primeiro, para que componha o suporte fático de qualquer ato jurídico em sentido amplo, deve-se verificar a consciência da exteriorização da vontade, quanto **(i)** à vontade em si mesma, ou seja, o conteúdo da vontade exteriorizada e **(ii)** a vontade de exteriorizar/declarar, expressa ou tacitamente.²⁰ Se inexistente consciência, inexistente vontade exteriorizada, não se verifica a suficiência do suporte fático do ato jurídico (em sentido lato). A consciência é essência do próprio elemento nuclear fático, quer se trate de declaração expressa, quer se trate de declaração tácita (ou manifestação).

A inconsciência da vontade exteriorizada não se confunde com eventual vício nela verificado. A inconsciência significa inexistência de exteriorização da vontade e, conseqüentemente, não verificação da suficiência do suporte fático do fato jurídico. Estamos, pois, em seu plano de existência. O vício na vontade exteriorizada, como o erro e o dolo, conduz à deficiência do suporte fático (suficientemente configurado). Estamos, no plano de validade, do ato jurídico em sentido lato: o ato existe, mas é defeituoso, podendo ser decretada a sua invalidade.

Ressalte-se, ainda, que, quando se exige a consciência da vontade, não se exige que a parte tenha ciência e a intenção de praticar determinado ato jurídico. Por exemplo, quando alguém entra em um ônibus, certamente não pensa tratar-se de um ato negocial (contrato de transporte), mas há a consciência de entrar no ônibus para ser transportado²¹.

Isso é muito importante notadamente quando se trata de verificar a consciência de uma declaração tácita de vontade. Não se exige a intenção de praticar determinado ato jurídico, mas, sim, o conhecimento das circunstâncias fáticas levadas em consideração para que se verifique a declaração (ou manifestação) e o seu conteúdo. Quando se renuncia tacitamente a um direito, não se exige que a parte conheça tratar-se de um negócio jurídico unilateral. A consciência

20. Nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello: “para compor o suporte fático suficiente de ato jurídico a exteriorização da vontade há de ser consciente, de modo que aquele que a declara ou manifesta deve saber que a está declarando ou manifestando com aquele sentido próprio” (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 141.)

21. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 143.

da vontade exteriorizada (por meio de declaração tácita) significa o conhecimento das circunstâncias envolvidas, como a existência do direito e o seu não-exercício deliberadamente. Não se pode considerar que alguém que desconhecia ser titular de um direito tenha exteriorizado vontade como elemento fático da renúncia. O desconhecimento da titularidade do direito é circunstância que, no caso, obstará a verificação da mencionada declaração de vontade.

Segundo, ser “expressa” ou “tácita” é uma questão de forma da exteriorização (declaração em sentido lato) de vontade e, como afirma MARCOS BERNARDES DE MELLO, é elemento completante do ato jurídico (em sentido lato). Vale dizer: embora não se trate do seu cerne, cuida-se de elemento que o completa, sendo, pois, essencial à suficiência do suporte fático concreto²². Daí por que se há declaração tácita, quando se exige declaração expressa, não há a formação do ato jurídico.

3.3. O silêncio como exteriorização de vontade, pressuposto fático de negócios jurídicos

Costuma-se associar o silêncio à ausência de conduta.

Certamente que o silêncio da natureza assim o é, desde que se cuide de fato independentemente do ser humano – e, portanto, sequer teria relevância jurídica. Ocorre que, como aqui já se disse, carece de razão imaginar fatos isolados da atividade humana e que sejam, pois, pré-linguísticos. Note-se que, quando o silêncio da natureza é compartilhado pelo homem, há o silêncio humano. O silêncio humano é sempre conduta. Pode ser inconsciente ou consciente. O silêncio de quem dorme ou de quem está em coma é uma conduta inconsciente. O silêncio consciente é exteriorização de vontade e, como tal, pode ser relevante para as relações interhumanas, o que justifica a sua regulação pela comunidade jurídica.

Etimologicamente, “silêncio” significa calar. Nesse contexto, o silêncio, em si considerado, seria um ato negativo em relação ao falar, sendo, consequentemente, a abstenção de falar. Em verdade, o silêncio – no sentido que aqui se pretende referir – vai além da sua etimologia: mais do que um não falar, significa um não se manifestar, um não agir.

Nesse sentido, segundo MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, se ação é “a manifestação exterior de um ato de vontade”, a omissão é a sua antítese, “por se

22. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 140.

tratar da ausência de um certo movimento corpóreo que se não realiza certamente porque o indivíduo se recusa a levá-lo a efeito”.²³ No seu sentido objetivo, continua o autor, “a omissão, o silêncio, o “non fare” correspondem àquilo que da ação forma o momento material, ausência da atividade, da atividade que foi omitida”²⁴. Note-se que o autor se refere a “atividade” como conduta positiva, e não como conduta em sentido lato.

MIGUEL MARIA SERPA LOPES também acentua o valor sociológico do silêncio: “agir ou não agir, uma vez que essa ação ou omissão, conscientemente levada a efeito, envolva interesses de mais de um indivíduo, deixa de ser um ato indiferente ao ambiente social”.²⁵

Em assim sendo, o silêncio como exteriorização da vontade humana (fato da vida em sentido amplo) pode ser “recortado” da sucessividade das relações do mundo para compor núcleo do suporte fático (abstrato) de normas jurídicas. Em outras palavras, o silêncio consciente é exteriorização de vontade e, como tal, pode compor o suporte fático de atos jurídicos em sentido amplo, do qual são espécies os atos jurídicos em sentido estrito e o negócio jurídico.

Veja-se que, em alguns casos, apesar de configurar-se o silêncio (conduta humana), ele não será núcleo do suporte fático do fato jurídico (em sentido amplo), mas, sim, conduta causal a uma determinada situação fática. Cuida-se dos atos-fato jurídicos caducificantes, como a prescrição. Nesta, é elemento do suporte fático a situação fática decorrente da inação do titular de um direito durante certo lapso de tempo, sendo irrelevante o silêncio (conduta anterior) como exteriorização da vontade. Veja-se: o silêncio não deixa de ser conduta, nem exteriorização de vontade, mas ele não será elemento do suporte fático, tal como ocorre com qualquer ato-fato jurídico – é o fato/evento resultante da conduta voluntária que é apreendida pelo Direito.²⁶

23. LOPES, Miguel Maria Serpa de. *O silêncio como manifestação de vontade*. 3ª ed. Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 136.

24. LOPES, Miguel Maria Serpa de. *O silêncio como manifestação de vontade*, cit., p.137. Ressalta o autor que “no ponto de vista nitidamente psicológico, a antítese desaparece, para se compreender ação positiva e negativa, dentro do mais dilatado conceito de “ação”. O ato positivo, como o ato negativo, ambos constituem duas diversas atitudes exteriores de um fenômeno psíquico, em si próprio conceitualmente único”. (loc. cit)

25. LOPES, Miguel Maria Serpa de. *O silêncio como manifestação de vontade*, cit., p. 139-140.

26. Sobre os atos-fatos jurídicos, ensina Marcos Bernardes de Mello: “É evidente que a situação fática criada pela conduta constitui uma mudança permanente no mundo, passando a integrá-la definitivamente sem que haja a possibilidade de, simplesmente, ser desconsiderada (como seria possível se se tratasse, exclusivamente, de conduta). [...] Com esse tratamento, em coerência com a natureza das coisas, ressalta-se a consequência fática do ato, o fato resultante, sem se dar maior significância à vontade de realizá-lo. A essa espécie Pontes de Miranda denomina ato-fato jurídico, com o que procura

Mas, aqui, nos cabe analisar o silêncio como exteriorização da vontade valorada pela comunidade jurídica e, portanto, previsto como elemento do suporte fático de atos jurídicos em sentido lato. Nesse contexto, o silêncio pode configurar-se como comportamento negocial e como comportamento não-negocial.

Como comportamento não-negocial, o silêncio pode ser elemento fático de atos jurídicos em sentido estrito, lícitos ou ilícitos. Por exemplo, o crime omissivo é ato jurídico ilícito em cujo suporte fático se encontra uma conduta omissiva daquele que tinha obrigação de agir.

Como comportamento negocial, o silêncio é elemento do suporte fático de negócios jurídicos, razão por que, como exteriorização de vontade, também irá ser relevante no que concerne à escolha da categoria jurídica eficaz e aos efeitos irradiados. Nesse sentido, PAULO MOTA PINTO:

“[...] silêncio pode ser meio para uma verdadeira declaração negocial – um sinal declarativo ou “meio declarativo. Tratar-se-á, então, de um comportamento negocialmente eficaz, ‘modelador de efeitos’ segundo o seu significado, e cuja eficácia é apenas reconhecida pelo direito objetivo²⁷”.

De outra parte, o silêncio pode, no caso concreto, configurar-se como declaração tácita (manifestação) de vontade ou declaração expressa de vontade. Não há relação necessária entre silêncio e declaração tácita de vontade. Isso porque, como aqui já se disse, deve-se averiguar, no caso, a existência de um conteúdo semântico prévio atribuído à inação. Se existente, tratar-se-á de declaração expressa de vontade. Imagine-se, por exemplo, que as partes convencionam que o silêncio de uma delas significa a aceitação de uma proposta contratual ou que se convencionou, em uma reunião de condomínio, que o ato de não levantar a mão (silêncio em sentido amplo) importa votar pela não aprovação do que posto em votação. Nesse sentido, mais uma vez, PAULO MOTA PINTO:

“[...] o silêncio pode ser equiparado por convenção das partes a um elemento de uma linguagem. Nestes casos, a omissão poderá encontrar-se então numa relação directa com um significado, pelo que a resultante declaração será

destacar a relação essencial que existe entre o ato humano e o fato de que decorre.” (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 12ª ed., cit., p. 130).

27. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 698.

expressa, para os efeitos em relação aos quais isso possa ser relevante”²⁸.

O silêncio é fato e, como tal, será objeto de interpretação para que se construa o enunciado fático – substrato fático concreto de determinado fato jurídico (em sentido lato). Vale dizer: a verificação do elemento concreto “declaração de vontade” e o seu conteúdo será precedida pelo processo do compreender, quer se trate de declaração expressa, quer se trate de declaração na primeira. O processo do compreender, entretanto, será distinto *(i)* quanto à existência ou inexistência de um conteúdo semântico prévio e *(ii)* o grau de relevância da consideração das demais circunstâncias ambientais. Aqui, entra a noção de nexo de conclusão em sentido estrito como critério de interpretação para que se atribua ao silêncio o sentido de declaração tácita de vontade. Retornaremos a este assunto ainda neste primeiro momento.

Sobre a interpretação da declaração silenciosa, PAULO MOTA PINTO: “o que se interpreta não é apenas uma omissão, e sim todo o comportamento global da pessoa em causa”.²⁹

Uma última consideração.

Dispõe o art. 111 do Código Civil: “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração expressa de vontade”. De logo, pode-se afirmar que o mencionado artigo era desnecessário. Não se precisa de texto expresso de lei para que se reconheça que o silêncio pode ser exteriorização de vontade relevante juridicamente.

Ocorre que nem sempre o conteúdo desta vontade exteriorizada será de concordância, anuência. A declaração silenciosa pode, por exemplo, ser elemento fático da renúncia (negócio jurídico unilateral) e o seu conteúdo será de abdicar de dada situação jurídica ativa.

3.4. O caso sob consulta. Configuração da renúncia tácita. Comportamento negocial concludente

Estabelecidas as premissas a partir das quais o presente caso será primeiramente analisado, vamos adiante.

Em setembro de 1984, a consulente (em verdade, a sua antecessora) celebrou um contrato com a XXXX (dita “contratada”), por meio do qual se

28. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 693.

29. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 694.

estabeleceu **(i)** que o transporte das mercadorias vendidas pela contratante seria realizado pela contratada, salvo em caso de exigência do cliente em sentido diverso e **(ii)** que a contratada seria responsável pelo perecimento da mercadoria transportada, tendo como contraprestação o pagamento pela contratante de 0,25% sobre o montante de mercadorias transportadas no mês. O pagamento do mencionado valor deveria ser realizado até o dia 10 do mês subsequente ao do transporte correspondente. É o que se depreende do instrumento contratual de fls. 31-32.

Note-se que as partes não celebraram um típico contrato de transporte, que é essencialmente um contrato bilateral oneroso, por meio do qual alguém se obriga a transportar coisas ou pessoas mediante retribuição (contraprestação) – art. 730 do CC. Bilateral, porque há dependência recíproca entre as situações jurídicas ativas (direitos) e passivas (deveres/obrigações).

É certo que, em se tratando de contrato de transporte de coisas, a obrigação de pagar o frete possa ser, de comum acordo, transferida ao destinatário.³⁰ Ocorre que não menos certo é que a exigência do “comum acordo” pressupõe a vontade exteriorizada, de forma que não se admite um contrato por meio do qual se obriga genericamente terceiros sequer ainda conhecidos.

Se considerássemos o contrato em análise como um contrato de transporte, deveríamos também considerar que cada transporte executado seria precedido por uma novação subjetiva da obrigação de pagar o frete (mediante o consentimento do destinatário), o que seria um absurdo. Ora, os contratos são fontes de obrigações que são irradiadas para que sejam cumpridas. Vale dizer: é o adimplemento o modo natural de extinção das obrigações, e não a novação. Pensar em um contrato que tem como fim a extinção de obrigações pela novação é contrário à lógica do nosso sistema.

Daí por que é mais coerente considerar que, no caso em análise, o contrato de transporte seria celebrado casuisticamente entre transportador e destinatário, cabendo a este o pagamento do frete. Veja-se que **(i)** ao cliente, como expressão da autonomia da vontade, caberia expressar vontade no sentido de contratar ou não contratar (esta declaração poderia ser tácita); **(ii)** o cliente poderia celebrar contrato com outra transportadora; **(iii)** destinatário e transportador poderiam proceder à “negociação de fretes” (cláusula III do instrumento contratual).

30. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2007, p. 378.

Poder-se-ia, aqui, sustentar que a transportadora contratada deveria obedecer rigorosamente aos preços estipulados pela contratante (cláusula III do contrato). Ocorre que, na medida em que essa mesma cláusula prevê a possibilidade de “negociação” do preço entre cliente e transportadora, a proposição contratual inicial deixa de ser em certa medida eficaz. Vale dizer: dela não decorria a obrigação de adotar o preço estipulado pela consulente, já que lhe era possível pactuar preço distinto.

Ao que parece, a primeira proposição contratual aqui referida tinha como efeito o estabelecimento de “preços máximos”, de forma que se teria obrigado a contratante a não propor valor superior a título de frete aos clientes, como forma, inclusive, de salvaguardar uma boa imagem entre a consulente e seus clientes. É nesse sentido a eficácia da primeira proposição decorrente da cláusula III do contrato. Esta obrigação de não fazer, sim, decorria do contrato de fls. 31-32, mas ela não se referia a qualquer contrato de transporte específico já celebrado – o que parece ser intuitivo. Em se tratando de obrigação de não propor preço superior, pressupunha futura proposta e, portanto, eventual, futuro e novo negócio jurídico bilateral.

Imagine-se, por exemplo, que o destinatário – conhecendo o “teto” estabelecido – propusesse o pagamento de valor a ele superior (sabemos que isso, na prática, seria difícil de ocorrer). Poder-se-ia dizer que não poderia a transportadora aceitar? Acreditamos que não.

Ainda que se considere, eventualmente, que, no momento da formação do contrato de transporte (casuisticamente, e não o contrato de fls. 31-32), seria relevante a vontade exteriorizada da consulente (também quanto à determinação do conteúdo do seu efeito), isso em nada interfere as conclusões a que chegamos: (i) o contrato celebrado em 1984 não era um contrato de transporte, vale dizer, o seu objeto nuclear não era o transporte de mercadorias em si; (ii) este contrato não se confunde com os pactos celebrados antes de cada transporte entre transportadora e cliente (ou entre transportadora, expedidora e cliente).

Pois bem.

O contrato celebrado foi contrato atípico misto, composto por dois núcleos.

No primeiro, irradiavam-se, como obrigações respectivas, de um lado a obrigação de a XXXX estar disponível para a realização de dado transporte, caso assim o cliente desejasse, segundo cronograma encaminhado pela consulente; do outro, a obrigação de a consulente não sugerir ao cliente qualquer

outra transportadora (obrigação de não fazer) – em outras palavras, se o cliente (a quem caberia pagar o frete) não se opusesse, o transporte deveria ser feito pela contratada. Estas seriam as obrigações principais deste núcleo do contrato. Como visto, havia também a obrigação acessória da contratada de não propor preço além daquele estipulado pela contratante.

No outro núcleo, irradiaram-se as obrigações de a contratada suportar qualquer dano ocorrido na mercadoria durante o transporte e de a contratante pagar o equivalente a 0,25% do valor da mercadoria transportada.

De logo, cabe ressaltar que sequer seria necessário que as partes pactuassem que a transportada seria responsável (objetivamente) por suprir eventuais danos na mercadoria transportada. Cuida-se de efeito legalmente pré-estabelecido. O art. 750 do Código Civil prevê que a responsabilidade do transportador tem seu termo inicial no momento que a coisa lhe é entregue e o seu termo final no momento de entrega ao destinatário ou de seu depósito em juízo, se este não for encontrado.

Demais disso, se cabia ao cliente pagar o frete do transporte, cuidava-se a venda (na relação vendedora/cliente) de uma venda “free on board” (cláusula “FOB”), razão por que a responsabilidade da vendedora existiria até o momento de entrega da mercadoria à transportadora. Assim, nem mesmo no que concerne à relação com o cliente, conseguimos imaginar uma hipótese de responsabilidade solidária entre vendedora e transportadora.

Nada obstante, é certo que a finalidade da cláusula quarta do contrato pressupunha uma obrigação solidária entre vendedora e transportadora em face do cliente para que, uma vez verificado o dano, fosse ele integralmente indenizado pela transportadora, eximindo-se a vendedora de qualquer eventual dever de indenizar, no sentido lá constante.

Ainda que se admita que existia a obrigação da consulente de pagar o equivalente a 0,25% sobre o valor da mercadoria transportada e o correspondente direito da parte adversa de receber esta quantia, ter-se-ia formado, no caso, a renúncia (negócio jurídico unilateral) tendo em seu suporte fático concreto a exteriorização (declaração) tácita de vontade do titular do direito renunciado.

A renúncia é um negócio jurídico unilateral por meio do qual se extingue uma situação jurídica ativa titularizada pelo renunciante. Como negócio jurídico, a vontade exteriorizada não apenas compõe o suporte fático, mas é relevante ao menos para a escolha da categoria jurídica. Como unilateral, não provoca a corresponsabilidade de efeitos jurídicos.

É consequência jurídica da renúncia a extinção de situação jurídica prévia, e não uma obrigação de renunciar. Pode-se, inclusive, dizer que a vontade exteriorizada é, nesse sentido, performativa. Se houve vontade exteriorizada de renunciar, incidiu a norma jurídica, irradiou-se o seu respectivo efeito: a extinção da situação jurídica.

É pressuposto da renúncia a exteriorização de vontade, que pode ser expressa ou tácita. Como regra, não se veda que uma declaração tácita componha o substrato fático (concreto) do referido negócio. O ordenamento, inclusive, em algumas hipóteses, prevê expressamente a sua admissibilidade, tal como ocorre com a renúncia à prescrição (art. 191 do Código Civil).

Como aqui já se disse, a existência da declaração negocial tácita e o seu conteúdo é decorrente da interpretação dos fatos³¹. Assim como ocorre na “expressa”, afirmar a existência de uma declaração de vontade negocial é um julgamento (valorativo) para que seja construído o seu enunciado no jogo de linguagem jurídica, a partir de seus sentidos juridicamente possíveis.

A declaração expressa decorre da interpretação de símbolos (de uma linguagem convencional). Há aí uma relação entre significante e significado, ambos compondo a noção de signo. Sendo certo que este caminho entre significante e significado será percorrido no caso concreto, por meio da interpretação, não se pode negar a existência de um conteúdo semântico inerente ao próprio significante.

Na declaração tácita, não há símbolos de uma linguagem convencional. Há sinais que, globalmente considerados, conduzem à conclusão de uma declaração de vontade. Esse significado é decorrente de um juízo de inferência a partir das circunstâncias concretas. Certamente, este juízo de ilação não pode ser ilimitado.

A partir disso entra a noção de “concludência” – que “significa que se pode tirar uma conclusão a partir de algo”.³² Esta apresenta duas facetas: **(i)** a concludência pode ser entendida em sentido amplo como característica em certa medida de toda declaração negocial, que seria sempre uma conclusão acerca do significado declarativo a partir de um determinado comportamento e **(ii)** em sentido estrito, apenas para as declarações tácitas, como um limite

31. Nesse sentido, PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 748.

32. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 752.

objetivo ao juízo de inferência dos sinais para concluir a existência e o conteúdo de uma declaração de vontade.³³

Nesse sentido, PAULO MOTA PINTO:

“[...] a ilação é aqui realizada a partir dos chamados “factos concludentes”. Estes são aqueles factos a partir dos quais, de acordo com o critério interpretativo, se pode concluir uma declaração tácita – podem, portanto, ser todos os que se devem considerar do ponto de vista hermeneuticamente relevante, sejam eles positivos ou negativos, desde que se sirvam para constituir uma “impressão do destinatário” no sentido da existência de uma declaração tácita e que não se trate de símbolos integrantes de uma linguagem (pois então a declaração seria expressa)³⁴”.

Veja-se que os fatos concludentes – a partir dos quais se pode concluir a existência e o conteúdo da vontade exteriorizada – podem ser positivos e negativos. Afinal, como já visto, o silêncio (em sentido amplo) pode ser juridicamente relevante.

Entre o comportamento concludente no contexto concreto e a declaração tácita, há, pois, um nexos de conclusão, decorrente de um juízo interpretativo, em que são relevantes “factores de tipicidade social e factores jurídicos”.³⁵ No juízo de conclusão, são relevantes critérios gerais práticos, como a ideia de incompatibilidade do comportamento com significados contrários à declaração, sempre à luz do contexto negocial.

O juízo de conclusão é norteado também por critérios normativos, por meio dos quais se adota um padrão normativo de conduta para avaliar e compreender o comportamento do agente³⁶. A adoção deste padrão normativo de conduta como critério da interpretação é manifestação da função interpretativa do princípio da boa-fé (boa-fé como norma, e não como fato)³⁷.

33. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 749-750.

34. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 752.

35. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 768.

36. Segundo Paulo Mota Pinto: “[...] é necessário, por um lado, adoptar um padrão normativo de conduta para a avaliar e compreender o comportamento do agente, e, por outro, poder pressupor que o agente, com o seu comportamento, não está concretamente a desviar-se, a colocar-se à margem daquele padrão.” (PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 783)

37. Sobre a função interpretativa da boa-fé objetiva, aduz Nelson Rosenvald: “O recurso interpretativo ao princípio da boa-fé será a forma pela qual o operador do direito preservará a finalidade

Nesse contexto, tem-se a “imagem juridicamente relevante” daquilo que poderia ter sido compreendido pelo destinatário. Note-se que o juízo de conclidência não é um juízo de certeza acerca da intenção daquele que declara – o que também não se exige no que concerne às declarações expressas –, mas, sim, de alto grau de probabilidade da exteriorização da vontade³⁸.

Então.

No caso sob consulta, as circunstâncias concretas evidenciam um nexo de conclidência que permite interpretar o comportamento da XXXX (e sua sucessora) como declaração tácita de vontade para compor o substrato fático concreto da renúncia da situação jurídica ativa (direito) material.

Com efeito, da cláusula quarta do contrato em análise, ter-se-ia irradiado o direito da contratada de receber 0,25% do preço da mercadoria transportada, que se tornaria exigível quando da ocorrência do transporte. A mencionada cláusula cuidava-se, pois, de negócio jurídico submetido a uma condição suspensiva: a realização do transporte. Uma vez ocorrido o transporte, irradiavam-se os seus efeitos próprios, cujo conteúdo seria estruturado pelo direito de receber a quantia referida e seu respectivo dever. Também com a realização do transporte, o direito seria exigível e, portanto, haveria a pretensão material. Note-se que a pretensão é o direito exigível. A exigibilidade do direito subjetivo é um *plus* à sua existência.

Prevía o parágrafo único da referida cláusula que o valor poderia ser pago até o dia 10 do mês subsequente ao mês de realização do transporte. A partir da referida data, portanto, não se caracterizaria apenas a exigibilidade do direito (pretensão material), como também a sua impositividade (ação em sentido material), quando verificado o descumprimento da obrigação.

Como se depreende da própria planilha juntada pela autora aos autos (fls. 460-570), de setembro de 1984 até maio de 1993, a XXXX realizou mensalmente transporte de mercadorias vendidas pela consulente, irradiando-se, pois, a cada mês, o direito de receber o montante referente a 0,25% do valor da mercadoria transportada. Direito exigível que se tornava imperativo no mês seguinte.

econômico-social do negócio jurídico e determinará o sentido do contrato em toda a sua trajetória, preservando a relação cooperativa mesmo que a operação hermenêutica contrarie a vontade contratual.” (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 90).

38. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 777

Assim, com o transporte em setembro de 1984, tinha o direito de receber o valor que lhe era devido, podia exigir o adimplemento da obrigação respectiva e, no mês seguinte, já podia agir.

Mas nada fez.

O mesmo ocorreu com os direitos de receber os valores em razão dos transportes realizado em outubro de 1984, em novembro de 1984, em dezembro de 1984, em janeiro de 1985, em fevereiro de 1985 e nos meses seguintes até maio de 1993.

E mais.

Não apenas no mês de dezembro de 1984, por exemplo, não exerceu o seu direito de receber a quantia que lhe seria devida por força do transporte realizado naquele mês, como continuou a não exercer os direitos de receber as quantias que lhe eram devidas em razão dos transportes realizados nos meses anteriores. E este raciocínio deve ser feito no que concerne a todos os meses, durante todo o período em que a relação contratual existiu, de forma que, em junho de 1993, continuava a não exercer as muitas situações jurídicas ativas de que supostamente seria titular.

Mas não foi só. Durante mais sete anos (e, aí, não mais existia relação contratual), permaneceu inerte, silente.

É certo que o silêncio da transportadora com relação às situações jurídicas ativas das quais seria titular é conduta que, considerando o “quadro de circunstâncias do caso”, significa declaração tácita de vontade de renunciá-las. Outro significado seria incompatível com o próprio comportamento e seu contexto, principalmente levando-se em consideração o tipo de negócio e porte das empresas envolvidas.

A própria autora alega, na peça inicial, que “a parceria estabelecida entre as partes vigorou por quase nove anos, em perfeita harmonia, com a Autora cumprindo corretamente e com seriedade suas obrigações” (fl. 03). E, em nenhum momento, noticia que tenha praticado qualquer ato no intuito de exercer os direitos dos quais hoje alega ser titular. Houve o completo silêncio da transportadora durante toda a relação contratual, que se deu em “perfeita harmonia”. Nada disse, nem nada fez, porque não mais tinha a intenção de dizer ou de fazer.

Considerando, inclusive, que “o transporte realizado pela Autora à Ré correspondia a (sic) maior parte de seu faturamento bruto” (fl. 03), o seu silêncio

significou a exteriorização da vontade de renunciar às situações jurídicas concernentes à cláusula quarta do contrato em questão. Foi, por isso, que nada fez a autora nos setes anos que seguiram à ruptura contratual: porque sabia que o seu silêncio nada mais poderia significar senão a vontade de não exercer os direitos.

E, aqui, não cabe a alegação de que o silêncio da transportadora se justificaria por receio de ruptura contratual. Primeiro, porque se cuidava de relação contratual estabelecida entre partes materialmente iguais. Não se caracterizava qualquer espécie de hipossuficiência. Eram duas sociedades empresárias economicamente estáveis e idôneas no mercado. Segundo, porque, mesmo depois de rompida a relação contratual, o silêncio permaneceu.

Como se vê, considerando as circunstâncias do caso, configura-se o nexo de concludência entre o comportamento omissivo da XXXX e sua sucessora e a declaração tácita de vontade para compor o suporte fático da renúncia das situações ativas das quais seria titular. Outro significado seria contrário, incompatível, incoerente ao próprio comportamento.

E não apenas os critérios práticos nos conduzem a este juízo de concludência, mas também os critérios normativos, notadamente a incidência do princípio da boa-fé, em sua função interpretativa. O comportamento omissivo da parte só pode ser compreendido à luz do padrão de conduta de eticidade imposto nas relações interhumanas.

Nas dinâmicas relações contratuais – que são espécies de processo –, exige-se das partes postura cooperativa para o cumprimento das obrigações. Assim, não seria compatível com este padrão interpretar o silêncio da parte como vontade de exercer um direito, sendo-lhe que inexistia qualquer óbice ao seu exercício. E mais. Outra não poderia ser a interpretação dada pela consulente, destinatária da declaração, ao silêncio da outra parte.

Configurado o comportamento concludente negocial, presente o elemento exteriorização de vontade, formaram-se os negócios jurídicos de renúncia de todas as situações jurídicas titularizadas pela autora (ou suas antecedentes). A extinção das situações jurídicas, nesse caso, decorreu de negócios jurídicos unilaterais, em que se fizeram presentes exteriorizações de vontade.

Cabem, aqui, algumas distinções.

Não se configurou hipótese de novação tácita, mas, sim, de renúncia tácita. A novação é um modo de extinção de situações jurídicas (ativa e passiva) por força da criação de novas situações jurídicas, destinadas a

substituí-las. A obrigação é extinta porque uma nova foi criada. São pressupostos da novação: **(i)** a existência de uma obrigação; **(ii)** a constituição de uma nova obrigação para que a outra seja extinta; **(iii)** o *animus novandi*³⁹. Na renúncia tácita, a situação jurídica ativa (direito/preensão/ação) e sua correspectiva situação passiva (dever/obrigação) extinguem-se por força do negócio jurídico unilateral, e não da irradiação de novas situações jurídicas. No caso dos autos, a extinção dos direitos e suas correspectivas obrigações da transportadora não decorreu da criação de novas situações jurídicas para substituí-las. A extinção foi decorrente de negócio jurídico unilateral com exteriorização da vontade de abdicar. Não havia o *animus* de novar, mas, sim, o *animus* (exteriorizado) de renunciar.

A renúncia também não se confunde com a prescrição ou a decadência. Já se chegou a afirmar que, com a prescrição ou a decadência, haveria renúncia tácita daquele que não exerceu o direito durante certo lapso de tempo. A prescrição é fato jurídico em sentido lato que tem como pressuposto o não exercício de um direito a uma prestação por um certo lapso de tempo. Sua consequência própria é encobrir a eficácia do direito não exercido (a preensão) – o direito não se extingue. A decadência, por sua vez, é fato jurídico que tem como pressuposto o não exercício de um direito potestativo durante certo lapso de tempo. Os conceitos de preensão e ação em sentido material não se referem aos direitos potestativos, mas apenas aos direitos a uma prestação. Por força da decadência, extingue-se o direito potestativo (diferentemente do que ocorre com a prescrição). Em ambos, decadência e prescrição, apreende-se a situação fática decorrente da conduta humana omissiva, e não a própria conduta. São, portanto, atos-fatos jurídicos, que não se sujeitam ao juízo de invalidade. Aqui, é irrelevante a vontade exteriorizada do sujeito; o pressuposto é a situação fática que lhe é decorrente.

A renúncia é um negócio jurídico (e não um ato-fato jurídico), que tem como cerne do seu suporte fático a vontade exteriorizada (tácita ou expressa), sendo esta vontade também relevante no plano de eficácia do ato. Aqui, a vontade exteriorizada é essencial para a formação do ato, que se sujeita ao plano de validade, acaso se trate de exteriorização defeituosa de vontade. A extinção do direito decorre de um negócio jurídico, e não de um ato-fato jurídico. Não se pode, portanto, realizar qualquer relação entre o comportamento negocial elemento da renúncia com eventuais prazos prescricionais ou decadenciais.

39. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 163.

A renúncia tácita, enfim, não se confunde com a incidência do princípio da boa-fé, que pode irradiar, dentre outras consequências, a *supressio*. Nesta, tem-se a extinção de uma situação jurídica ativa porque o seu titular não a exerceu por tamanho lapso de tempo que criou expectativa legítima de que ela não mais seria exercida. Cuida-se da noção de boa-fé objetiva (norma), que não se confunde com a boa-fé subjetiva (fato). Em se tratando de incidência do princípio da boa-fé, é irrelevante a vontade do agente não atuante. Tutela-se a situação de confiança da outra parte.

Enquanto na renúncia tácita a extinção do direito decorre da vontade exteriorizada da parte; na *supressio*, independe-se totalmente dela. A consequência pode ser, no caso concreto, a mesma, mas a sua causa é distinta. Na renúncia tácita, deve-se averiguar se houve ou não a declaração de vontade de quem não exerceu o direito, por meio de um juízo de concludência, a partir das circunstâncias concretas. Na *supressio*, deve-se averiguar se restou configurada a situação de confiança da outra parte, independentemente de qualquer elemento subjetivo (exteriorizado ou não) das partes. Voltaremos a esta distinção mais adiante.

No caso em análise, como se demonstrou, o silêncio da XXXX deve ser interpretado como declaração tácita de vontade de renunciar à titularidade das situações jurídicas eventualmente decorrente da cláusula quarta do contrato celebrado em 1984. Outro significado seria incompatível com o comportamento da parte, com as circunstâncias concretas, com o padrão de conduta contratual que deve nortear o processo de compreensão e com a legítima possível interpretação do destinatário da declaração.

Até aqui, analisamos o caso à luz da vontade exteriorizada daquele que adotou o comportamento omissivo.

Ocorre que, sob enfoque diverso, é possível analisar o caso à luz da outra parte, a consulente, para que se verifique se restou ou não configurada a sua situação de confiança.

É o que se passa a fazer a partir de agora.

4. SEGUNDO MOMENTO: ANÁLISE DO CASO SOB O ENFOQUE DA SITUAÇÃO DA CONFIANÇA DA CONSULENTE

4.1. A incidência do princípio da boa-fé nas relações contratuais

A noção jurídica da boa-fé reflete, entre nós, duas acepções – uma subjetiva, outra objetiva – que são comunicáveis entre si. A boa-fé subjetiva

traduz o estado psicológico de crença do indivíduo na legitimidade da situação fática que lhe é apresentada. A boa-fé objetiva (“Treu und Glauben”) é norma (princípio) de conduta, em consonância com os padrões éticos consagrados em dado tempo e espaço. Vale dizer: a boa-fé subjetiva é pressuposto fático; a boa-fé objetiva é norma. Por isso, inclusive, é pleonástico referir-se ao “princípio da boa-fé objetiva”. Não existe um princípio da boa-fé subjetiva.

Nada obstante a sua indeterminação semântica⁴⁰, MENEZES CORDEIRO acentua a duplicidade intrínseca do conteúdo da boa-fé objetiva, em sua delimitação positiva, composta pelos princípios da confiança e da materialidade da regulação jurídica⁴¹. Assim, o princípio da confiança é parte do conteúdo substancial da boa-fé e legitimaria o reconhecimento e a tutela da situação “em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas”⁴².

Como bem observa ANDERSON SCHREIBER, a valorização jurídica contemporânea da confiança é expressão da solidarização social humanitária. Após a concepção liberal oitocentista – consagrando a máxima relevância à vontade individual – e a posterior fragilização do ser humano no século XX, a racionalidade contemporânea buscou a proteção da dignidade humana, não mais sob a ótica individualista liberal, e sim à luz da noção de solidariedade. Não se trata, porém, de uma solidariedade coletivista, mas humanitária, já que tem como fim o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, contextualizados no grupo, e não deste em si mesmo⁴³. A racionalidade jurídica solidária decorre da própria pluralidade social e jurídica, não aceitando a concepção de um indivíduo descontextualizado⁴⁴.

40. Sobre a indeterminação semântica do conteúdo da boa-fé, Nelson Rosenthal: “A boa-fé é, portanto, adaptável e proteiforme, uma vez que o seu conteúdo será inferido por juízos valorativos animados pelo tempo, espaços e pessoas que figuram na relação. Esse juízo parte da aferição do setor social a que correspondem os participantes da relação, os seus usos e concepções cristalizados no tráfico jurídico. Com base nessas referências, será possível verificar a compatibilidade entre a atuação humana e concreta e as supremas exigências de justiça.” (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 82.)

41. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Ed. Almedina, 2001, p. 1234 e segs.

42. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*, cit., p. 1.234.

43. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Editora Renovar, 2005, p. 39-55.

44. ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, cit., p. 174.

Consagrou-se, então, o princípio geral de cooperação e lealdade recíproca entre as partes, em decorrência na nova perspectiva da dignidade humana – informada pela solidariedade –, na qual cada indivíduo é responsável pela conservação da dignidade do outro, impondo-se “sobre todos o dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro”⁴⁵.

A boa-fé objetiva consagrou-se inicialmente no âmbito do direito civil, notadamente no direito contratual, posteriormente ultrapassando os seus limites para alcançar os demais ramos do direito, como o direito processual e o direito administrativo. A boa-fé objetiva é noção do novo paradigma do direito obrigacional em que se supera o paradigma tradicional, fundado exclusivamente na valorização da vontade humana, para sublinhar o caráter dinâmico e processual da relação obrigacional (obrigação como processo).

Pois bem.

A boa-fé objetiva é princípio cuja incidência faz irradiar situações jurídicas (em sentido lato), dentre as quais o dever de não comportar de forma contraditória (a proibição do *venire contra factum proprium*) Segundo ANDERSON SCHREIBER, não se busca manter a coerência em si, mas notadamente proteger a situação de confiança despertada no outro.

De fato, a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção de coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízo. Mais que contra a simples coerência, atenta o *venire contra factum proprium* à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado. Ausentes tais expectativas, ausente tal atentado à legítima confiança capaz de gerar prejuízo a outrem, não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência com um comportamento anterior.⁴⁶

Vale dizer: a incoerência de comportamento ganha relevância jurídica quando ofende expectativas legítimas criadas em outrem por força da conduta anterior.

45. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 47-56 e 89.

46. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 90.

A boa-fé objetiva é princípio e, como tal, norma imediatamente finalística, em que se estabelece a tutela da confiança como componente do estado de coisas a ser atingido. Diferentemente das regras – que são normas imediatamente descritivas da conduta a ser adotada –, dos princípios decorre o dever de adotar comportamento necessário para a realização do estado de coisas⁴⁷. Daí por que o “não comportar-se contraditoriamente” será juridicamente relevante a partir do juízo de correlação entre os seus efeitos e o estado de coisas posto como fim (em que se encontra a tutela da confiança). Note-se, inclusive, que a incoerência em si é admitida em nosso ordenamento (em alguns casos), como nos casos de revogação da vontade exteriorizada.

Como pressupostos da proibição do comportamento contraditório, há duas condutas praticadas pelo sujeito que são, se isoladamente consideradas, em princípio, lícitas. A ilicitude decorre da violação ao princípio da boa-fé quando se frustram as expectativas legítimas criadas em função do comportamento anterior (o *factum proprium*).

O *factum proprium* não é em princípio um comportamento vinculante (vale dizer, não tem, inicialmente, relevância jurídica). Se já era vinculante, a incoerência posterior estará no âmbito do descumprimento da obrigação irradiada, independentemente da tutela da confiança da outra parte. O *factum proprium* é (inicialmente) não vinculante; “passa a ser vinculante apenas se e na medida em que gera uma confiança legítima na sua conservação”⁴⁸.

Nesse contexto, tem-se também a noção de *suppressio* como situação jurídica decorrente da incidência do princípio da boa-fé.

A *suppressio* é a perda de uma situação jurídica de vantagem, pelo não exercício em lapso de tempo tal que gere no sujeito passivo a expectativa legítima de que a situação jurídica não seria mais exercida⁴⁹; o exercício tardio seria contrário à boa-fé⁵⁰ e abusivo. A *suppressio* é efeito jurídico cujo fato jurídico correspondente tem como pressuposto o não exercício de um direito e a situação de confiança da outra parte. Não se exige qualquer elemento subjetivo do sujeito inerte. Tutela-se a confiança do outro. A *surrectio* é exatamente

47. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 71.

48. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 136.

49. “la giustificata aspettativa che il diritto stesso non sarebbe più stato fatto valere”. (RANIERI, Filippo. *Rinuncia tacita e Verwirkung*. Padova: CEDAM, 1971, p. 1.)

50. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001, p. 797.

a situação jurídica ativa, que surge para o antigo sujeito passivo, de não mais submeter-se à antiga posição de vantagem pertencente ao credor omissor.

A *supressio* nasceu na jurisprudência alemã, a partir da aplicação da cláusula geral de boa-fé prevista no § 242 do BGB. Em alemão, denomina-se *Verwirkung*. *Supressio* é a designação sugerida por MENEZES CORDEIRO, de modo a evitar confusão com institutos semelhantes como a caducidade, preclusão, prescrição, decadência, renúncia etc.⁵¹

A consagração dogmática da *supressio* deu-se por ocasião dos problemas econômicos derivados da primeira grande guerra, sobretudo a inflação. Com aumentos imprevisíveis de preço e as dificuldades na realização de certos fornecimentos, o “exercício retardado de alguns direitos levava a situações de desequilíbrio inadmissível entre as partes”⁵². Ao lado disso, havia o direito à correção monetária, construção jurisprudencial, hoje consagrada em lei. Esse direito serve, essencialmente, à proteção do credor, como homenagem à boa-fé, que requer, “pela equivalência das prestações e pelo equilíbrio das situações das partes, que se proceda a reajustamentos destinados a compensar a depreciação monetária”⁵³. A *supressio* serve como um “contrapeso dessa proteção”: “a mesma boa fé exige que as pretensões de reajustamento, quando caibam, sejam exercidas num prazo razoável, sem o que atingiriam montantes com que o devedor não poderia contar”⁵⁴.

É pressuposto da *supressio* um comportamento inicial omissivo que, em si, não seria ilícito. Aqui, o *factum proprium* seria uma conduta silenciosa (um não fazer). O que é apreendido juridicamente, entretanto, não é a conduta em si, mas a sua situação fática decorrente (a imagem de não exercício) que legitima a situação de confiança do outro. Esta imagem de não exercício pressupõe o tempo. Nesse sentido ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO:

“A não actuação de um direito subjetivo é, pois, facto próprio do seu titular. A realidade social da *supressio*, que o direito procura orientar, está na ruptura das expectativas de continuidade da auto-apresentação praticada pela pessoa que, tendo criado, no espaço jurídico, uma

51. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, 2001, cit., p. 797.

52. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, 2001, cit., p. 801. Sobre a evolução da *Verwirkung*, também, RANIERI, Filippo. *Rinuncia tacita e Verwirkung*, cit., p. 14 e segs.

53. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, 2001, cit., p. 801.

54. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, 2001, cit., p. 802.

imagem de não exercício, rompe, de súbito, o estado gerado⁵⁵.”

E conclui o autor: “apenas pela sua continuidade pode, o não exercício, suscitar as expectativas sociais de que essa auto-representação se mantem. O que é dizer: o decurso do tempo é a expressão da inatividade traduzindo, como tal, o *factum proprium*”⁵⁶.

4.2. O caso sob consulta. A *supressio*. A situação de confiança da consulente

No caso dos autos, o contrato foi celebrado em 1984 e, como visto, desde então, mensalmente, nascia uma situação jurídica titularizada pela de receber o equivalente a 0,25% do valor da mercadoria naquele mês transportada. Em setembro de 1984, nasceu uma situação jurídica (que se tornou impositiva no dia 10 do mês seguinte); em outubro de 1984, outra; em novembro, outra. E assim ocorreu durante os meses subsequentes até o mês de maio de 1993, quando a relação contratual extinguiu-se.

Durante os quase nove anos em que a relação processual desenvolveu-se mediante um bom relacionamento (como afirma a autora), nasceram mensalmente situações jurídicas titularizadas pela transportadora, mas nunca por ela exercidas. E mais. Durante os sete anos seguintes, a transportadora permaneceu adotando o comportamento omissivo. Apenas no ano de 2000 (dezesseis anos depois de celebrado o contrato), procedeu a transportadora a uma notificação judicial afirmando ser titular das situações jurídicas decorrentes da cláusula quarta do contrato celebrado em 1984.

Independentemente de tratar-se ou não este comportamento silencioso de declaração tácita de vontade (de renunciar), não se pode ignorar que o não exercício das situações ativas durante tamanho lapso de tempo levou a uma imagem de não-exercício que fez surgir na consulente expectativas legítimas da continuidade da auto-representação (expectativas legítimas de que o direito não mais seria exercido). Configurou-se a situação de confiança da consulente.

Consoante notícia ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, a tutela jurídica da confiança exige os seguintes fatores: a) situação de confiança conforme o sistema; b) justificação à confiança, identificada pela presença de elementos objetivos

55. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, 2007, cit., p. 813.

56. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, 2007, cit., p. 813.

que provoquem a crença plausível; c) investimento da confiança, como o exercício de atividades jurídicas sob a crença da confiança, d) a imputação da situação de confiança à pessoa que será atingida pela proteção ao confiante⁵⁷.

Este era – e é – o caso dos autos.

Imbuída do espírito de que os direitos de receber as quantias decorrentes da cláusula quarta do contrato não mais seriam exercidos, já que durante 16 (dezesseis) anos a transportadora permaneceu silente (justificação e imputação da confiança), a consulente criou expectativas legítimas em face da imagem do não exercício, sem que houvesse qualquer elemento objetivo que pudesse obstar a sua crença da confiança, à qual aderiu e em função da qual investiu, ao deixar de adotar qualquer prevenção contra a imposição dos direitos que – acreditava – não seriam exercidos (investimento da confiança).

Imagine-se, portanto, quão grande foi a sua surpresa ao deparar-se com a quebra abrupta daquela situação estável de não exercício.

Não se pode questionar a formação da imagem de não exercício idônea a legitimar as expectativas da consulente, notadamente por serem cumulativas as seguintes circunstâncias.

a) Cuidava-se de situações jurídicas surgidas mensalmente durante sete anos. Note-se que o direito de receber a quantia decorrente do transporte realizado em setembro de 1984 durante toda a relação contratual (e durante os sete anos que a seguiram) não foi exercido. Como se vê, além do decurso do tempo, aqui a sucessividade da relação foi expressão da inatividade não apenas com relação aos direitos relativos aos transportes já realizados, mas também daqueles que ainda seriam realizados.

b) Mesmo após o encerramento da relação contratual, passaram-se sete anos sem qualquer exercício de direito.

Veja-se: como se viu, acredita-se que já se encontravam extintas as situações jurídicas quando a relação contratual foi rompida, notadamente considerando a sucessividade de suas prestações e o seu não exercício durante nove

57. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 52. Estas notas distintivas podem existir em menor ou maior grau em um caso concreto – ou mesmo alguma delas pode não se fazer presente, como afirma Antônio Menezes Cordeiro. É, pois, possível fazer relação com a ideia de sistema móvel que Karl Larenz, por sua vez, relaciona ao pensamento. Os tipos distinguem-se dos conceitos justamente por não exigir a presença de todas as suas notas distintivas, sendo relevante, para a sua caracterização, a imagem global no caso concreto.

anos. Mesmo que assim não se entenda, depois deste momento, transcorreram mais sete anos.

Presentes encontram-se, *in casu*, os pressupostos do fato jurídico da *suppressio*: a imagem de não exercício (decorrente do comportamento da transportadora) à qual aderiu objetivamente e legitimamente a consulente (situação de confiança). Não se há de averiguar qualquer elemento subjetivo daquele que não agiu. Cuida-se da incidência do princípio da boa-fé. A *suppressio* já é o próprio efeito irradiado: a perda das situações jurídicas ativas.

Pode-se dizer, inclusive, que o caso em análise é exemplo típico de *suppressio*. Parece tratar-se de exemplo de *manual*.

Duas distinções são necessárias.

A *suppressio* não se confunde com a prescrição e com a decadência. A prescrição e a decadência, como já se disse, são atos-fatos jurídicos cujo efeito é a perda de eficácia (e não a extinção) de uma situação jurídica ativa (em se tratando de prescrição) ou a perda do próprio direito (em se tratando de decadência) por força do seu não exercício durante determinado lapso de tempo. Não se tutela, aqui, a confiança da outra parte. A *suppressio* é decorrente da incidência do princípio da boa-fé nas relações jurídicas. É a situação da confiança daquele que adere à imagem de não exercício que é tutelada para que sejam extintas as situações jurídicas ativas (e não apenas atingida a sua eficácia).

Nesse sentido, ANDERSON SCHREIBER:

“Parece, todavia, razoável admitir que, nesse confronto com os casos legais (prescricionais ou decadenciais), o valor da segurança que os inspira ceda em favor da tutela da confiança naquelas hipóteses em que ao simples decorso do tempo se somem comportamentos do titular do direito [...] ou circunstâncias de fato, imputáveis a ele ou não, que justifiquem a tutela da boa-fé objetiva independentemente e acima dos prazos fixados em lei⁵⁸”.

Por isso, é plenamente possível que se irradie a *suppressio* quando ainda pendente o prazo prescricional concernente a um determinado direito a uma prestação (depois de operada a prescrição, sequer haveria, em princípio, utilidade de verificar a incidência do princípio da boa-fé).

58. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 192.

Foi o que ocorreu no caso dos autos.

Além disso, como já antecipado, a *supressio* não se confunde com a renúncia tácita.

Como noticia PAULO MOTA PINTO, notadamente nos latinos, historicamente recorreu-se ao instituto da renúncia tácita quando se buscava, em verdade, paralisar o exercício de um direito não em razão da atividade abdicativa do credor, mas, sim, em face da confiança do devedor, baseada na inatividade do primeiro.⁵⁹ Assim, o recurso à renúncia tácita serviu, durante algum tempo, para legitimar decisões judiciais proferidas em situações em que estaria vedada a fundamentação com base na boa-fé objetiva, notadamente considerando o dogma da autonomia da vontade consagrado pelo período revolucionário. Verifica-se, assim, uma resistência a aceitar a autonomia do *Verwirkung* (*supressio*) e de outras manifestações da boa-fé objetiva consagradas no direito alemão.

A renúncia tácita é negócio jurídico em que há a exteriorização da vontade de abdicar a uma dada situação jurídica. Aqui, extingue-se a situação jurídica porque houve declaração de vontade (tácita) nesse sentido. Se não há vontade exteriorizada, não há negócio jurídico, não se irradia os seus efeitos. Deve-se verificar a existência de vontade exteriorizada (no plano de existência do fato jurídico). Fato jurídico inexistente é fato jurídico ineficaz. Em se tratando de ato jurídico em sentido amplo, submete-se ao plano da validade. O vício na vontade exteriorizada torna o ato defeituoso, podendo ser decretada a sua invalidade.

A *supressio* é efeito jurídico decorrente da incidência do princípio da boa-fé, por meio do qual se tutela a confiança (estado de coisas). A extinção da situação jurídica não decorre de um negócio jurídico, sendo irrelevante a vontade daquele que não a exerceu. Apreende-se juridicamente a imagem de não exercício que legitimou a situação de confiança criada legitimamente por força do comportamento omissivo. Não se averigua, vale frisar mais uma vez, qualquer vontade do que permaneceu silente, mas, sim, a situação de confiança da outra parte. Nesse sentido também, é irrelevante a noção de irrenunciabilidade do direito⁶⁰.

Note-se: o efeito jurídico pode ser até semelhante, mas o seu fundamento (fato jurídico que o origina) é distinto.

59. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, cit., p. 123.

60. RANIERI, Filippo. *Rinuncia Tacita e Verwirkung*. CEDAM: Padova, 1971, p. 46.

Afirmamos que, no caso dos autos, o comportamento silencioso da transportadora significou uma declaração tácita de vontade de abdicar das situações ativas das quais era titular, configurado o nexo de conclusão entre eles. Outro significado que fosse atribuído ao seu silêncio seria incompatível com o quadro de segurança posto e com o padrão de conduta que deve nortear a atividade interpretativa. Aqui, o silêncio era comportamento negocial contudente, elemento de um negócio jurídico; a vontade exteriorizada era relevante.

O caso foi, neste aspecto, analisado à luz da vontade exteriorizada pelo sujeito. A boa-fé objetiva foi invocada apenas no que concerne à sua função interpretativa, e não quanto à sua função limitadora. A conclusão de inexistência atual dos direitos afirmados pela autora (sucessora da transportadora) teve como fundamento a configuração de um negócio jurídico e da irradiação dos seus efeitos próprios.

Ocorre que, ainda que se entenda não restar configurada a renúncia tácita, verificou-se a incidência do princípio da boa-fé (em sua função limitadora) para que se tutelasse a situação da confiança da contraparte (a consulente), criada legitimamente em razão da imagem de não exercício decorrente da inatividade do sujeito durante o transcurso do tempo. Como já se disse, aqui é irrelevante se o silêncio da transportadora significou ou não declaração tácita de vontade, já que foi configurada a situação de confiança da outra parte.

O silêncio, nesta perspectiva, não é comportamento negocial, mas, sim, conduta da qual decorre a imagem de não exercício (situação fática) apreendida pelo direito (e que será elemento do fato jurídico). A conclusão da inexistência atual dos direitos afirmados tem como fundamento, aqui, a *supressio* (efeito jurídico decorrente da incidência do princípio da boa-fé).

Por uma ou por outra via, os direitos estão extintos.

5. CONCLUSÃO

Por tudo quanto foi exposto, conclui-se:

- (i) inexistem as situações jurídicas ativas afirmadas pela autora, consistentes no direito de receber o equivalente a 0,25% do valor das mercadorias transportadas de setembro de 1984 a maio de 1993, por ter-se configurado a renúncia (negócio jurídico unilateral), eis que constatada a exteriorização tácita de vontade da transportadora, em razão de um juízo de conclusão.

EXERCÍCIO TARDIO DE SITUAÇÕES JURÍDICAS ATIVAS. O COMPORTAMENTO SILENCIOSO...

(ii) ainda que se entenda não restar configurada a renúncia tácita, ter-se-ia configurada a situação de confiança legítima da consulente no sentido de que os direitos afirmados não seriam mais exercidos, razão por que incidira o princípio da boa-fé, independentemente da vontade do sujeito inerte (a transportadora), fazendo irradiar a *supressio* (perda das situações jurídicas ativas).

É o parecer.

Cidade do Salvador, Bahia, em 19 de abril de 2010.

XIII

Liquidação por cálculos. Violação à regra da fidelidade ao título. Valor excessivo. Abuso de direito pelo exequente. Violação aos princípios da boa-fé processual e da cooperação.

Sumário: 1. Sinopse dos fatos – 2. Necessárias considerações acerca da liquidação de pronunciamento judicial – 3. Os cálculos apresentados pelo credor. Valor pleiteado que extrapola os limites do título executivo. Violação à regra da fidelidade ao título. Ofensa ao efeito positivo da coisa julgada: 3.1. O cômputo de parcelas remuneratórias após o período da estabilidade; 3.2. Outros erros verificados nos cálculos apresentados pelo credor – 4. Da violação aos princípios da boa-fé processual e da cooperação – 5. Conclusões.

1. SINOPSE DOS FATOS

A consulente ajuizou ação de consignação em pagamento em face de XXXX, para que fosse depositado o montante concernente às parcelas rescisórias devidas, no valor total de R\$4.929,11 (quatro mil novecentos e vinte e nove reais e onze centavos), tendo em vista o não comparecimento do demandado para que fosse homologado o termo de rescisão de contrato de trabalho.

O demandado apresentou reconvenção alegando que sofrera despedida sem justa causa, quando gozava de estabilidade provisória por ter sido empossado em cargo da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) da reconvinde. Requeveu, assim, **(i)** fosse anulada a despedida sem justa causa, reintegrando o reconvinte ao emprego, com a percepção integral dos salários e demais parcelas relativas ao período em que estivera afastado do exercício de suas funções laborais ou **(ii)** o pagamento integral dos salários e demais parcelas devidas ao reconvinte no período de sua estabilidade (de 03.08.96 até 12.06.98).

Sobreveio sentença aos autos **(i)** julgando improcedente o pedido formulado na ação de consignação em pagamento, já que a recusa do consignado de receber as parcelas provenientes da ruptura contratual teria tido motivo justo e **(ii)** julgando procedente os pedidos da reconvenção para anular a despedida sem justa causa do reconvinte, determinando a sua reintegração ao emprego, sendo-lhe devido o pagamento das parcelas salariais vencidas e vincendas, com juros e correção monetária.

Foi interposto recurso ordinário pela acionante/reconvinda. O acórdão deu provimento parcial ao recurso, apenas para determinar que fosse observada a variação salarial do empregado, tendo o órgão *ad quem* afirmado que “correta a sentença quando determinou a reintegração porque não é o caso de indenização substitutiva tendo em vista que ainda encontra-se (*sic*) no período atinente a estabilidade”.

Foram opostos embargos de declaração para suprir omissão do julgado quanto à delimitação da condenação de pagamento dos salários vincendos e para fins de prequestionamento. Negou-se provimento aos embargos.

Foi interposto recurso de revista para que fosse limitada expressamente a condenação das parcelas salariais vincendas ao período de gozo de estabilidade. Recurso não conhecido. Houve o trânsito em julgado da decisão.

A execução foi suspensa por força de decisão acolhendo pedido liminar na ação cautelar n. XXXX, considerando o ajuizamento de ação rescisória visando desconstituir o título executivo.

Os pedidos formulados na referida ação rescisória foram julgados parcialmente procedentes, para deixar expresso que a quantificação dos salários vincendos deferidos deve observar a data limite da garantia do emprego, qual seja, 12.06.1998. Interposto recurso ordinário pela autora, o Tribunal *ad quem* extinguiu o processo sem exame do mérito, quanto à pretensão de desconstituição do acórdão por ausência de delimitação da condenação, negando provimento ao recurso no que concerne aos demais capítulos da decisão recorrida. O referido acórdão transitou em julgado.

O consignado/reconvinte peticionou, nos autos, dando início à fase de cumprimento de sentença e apresentando memoriais de cálculos. Todavia, em face de os cálculos apresentados afrontarem o título executivo, a executada apresentou “exceção de pré executividade”, sustentando que deixou o exequente de **(i)** atentar para o termo final das parcelas salariais devidas, **(ii)** considerar corretamente o último salário recebido, **(iii)** considerar que a incidência dos juros sobre as parcelas vincendas deve ser decrescente, considerando o momento em que cada uma se tornou exigível, **(iv)** atentar que o título não condenou ao pagamento de férias em dobro; **(v)** atentar que, nos meses referentes às férias, lançou também, em seu cálculos, a importância correspondente às prestações salariais.

O M.M. Juízo não admitiu a exceção de não-executividade. Todavia, considerando o elevado valor que pleiteou o exequente, foi a executada intimada a

manifestar-se sobre os cálculos apresentados pelo credor, independentemente de constrição em seu patrimônio.

Consulta-nos acerca do mérito dos cálculos apresentados pelo credor, a fim de que se verifique eventual inobservância ao princípio da fidelidade ao título.

2. NECESSÁRIAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LIQUIDAÇÃO DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL

A sentença – aqui entendida em sentido amplo – contém uma norma jurídica individualizada, vale dizer, a solução para a crise de incerteza acerca da incidência normativa no caso concreto. Para que a decisão possa construir completamente a norma jurídica individualizada, no que concerne à certificação do direito a uma prestação, deve pronunciar-se sobre **(i)** o *an debeatur* (a existência da situação jurídica passiva), **(ii)** o *cui debeatur* (a quem é devido), **(iii)** o *quis debeat* (quem deve), **(iv)** o *quid debeatur* (o que é devido), **(v)** o *quantum debeatur* (a quantidade devida), para o caso de o objeto da prestação ser suscetível de quantificação.

Assim, é ilíquida a decisão que deixa de estabelecer o *quantum debeatur* ou de individualizar completamente o *quid debeatur*. É possível, ainda, que a ausência de liquidez se refira a outros elementos da norma jurídica individualizada, como o sujeito titular da situação jurídica ativa certificada. Na hipótese de decisão ilíquida, será devida atividade cognitiva do magistrado para que possa integrar a norma individualizada, considerando que a causa de pedir (remota) da demanda executiva corresponde à afirmação da **(i)** existência de um direito subjetivo certo, líquido e exigível, comprovado por meio do título executivo, e **(ii)** do inadimplemento da correspectiva obrigação.

O conteúdo da liquidação – independentemente de sua espécie, vale dizer, por cálculo, artigos ou arbitramento – limita-se, pois, ao elemento ausente ou incompleto da norma jurídica individualizada contida na sentença liquidanda, não sendo possível ir além do quanto estabelecido no título. Trata-se da *regra da fidelidade* à sentença liquidanda, que é corolário do respeito ao efeito positivo da coisa julgada.

Convém lembrar em que consiste o chamado *efeito positivo* da coisa julgada.

O *efeito positivo* da coisa julgada determina que a questão principal já definitivamente decidida e transitada em

julgado, uma vez retornando ao Judiciário como questão incidental, não possa ser decidida de modo distinto daquele como o foi no processo anterior, em que foi questão principal.

O efeito *positivo* da coisa julgada gera, portanto, a vinculação do julgador de outra causa ao quanto decidido na causa em que a coisa julgada foi produzida. O juiz fica adstrito ao que foi decidido em outro processo. São casos em que a coisa julgada tem que ser levada em consideração pelos órgãos jurisdicionais.

Ovídio BAPTISTA DA SILVA faz elucidativa distinção dos efeitos negativos e positivos da coisa julgada, nas seguintes palavras: “O efeito negativo da coisa julgada opera como *exceptio rei iudicatae*, ou seja, como defesa, para impedir o novo julgamento daquilo que já fora decidido na demanda anterior. O efeito positivo, ao contrário, corresponde à utilização da coisa julgada propriamente em seu conteúdo, tornando-o imperativo para o segundo julgamento. Enquanto a *exceptio rei iudicatae* é forma de defesa, a ser empregada pelo demandado, o efeito positivo da coisa julgada pode ser fundamento de uma segunda demanda”.¹

A regra da fidelidade ao título está substanciada no art. 475-G do CPC – segundo o qual “é defeso, na liquidação, discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou”, bem como no art. 879, § 1º, da CLT – “na liquidação, não se poderá modificar, ou inovar, a sentença liquidanda, nem discutir matéria pertinente à causa principal”.

A liquidação por cálculos apresentados pelo credor, no processo, tem lugar quando a determinação do *quantum debeatur* depende exclusivamente de cálculos aritméticos.

O poder atribuído ao credor de liquidar exclusivamente o crédito tem um sensível potencial lesivo, já que só seria garantido à parte adversária o poder de reação já na fase executiva. A despeito da discussão sobre a necessidade de prévia garantia do juízo para a defesa na execução, e nos parece não haver essa necessidade², *é inegável a possibilidade de a executada insurgir-se contra*

1. *Curso de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 500.
2. Conforme expus em DIDIER Jr., Fredie *et alii*. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, v. 5, p. 381-384.

os cálculos apresentados pelo exequente, independentemente de constrição patrimonial, ao menos por meio da conhecida exceção de não-executividade, desde que não seja necessária dilação probatória.

No processo do trabalho, possibilita-se ao magistrado intimar as partes ou a parte para que se manifeste sobre os cálculos apresentados pelo contador do juízo ou pela outra parte, antes da deflagração do procedimento executivo (art. 879, § 2º, da CLT). Assim, deverá o magistrado ponderar os valores subjacentes aos princípios da duração razoável do processo e do contraditório, a fim de que se possa encontrar a solução mais justa no caso concreto.

No caso em análise, o magistrado, considerando a potencialidade lesiva dos cálculos apresentados pelo credor, cujo valor se evidencia, de plano, muito elevado, bem assim a possibilidade de configuração de abuso de poder pelo exequente, concedeu à executada a oportunidade de manifestar-se sobre os cálculos apresentados, antes de ser deflagrado o procedimento executivo, para que se evite que a executada suporte em seu patrimônio gravame desproporcional à obrigação certificada na decisão exequenda.

Cumpre-nos, portanto, analisar *(i)* a correção/incorreção dos cálculos apresentados pelo credor, verificando se o seu conteúdo encontra-se nos limites da norma individualizada no título, bem assim *(ii)* se houve abuso do exequente ao apresentar cálculos em desconformidade com o título executivo.

3. OS CÁLCULOS APRESENTADOS PELO CREDOR. VALOR PLEITEADO QUE EXTRAPOLA OS LIMITES DO TÍTULO EXECUTIVO. VIOLAÇÃO À REGRA DA FIDELIDADE AO TÍTULO. OFENSA AO EFEITO POSITIVO DA COISA JULGADA

3.1. O cômputo de parcelas remuneratórias após o período da estabilidade

Como já destacado, o reconvinte, sob o fundamento de que sofrera despedida sem justa causa quando gozava de estabilidade provisória, requereu que *(i)* fosse anulado o ato de despedida, reintegrando-o ao emprego, com a percepção integral dos salários e demais parcelas relativas ao período em que estivera afastado do exercício de suas funções laborais *ou (ii)* o pagamento integral dos salários e demais parcelas devidas ao reconvinte no período de sua estabilidade (de 03.08.96 até 12.06.98). É o que se depreende da peça da reconvenção constante nos autos.

Como se percebe, tratava-se de cumulação *imprópria subsidiária* de pedidos, em que o reconvinte estabeleceu uma ordem de preferência entre os

pedidos formulados, em observância ao princípio da eventualidade. Em verdade, a referida ordem de preferência decorre diretamente da legislação trabalhista, já que os arts. 495 e 496 da CLT estabelecem consequências jurídicas eventuais para a hipótese de despedida sem justa causa durante período de gozo de estabilidade provisória.

Assim, como pedidos principais – ou primários –, o reconvinte cumulou sucessivamente o pedido de decretação da invalidade da despedida (pedido desconstitutivo) e os pedidos de reintegração ao emprego e de pagamento dos salários vencidos no período de afastamento indevido (pedido de certificação de obrigação de pagar quantia e seu correlato direito a uma prestação). Eventualmente, para a hipótese de os pedidos principais não serem acolhidos ou não analisados, formulou pedido de certificação de direito de receber quantia (certificação de um direito subjetivo), a título de indenização, equivalente às parcelas salariais e demais parcelas devidas durante todo o período de estabilidade – vale dizer, as parcelas vencidas e vincendas, tendo como limite temporal o período da estabilidade provisória.

Deve-se frisar: na hipótese de acolhimento do pedido eventual (e isso significaria o não acolhimento dos pedidos preferenciais), o valor da condenação teria natureza indenizatória, e não remuneratória, já que o empregado não seria reintegrado ao emprego.

Em outras palavras: pretendia o reconvinte ser reintegrado e receber os salários do período de afastamento. Se não fosse reintegrado, pretendia ser indenizado pela ilegalidade da despedida, mediante o pagamento das parcelas devidas durante o período de gozo da estabilidade provisória.

Outra interpretação à cumulação de pedidos formulada pelo reconvinte seria, inclusive, contrária à natureza das coisas: uma vez reintegrado ao emprego, por determinação judicial, as parcelas salariais vincendas seriam devidas não, de logo, a título de indenização, mas, sim, periodicamente, durante o período de estabilidade, porque o empregado teria retornado ao exercício de suas funções, fazendo jus à respectiva remuneração.

Pois bem.

A sentença julgou procedentes os pedidos principais, decretando a nulidade do ato de despedida para determinar a reintegração do reconvinte, “com a percepção integral dos seus salários e demais direitos legais e convencionais, vencidos e vincendos”. Como se vê, acolheu o M.M. Juízo os pedidos principais de anulação do ato de despedida, de reintegração e de condenação ao pagamento das parcelas vencidas durante o período de afastamento. Vale

dizer: tendo acolhido os pedidos primários, o magistrado nem sequer analisou o pedido cumulado eventualmente.

O fato de a sentença mencionar “parcelas vincendas” não significava que foi a reconvinde condenada a indenizar o empregado pagando as parcelas que ainda seriam devidas durante o período de estabilidade, mas sim durante o período que continuasse afastado dos exercícios de suas funções. Isso porque, uma vez reintegrado ao emprego, faria jus, a título de remuneração, às parcelas devidas mensalmente pelo exercício de suas funções.

Nesse sentido, manifestou-se o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, ao julgar o recurso ordinário interposto pela reconvinde, cujo acórdão substituiu a sentença recorrida: “correta a sentença quando determinou a reintegração porque não é o caso de pagamento de indenização substitutiva tendo em vista que ainda encontra-se (*sic*) no período atinente a estabilidade”.

Por idêntico motivo, negou-se provimento aos embargos de declaração opostos contra o referido acórdão. Veja-se:

Não houve a apontada omissão com relação à delimitação da condenação. Isto porque a sentença de primeiro grau declarou nula a despedida e determinou a reintegração com o pagamento dos salários vencidos e vincendos, sem qualquer limitação temporal, o que foi acatado pelo acórdão embargado, uma vez que aqui não se tratou de pagamento a título de indenização dos salários do período da estabilidade e sim da nulidade de despedida com reintegração. (fl.90)

O mesmo fundamento consta no acórdão que não conheceu o recurso de revista:

Da leitura das decisões transcritas, observa-se que não se há de falar em delimitação da condenação ao pagamento das parcelas salariais ao período de estabilidade provisória, por se tratar no caso concreto, de declaração de nulidade de despedida com reintegração e não de pagamento a título de indenização dos salários do período de estabilidade.

Percebe-se, portanto, que a decisão transitada em julgado **(i)** desconstituiu o ato de despedida do reconvinte, **(ii)** certificou a obrigação da reconvinde de reintegrá-lo ao emprego (obrigação de fazer), **(iii)** certificou a obrigação de pagar as parcelas vencidas durante o período de afastamento.

Não houve determinação de pagar as parcelas vincendas durante o período da estabilidade, como indenização substitutiva.

Em primeiro lugar, porque a decisão judicial deve ser coerente internamente, quer entre os seus elementos estruturais (relatório, fundamentação e dispositivo), quer no âmbito interno de cada um dos referidos elementos.

Ora, como poderia o magistrado desconstituir o ato de despedida, determinando a reintegração do reconvinte (desfazendo o ato ilícito) e, ao mesmo tempo, condenar a empregadora a indenizar por meio do pagamento das parcelas vincendas, quando não mais haveria de falar-se em conduta ilícita, pressuposto fático da responsabilidade civil?

Em segundo lugar, porque a decisão judicial não pode extrapolar os limites objetivos da demanda, por força do princípio da congruência objetiva, substanciado nos arts. 128 e 460, do CPC.

No caso dos autos, como já ressaltado, o reconvinte realizou cumulação *imprópria subsidiária* de pedidos, determinando a ordem de hierarquia/preferência, em consonância com a legislação trabalhista: como pedidos primários, requereu a decretação da nulidade do ato de despedida – e a consequente reintegração – e a condenação da reconvinda ao pagamento das parcelas remuneratórias vencidas durante o período de afastamento; como pedido subsidiário, para o caso de não ser reintegrado ao emprego, requereu a condenação da reconvinda a pagar as parcelas vencidas e vincendas, a título de indenização.

Note-se que o reconvinte não pediu, juntamente com os pedidos primários, a condenação ao pagamento, a título de indenização das parcelas vincendas, o que seria incongruente com relação aos outros pedidos do mesmo “nível de preferência” –, assim como seria incongruente se a decisão tivesse anulado o ato de despedida e condenado a empregadora a indenizar danos que não existiriam, por ter sido o empregado reintegrado.

Dessa forma, uma vez acolhidos os pedidos primários, não poderia o magistrado ter extrapolado os seus limites, deferindo além do quanto postulado – e assim não o fez –, ainda que dentro dos limites do pedido eventual. Isso porque, como já se destacou, em se tratando de cumulação subsidiária, o pedido eventual só deve ser analisado na hipótese de os pedidos prévios não serem acolhidos ou analisados³.

3. Nesse sentido, sobre a cumulação subsidiária de pedidos, José Rogério Cruz e Tucci: “O julgamento do primeiro pedido sempre deve proceder o do subsidiário. Reconhecida a procedência daquele, dito

Demais disso, ao formular o pedido eventual, o reconvinte requereu que a empregadora fosse condenada a pagar as parcelas vencidas e vincendas, durante o período de estabilidade, de forma que, ainda que tivesse sido apreciado e acolhido o pedido subsidiário, não poderia extrapolar os limites do *petitum*.

Em terceiro lugar, o art. 495 da CLT dispõe que, em caso de despedida sem justa causa do empregado no período de gozo da estabilidade provisória, deve o empregador reintegrá-lo e pagar as parcelas às quais faria jus o empregado no período de afastamento ilegal. O art. 496 da CLT, por sua vez, estabelece que, não sendo o empregado reintegrado, deve ser indenizado nos termos do art. 497 da CLT.

Ora, *a própria lógica imanente à regulação evidencia serem incompatíveis as duas situações jurídicas ativas, quais sejam, o direito de ser reintegrado e o direito de ser indenizado pelo período posterior à reintegração*. Daí por que o reconvinte, já o sabendo, formulou cumulação subsidiária de pedidos; daí por que não poderia o magistrado certificar ambas as consequências jurídicas.

Patente, pois, que a concessão da tutela constitutiva – anulação do ato de despedida – e a da tutela de remoção do ilícito (reintegração do empregado) são incompatíveis, no caso, com a certificação de dever de indenizar quanto ao período posterior à reintegração.

Fica claro, portanto, que não se cuidou, no caso, de condenação à indenização substitutiva – que tem lugar quando não há condenação à reintegração do empregado. Vale ressaltar: ainda que se tratasse de indenização substitutiva, a condenação estaria limitada ao período da estabilidade, quer por conta do princípio da congruência objetiva, quer por força da legislação trabalhista.

Então.

Se não se tratava de indenização substitutiva, por que, então, na sentença, ao acolher os pedidos principais – de decretação da nulidade do ato de despedida e de certificação da obrigação de readmitir –, o magistrado determinou que a reconvinda pagasse as parcelas vencidas e vincendas? A condenação ao pagamento das parcelas vencidas, como visto, tinha natureza indenizatória, dentro dos limites da demanda reconvencional, nos termos, inclusive, do art.

principal, a sentença não poderá examinar a pretensão subsidiária deduzida na petição inicial.” (TUC-CI, José Rogério Cruz e. “Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos”. In: Causa de pedir e pedido no processo civil. Questões polêmicas. BEDAQUE, José Roberto dos Santos e TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 286).

495 da CLT. E as parcelas salariais vincendas? Qual o alcance – semântico, finalístico e temporal – que lhe foi atribuído na norma jurídica individualizada contida na sentença?

Uma vez configurados, no mundo dos fatos, **(i)** o ato de despedida sem justa causa de empregado durante período de estabilidade provisória e **(ii)** a possibilidade de reintegração (para que não incida a disposição restritiva constante no art. 496 da CLT), é caso de aplicação do art. 495 da CLT, irradiando, assim, como consequências jurídicas: **(a)** o direito potestativo de anular o ato ilegal, **(b)** o direito do trabalhador de ser reintegrado e **(c)** o direito de receber os salários correspondentes ao período de afastamento (respeitado o período de estabilidade).

Em face da crise de identificação quanto à incidência normativa no caso concreto, foi o Poder Judiciário provocado para formular a norma jurídica individualizada – e assim o fez certificando as três referidas situações jurídicas ativas. Nada além.

Explique-se.

O direito de receber as parcelas concernentes ao período do afastamento compreende todos os salários que deixaram de ser recebidos pelo empregado por conta da despedida considerada arbitrária, vale dizer, durante todo o período em que esteve afastado do exercício de suas funções laborais, até a data da efetiva reintegração (tendo como limite temporal o período da estabilidade provisória). *Este, portanto, é o alcance que deve ser dado ao termo “parcelas vincendas” na sentença: aquelas parcelas salariais eventualmente devidas até a efetiva reintegração, respeitado o limite do período de estabilidade.* Outro não pode ser o sentido atribuído à literalidade da norma individualizada.

Para corroborar com posicionamento ora exposto, colaciona-se a seguinte ementa de julgado do TRT da 5ª Região:

Ementa: NULIDADE DESPEDIDA - REINTEGRAÇÃO - Declarada nula da despedida, corolário lógico é o deferimento da reintegração do empregado, assim como dos salários vencidos e vincendos até a data da efetiva reintegração.

Processo 02647-1999-021-05-00-3 RO, ac. nº 009151/2009, Relator Desembargador LUIZ TADEU LEITE VIEIRA, 1ª. TURMA, DJ 18/05/2009.

Dessa forma, não se pode falar em decisão *ultra petita*, já que o reconvincente demandou, como pedidos principais, a decretação da invalidade do ato

de despedida, fosse determinada a sua reintegração e fosse certificado o seu direito de receber “seus salários e demais direitos legais e convencionais relativos ao período em que permanecer ilegalmente afastado” (fl. 23). Não há de falar-se também em incongruência interna da decisão, considerando que as parcelas devidas são justamente a do período de afastamento, até a data da efetivação do direito (de ser reintegrado) certificado. Não se pode falar em violação a qualquer dispositivo da legislação trabalhista; ao contrário, esta é a *ratio* do art. 495 da CLT.

Pode-se, inclusive, atribuir uma certa finalidade coercitiva à determinação de pagamento das parcelas salariais até a data do cumprimento da obrigação de fazer certificada, o que está em consonância com o poder geral de efetivação, consagrado no art. 461, § 5º, do CPC (cláusula geral de atipicidade dos meios executivos). Afinal, busca-se incentivar o cumprimento da obrigação o quanto antes, haja vista que o descumprimento significaria o dever de pagar os salários sem que haja a correspondente prestação de serviços laborais.

É certo que a determinação de pagamento das parcelas salariais até a data da reintegração tem como limite temporal o período da estabilidade.

Se assim não fosse, tornar-se-ia vantajoso para o trabalhador o descumprimento da decisão de reintegração, a fim de que pudesse receber *ad eternum* as referidas “parcelas vincendas”⁴. Estar-se-ia incentivando comportamento desleal do empregado, o que seria uma contradição dentro do sistema que veda a deslealdade, por meio do princípio da boa-fé, do qual decorre, inclusive, o dever do credor de mitigar os seus próprios prejuízos. Chega a ser intuitivo que as referidas parcelas serão devidas, para o caso de não ser o empregado reintegrado, apenas durante o período da garantia.

4. Deve-se, aqui colacionar, as seguintes ementas de julgado do TRT da 5ª região, que, nada obstante cuidem de circunstâncias fáticas diversas, evidenciam a incidência da boa-fé objetiva no âmbito das relações de trabalho, para que seja defesa ao empregado optar pelo recebimento da indenização substitutiva, quando é possível a reintegração. “Ementa: ESTABILIDADE GESTANTE. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. OFERTA DE EMPREGO À AUTORA. RECUSA DESMOTIVADA. Empregada que recusa a reintegração que lhe fora proposta, ingressando na Justiça para pedir tão-somente a indenização substitutiva, é medida que deve ser repelida em face da finalidade social de garantia do emprego visada pelo legislador.”(Processo 01685-2007-032-05-00-3 RO, ac. nº 030443/2008, Relatora Desembargadora VÂNIA CHAVES, 1ª. TURMA, DJ 26/11/2008); “Ementa: ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA - RENÚNCIA TÁCITA - Opera-se a renúncia à garantia quando o empregado postula o pagamento da indenização substitutiva e não a reintegração no emprego, consequência lógico-jurídica inafastável da dispensa do empregado portador de garantia no emprego e, ainda, recusa a oferta de retornar ao trabalho sem apresentar qualquer motivo relevante ou que desaconselhasse à reintegração.”(Processo 00768-2006-005-05-00-1 RO, ac. nº 000203/2008, Relator Juiz Convocado CLÁUDIO KELSCH TOURINHO COSTA, 1ª. TURMA, DJ 29/01/2008.)

Nesse sentido, transcreve-se excerto do acórdão que julgou procedentes em parte os pedidos na ação rescisória, nada obstante tenha sido modificado por acórdão do TST extinguindo o processo sem julgamento do mérito.

Embora este Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, em nenhum momento tenha deferido salário ou indenização além dos limites do período de estabilidade provisória, deveria ter deixado expressa a data limite da garantia no emprego, até mesmo para evitar futuros problemas na execução da sentença.

A mera alusão a salários vencidos e vincendos justificase porque o período da garantia projetava-se para além do momento em que foi proferida a sentença e os acórdãos rescindendos.

Manifesto, portanto, que **(i)** a sentença e o acórdão substitutivo em nenhum momento condenaram a reconvinida a indenizar o empregado por danos futuros, após a reintegração, **(ii)** não se tratava, no caso, de condenação à indenização substitutiva, **(iii)** certificou-se o direito de o empregado receber as parcelas correspondentes até a efetiva reintegração, vale dizer, durante o período de afastamento ilegal, tendo como limite temporal o próprio período da estabilidade.

Este foi o alcance da expressão “parcelas vincendas” na norma jurídica individualizada por atuação do órgão jurisdicional, razão por que o TRT da 5ª Região e o TST entenderam, quando do julgamento dos recursos interpostos, que não havia omissão quanto aos limites da condenação.

Conclusão: depreende-se do título executivo a certificação de obrigação de pagar as parcelas relativas ao período do afastamento do empregado, tendo como limite temporal o período da garantia do emprego, cujo termo final expirou em 12.06.1998, nos termos do art. 10, II, do ADCT da Constituição Federal de 1998. Dessa forma, os cálculos apresentados pelo exequente extrapolam os limites da decisão exequenda, na medida em que consideram supostas parcelas devidas até agosto de 2002, quando o empregado foi readmitido (fl. 120).

3.2. Outros erros verificados nos cálculos apresentados pelo credor

Nos cálculos apresentados, o exequente considerou como último salário recebido o valor de R\$1.883,48 (mil oitocentos e oitenta e três reais e quarenta e oito centavos), nada obstante a sua última remuneração houvesse sido de R\$1.527,65 (mil quinhentos e vinte e sete reais e sessenta e cinco centavos).

O valor do último salário é, inclusive, fato incontroverso, haja vista que assim foi aduzido pelo próprio exequente na reconvenção (fl. 20).

Como pode agora, no procedimento executivo, apresentar cálculos com valores contraditórios às suas próprias alegações? A conduta do exequente deixa de atender ao seu dever de uma participação cooperativa e em consonância com os padrões éticos que norteiam as relações jurídicas, inclusive a relação jurídica processual. Ressalte-se, ainda, que se trata de excesso do valor exequendo comprovável pelos documentos já constantes nos autos, co- tejando os cálculos apresentados pelo exequente com o quanto por ele alegado na contestação e na reconvenção, nos termos, inclusive, do termo de rescisão de fl. 05.

Demais disso, houve aplicação incorreta dos juros sobre as parcelas remuneratórias, já que a incidência deve ocorrer com relação a cada parcela do período de afastamento, a partir de quando foram exigíveis, e não por meio de uma incidência global sobre o somatório das parcelas, desde a data do ajuizamento da ação.

Com efeito, a mora é fato jurídico que tem como um de seus pressupostos a existência de direito a uma prestação exigível – note-se que nada impede que uma consequência jurídica, no caso uma pretensão em sentido material, seja pressuposto de um fato existente no mundo dos pensamentos. Dentre as consequências jurídicas decorrentes da mora do devedor, verifica-se o dever de indenizar o credor pelos prejuízos suportados pela impontualidade.

Em se tratando de obrigação de pagar quantia, o dever de indenizar abran- ge a obrigação de pagar o valor equivalente à incidência dos juros moratórios, que constituem “indenização específica, devida em consequência de retarda- mento culposo no cumprimento da obrigação”⁵, sendo o dano neste caso pre- sumido em caráter absoluto.

Só são devidos os juros moratórios (espécie de indenização) – consequ- ência jurídica – quando existente o fato jurídico da mora do devedor que, como visto, pressupõe a exigibilidade do direito. Se não há fato jurídico, não se irradiam, ainda, os efeitos dele decorrentes, já que a existência do fato no mundo dos pensamentos precede a sua irradiação de eficácia.

5. GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 203.

Acrescente-se, ainda, que, nos cálculos, foram computadas parcelas remuneratórias em dobro relativas às férias, nada obstante a inexistência de obrigação certificada nesse sentido.

Com efeito, dispõe o art. 137 da CLT que, sempre que as férias forem concedidas após o período referido no art. 134 da CLT, o empregado fará jus à remuneração em dobro, e não com o acréscimo de 1/3 (um terço). A proposição jurídica pode ser assim construída: para o caso de concessão das férias após o período de gozo (hipótese fática), será devido o pagamento da remuneração em dobro (consequência jurídica).

A incidência normativa, por sua vez, não é automática: pressupõe um construir o direito no caso concreto, a construção da norma individualizada, quer pelo próprio interessado, quer por meio da atuação do Poder Judiciário. Não se trata na hipótese de construção consensual da norma individualizada no caso concreto, pois não houve o reconhecimento voluntário de eventual incidência do art. 137 da CLT e cumprimento da decorrente obrigação pela parte interessada. De igual modo, não foi o Poder Judiciário provocado para que solucionasse eventual crise de identificação quanto à incidência do mencionado dispositivo, razão por que inexistente pronunciamento judicial que certifique a mencionada consequência jurídica.

Se não há direito certificado, não há de falar-se em integração da norma individualizada (não há norma individualizada!), por meio de liquidação, para que seja deflagrada a atividade executiva. *Não há execução nem há liquidação sem título.*

Registre-se, inclusive, que há posicionamento jurisprudencial no sentido de que, em caso de reintegração, seria devida a remuneração relativa às férias acrescida de um terço, e não em dobro⁶.

Mas não foi só.

Além de computar a remuneração em dobro dos períodos das férias, nada obstante a inexistência de título executivo neste sentido, o exequente

6. Veja-se o conteúdo da seguinte decisão: “por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso ordinário da reclamante para reformar a sentença de origem: 1) para reconhecer a estabilidade provisória, nos termos do art.10,II, "b" do ADCT da CF/88. Porém, finda a estabilidade, converte-se o direito à reintegração em indenização, com fundamento na Súmula 244, II, TST, sendo devidos os salários e demais verbas pleiteadas (**férias acrescidas do terço constitucional**, 13º salários, FGTS e multa de 40%), desde a dispensa até o 5º mês após o parto. E, dada a natureza indenizatória, não há ensanchas para recolhimentos fiscais e previdenciários neste tópico”. (TRT 2ª Região. Quarta Turma. Rel. Ivani Contini Bramante. Ac. 20090770310. Publicado em 25 09 2009) (grifamos)

considerou que seria devido, nos mesmos períodos, o pagamento de salários, o que evidencia a sua má-fé de receber dupla e cumulativa remuneração por idêntico período.

Conclusão: os cálculos apresentados pelo exequente extrapolam os limites do título executivo, já que **(i)** consideram devidas parcelas para além do período de estabilidade, **(ii)** computam a remuneração em dobro dos períodos das férias, malgrado a inexistência de certificação de correspondente situação jurídica ativa.

Além disso, os cálculos apresentam outros sérios erros: **(iii)** consideram como última remuneração um valor superior ao daquela tida como incontroversa, em contradição com suas próprias alegações nos autos; **(iv)** aplicam-se os juros moratórios de maneira incorreta, **(v)** consideram serem devidas parcelas salariais e remuneração de férias cumulativamente.

Assim, o valor indicado como devido pelo exequente é manifestamente superior ao *quantum debeatur*, que deve ser integrado à norma jurídica individualizada na decisão exequenda, razão por que se deve extirpar, dos cálculos apresentados, a quantia superior àquela devida.

4. DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ PROCESSUAL E DA COOPERAÇÃO

A noção jurídica da boa-fé reflete, entre nós, duas acepções – uma subjetiva, outra objetiva – que são comunicáveis entre si.

A boa-fé subjetiva traduz o estado psicológico de crença do indivíduo na legitimidade da situação fática que lhe é apresentada. A boa-fé objetiva (“Treu und Glauben”) é princípio que impõe regras de conduta, em consonância com os padrões éticos consagrados em dado tempo e espaço. Vale dizer: a boa-fé subjetiva é pressuposto fático; a boa-fé objetiva é norma.

A boa-fé objetiva extrapolou o âmbito do direito civil para orientar os demais ramos do direito, dentre os quais o direito processual civil. Consagrou-se o princípio da boa-fé processual, impondo a todos os sujeitos processuais, inclusive ao órgão jurisdicional, comportamentos honestos, leais e cooperativos no processo.

Nesse contexto, o art. 14, II, do CPC é uma cláusula geral da boa-fé objetiva processual. Como se sabe, a cláusula geral é espécie de proposição jurídica

caracterizada pela abertura em seu antecedente fático e indeterminação na consequência que lhe é atribuída⁷. Daí por que a opção por uma cláusula geral da boa-fé objetiva processual é a melhor: seria impossível enumerar taxativamente todas as hipóteses de comportamento desleal no processo.

O princípio da cooperação é subprincípio do princípio da boa-fé processual que, por sua vez, é subprincípio do devido processo legal. É o jogo concertado dos princípios, nas palavras de Karl Larenz⁸, em que o conteúdo das normas-princípios seria revelado por meio de um processo dialético de complementação e limitação. A boa-fé objetiva processual e o princípio da cooperação são normas que colorem e qualificam o contraditório.

Nesse sentido, ensina Antônio do Passo Cabral que, do princípio do contraditório, não decorrem apenas os direitos da parte de ser informado dos atos processuais e de manifestar-se a respeito, com poder de influência na decisão (binômio informação/reação), mas como também o dever que a sua participação seja cooperativa, em consonância com os padrões de honestidade, retidão e lealdade, para que não sejam frustradas expectativas legítimas criadas no outro⁹.

A doutrina alemã sistematizou algumas situações jurídicas decorrentes da incidência do princípio da boa-fé processual: **(i)** o dever de não agir de má-fé (subjéctiva); **(ii)** o dever de não se comportar contraditoriamente, frustrando expectativas legítimas de outrem; **(iii)** o dever de não abusar de poderes processuais; **(iv)** a perda de situações jurídicas processuais em face do seu não exercício durante lapso tempo idôneo a incutir em outrem expectativa legítimas quanto ao seu não-exercício. Trata-se de hipóteses exemplificativas. Poderíamos, por exemplo, acrescentar aí o dever de participar cooperativamente.

7. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 303-306; CASTRONOVO, Carlo. "L'avventura delle clausole generali". *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, ano IV, n. 1, p. 24, nota 14; ÁVILA, Humberto Bergmann. "Subsunção e concreção na aplicação do direito". Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.). *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 432; MAZZEI, Rodrigo. "O Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais". *Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual*. Salvador: Edições JUS PODIVM, 2006, p. 34; CAMBI, Eduardo e NALIN, Paulo. "O controle da boa-fé contratual por meio dos recursos de estrito direito". *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Teresa Wambier e Nelson Nery Jr. (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 95.
8. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
9. CABRAL, Antônio do Passo. "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 126, p. 59 e seq.

Pois bem.

No caso dos autos, o exequente deixou de observar o seu dever de não agir de má-fé, bem assim o dever de exercer a sua situação jurídica ativa processual (poder de liquidar a decisão unilateralmente, apresentando planilha de cálculos) em harmonia com os valores e finalidades que lhe são subjacentes.

Ora, sabia o credor que o conteúdo dos cálculos que apresentava extrapolava os limites da decisão exequenda, que respeitou os limites da demanda estabelecidos pelo próprio reconvincente/exequente. Afinal, o reconvincente pleiteou fosse reintegrado e recebesse as parcelas devidas durante o período de afastamento, tendo como limite o período de estabilidade, pedidos que foram acolhidos pelo órgão jurisdicional.

Como pode, depois, o exequente parecer ignorar o conteúdo dos pedidos outrora formulados e da decisão transitada em julgado para computar, na fase de liquidação, parcelas para além do período de estabilidade?

E mais.

Em nenhum momento, o reconvincente provocou a atuação do Poder Judiciário para que decidisse acerca da incidência do art. 137 da CLT no caso concreto, razão por que inexistiu decisão certificando eventual existência ou inexistência de direito de receber remuneração das férias em dobro.

Como pode, então, o exequente, pretender que seja efetivado direito não certificado? Não se trata, aqui, de iliquidez da obrigação constante no título, mas de ausência de obrigação certificada.

Ainda não foi só.

Em seus cálculos, considerou como última remuneração valor superior àquele constante no termo de rescisão – deve-se ressaltar mais uma vez, quantia incontroversa nos autos, expressamente assumida pelo ora exequente.

Como agora pretende que os cálculos sejam realizados considerando uma base de cálculo superior?

Não pode também o exequente alegar desconhecer que os juros moratórios só são devidos quando se pode falar em obrigação exigível.

Dessa forma, o exequente não teria procedido com boa-fé (subjética), quer em sua acepção psicológica (estado fático de mera ignorância), quer em sua acepção ética (estado de ignorância valorado pelo Direito, vale dizer, ignorância desculpável). Não agindo de boa-fé (subjética) violou também

o princípio da boa-fé processual, configurando-se, *in casu*, um ato ilícito processual.

Do princípio da boa-fé processual não resulta apenas o dever de não agir de má-fé, como já visto. É também ele, por exemplo, fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais (o abuso de direito processual).

Sobre o tema, ensina Judith Martins-Costa:

Trata-se de ilicitude situada, derivada dos meios (ou do modo) pelos quais é o direito subjetivo exercido, sendo objetiva porque – em contraponto à ilicitude subjetiva – não perquire a voluntariedade do ato, mas atém-se à desconformidade com a norma legal que determina a verificação, *in concreto*, da concordância, ou não, entre o ato (comportamento) e certos valores ou finalidades tidos como relevantes pelo Ordenamento, tais como a conduta segundo a boa-fé, a adstrição ao fim econômico-social do negócio jurídico ou a obediência aos bons costumes. [...] Em outras palavras: se o direito subjetivo é atribuído com certas configurações (que modelam e modulam o dever-ser) não haverá adstrição ao direito (isto é, licitude), mas concreta antijuridicidade (*rectius*: ilicitude) se o direito for exercido em manifesta desconformidade com aquelas configurações.¹⁰

No caso em análise, independentemente do estado de consciência do exequente, verificou-se o exercício inadmissível de situação jurídica processual, já que o direito de liquidar unilateralmente a obrigação, por meio da apresentação de cálculos, do credor tem como limites os valores e a finalidade que lhe são subjacentes.

A liquidação visa integrar elemento ausente da norma jurídica individualizada, ir além desta norma constante no título é conduta contrária à própria *ratio* da atividade. **E mais:** o conteúdo da liquidação tem de estar adstrito à decisão liquidanda, sob pena de violar as garantias da coisa julgada e da segurança jurídica. **E ainda mais:** se foi oportunizada ao credor a participação, o seu exercício deveria ser cooperativo, tendo como fim a efetivação de direitos certificados por meio da tutela de conhecimento, em consonância com os

10. MARTINS-COSTA, Judith. “A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*”. In: Revista Forense. Nov/Dez/2004, p. 124.

padrões de lealdade esperados dos sujeitos no processo, sem surpresas, sem novidades no procedimento de liquidação e de execução.

Não foi o que se verificou, infelizmente, no caso em análise.

5. CONCLUSÕES

Após a análise do caso que nos foi submetido, concluímos que os cálculos apresentados merecem revisão.

Houve erro nos cálculos, que traduzem valor muito superior ao *quantum debeat* que deve ser integrado à norma jurídica individualizada na decisão exequenda, já que **(i)** consideram devidas parcelas para além do período de estabilidade, **(ii)** consideram como base de cálculo uma remuneração superior àquela reconhecida como ocorrida, em contradição com próprias alegações do exequente nos autos, **(iii)** aplicam-se os juros moratórios de maneira incorreta, **(iv)** computam a remuneração em dobro dos períodos das férias, malgrado a inexistência de certificação de correspondente situação jurídica ativa, **(v)** consideram serem devidas parcelas salariais e remuneração de férias cumulativamente.

Demais disso, concluímos que o comportamento do exequente configurou-se como um ilícito processual, por ter violado a boa-fé objetiva processual, notadamente o dever de não agir de má-fé e de não exercer de forma inadmissível situações jurídicas processuais.

É o parecer.

Cidade do Salvador, Bahia, em 11 de dezembro de 2009.

XIV

Embargos infringentes interpostos quando não se encontrava juntado aos autos o voto divergente. Juntada posterior. Convalidação de eventual vício por determinação do magistrado. Impossibilidade de decretação de inadmissibilidade. Posterior inexistência do defeito. Fato superveniente (art. 462 do CPC). Proibição do comportamento contraditório. Preclusão lógica. Violação à boa-fé objetiva e ao princípio da confiança.

Sumário: 1. Introdução – 2. A não juntada do voto divergente e os pressupostos de admissibilidade dos embargos infringentes – 3. O juízo de admissibilidade como um juízo de validade. A posterior juntada do voto divergente. A convalidação de eventual vício. O art. 462 do CPC – 4. O comportamento contraditório do órgão jurisdicional. Violação aos princípios da boa-fé processual e da confiança – 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Nos autos da apelação cível n. XXXX, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a XXXX Ltda. interpôs embargos infringentes contra acórdão que, por maioria, deu provimento à apelação, reformando a sentença então recorrida.

Quando da interposição dos embargos infringentes, o voto divergente não se encontrava juntado aos autos, razão pela qual o Desembargador Relator determinou a sua juntada.

Ocorre que, posteriormente, quando já constava o voto divergente nos autos, o nobre Desembargador proferiu decisão monocrática não admitindo o recurso interposto, sob o fundamento de que as razões recursais não estariam vinculadas à fundamentação do voto vencido, mesmo porque interpostos quando este ainda nem sequer havia sido juntado aos autos.

A XXXX Ltda consulta-nos, então, acerca do juízo de admissibilidade dos embargos infringentes interpostos antes da juntada do voto divergente aos autos, notadamente considerando que a decisão de inadmissibilidade foi

proferida quando o voto já se encontrava nos autos, por determinação do próprio órgão julgador.

É o que se passa a analisar.

2. ANÃO JUNTADO VOTO DIVERGENTE E OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS INFRINGENTES

A manutenção dos embargos infringentes no sistema recursal do processo civil brasileiro é objeto de críticas por parte da doutrina, notadamente sob o fundamento de que a possibilidade de interposição de mais um recurso para o rejuízo da causa acarretaria a demora da prestação jurisdicional definitiva.

A antiga redação do art. 530 do CPC previa que seriam cabíveis os embargos infringentes contra julgamento não unânime de apelação ou ação rescisória, independentemente do conteúdo do acórdão embargado. Com o advento da Lei n. 10.352/2000, alterou-se o texto do referido dispositivo, para restringir as hipóteses de cabimento desta modalidade recursal. Esta é a atual redação do art. 530 do CPC:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria da divergência.

No confronto entre a segurança jurídica e a celeridade processual, o legislador realizou previamente o juízo de ponderação, restringindo as hipóteses taxativas de cabimento dos embargos infringentes, quais sejam, **(i)** contra acórdão não unânime de mérito que der provimento à apelação e **(ii)** contra acórdão não unânime que julgar procedente a ação rescisória. Interessa-nos, aqui, analisar a primeira hipótese.

Na primeira hipótese de cabimento do recurso, que é a do caso presente, exige-se a verificação dos seguintes elementos fáticos: **(i)** julgamento não unânime de apelo, **(ii)** juízo de mérito do Tribunal *ad quem* e **(iii)** reforma da sentença.

O julgamento por maioria já era exigido pela doutrina para o cabimento dos chamados embargos de nulidade e infringentes ainda antes de ser editado o CPC de 1939, com inspiração no direito processual português. A sistemática do CPC de 1939 consagrou a exigência. O CPC de 1973 manteve a

previsão dos embargos infringentes, retirando a nomenclatura dos embargos de nulidade, mas sempre exigindo, para o seu cabimento, a decisão não unânime, mesmo após a recente modificação da redação do art. 530 do CPC, como já visto.

Evidencia-se, portanto, a histórica finalidade desta modalidade recursal: possibilitar o rejuízo da causa, para que prevaleça a conclusão do voto vencido. Busca-se, assim, seja atendida a garantia da segurança jurídica, já que a existência de voto divergente sustentaria a possibilidade de desacerto da decisão colegiada.

Mas não é só.

Com a nova redação do art. 530 do CPC, não basta que haja divergência no julgamento da apelação, sendo relevante o conteúdo do acórdão embargado. O legislador adotou o critério da dupla conformidade, já que, para serem cabíveis os embargos infringentes, é imperioso que o acórdão que julgou a apelação tenha expressado entendimento diverso daquele contido na sentença apelada.

Note-se que a dicção literal do art. 530 do CPC poderia levar ao entendimento errôneo de que bastaria apenas que a sentença fosse de mérito. Em verdade, exige-se realização de juízo *ad quem* sobre o *meritum causae*, reformando a sentença apelada, nada obstante possa tratar-se de sentença terminativa, o que seria possível por força do art. 515, §3º, do CPC.

O legislador reformista considerou, como parâmetro para a adequação dos embargos infringentes, a possibilidade de formação da coisa julgada material. Em outras palavras, se julgado o mérito da causa, cabível a interposição desta modalidade recursal, já que restará vedada a repropositura da demanda. *A contrario sensu*, se o acórdão extinguiu o processo sem análise do mérito – ainda que a sentença tenha sido definitiva – a parte poderá renovar a demanda (art. 268 do CPC).

Mais uma vez, a opção legislativa pela segurança jurídica, em detrimento da celeridade processual, justifica-se pela efetiva possibilidade de desacerto da decisão colegiada contrária ao entendimento do juiz *a quo*.

Em síntese: para que sejam cabíveis os embargos infringentes, deve-se preencher os seguintes pressupostos fáticos: **(i)** julgamento não unânime no julgamento da apelação; **(ii)** juízo de mérito sobre o mérito da causa pelo órgão ad quem; **(iii)** não manutenção da sentença apelada. Uma vez verificados os referidos elementos, incide a norma decorrente do art. 530 do CPC,

ingressando o conjunto fático no mundo do pensamento para que, consequentemente, sejam cabíveis os embargos.

Estes são os pressupostos específicos do cabimento dos embargos infringentes.

E mais nenhum.

A nossa sistemática processual em nenhum momento exige a juntada do voto divergente anterior à interposição do recurso como pressuposto de cabimento, mesmo porque o recurso é impugnado contra o acórdão que, como se sabe, é o conjunto dos votos vencedores no julgamento colegiado, não sendo composto pelo voto divergente. Demais disso, é possível que o recorrente conheça a extensão da divergência, se, por exemplo, seu advogado estava presente na sessão de julgamento.

Não se pode também considerar que a não juntada do voto vencido ao tempo da interposição conduziria à inadmissibilidade recursal, pelo prisma da sua regularidade formal. Ora, a regularidade formal é a exigência de que o recurso seja interposto em consonância com os aspectos formais legalmente exigidos. Está relacionada com a formalização do exercício do direito de recorrer – em regra, por meio da petição recursal. Assim, por exemplo, deve o recorrente *(i)* impugnar especificamente as razões da decisão recorrida, *(ii)* juntar as peças obrigatórias no agravo por instrumento, *(iii)* formular o pedido de nova decisão, em razão da causa de pedir recursal afirmada, *(iv)* interpor oralmente o agravo retido contra decisão proferida em audiência.

Não se exige que o recorrente junte à petição dos embargos infringentes a cópia do voto vencido – aí, sim, estar-se-ia no âmbito da regularidade formal do recurso. Exige-se, isto sim, que as razões do recurso estejam vinculadas à conclusão do voto divergente, cujo conhecimento é possível mesmo antes da juntada do voto, como já ressaltado. Ademais, caso a parte não tenha acesso ao teor do voto divergente, os embargos devem ser interpostos considerando ser total a divergência.

De outra parte, não pode o jurisdicionado suportar sanção em razão da ausência de conduta que não lhe competia, vale dizer, a não juntada do voto divergente aos autos não lhe pode ser imputada. Considerar a juntada do voto vencido aos autos como requisito de admissibilidade do recurso, quer no âmbito de seu cabimento, quer no âmbito de sua regularidade formal, quer como requisito específico, é obstar ao jurisdicionado o acesso à justiça, já que o direito de recorrer é a extensão do direito de ação.

3. O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE COMO UM JUÍZO DE VALIDADE. A POSTERIOR JUNTADO DO VOTO DIVERGENTE. A CONVALIDAÇÃO DE EVENTUAL VÍCIO. O ART. 462 DO CPC

O juízo de admissibilidade recursal é um juízo de validade do recurso (ato jurídico processual) e do procedimento respectivo (ato jurídico complexo).

Explique-se.

O procedimento (exteriorização da relação jurídica processual) é um ato jurídico complexo, cujo suporte fático é formado pelo conjunto dos atos jurídicos que se sucedem na relação processual. Sobre o procedimento como um ato jurídico complexo, ensina Marcos Bernardes de Mello:

No ato-complexo há um ato final, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá a sua denominação e há o ato ou os atos condicionantes do ato final, os quais, condicionantes e final, se relacionam entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos para um certo fim.¹

O procedimento é, portanto, ato jurídico e, como tal, deve ser analisado nos três planos distintos do mundo jurídico: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia. Os atos processuais que o compõem sucessivamente estão também submetidos aos três juízos.

Com efeito, o mundo jurídico – formado por fatos qualificados pela incidência da norma jurídica, como propõem Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello, é composto de três planos: o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia.

No primeiro, analisa-se a formação do fato jurídico – a ocorrência do fenômeno da juridicização, por meio da incidência normativa quando se verifica a suficiência do suporte fático concreto. Em se tratando de suporte fático complexo, como o do procedimento, a sua suficiência depende da materialização de todos os seus elementos (vale dizer: no caso, depende da existência dos fatos jurídicos que o compõem). O procedimento é ato jurídico complexo sucessivo, de forma que a sucessividade também é elemento de seu suporte fático².

1. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 137-138.
2. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*, cit., p. 86.

A existência do ato jurídico é prévia à análise de sua validade e de sua eficácia³. No plano da validade, verifica-se se há defeito no fato jurídico existente. Não se trata, aqui, de analisar a suficiência do suporte fático (esta análise refere-se ao plano da existência), mas, sim, a sua eventual deficiência⁴.

A invalidade não se confunde com o defeito verificado no fato jurídico. A invalidade é consequência jurídica que decorre da deficiência do suporte fático de um fato jurídico. Perceba-se: o defeito (que pressupõe a existência do fato jurídico) é elemento do suporte de outro fato jurídico cujo efeito mais drástico é a invalidação. A invalidade é sanção, qual seja, a extinção do ato jurídico por causas que lhe são congênicas (anteriores ou contemporâneas à sua formação). Até que seja invalidado, o ato jurídico existe e produz efeitos. É, inclusive, possível que atos jurídicos invalidados produzam efeitos, como ocorre com o casamento putativo. Não vamos, todavia, adentrar esta análise, sob pena de perdermos a linha de raciocínio para a análise do caso que nos foi submetido.

Devemos frisar: *nem todo defeito implica invalidação*. É possível que o ordenamento preveja outras consequências, quer permitindo a convalidação do vício, quer permitindo o aproveitamento do fato deficiente, quer considerando a ausência de prejuízo do defeito.

Não se pode confundir o *defeito* com a *sanção*. Invalidação é a sanção e não o defeito que lhe dá causa. A coação é o defeito; a anulação é a sanção; a incapacidade é o vício, a nulificação, a sanção etc. Não se pode baralhar ato defeituoso com ato inválido; ato defeituoso é o que se vê, ato inválido decorre do reconhecimento do defeito pelo magistrado, com a conseqüente destruição do ato. Nem todo ato defeituoso é inválido (dependerá do vício), embora todo ato inválido seja defeituoso.

Nesse contexto, evidencia-se a natureza da relação entre o fato jurídico e a sua consequência, que, como ensina Marcos Bernardes de Mello, não é de causalidade, mas sim de condicionalidade.

3. No plano da eficácia, por sua vez, investiga-se se o fato jurídico é apto para irradiar os efeitos que lhe são próprios. Como já destacado, o ingresso no mundo jurídico do fato qualifica-o como jurídico, tornando-o apto para produzir efeitos jurídicos. Vale dizer: apenas do fato jurídico decorre a eficácia jurídica. Esta, por sua vez, não se confunde com a eficácia normativa, que é, justamente, a incidência da norma, um *prius* ao fato jurídico.
4. Nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello: “Pode ocorrer que o suporte fático suficientemente formado seja deficiente (a) por lhe faltar algum elemento complementar ou (b) porque algum de seus elementos nucleares seja imperfeito. Enquanto a suficiência do suporte fático se reflete no plano da existência – tendo-se por inexistente, o fato jurídico, quando o suporte fático é insuficiente –, a sua deficiência atua no plano da validade ou da eficácia” (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*, cit., p. 87).

O mesmo, porém, não se passa com a relação existente entre o fato jurídico e sua eficácia, porque esta, embora só possa existir como consequência daquele, não é necessária (unívoca e constante), uma vez que pode não ocorrer. [...] Falta, portanto, à relação *fato jurídico R eficácia* jurídica univocidade e constância, o que é bastante para descaracterizar a relação como de causalidade; define-se ela ao invés como de probabilidade. Não há como negar, porém, a presença de relação de determinação, pois a eficácia jurídica somente pode resultar, necessariamente, de um fato jurídico. Por isso, é de negar exista uma causalidade jurídica (=causalidade na relação fato jurídico/efeito jurídico), devendo-se afirmar que há uma relação de condicionalidade, em que o fato jurídico constitui o *condicionante* (=antecedente) e sua eficácia o *condicionado* (=consequente).⁵

Esta noção é ainda mais patente quando se trata do sistema das invalidades processuais, que é construído para que a invalidação seja a *ultima ratio*, em consonância com os princípios da inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário, da instrumentalidade das formas e da efetiva prestação jurisdicional⁶. O sistema das invalidades processuais é construído para que não haja invalidades⁷.

São regras do sistema das invalidades processuais: **(i)** a invalidade processual tem de ser decretada, e, até que o seja, o ato defeituoso produz efeitos; **(ii)** não se pode decretar a invalidade de qualquer ato processual se não há prejuízo (*pas de nullité sans grief*); **(iii)** somente se deve invalidar um ato do procedimento ou o próprio procedimento acaso não seja possível aproveitá-lo (princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos, cuja manifestação mais evidente é o princípio da fungibilidade); **(iv)** qualquer defeito processual pode ser sanado; **(v)** o regime jurídico das invalidades processuais é

5. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 3 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25. 1ª parte.
6. Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque: “A partir da premissa de que é necessário relativizar o binômio direito e processo, exsurge como consequência inexorável a relativização das nulidades processuais, que passa a ser considerada à luz do princípio da instrumentalidade das formas e do prejuízo (*pas de nullité sans grief*).” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 113).
7. Daí a surpresa de Pontes de Miranda: “O que logo surpreende o leitor do Código de Processo Civil é que, no Título V, onde se trata das nulidades, a lei mais se preocupasse com as regras jurídicas contrárias à nulidade, ou à sua decretação”. (MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. 3, p. 353.)

aplicado, quer para os defeitos do procedimento como um todo (ato jurídico complexo), quer para os atos jurídicos que o compõem; **(vi)** a invalidação do procedimento atinge todos os atos componentes; **(vii)** a invalidação de ato do procedimento determina a invalidação dos que lhe forem subsequentes (regra da causalidade normativa).

Todo ato processual postulatório (que, ressalte-se, se trata de um ato jurídico) está submetido a um juízo de admissibilidade e a um juízo de mérito. No primeiro, analisam-se as questões preliminares ao exame do conteúdo da postulação, o que só é realizado no segundo momento, à luz dos fundamentos trazidos pelo requerente. Assim ocorre com todos os atos processuais postulatórios que compõem o procedimento, como a demanda (como ato jurídico), a contestação, a reconvenção, o pedido de produção de prova e o recurso.

O juízo de admissibilidade opera sobre o plano da validade do ato processual e do procedimento do qual faz parte. É necessário que seja verificada a eventual existência de vício que, por sua gravidade, impede seja apreciado o conteúdo da postulação, após submetida ao contraditório. Assim o é quanto ao exame da admissibilidade do recurso, que, se não admitido, implicará a invalidação (extinção por causa congênita) do procedimento recursal.

Assim, a inadmissibilidade recursal é a sanção de invalidade do ato postulatório e de todo o procedimento recursal (por tratar-se do primeiro dos atos que o compõem). Esta noção é extremamente relevante, já que, com relação à inadmissibilidade, se aplicam todas as regras do regime jurídico das invalidades processuais, ainda que se esteja no âmbito recursal.

Vale dizer: o recurso não é inadmissível *per se*; o defeito não se confunde com a invalidade, como já se disse. *É necessário que a sua inadmissibilidade seja decretada, o que só deve ocorrer se estiver caracterizado o prejuízo da parte contrária e o defeito não puder ser sanado.* Nesse sentido, o princípio da fungibilidade recursal é uma clara manifestação de que o juízo de admissibilidade do recurso é um juízo de validade.

Então.

No caso em análise, ainda que se considere a juntada do voto vencido aos autos como requisito de admissibilidade dos embargos infringentes, *deve-se notar que o defeito foi sanado por determinação do próprio órgão julgador; razão por que a inadmissibilidade recursal não poderia ter sido decretada.*

O nobre Desembargador relator do recurso, ao verificar que o voto divergente não constava nos autos, determinou que se procedesse a sua juntada

antes do juízo de admissibilidade recursal, atendendo, pois, ao dever de prevenção decorrente do princípio da cooperação.

O princípio da cooperação (corolário dos princípios do devido processo legal e da boa-fé processual) impõe que todos os sujeitos processuais, inclusive o magistrado, atuem como agente colaborador do processo, tendo como escopo a efetiva prestação jurisdicional. Dele decorre a necessidade do juiz de adotar uma postura de diálogo entre as partes, por meio do **(i)** dever de esclarecimento; **(ii)** dever de consultar e **(iii)** dever de prevenir.

O dever de prevenção impõe que as partes sejam prevenidas sobre eventuais deficiências (defeitos) de suas postulações. Como se vê, está relacionado à possibilidade de convalidação dos defeitos dos atos postulatórios pelas partes. No direito processual brasileiro, o dever de prevenção está consubstanciado, por exemplo, no art. 284 do CPC, que garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial. Deve o magistrado possibilitar à parte a correção do vício, o que está em consonância com as regras do regime jurídico das invalidades processuais já aqui referidas – corroborando com a ideia de que o juízo de inadmissibilidade é um juízo de validade dos atos processuais.

Verifica-se, também, o dever de prevenção do magistrado no âmbito recursal, que deve possibilitar à parte, desde que possível, a correção de defeitos no instrumento do recurso.

Nesse sentido, é correto o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual a falta de procuração do subscritor do recurso é vício cuja correção deve ser possibilitada ao recorrente, em função do princípio da instrumentalidade das formas e do art. 13 do CPC⁸. Vale dizer: *o STJ já admite o direito de emenda do instrumento recursal, como corolário do princípio da instrumentalidade das formas e do princípio da cooperação, que compõe o conteúdo da cláusula geral da boa-fé*. E mais. Se o defeito na petição não acarretar qualquer prejuízo, não há de decretar-se a sua inadmissibilidade⁹.

8. STJ, 4ª T., REsp n. 912.524/GO, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, j. em 03.05.2007, publicado no DJ de 28.05.2007, p. 369; STJ, 2ª T., REsp n. 322.856/PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, publicado no DJ de 28.06.2004; STJ, Corte Especial, EREsp n. 191.806/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, publicado no DJ de 06.09.1999.

9. Nesse sentido já há decisão do Superior Tribunal de Justiça. É o que se depreende da seguinte ementa de julgado: PROCESSO CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – IRREGULARIDADE NA FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO: AUSÊNCIA DE ASSINATURA NA CÓPIA DO RECURSO ESPECIAL – SUBIDA DO RECURSO – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. 1. As regras processuais têm sido interpretadas com observância aos princípios da instrumentalidade das formas e do prejuízo, os quais têm sido desprezados pelo STJ no trato do agravo de instrumento para fazer subir o recurso especial. 2. Independentemente da razão lógica que orienta esta Corte, no sentido de diminuir o número

No caso em análise, ainda que se considere a não juntada do voto como requisito de admissibilidade dos embargos, é de reconhecer-se que o defeito era passível de ser corrigido pelo próprio órgão jurisdicional. Em verdade, era dever do Poder Judiciário saná-lo, notadamente considerando não ter sido o recorrente quem lhe deu causa. E assim foi feito, por própria determinação do eminente Relator.

Deve-se ressaltar, ainda, que recente alteração do CPC *consagrou expressamente a possibilidade de correção de vícios em instância recursal*. Cuida-se do § 4º do art. 515 do CPC, cuja interpretação deve ser estendida, quando possível, para abranger o julgamento das demais modalidades recursais. E mais. Em consonância com o sistema das invalidades processuais do CPC, a sua interpretação deve abranger a possibilidade de correção dos defeitos do próprio procedimento recursal (e, logo, do seu ato postulatório inicial) – consagrando, portanto, o direito de emenda da petição recursal, e não apenas de vícios verificados no procedimento na instância *a quo*.

Note-se, por sua vez, que só deve o Tribunal determinar a correção do vício, nos termos do referido dispositivo, para o caso de o defeito já não ter sido convalidado ou o ato não ter atingido a sua finalidade. Em outras palavras, o dispositivo somente se aplica para sanar vícios, não incidindo quando o vício já tiver sido convalidado ou atingida a finalidade do ato, já que, nestas hipóteses, a sanção da invalidade, de qual forma, não deve ser aplicada.

Nesse sentido, afirma Leonardo José Carneiro da Cunha:

[...] o § 4º do art. 515 do CPC não se aplica se o vício já tiver sido convalidado pela preclusão ou sanado pelo atingimento da finalidade ou pela ausência de prejuízo. Não havendo sanação do vício, e sendo possível obtê-la pela prática ou renovação do ato, deve, então, o tribunal, em vez de anulá-lo, aplicar o referido dispositivo, ordenando seja o ato praticado ou renovado, obtendo-se, assim, sua sanação.¹⁰

de recursos e viabilizar a racionalização do seu funcionamento, considero desigual o tratamento pretoriano que tem sido dado ao agravo de instrumento.³ Apesar da irregularidade na juntada de peças em cópias sem assinatura, inexistente prejuízo se determinada a subida do especial, uma vez que o juízo de admissibilidade poderá ser revisto, deixando de ser conhecido o especial se a petição original não contiver assinatura do advogado.⁴ Nessa mesma linha de raciocínio decidi a Segunda Turma no julgamento do Agravo Regimental no AG 680.480/SP.⁵ Agravo regimental provido para dar provimento ao agravo de instrumento. (STJ, 2ª T., AgRg no Ag n. 688.689/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, j. em 27.06.2006, publicado no DJ de 01.08.2006, p. 406.)

10. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal (o § 4º do art. 515 do CPC)*. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. In: Estudo em homenagem à

Ora, sanado o vício, deixou de configurar-se o binômio defeito-prejuízo (caso se admita que ele existisse antes) que compõe o fato gerador da invalidade processual (consequência jurídica). Vale dizer: *no momento que foi realizado o juízo negativo de admissibilidade dos embargos, não mais existia o defeito.*

A correção do vício não poderia ter sido ignorada pelo magistrado a quem cabe levar em consideração os fatos supervenientes à propositura da demanda ou à interposição do recurso (que é também exercício do direito de ação), nos termos do art. 462 do CPC¹¹. Este dispositivo consagra a regra segundo a qual a decisão deve refletir o estado de fato e de direito existente no momento da sua decisão, e não aquele do momento da postulação.

Ora, sobre o art. 462 do CPC, devemos tecer as seguintes considerações. **Primeiro**, ele não se aplica apenas à sentença em correlação com a demanda inicial, nada obstante a sua literalidade, mas pode e deve ser aplicado no julgamento dos recursos, por exemplo. Em verdade, onde se lê sentença, deve-se ler decisão em sentido lato. **Segundo**, o dispositivo autoriza que seja levado em consideração todo fato superveniente que possa interferir no julgamento da causa, inclusive para impedir o juízo negativo de admissibilidade, em consonância com as regras do regime jurídico das invalidades processuais.

Em síntese: **(i)** o juízo de admissibilidade do recurso é um juízo de validade do ato postulatório e do procedimento que lhe é decorrente, razão por que se aplicam todas as regras do sistema das invalidades processuais; **(ii)** a invalidade é consequência jurídica do binômio defeito e prejuízo e deve ser *decretada*; **(iii)** nem todo defeito conduzirá à decretação de invalidade do ato processual; **(iv)** no caso, ainda que se considere a existência de eventual defeito no instrumento recursal, teria ocorrido a sua convalidação, por assim ter determinado o próprio Desembargador Relator, em atendimento, inclusive, ao princípio da cooperação; **(v)** sanado o vício, não se poderia decretar a inadmissibilidade do recurso, já que toda decisão deve refletir o estado no momento de sua prolação (art. 462 do CPC).

Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Cerqueira de; Luiz Manoel Gomes Júnior (coords.) São Paulo: 2008, p. 764.

11. Como afirma José Rogério Cruz e Tucci: “O processo – direção no movimento – consubstancia-se então em um instituto essencialmente dinâmico, e, por isso, durante o seu curso, a realidade fática levada pelos litigantes à cognição judicial pode sofrer profunda alteração, chegando até mesmo a influenciar o resultado da controvérsia.” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 3ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 202).

4. O COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DO ÓRGÃO JURISDI- CIONAL. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ PROCESSUAL E DA CONFIANÇA

Ainda que se considere que a juntada do voto divergente aos autos é requisito de admissibilidade dos embargos infringentes, deve-se atentar que a correção do vício foi determinada pelo próprio órgão jurisdicional, razão por que a posterior decisão de inadmissibilidade do recurso *violou o princípio da boa-fé, sob o prisma da proibição do comportamento contraditório*, cujo valor é informado pelo princípio da confiança.

Com efeito, a noção jurídica da boa-fé reflete, entre nós, duas acepções – uma subjetiva, outra objetiva – que são comunicáveis entre si. A boa-fé subjetiva traduz o estado psicológico de crença do indivíduo na legitimidade da situação fática que lhe é apresentada. A boa-fé objetiva (“Treu und Glauben”) é princípio que impõe regras de conduta, em consonância com os padrões éticos consagrados em dado tempo e espaço. Vale dizer: a boa-fé subjetiva é pressuposto fático; a boa-fé objetiva é norma. Trata-se, esta última, da cláusula geral de boa-fé, norma de conduta de conteúdo aberto, que decorre, inclusive, do princípio da solidariedade, em sua perspectiva humanitária. Vale dizer: como cláusula geral, o seu conteúdo semântico e as consequências serão determinados no caso concreto.

Nada obstante a sua indeterminação semântica¹², Menezes Cordeiro acentua a duplicidade intrínseca do conteúdo da boa-fé objetiva, em sua delimitação positiva, composta pelos princípios da confiança e da materialidade da regulação jurídica¹³.

Assim, o princípio da confiança é parte do conteúdo substancial da boa-fé e legitima o reconhecimento e a tutela da situação “em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas”¹⁴.

12. Sobre a indeterminação semântica do conteúdo da boa-fé, Nelson Rosenthal: “A boa-fé é, portanto, adaptável e proteiforme, uma vez que o seu conteúdo será inferido por juízos valorativos animados pelo tempo, espaços e pessoas que figuram na relação. Esse juízo parte da aferição do setor social a que correspondem os participantes da relação, os seus usos e concepções cristalizadas no tráfico jurídico. Com base nessas referências, será possível verificar a compatibilidade entre a atuação humana e concreta e as supremas exigências de justiça.” (ROSENTHAL, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 82.)

13. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Ed. Almedina, 2001. p. 1234 e seq.

14. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*, cit., p. 1.234.

Como bem observa Anderson Schreiber, a valorização jurídica contemporânea da confiança é expressão da solidarização social humanitária. Com efeito, após a concepção liberal oitocentista – consagrando a máxima relevância à vontade individual – e a posterior fragilização do ser humano no século XX, a racionalidade contemporânea buscou a proteção da dignidade humana, não mais sob a ótica individualista liberal, e sim à luz da noção de solidariedade. Não se trata, porém, de uma solidariedade coletivista, mas humanitária, já que tem como fim o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, contextualizados no grupo, e não deste em si mesmo¹⁵. A racionalidade jurídica solidária decorre da própria pluralidade social e jurídica, não aceitando a concepção de um indivíduo descontextualizado¹⁶.

O Direito deixa de centralizar a sua atenção na conduta humana, para considerar os seus reflexos fáticos no espaço jurídico do outro, enfatizando-se, em outra perspectiva, o caráter teleológico do sistema. Consagra-se, então, o princípio geral de cooperação e lealdade recíproca entre as partes, em decorrência na nova perspectiva da dignidade humana – informada pela solidariedade – na qual cada indivíduo é responsável pela conservação da dignidade do outro, impondo-se “sobre todos o dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro”¹⁷.

Nesse contexto, resgata-se a proibição do *venire contra factum proprium* (a proibição de comportamento contraditório), cujo valor é inspirado proteção da confiança nas relações pessoais e que, portanto, tem como fundamento a cláusula geral de boa-fé. Como ensina Anderson Schreiber, a proibição do comportamento contraditório não visa apenas à manutenção da coerência, mas notadamente proteger a situação de confiança despertada no outro.

De fato, a proibição de comportamento contraditório não tem por fim a manutenção de coerência por si só, mas afigura-se razoável apenas quando e na medida em que a incoerência, a contradição aos próprios atos, possa violar expectativas despertadas em outrem e assim causar-lhes prejuízo. Mais que contra a simples coerência, atenta o *venire contra factum proprium* à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não

15. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Editora Renovar, 2005, p. 39-55.

16. ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*, cit., p. 174.

17. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 47-56 e 89.

contrariado. Ausentes tais expectativas, ausente tal atentado à legítima confiança capaz de gerar prejuízo a outrem, não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência com um comportamento anterior.¹⁸

A incoerência de comportamento ganha relevância jurídica quando ofende expectativas legítimas criadas em outrem por força da conduta anterior.

A boa-fé objetiva extrapolou o âmbito do direito civil para orientar os demais ramos do direito, dentre os quais o direito processual civil. Fala-se, então, em uma cláusula geral da boa-fé processual, positivada no inciso II, do art. 14, do CPC. São destinatários da norma todos os sujeitos do processo, inclusive o órgão jurisdicional. *Todo devem atuar* em consonância com as normas de condutas decorrentes da boa-fé objetiva.

Nesse contexto, o princípio da cooperação e o princípio que veda o *venire contra factum proprium*, decorrente do princípio da confiança, relacionam-se na medida em que compõem o conteúdo da cláusula geral da proteção da boa-fé objetiva na relação jurídica processual. A boa-fé objetiva é norma de conduta que *colore e qualifica* o contraditório. A proibição de comportar-se contrariamente a comportamento anterior é uma de suas nuances e abrange todos os sujeitos processuais, inclusive o Estado-juiz.

A proibição da incoerência comportamental no processo está relacionada com o instituto da preclusão lógica, que consiste na perda de poder processual por se ter praticado ato incompatível com seu exercício. Nesse sentido, há também preclusão lógica com relação ao magistrado, como consequência do primeiro ato processual praticado.

Explique-se.

Ao praticar um ato processual, criando expectativas legítimas na partes – ou em alguma delas –, o órgão jurisdicional perde o poder de praticar outro ato que lhe seja incompatível. Há, portanto, preclusão lógica. Note-se que o segundo ato, em princípio, seria lícito; a sua ilicitude decorre da violação do princípio da lealdade processual, por frustrar a confiança depositada na parte por força do comportamento anterior.

Pois bem.

18. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, cit., p. 90.

No caso em análise, quando o eminente Desembargador Relator determinou que o voto vencido fosse juntado aos autos, para que, assim, fosse sanado o vício (se admitido como existente) do ato postulatório e do procedimento recursal, criou expectativas legítimas na recorrente de que a invalidade (sanção) não seria decretada, uma vez sanado o suposto defeito. A decisão de inadmissibilidade do recurso foi, portanto, comportamento incoerente do órgão jurisdicional com o primeiro (*factum proprium*), violando a situação de confiança da parte.

Consoante notícia Menezes Cordeiro, a tutela jurídica da confiança exige os seguintes fatores: a) situação de confiança conforme o sistema e traduzida na boa-fé subjetiva; b) justificação à confiança, identificada pela presença de elementos objetivos que provoquem a crença plausível; c) investimento da confiança, como o exercício de atividades jurídicas sob a crença da confiança, d) a imputação da situação de confiança à pessoa que será atingida pela proteção ao confiante.¹⁹

Este era o caso dos autos: considerando o comportamento anterior do órgão jurisdicional determinando que fosse juntado o voto divergente para corrigir eventual vício existente (justificação e imputação da confiança), a recorrente criou expectativas legítimas de que, ainda que se considerasse a não juntada do voto como requisito de admissibilidade, a invalidade não seria decretada, para que o conteúdo da postulação fosse apreciado. Surpreendeu-se, portanto, quando da prolação de uma decisão não admitindo o recurso, sem levar em consideração o fato superveniente (a convalidação do vício) resultante do primeiro comportamento do próprio órgão jurisdicional.

Ora, como já ressaltado, a inadmissibilidade não é consequência infalível de eventual defeito no ato postulatório (e no procedimento). Por isso, já se admite a possibilidade de correção de vício do instrumento recursal, quer pela própria parte (direito de emenda), quer pelo próprio órgão jurisdicional (como foi o caso dos autos). Se o Estado-juiz corrige, ele próprio, o defeito existente, o juízo negativo de admissibilidade sob o fundamento do vício já corrigido passa a ser comportamento ilícito (ainda que se ultrapassem os argumentos anteriores), já que contraditório. Houve, aí, preclusão lógica.

Resta, portanto, patente que o comportamento do órgão julgador não observou o princípio da boa-fé processual, decorrência do devido processo legal e expressamente previsto no inciso II do art. 14 do CPC.

19. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 52.

5. CONCLUSÕES

Após a análise do caso que nos foi submetido, chegamos às seguintes conclusões:

- (i) A juntada do voto divergente não é requisito de admissibilidade dos embargos infringentes, e a sua não realização no momento da interposição do recurso não pode ser suportada pela parte, notadamente considerando que a prática do ato não lhe cabia.
- (ii) O juízo de admissibilidade do recurso é um juízo de validade do ato postulatório e do procedimento do qual faz parte, de forma que, quanto a ele, se aplicam todas as normas do regime das invalidades processuais. Daí por que a inadmissibilidade do recurso não poder ser decretada se inexistir prejuízo ou se o defeito já tiver sido corrigido, como foi o caso dos autos.
- (iii) Dessa forma, ainda que se considere a juntada do voto divergente como requisito de admissibilidade dos embargos infringentes, o defeito do ato postulatório (recurso) teria sido sanado antes da decisão de inadmissibilidade, que deixou de considerar o fato superveniente ao momento da postulação (art. 462 do CPC).
- (iv) A convalidação do defeito por determinação do próprio órgão jurisdicional criou expectativa legítima no recorrente de que o recurso seria admitido, caso houvesse a correção do suposto defeito. A decisão que não admitiu os embargos infringentes se caracterizou como comportamento contraditório à primeira conduta do órgão julgador, violando o princípio da boa-fé, sob o prisma da proibição do comportamento contraditório, cujo valor é informado pelo princípio da confiança.
- (v) Concluimos que os embargos infringentes interpostos nos autos da apelação cível n. XXXX devem, por tais razões, ser conhecidos, devendo, assim, ser acolhido o agravo regimental interposto, a fim de que o mérito do recurso principal seja devidamente apreciado pela Seção Cível de Direito Público do TJ-BA.

É o parecer.

Cidade do Salvador, Bahia, em 09 de novembro de 2009.