

Estratégias Processuais na Advocacia Empresarial

Coordenadores

Carlos Alberto Carmona e
Sidnei Amendoeira Jr.

Autores

André de Albuquerque Cavalcanti Abbud
Carlos Alberto Carmona
Daniela Monteiro Gabbay
Eduardo de Albuquerque Parente
Fernando da Fonseca Gajardoni
Fernão Borba Franco
Heitor Vitor Mendonça Sica
Luis Guilherme Aidar Bondioli
Rafael Francisco Alves
Rogério Ives Braghittoni
Sidnei Amendoeira Jr.
Susana Henriques da Costa

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [Le Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [Le Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [LeLivros.Net](#) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.



série **GVlaw**

Carlos Alberto Carmona
Sidnei Amendoeira Junior
Coordenadores

DIREITO, GESTÃO E PRÁTICA

Estratégias Processuais na
Advocacia Empresarial

André de Albuquerque Cavalcanti Abbud
Carlos Alberto Carmona
Daniela Monteiro Gabbay
Eduardo de Albuquerque Parente
Fernando da Fonseca Gajardoni
Fernão Borba Franco
Heitor Vitor Mendonça Sica
Luis Guilherme Aidar Bondioli
Rafael Francisco Alves
Rogério Ives Braghittoni
Sidnei Amendoeira Jr.
Susana Henriques da Costa

2011





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a
6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-
4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax:
(71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax:
(14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
– Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone:
(61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-
2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL / MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

Estratégias processuais na advocacia empresarial

/

coordenadores Sidnei
Amendoeira Junior e
Carlos Alberto Carmona.

– São Paulo :

Saraiva, 2011. – (Série
GVlaw)

Vários autores.

Bibliografia.

1. Direito empresarial -
Legislação - Brasil

I. Amendoeira Junior,

Sidnei. II. Carmona,
Carlos
Alberto. III. Série.
10-07838 CDU-
34:338.93(81)

Índice para catálogo sistemático:
1. Brasil : Direito empresarial 34:338.93(81)

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia

Gerente de produção editorial Lígia Alves

Editora Manuella Santos de Castro

Assistente editorial Aline Darcy Flor de Souza

Assistente de produção editorial Clarissa Boraschi Maria

Arte e diagramação Know-how Editorial

Serviços editoriais Ana Paula Mazzoco / Carla Cristina Marques

Produção gráfica Marli Rampim

Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 1º-12-2010

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Aos alunos do *GVlaw*.

APRESENTAÇÃO

A FGV é formada por diferentes centros de ensino e pesquisa com um único objetivo: ampliar as fronteiras do conhecimento, produzir e transmitir ideias, dados e informações, de modo a contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país e sua inserção no cenário internacional.

Fundada em 2002, a Escola de Direito de São Paulo privilegiou um projeto diferenciado dos currículos tradicionais das faculdades de direito, com o intuito de ampliar as habilidades dos alunos para além da técnica jurídica. Trata-se de uma necessidade contemporânea para atuar em um mundo globalizado, que exige novos serviços e a interface de diversas disciplinas na resolução de problemas complexos.

Para tanto, a Escola de Direito de São Paulo optou pela dedicação do professor e do aluno em tempo integral, pela grade curricular interdisciplinar, pelas novas metodologias de ensino e pela ênfase em pesquisa e publicação. Essas são as propostas básicas indispensáveis à formação de um profissional e de uma ciência jurídica à altura das demandas contemporâneas.

No âmbito do programa de pós-graduação *lato sensu*, o *GVlaw*, programa de especialização em direito da Escola de Direito de São Paulo, tem por finalidade estender a metodologia e a proposta inovadoras da graduação para os profissionais já atuantes no mercado. Com pouco tempo de existência, a unidade já se impõe no cenário jurídico nacional através de duas dezenas de cursos de especialização, corporativos e de educação continuada. Com a presente *Série GVlaw*, o programa espera difundir seu magistério, conhecimento e suas conquistas.

Todos os livros da série são escritos por professores do *GVlaw*, profissionais de reconhecida competência acadêmica e prática, o que torna possível atender às demandas do mercado, tendo como suporte sólida fundamentação teórica.

O *GVlaw* espera, com essa iniciativa, oferecer a estudantes, advogados e demais profissionais interessados insumos que, agregados às suas práticas, possam contribuir para sua especialização, atualização e reflexão crítica.

Leandro Silveira Pereira
Diretor Executivo do *GVlaw*

PREFÁCIO

A ideia de um curso sobre processo e estratégia começou em 2005, quando Rafael Francisco Alves, então jovem mestrando sob minha orientação, convidou-me para ministrar uma palestra na Fundação Getúlio Vargas com este rótulo sugestivo: “*O processo civil e a advocacia empresarial – Pensando o processo estrategicamente*”. A palestra, ministrada em 24 de novembro de 2005, foi o embrião de um curso de sucesso que tomou forma no ano seguinte no âmbito do *GVlaw* (Escola de Direito de São Paulo – Fundação Getúlio Vargas) sob o título de “*Estratégias processuais na advocacia empresarial*”.

O objetivo do curso era ambicioso, pois procurava explorar tema tipicamente processual sob ângulo novo, qual seja, o das escolhas que o advogado pode – e precisa! – fazer quando está envolvido em demandas empresariais. Sob tal viés, a técnica deveria ser explorada a serviço da parte, deixando-se para segundo plano a percepção mais comum, a de instrumentalização do direito material. Uma visão nova para um tema velho: eis o desafio.

O ponto de partida dessa caminhada estratégica foi a crise do processo e a crise do Poder Judiciário. A conscientização de que o processo não oferece mais as tutelas adequadas para os pleitos empresariais leva naturalmente à necessidade de o advogado estar informado sobre as alternativas ao processo estatal, visualizando um largo horizonte de escolhas (típico de um sistema *multiportas*, que paulatinamente vai empolgando os brasileiros). Assim, negociação, mediação, conciliação, opinião neutra de terceiro, *mini-trial*, arbitragem, tudo isso deve fazer parte do dia a dia do advogado que se prepara para enfrentar litígios ligados à empresa, aos negócios, à sociedade e aos seus sócios.

O operador do direito precisa tomar exata consciência dos problemas que enfrentará, se optar pela via judicial (estatal, portanto): sistema processual envelhecido, falta de estrutura dos cartórios, falta de agilidade, falta de vontade e de estímulo dos serventuários, demora insuportável na outorga da tutela jurisdicional. A conscientização do profissional sobre esses problemas pode ser útil no momento de escolher o melhor foro para sua batalha: qual o tribunal mais conservador? Qual o tribunal mais rápido? Onde a tese a ser defendida poderá ter maior chance de sucesso? Embora nosso país não seja exatamente uma federação, as diversas justiças estaduais têm características que precisam ser conhecidas e exploradas, vertente que o Curso resolveu explorar.

A crise do Poder Judiciário, por outro lado, dá margem a uma série importante de discussões, já que o advogado precisa conhecer os problemas

decorrentes da falta de preparo adequado dos juizes para lidar com certas controvérsias, diminuindo suas expectativas quanto à provável qualidade da decisão. É inútil reclamar que os juizes estatais não estão prontos para lidar com demandas comerciais internacionais ou com intrincadas questões de direito societário. Na minha visão, poucos são os juizes (no Brasil ou em qualquer país, ainda que desenvolvido) preparados para lidar com questões pontuais e sofisticadas de direito comercial ou empresarial. Os juizes são generalistas (se não forem, dificilmente ingressarão na magistratura!), e é preciso encontrar o interlocutor adequado para cada controvérsia (de novo, vem à baila o sistema *multiportas*).

O papel do profissional do direito, por outro lado, mudou nas últimas décadas. Exige-se dele mais preparo, mais agilidade, mais flexibilidade. Hoje os clientes querem ler as petições, querem acompanhar *on-line* o andamento dos processos, querem explicações sobre as escolhas e as táticas. Foi-se o tempo em que os clientes aguardavam pacientemente relatórios pró-forma e pouco reveladores da real atividade do advogado!

Essa mudança de atitude dos clientes tem consequências: muitas vezes o advogado esquece quem é o destinatário das suas petições (o juiz!) e passa a escrever verdadeiros romances, que podem agradar o contratante, mas são inúteis para o julgador. As petições iniciais passam a ostentar citações inúteis, referências de acórdãos desnecessárias, doutrina fora de lugar, tudo isso em prejuízo da técnica e da efetividade do processo. O Curso propôs-se, por isso mesmo, a revisitar a técnica da petição inicial, das defesas do réu, da produção de provas, dos recursos, entre tantos outros temas técnicos que podem – e devem – ser estudados com um novo olhar.

A análise do papel do advogado interno das empresas foi outro ponto importante nesta excursão pelas estratégias do processo. Quantas vezes a sociedade vê-se diante da escolha entre ter um departamento jurídico próprio e terceirizar a atividade contenciosa. As duas escolhas têm prós e contras e tudo isso precisa ser bem sopesado, levando em consideração custos e oportunidades.

Se a escolha for terceirizar, o advogado interno precisa capacitar-se para ser um bom interlocutor dos advogados contratados, já que assumirá a posição de gestor de orçamento e de processos. Nesse ponto, apesar de não ser um advogado em linha de frente nas batalhas judiciais ou arbitrais, caberá a ele municiar seus contratados, apresentando os documentos necessários em tempo adequado. Para isso, precisa entender o andamento do processo e seus trâmites: o Curso preocupou-se, portanto, em explorar, de forma crítica e dinâmica, os problemas mais sensíveis do processo e dos procedimentos, desde a petição inicial e as defesas do réu, até os problemas ligados à execução e à recuperação judicial.

Diante da complexidade dos contratos, uma nova tendência começa a aparecer e precisa ser estimulada: a participação dos advogados ligados ao contencioso na redação dos contratos. Os contratos podem constituir títulos executivos extrajudiciais, razão pela qual o profissional que será encarregado de executá-lo em juízo será o mais indicado para sublinhar a necessidade de que estejam refletidas no título a certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação; da mesma forma, a contratação de garantias reais ou fidejussórias formará título executivo, sendo importante que o advogado de contencioso esteja presente para melhor adequar os termos do contrato às necessidades eventuais e futuras de um processo executivo. Também a eleição de foro e a redação da cláusula compromissória ficarão a cargo do profissional mais gabaritado para compreender as consequências do que está sendo escrito e produzir efeitos no momento em que as relações entre as partes *azedar*. A presença de um profissional informado certamente garantirá que não sejam redigidas “*midnight clauses*” (cláusulas da meia-noite, ou seja, cláusulas redigidas sem cuidado por conta da exaustão dos contratantes que julgam os temas respectivos de menor importância).

Os pareceres, as sustentações orais e a apresentação de memoriais também fazem parte das escolhas que o advogado deve estar pronto para fazer (ou para orientar seu cliente a fazer). Tudo isso significa investimento, e tal investimento, quando realizado, precisa ser bem aproveitado. É preciso, portanto, compreender quem e quando contratar para a prática de algum desses atos, lembrando que a paciência dos juizes e dos árbitros é sempre muito limitada: tem melhores chances, quem escreve pouco e diz muito!

Como se vê, o ponto de partida do Curso montado a partir de 2006 é um verdadeiro alerta para os advogados: diante de tantas técnicas novas, perspectivas de um novo Código de Processo Civil, avanço do processo eletrônico, implantação da cultura da arbitragem no país, desenvolvimento dos processos coletivos e de massa, é preciso reestudar o processo civil, de modo que os problemas técnicos sejam reavaliados sob uma nova perspectiva, a serviço do advogado.

Esta é a proposta ambiciosa do Curso. E aqui estão, reunidos neste volume, alguns dos textos utilizados com a finalidade de alertar nossos alunos (em verdade nossos colegas!), provocando debate e reflexão.

Espero que o leitor aceite as provocações!

São Paulo, setembro de 2010.

Carlos Alberto Carmona

Professor doutor do Departamento de Direito Processual da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo – USP.
Coordenador do curso “Estratégias Processuais na Advocacia
Empresarial” do *GVlaw*.

SUMÁRIO

Apresentação

Prefácio

1 PETIÇÃO INICIAL

Carlos Alberto Carmona

1.1 O roteiro estabelecido pelo art. 282 do Código de Processo Civil

1.2 Indicação do juiz ou do tribunal

1.3 Qualificação das partes

1.4 Estado civil

1.5 Falta de elementos para qualificação do réu

1.6 Os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido

1.7 O pedido

1.8 Pedido genérico

1.9 Pedido genérico e dano moral

1.10 Pedido cominatório

1.11 Pedido alternativo

1.12 Pedido subsidiário

1.13 Pedidos implícitos

1.14 Valor da causa

1.15 Indicação de provas

1.16 Requerimento para a citação do réu

1.17 Conclusão

Referências

2 ESTRATÉGIAS PROCESSUAIS NA ADVOCACIA EMPRESARIAL: O USO ESTRATÉGICO DA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

Sidnei Amendoeira Jr.

2.1 Introdução

2.2 Liquidação: determinar objeto da obrigação?

2.3 Liquidação: fase ou ação?

2.4 Liquidação e rito sumário

2.5 Liquidação por iniciativa do devedor

2.6 Espécies de liquidação

2.7 Condenação em honorários na liquidação

2.8 Caso prático envolvendo a liquidação

Referências

3 O ACORDO DE ACIONISTAS E SUA EXECUÇÃO ESPECÍFICA

André de Albuquerque Cavalcanti Abbud

3.1 Introdução

3.2 O acordo de acionistas: funções e objetos

3.3 Eficácia material dos acordos de acionistas: caracteres e limites

3.4 Execução específica dos acordos de acionistas

3.4.1 Execução dos acordos de bloqueio

3.4.2 Execução dos acordos de voto

3.5 Conclusão

Referências

4 AÇÕES COLETIVAS E CONTENCIOSO DE MASSA: O CASO DA TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA DA TELEFONIA FIXA

Daniela Monteiro Gabbay

4.1 O caso

4.2 Coisa julgada coletiva

4.3 Relação entre demandas individuais e coletivas

4.4 Desdobramentos do caso no Superior Tribunal de Justiça

Referências

5 O USO ESTRATÉGICO DA JURISPRUDÊNCIA NA ADVOCACIA EMPRESARIAL

Eduardo de Albuquerque Parente

5.1 Introdução

5.2 Visão geral sobre os precedentes

5.3 A uniformização do direito aplicado

5.4 Súmulas lato sensu

5.5 A prática dos precedentes

5.5.1 Situação-problema I

5.5.2 Situação-problema II

5.5.3 Situação-problema III

5.6 Conclusão

Referências

6 PROCESSO E PROCEDIMENTO: UMA VISÃO ESTRATÉGICA

Fernando da Fonseca Gajardoni

6.1 Um caso prático

6.2 Problematização

6.3 Distinção entre processo e procedimento

6.4 Voltando ao caso prático

6.4.1 O fator custas e despesas processuais

6.4.1.1 Justiça gratuita à pessoa jurídica

6.4.1.2 Inversão do ônus da prova e do custo da prova

6.4.1.3 Ação monitória

6.4.1.4 A viabilidade da execução futura

6.4.2 O fator tempo

6.4.3 Competência

6.4.4 Defesa

6.4.5 Recursos

6.5 Faculdade na escolha do processo e do procedimento

6.5.1 Eleição do processo

6.5.2 Eleição do procedimento

Referências

7 PARTES E INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Fernão Borba Franco

7.1 Partes e terceiros

7.2 Litisconsórcio

7.3 Assistência

7.4 Oposição

7.5 Nomeação à autoria

7.6 Chamamento ao processo

7.7 Denúnciação da lide

7.8 Amicus curiae

7.9 Questões práticas – intervenção de terceiros

7.9.1 Primeira questão

7.9.2 Segunda questão

Referências

8 REVISITANDO O SISTEMA DE INVALIDADES PROCESSUAIS E DE PRECLUSÕES

Heitor Vítor Mendonça Sica

8.1 Premissa: as diferenças entre as posições jurídicas do juiz e das

partes na relação processual

8.2 Sistema de invalidades processuais, para as partes e para o juiz

8.3 Sistema de preclusões, para as partes e para o juiz

8.4 Vícios nem sempre levam à decretação de nulidade ou inadmissibilidade

8.5 Atos juridicamente inexistentes, inválidos, nulos, anuláveis e ineficazes

8.6 Estudo de caso

8.6.1 Histórico dos fatos

8.6.2 Orientações e questões a serem propostas

Referências

9 SENTENÇA E COISA JULGADA: SEGURANÇA NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

Luis Guilherme Aidar Bondioli

9.1 Apresentação

9.2 Situação-problema I

9.2.1 Narrativa

9.2.2 Problematização

9.2.3 Contextualização

9.2.4 Estratégias

9.3 Situação-problema II

9.3.1 Narrativas

9.3.1.1 Narrativa I

9.3.1.2 Narrativa II

9.3.2 Problematização

9.3.3 Contextualização

9.3.4 Estratégias

9.4 Mecanismos de ataque à coisa julgada

9.4.1 Introdução

9.4.2 Problematização

9.4.3 Contextualização

9.4.4 Estratégias

9.5 Conclusão

Referências

10 ESTRATÉGIAS NA ESCOLHA E NA UTILIZAÇÃO DE MEIOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EMPRESARIAIS

Rafael Francisco Alves

10.1 Introdução

10.2 Uma situação-problema

10.2.1 Narrativa

10.2.2 Problematização e contextualização

10.3 Estratégias na escolha e na utilização dos meios de composição

10.3.1 A adequada compreensão do conflito

10.3.2 A identificação da técnica mais adequada para a resolução do conflito

10.3.2.1 Escolha de técnicas compositivas

10.3.2.2 A caracterização das técnicas compositivas

10.3.2.3 A correspondência entre técnicas, tipos de conflitos e objetivos das partes

10.3.2.4 O convencimento da parte adversa e de seu advogado

10.3.3 O manejo adequado da técnica compositiva escolhida

10.4 Conclusão

Referências

II COMO ESCOLHER AS TUTELAS DE URGÊNCIA EM DISPUTAS EMPRESARIAIS?

Rogério Ives Braghittoni

11.1 Introdução

11.2 Caso prático

11.3 Problematização

11.4 Contextualização

11.5 Estratégia

11.6 Conclusão

Referências

12 COMO LIDAR COM OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL?

Susana Henriques da Costa

12.1 Introdução

12.2 A efetividade do processo e as estratégias processuais

12.3 As condições da ação

12.3.1 Conceito

12.3.2 Análise do caso

12.4 Os pressupostos processuais

12.4.1 Conceito

12.4.2 Análise de caso

12.5 Conclusão

Referências

1 PETIÇÃO INICIAL

Carlos Alberto Carmona

Coordenador e professor do programa de educação continuada e especialização em Direito – GVlaw; professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP e da faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie entre 1986 a 2006; advogado.

1.1 O roteiro estabelecido pelo art. 282 do Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil de 1973, preocupado em definir e organizar, estabeleceu contornos rígidos, rigorosos e formais para a elaboração da petição inicial, peça com que o autor intenta a demanda, provocando a função jurisdicional. A verdadeira cartilha constante do art. 282 correspondia – nos idos de 1973, vale lembrar – a um pesado roteiro que se impunha ao advogado no momento de redigir a primeira peça do processo (*peça exordial*, *querem uns, libelo*, preferem outros, *peça preambular*, arriscam alguns): ai daquele que resolvesse improvisar, fugindo da moldura austera da lei!¹

Não que o legislador de 1973 tenha sido criativo: em 1939 o codificador adotou os mesmos sete pontos cabalisticamente distribuídos nos incisos do art. 158 do Código de Processo de então, art. 282 do Código de hoje, exigindo que o autor explicitasse o juiz a quem era dirigida a peça, declinasse a qualificação das partes, expusesse os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, formulasse o pedido com todas as suas especificações, indicasse os meios de prova de que pretendia dispor, requeresse a citação do réu e atribuisse valor à causa.²

É preciso verificar, entrado o terceiro milênio (e passadas três décadas desde a edição do Código de Processo Civil vigente), até que ponto ainda é necessário seguir estritamente o modelo apresentado pelo legislador de 1939, atualizado pelo codificador de 1973. Uma leitura sistemática do Código certamente servirá para depurar o que vem disposto no art. 282, de tal sorte que me proponho a lançar algumas provocações para meditação do leitor.

1.2 Indicação do juiz ou do tribunal

O art. 282 principia afirmando que o autor *indicará* (note-se o tempo verbal usado no dispositivo legal – futuro do presente do indicativo – prenunciando comando, exortação)³ o juiz a que a petição inicial é dirigida. Mau começo: o autor não pode fazer tal indicação, ou pelo menos não pode fazer tal indicação nas comarcas onde houver mais de um magistrado com a mesma competência material, eis que o critério de distribuição (aleatório) exigirá sorteio do magistrado a quem caberá capitanear a causa. Dito de outro modo: *juiz* e *juízo* não se confundem, sendo possível indicar (e ainda assim programaticamente) o juízo a quem o autor se dirigirá, mas não o juiz. Juízo – ensina a boa doutrina – “tem significado de órgão judiciário” (DINAMARCO, 2000, p. 136-231, esp. 185), de tal sorte que numa mesma comarca pode haver diversos juízos de espécies diferentes (ou seja, de competência material diversa). Um juízo abrange, portanto, além do próprio magistrado (que o dirige), um conjunto de pessoas (funcionários) que efetivam os trabalhos de desenvolvimento do processo⁴, de sorte que o legislador disse mais do que devia ao determinar que o autor indicasse na peça inicial o *juiz* a quem a petição é dirigida: quando muito, poderá o autor afirmar que está dirigindo a um juízo de família, a um juízo cível, a um juízo de registros públicos (e ainda assim, repito, programaticamente, já que o autor não saberá a qual dos diversos juízos cíveis tocará o julgamento da causa). Seja como for, o autor não se dirigirá a um juiz.

Se o autor não pode indicar desde logo o juiz a quem dirige sua petição, o mesmo não se pode dizer do tribunal: sendo originalmente competente um tribunal, caberá ao autor, desde logo, endereçar corretamente sua demanda à corte competente, o que não acarreta maior dificuldade.

Qual a consequência decorrente de errôneo endereçamento? Em relação ao deferimento da inicial, nenhuma: o juiz incompetente por matéria ou por função limitar-se-á a remeter a peça ao juízo competente, que dará sequência normal ao processo. O mesmo pode ser dito se o autor, por lapso, referir-se a um órgão jurisdicional inexistente (uma *Junta de Conciliação e Julgamento*, um *Juízo de Direito Federal*), pois seria excesso inaceitável de formalismo permitir-se ao magistrado extinguir o feito por inexistir na organização judiciária brasileira o órgão a que se dirige o autor.

Neste passo cumpre destacar ocorrência comum na comarca de São Paulo, onde convivem os operadores com a existência dos *foros regionais*, cuja competência é fixada segundo critério misto de território, valor da causa e função: trata-se, segundo a melhor doutrina, de competência absoluta, de tal sorte

que pode o juiz, de ofício, conhecer do tema, independentemente de alegação da parte⁵. Diante de tal premissa, é comum que o distribuidor, avocando função jurisdicional, recuse o protocolo de petição inicial dirigida, por hipótese, a um dos juízos (não juízes!) cíveis do Foro Regional de Pinheiros, sob a afirmação de que a exordial deveria ser endereçada a um dos juízos do Foro Regional de Penha de França. É evidente que não compete ao cartório tomar tal decisão, até porque pode haver ponto controvertido que deva ser analisado pelo juiz e mereça melhor ponderação. De qualquer forma, é direito da parte endereçar a petição inicial do modo que melhor lhe parecer, provocando a decisão do órgão do Poder Judiciário acerca da escolha. Não se pode esquecer de que a data da distribuição é fundamental para evitar a perda de direitos, tanto que o art. 129 lembra, em seu § 1º, que o efeito interruptivo da prescrição (que pode decorrer de ato de juiz absolutamente incompetente) retroage à data da propositura da demanda. Como consequência, impossível impedir o autor de distribuir sua inicial a juízo (absolutamente) incompetente, na medida em que a recusa do cartorário (distribuidor) de protocolizar a petição poderá acarretar a perda de um direito; distribuída a inicial, tomará o juiz a decisão que melhor lhe aprouver, encaminhando os autos, se for o caso, ao juízo competente nos termos da lei (lei estadual, no caso em questão)⁶.

1.3 Qualificação das partes

O requisito seguinte (art. 282, II, do CPC) está relacionado à qualificação das partes: exige o legislador que o autor indique nome, prenome, estado civil, profissão, domicílio e residência tanto do demandante quanto do demandado. O que se quer com o fornecimento desses dados todos é evitar confusão de pessoas (por homonímia, por exemplo), bem como – no caso do réu – facilitar a tarefa (do oficial de justiça ou do carteiro, conforme o caso) na correta identificação do citando. Assim, o nome e o prenome servem para melhor individualizar as partes; o estado civil fornece elementos importantes não só de qualificação mas também para indagar sobre a necessidade de participar o cônjuge (ou o companheiro) da demanda; a profissão pode oferecer elementos relevantes para a citação do réu (horário de trabalho, para exemplificar) ou para o julgamento da causa (o fato de ser o réu profissional qualificado pode ter alguma relevância); o domicílio e a residência, por fim, são fatores que podem ter relevância para estabelecer a competência territorial⁷.

1.4 Estado civil

Dentre os elementos já referidos, um chama a atenção pela atualidade: trata-se do *estado civil*, pois ainda há dúvida entre nossos doutrinadores acerca da necessidade de declarar-se a existência de *união estável*. Explico: acostumamos todos a enquadrar as pessoas nas categorias de solteiras, casadas, viúvas, separadas, divorciadas. Com a Constituição de 1988 – que reconhece a união estável – e com o advento das leis subsequentes que regularam o tema, parece não haver dúvida de que a convivência gera importantes consequências patrimoniais, entre as quais a necessidade de intervenção do convivente em determinadas demandas que podem atingir seus direitos e seu patrimônio. De efeito, apesar de constar no § 1º do art. 10 do Código de Processo Civil que ambos os cônjuges devem ser citados para certas demandas (ações de caráter real, demandas relativas a fatos que digam respeito ao casal, ações fundadas em dívidas contraídas pelo varão a bem da família), parte da doutrina reconhece que, após o advento da união estável, o dispositivo legal deve ter entendimento mais amplo⁸.

Estado civil é a situação jurídica de uma pessoa em relação à família ou à sociedade, considerando-se o nascimento, a filiação, o sexo. Trata-se, em suma, de enquadrar o indivíduo dentro do Direito e dentro da própria sociedade em que vive. Nesses termos mais largos, não se pode duvidar de que a situação de convivência é um estado civil, por definir uma situação jurídico-familiar, com consequências que interessam a toda a sociedade. O ponto de estrangulamento do conceito ficaria relegado, para alguns, à questão registrária, pois há quem faça questão de frisar que a expressão *estado civil* objetiva descrever um complexo de elementos juridicamente relevantes para distinguir cada pessoa física, seja como membro do Estado, seja como membro da família, mas que resulte de registros públicos específicos mantidos no Estado⁹; outros, porém, – eu entre eles – não acreditam que nó górdio deva ser desatado através do sistema registrário estatal¹⁰. Em outros termos, concluo que a questão registrária é secundária para aferir-se o estado civil do indivíduo; serve, é claro, para facilitar o reconhecimento de sua situação, mas ainda que ausente tal registro (a escolha a respeito da necessidade dos registros públicos é antes de mais nada política!) não se pode negar a existência de atributos individuais e familiares determinantes de direitos e obrigações que individualizem alguém na sociedade de que é parte!

Com base em tais premissas, portanto, insisto na necessidade de que o autor que mantém união estável deve, na inicial, declinar sua condição de convivente.

O que fazer, de outra parte, quanto à qualificação do réu? Se o autor souber da situação de convivência¹¹, não poderá deixar de anotá-la em sua

exordial, provocando a necessária (repito, *necessária*) citação do companheiro ou companheira; se não puder saber da existência do estado de convivência, é evidente que tal qualificação não constará da inicial, sem prejuízo de, contestando o réu e qualificando-se ele, demandado, como convivente, providenciar-se a citação do companheiro ou companheira para integrar o polo passivo. Se tudo isso não funcionar, não obstará que o juiz determine ao réu – sob as penas da lei – que declare seu estado civil!

A solução aqui aventada, reconheço, pode causar transtornos para o normal desenvolvimento do processo. Deve-se ter em mente, porém, qual será o mal menor: o total menoscabo dos interesses do convivente, que deixa de participar de demanda que trate de interesses que lhe digam respeito (e impugnar a sentença proferida em processo de que não participou, tornando inútil a atividade jurisdicional) ou a imposição de ônus suplementar ao autor, no sentido de obrigar o demandante a certificar-se do real estado civil do réu (com a ajuda do Estado, se preciso for), de tal forma a envolver no litígio todos os legítimos (e necessários) contraditores? Opto, como ficou claro, pela segunda solução.

1.5 Falta de elementos para qualificação do réu

Importa também analisar outra situação ligada ao tema da qualificação do réu: pode ocorrer que o autor não disponha, no momento de promover a demanda, de todos os dados do demandado, de forma que não estará apto a cumprir o requisito legal. É intuitivo que nem sempre isso será um problema: se a demanda não versar sobre qualquer dos temas relacionados no art. 10 do Código de Processo Civil, o estado civil, eventualmente desconhecido, não prejudicará o normal desenvolvimento do processo; a profissão do réu, da mesma forma, não é dado que enseje dificuldade (frequentemente esse dado não tem maior relevância para o processo); o eventual desconhecimento do domicílio também pode não ser relevante (o critério de competência pode ser fixado com base na residência do réu, ou em outro fator relacionado no art. 100 do CPC). Enfim, se o autor puder declinar o nome completo do réu e a sua residência (ou lugar onde possa ser encontrado), tais dados são suficientes para que o processo possa caminhar, não havendo necessidade de determinar-se a emenda da petição inicial.

Mas, por vezes, o demandante não dispõe sequer destes dados elementares, quais sejam, nome e endereço do demandado. Nem por isso ficará barrado o acesso do autor à ordem jurídica justa, impondo-se a colaboração do juiz para colher os dados faltantes que possibilitem a identificação do réu,

propiciando sua citação. Pode, portanto, o autor informar na inicial de que não dispõe dos dados mínimos necessários à identificação do réu, pleiteando, por exemplo, a expedição de ofícios a órgãos públicos. Figure-se a hipótese de saber o autor o nome completo do réu e o número de sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Ministério da Fazenda (o autor é portador de um cheque, onde constam tais dados); nada impede o demandante de requerer a expedição de ofício ao banco ou à Delegacia da Receita Federal para a obtenção do endereço do réu, propiciando-se assim a citação¹².

O tema da qualificação do réu pode suscitar questões mais agudas: o que fazer quando o autor não puder desde logo identificar o réu? Seria cabível promover demanda em face de pessoa indeterminada?

O Código de Processo Civil menciona algumas hipóteses de citação de pessoas indeterminadas, recomendando a utilização de edital: é o caso da citação de terceiros interessados na ação de anulação e substituição de título ao portador (art. 908 do CPC)¹³ e dos eventuais interessados na ação de usucapião (art. 942 do CPC). Mas tais situações são específicas, previsíveis (e previstas!), havendo autorização expressa para utilização de edital. Haverá situações não especificadas na lei que irão requerer medida diversa. Para estudo, selecionei duas situações: as ações possessórias que envolvem litisconsórcio passivo multitudinário e as demandas ligadas a interesses de vizinhos que fecham o livre acesso de vias públicas (situação que, na cidade de São Paulo, passou a ser disciplinada por lei).

Com a verdadeira enxurrada de invasões de terras que o país vem vivenciando, tornou-se até mesmo comum deparar-se o autor com a necessidade de promover demanda possessória (reintegração de posse, por hipótese) em face de um conjunto de pessoas cuja qualificação o demandante não conhece (e não tem condição de conhecer, já que dificilmente invasores armados de foices e facões estarão dispostos a declinar nome, prenome ou profissão). É intuitivo que, em tais circunstâncias, não exigirá o magistrado que o autor decline na inicial sequer o nome dos réus, quanto mais sua qualificação completa¹⁴. A citação de tais pessoas poderá ser realizada por meio de editais (por falta de melhor opção!), tratando o magistrado de ampliar, tanto quanto possível, o alcance da divulgação do ato citatório pelos meios que estiverem à sua disposição (fixação do edital no local em que ocorre a invasão – e não apenas na sede do juízo –, leitura do mandado citatório pelo oficial de justiça com a ajuda de amplificador ou megafone, se as condições de ordem e segurança permitirem etc.). Dessa forma, é aceitável, em tal situação – nos termos do art. 231, I, do Código de Processo Civil – que os réus sejam tidos como desconhecidos ou incertos para que se admita a citação editalícia.

Outra hipótese que pode ilustrar o problema da identificação dos réus

liga-se a um fenômeno que se multiplica em São Paulo, capital: a Lei Municipal n. 3.209, de 13 de novembro de 2001, dispensou processo administrativo, junto às regionais, para o fechamento de vilas e ruas residenciais sem saída, de forma que os moradores de tais logradouros podem tomar tal providência, desde que pelo menos 70% deles encaminhe ao órgão da administração regional comunicado informando sobre o fechamento, respeitando as condições que a lei estabelece. Pois bem: conforme dispõe a lei, a decisão de fechar a rua será tomada pelos *moradores* (não pelos proprietários dos imóveis, compreenda-se), de tal sorte que, tomada a decisão fora dos parâmetros legais, pode haver interesse de vizinhos ou de outros moradores de obter ordem judicial para garantir a livre passagem. Em face de quem seria promovida a demanda, sabendo-se que a lei municipal estabelece que o teor e o conteúdo da comunicação de fechamento “será de total responsabilidade dos signatários”? E se o interessado não obtiver, a tempo e hora, a relação e a qualificação dos moradores (suponha-se que a Prefeitura Municipal não atenda o requerimento para revelar os nomes dos signatários do requerimento de que trata a lei municipal)? Não vejo como negar a possibilidade de o autor promover a demanda – especialmente quando houver providência de caráter urgente – em face dos “moradores da rua tal”, sem prejuízo de pleitear ao juiz, após a concessão da medida de urgência, quando for o caso, que oficie à Prefeitura Municipal a fim de que informe a regional competente o nome e (se houver) a qualificação dos moradores que deverão responder aos termos da demanda.

Como se vê, não há necessidade de interpretar de modo rigoroso o ditame do inciso II do art. 282 do Código de Processo Civil; se o autor tiver razoável dificuldade de obter a qualificação do réu, nada o impedirá de solicitar ajuda do Poder Judiciário; da mesma forma, se o autor tiver razoável dificuldade de identificar os réus, nada obstará que solicite o concurso do juiz togado. E tal afirmação deve ser estendida também ao processo de execução: encontrando o exequente dificuldade na localização do executado (por ter se mudado, por estar se ocultado), é natural e razoável que o juiz auxilie tanto na busca do atual endereço do devedor quanto na busca de bens para arresto ou penhora, eis que é interesse do estado agilizar tanto quanto possível a atividade jurisdicional. Não tem cabimento afirmarem alguns magistrados que tal tarefa – encontrar o devedor, encontrar bens sujeitos à constrição judicial – caiba à parte, sem intervenção do órgão jurisdicional.

1.6 Os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido

O inciso III do art. 282 preocupa-se com os fatos e com os fundamentos

jurídicos do pedido.

Começo por anotar que o legislador usou, ao tratar dos fatos, a forma singular: *o fato*, e não *os fatos*. Revela-se, desde logo, a intenção de exigir-se do autor que decline o fato nuclear, ou seja, o fato principal de que decorra sua pretensão. Não se espera que o autor transforme sua peça inicial num longo e interminável relatório envolvendo todos os fatos circunstanciais que cercam as partes, por medo de que, deixando de narrar algum detalhe, ainda que desimportante, fique impedido de fazer prova do que deixou de mencionar, caso isso seja necessário para reforçar a convicção do julgador. Em outros termos: o autor estaria obrigado a narrar todos os fatos, principais e periféricos, sob pena de não poder produzir provas sobre detalhes que não revelou na inicial? A resposta tem que ser negativa, sob pena de transformar-se a exordial num intragável comanceiro.

O *fato* referido pelo legislador, portanto, é o *fato constitutivo* do direito do autor, nada mais. Esse é o fato indispensável que o demandante deve narrar “com clareza e precisão” – completava o Código de Processo Civil de 1939 – “de maneira que o réu possa preparar a defesa”. Os fatos simples, fatos que comprovam a existência do fato jurídico (do qual o autor faz decorrer seu pedido) –, não precisam constar da petição inicial, pois a necessidade de confirmação do fato jurídico dependerá das alegações do réu e das provas que serão produzidas. Cabe ao autor, em determinada demanda de cobrança, provar que emprestou o numerário e que esse não lhe foi devolvido. O motivo do empréstimo, as tentativas de cobrança amigáveis, a solicitação do devedor para postergar o vencimento, as mensagens prometendo pagar o débito em seu vencimento, tudo isso não precisará constar da petição inicial, embora possam tais fatos simples ser objetos de prova (testemunhal, documental) se isso for necessário para fortalecer a convicção do magistrado sobre a ocorrência do fato jurídico, que serve de fundamento ao pedido.

O fato e os fundamentos jurídicos do pedido, ensina J. J. Calmon de Passos (1979, p. 219) – “nada mais significam do que a descrição clara e precisa do acontecimento que foi a razão de ser da demanda e a categorização jurídica desse mesmo acontecimento”. Quanto aos fundamentos jurídicos, sabem que o legislador ancorou nosso ordenamento no princípio da substanciação, de tal sorte que o juiz não está vinculado à qualificação que o autor der aos fatos que narrou; logo, eventuais equívocos do autor (o demandante qualifica como dolo uma ocorrência que caracterizaria erro) ou até mesmo a falta de qualificação jurídica do fato são irrelevantes para o deferimento da petição inicial, sendo necessário apenas conferir se do fato narrado pode resultar, hipoteticamente, a consequência jurídica imaginada pelo autor (ou, em outros termos, se do fato narrado decorre hipoteticamente o pedido formulado).

Não consta do dispositivo legal em apreço à determinação de que a

descrição do autor seja *clara e precisa* – como exigem expressamente algumas leis sul-americanas de processo¹⁵, não obstante o silêncio do legislador brasileiro, concorda a melhor doutrina que tais requisitos (clareza e precisão) foram implicitamente acolhidos pelo nosso sistema, sendo certo, inclusive, que houve proposta de emenda, ao tempo da aprovação do Código no Congresso Nacional, que tendia a tornar expressa a exigência de clareza e precisão. A emenda, porém, não foi aprovada.

Desnecessário lembrar que *fundamento jurídico* e *fundamento legal* são coisas distintas: fundamento jurídico tem relação com categorização jurídica, tipificação, subsunção do fato à norma; fundamento legal é embasamento positivo, citação de norma que ampara determinado pleito. O legislador, por óbvio, não exige do autor o enquadramento legal de seu pedido, até porque pode não haver lei que funde um determinado pleito. *Iura novit curia*, diziam os antigos: o juiz conhece o Direito, dizemos nós. Mas o cipoal de leis que estrangulou o país nas últimas décadas recomenda que os advogados – práticos, acima de tudo! – facilitem a vida dos magistrados quando for necessário reportar-se a portarias, normas de órgãos reguladores, circulares etc. (tudo isso incluído no conceito largo de *lei*).

1.7 O pedido

O *pedido* é o item subsequente na lista de requisitos da petição inicial: talvez resida aí o ponto mais importante da peça redigida pelo autor, pois o pedido determinará a atividade judicial e demarcará em especial a parte dispositiva da sentença. Cabe assim ao autor formular pedido certo e determinado (como deveria ter dito o art. 286 do CPC)¹⁶: *certo* é o pedido exato, preciso, acurado, que não deixa qualquer dúvida acerca do que se pretende; *determinado* é o pedido demarcado, definido, delimitado, de tal forma que se possa caracterizar e diferenciar o bem da vida pretendido. Como disse José Frederico Marques (1962, p. 39-40), a propósito do art. 153 do Código de Processo Civil de 1939, “pedido determinado é o que externa uma pretensão que visa um bem jurídico perfeitamente caracterizado”, devendo levar-se em conta que o mesmo pedido “não é vago, e sim, pedido certo, porquanto nele se fixa a sua extensão e quantidade em relação ao mencionado bem jurídico”. Assim, as duas características – certeza e determinação – devem estar presentes para que o pedido possa ser enquadrado no modelo legal.

A vinculação do juiz ao pedido (circunstância que a doutrina conhece sob o nome singular de princípio da congruência) toca tanto o pedido mediato (o

bem da vida pleiteado) quanto o pedido imediato (o tipo de tutela pleiteada pelo autor). Se o demandante pleiteia um determinado imóvel (bem da vida, pedido mediato), apenas tal imóvel pode ser-lhe dado; se o autor pretende tutela declaratória (pedido imediato), somente essa poderá ser-lhe concedida. A questão, que parece tão simples e tão óbvia, pode enredar o advogado: se, por equívoco, o profissional do direito formular pedido declaratório (nulidade) quando deveria requerer anulação (desconstituição), estará redigindo petição inepta, que desatende a técnica legal. Imagine-se que o autor proponha demanda declaratória de nulidade de contrato sob o fundamento de que o demandante fora coagido a firmar instrumento de compra e venda: é evidente que a situação – mesmo em projeção hipotética – põe à mostra o equívoco do autor, pois a coação não poderia levar à declaração de nulidade (tutela declaratória), mas, sim, ao desfazimento do ato (tutela constitutiva negativa). A incongruência poderá ter como desfecho, bem se vê, o indeferimento da petição inicial (art. 295, parágrafo único, II, do CPC).

1.8 Pedido genérico

A necessidade de formular pedido certo e determinado encontra exceção nos incisos do art. 286 do Código de Processo Civil: nas hipóteses ali relacionadas, permite o legislador que o pedido seja genérico (indeterminado, portanto), sujeitando-se (eventualmente) à posterior liquidação. Contempla o legislador três circunstâncias diversas: a primeira diz respeito às universalidades (de fato e de direito), quando o demandante não puder desde logo individualizar os bens ou direitos que as compõem (pense-se na reivindicação de uma biblioteca, de uma coleção de selos, ou na petição de herança); a segunda tem relação com atos ou fatos que ainda não terminaram de produzir todas as suas consequências (imaginem-se o autor como vítima de um acidente de veículo e a necessidade de submeter-se o demandante a uma série longa de tratamentos, que se prolonguem no tempo, o que não impedirá a propositura desde logo da demanda indenizatória); por derradeiro, relaciona o legislador a hipótese de necessitar o autor, para aferir valores, de ato a ser praticado pelo réu (prestação de contas, para fixar um exemplo). Nos três casos – e o Código de Processo Civil relaciona estes três! – poderá o autor formular pedido genérico, o que *possivelmente* conduzirá a uma sentença igualmente genérica, que dependerá de oportuna liquidação (arts. 603 a 611 do CPC). E digo *possivelmente* porque nada impede que o juiz, no curso do processo, consiga elementos que dispensem a posterior liquidação: nos exemplos indicados anteriormente, pode ocorrer que durante a instrução processual sejam relacionados os livros que compõem a biblioteca ou

os selos que compõem a coleção reivindicada; nada impede que o autor termine, durante o processo de conhecimento condenatório, os tratamentos a que se estava submetendo, apresentando os recibos de todos os gastos que enfrentou por conta do acidente provocado pelo réu; nada impede que o réu apresente a relação completa dos gastos que teve, prestando ao autor contas que possibilitem aferir eventuais créditos. O art. 460 do Código de Processo Civil de modo algum impede o juiz, diante do pedido genérico, de proferir sentença certa e determinada. Se durante a instrução processual for colhido material probatório que desde logo permita a concentração da obrigação ou a especificação de valores, deve – *deve, não pode!* – o magistrado evitar inútil atividade liquidatória, proferindo desde logo sentença líquida e certa. Não haverá infração à ordem de não proferir sentença a favor do autor de natureza diversa da pedida, pois, se o autor pediu condenação, condenação obterá; também não haverá infração à ordem de não proferir sentença que condene o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado, pois, se o autor pediu livros, livros obterá.

1.9 Pedido genérico e dano moral

Em tema de dano moral, porém, parece que as ideias antes colecionadas não funcionam a contento. Sob a alegação de que o valor da indenização nas causas em que se pleiteia reparação por força de dano moral é matéria que dependeria de elaboração jurisprudencial, de que não estaria ancorada em parâmetros legais, de que dependeria de exame detido em cada caso concreto, ou ainda de que dependeria das posses do ofensor e da situação pessoal do ofendido, os tribunais têm, de maneira geral, endossado a tese de que a inicial deve conter apenas uma “estimativa” do valor pleiteado pelo autor. Alguns julgados vão além, propugnando a fixação provisória do proveito econômico pleiteado pelo autor, deixando para o final o arbitramento do valor do dano moral¹⁷. Tais decisões – que em última análise liberam o autor de apresentar um valor consistente para a causa – parecem-me inadequadas, pois baseiam-se no fato de que os tribunais utilizam critérios diversificados para chegar à quantificação do valor que cabe ao autor vencedor¹⁸ (critérios esses que ainda não estão cristalizados na doutrina), ou então trabalham com variantes que podem acrescentar alguma dificuldade no cálculo de valores (gravidade do fato, condição econômica do ofendido, capacidade econômica do ofensor etc.). Com efeito, o simples fato de não haver consenso na doutrina e na jurisprudência sobre a forma de indenizar o ofendido, ou o simples fato de que o juiz terá que

trabalhar com elementos variáveis para a apuração do valor da indenização, não é suficiente para permitir um pedido genérico; ao contrário, cabe ao autor adotar a corrente doutrinária ou jurisprudencial que lhe parecer mais viável, correndo os riscos inerentes. Não tem sentido imaginar que caiba ao juiz arbitrar, a seu talante, qual o valor do dano moral: cabe ao autor *dizer* (e ao juiz *conferir!*) que importância serviria para atenuar a dor do ofendido, proporcionando-lhe lazer e diversão capazes de compensar a humilhação sofrida, como afirma – de modo um tanto lacrimoso – a doutrina dominante. É ônus do autor, portanto, montar a equação “possibilidade do ofensor, condição social do ofendido” para apontar o valor finalmente devido¹⁹.

Ninguém ignora, de qualquer modo, que exigir do autor um valor certo na petição inicial pode levar à aplicação dos critérios proporcionais de sucumbência. E assim deve ser: se o autor realmente entendeu que lhe deveria ser paga uma grande soma, deve arcar com os ônus decorrentes de sua “aposta”, pois eventualmente será compelido a arcar com parte (ou com grande parte) das despesas e das custas do processo (bem assim com as verbas decorrentes da sucumbência) se seu pedido não foi integralmente acolhido²⁰.

De outra parte, não pode o juiz admitir abuso na quantificação dos danos morais, com a atribuição de valores altíssimos à causa (o que normalmente vem acompanhado do pedido de isenção do pagamento de custas, nos termos da Lei n. 1.060/50): cabe ao réu, de qualquer modo, impugnar o valor da causa, sendo fácil perceber que, se o autor não é capaz de arcar com as custas e despesas do processo sem prejuízo de seu próprio sustento, também não estaria intitulado, de regra, a receber indenização (por danos morais) de alto porte, eis que um dos elementos da equação já mencionada (capacidade do ofensor, condição social do ofendido) estaria desequilibrada, impondo-se o acolhimento de impugnação formulada nos termos do art. 261 do Código de Processo Civil. Seja como for, não se pode enquadrar a espécie nos permissivos do art. 286 do Código: não há, definitivamente, possibilidade de formular pedido genérico em sede de danos morais.

1.10 Pedido cominatório

Permite o legislador que o autor formule pedido cominatório, pedido subsidiário, pedido alternativo e, ainda, pedido sucessivo.

O primeiro, tratado no art. 287, já teve maior importância entre nós, ao tempo em que as execuções das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa só podiam ser encabeçadas por título executivo judicial. A partir do advento

da Lei n. 8.953/94, que alterou os arts. 585, II, e 644, do Código de Processo Civil, o pedido cominatório passou a ter importância sobremaneira atenuada.

Cominar significa amedrontar, intimidar: era esse o intuito da antiga “ação cominatória”, que fixava uma punição para o devedor que não cumprisse o preceito a tempo e hora. No Código de 1973, embora não se contemplasse mais procedimento especial para a “ação cominatória”, tinha o autor à sua disposição esse poderoso mecanismo de dissuasão para o cumprimento das obrigações personalíssimas (alguns doutrinadores estenderam o raio de ação do preceito, para que alcançassem também as obrigações fungíveis), sendo certo, porém, que o juiz somente estaria autorizado a aplicar multa ao devedor inadimplente se o autor formulasse seu pedido nos termos do art. 287 mencionado. Com o advento das reformas do Código, e tendo sido o juiz autorizado a fixar multa pelo inadimplemento da obrigação em sede de execução (independentemente de pedido), o dispositivo passou a ter mais interesse histórico que atual²¹. Posteriormente, a Lei n. 10.444/2002 – alterando o art. 461 e acrescentando ao Código o art. 461-A – sepultou de vez o interesse no pedido cominatório, já que os dois artigos referidos (461 e 461-A) acabaram por disciplinar, com vantagem, a matéria.

1.11 Pedido alternativo

O art. 288 do Código de Processo Civil trata de um caso de cumulação imprópria de pedidos, ou seja, de pedidos alternativos. A cumulação é imprópria na medida em que somente um dos pedidos alternativos será atendido (e o atendimento de um descarta a aceitação dos demais). Trata-se de um reflexo processual de uma situação de direito material: permite o Código Civil (arts. 252 a 256) que as partes em determinado negócio jurídico estipulem que a obrigação possa ser satisfeita por meio de mais de uma prestação (haverá mais de uma forma de cumprir a mesma obrigação), cabendo a escolha ao devedor, a não ser que tenha avençado de outro modo.

É curioso notar que os civilistas, impressionados com a interpretação estrita do vocábulo “alternativo”²², repetem a definição clássica de Clóvis Bevilacqua (1977, p. 89) para quem as obrigações alternativas caracterizam-se por representar *duas* prestações distintas, independentes, das quais uma tem de se cumprida, ficando a escolha ao arbitrio do devedor, ou, irregularmente, do credor. A alternatividade, então, só poderia girar em torno de *duas* prestações? Parece-me que não, já que nada impede os contratantes de convencionarem diversas prestações possíveis para a satisfação de uma mesma obrigação. Melhor

dizer, portanto, que a obrigação é alternativa quando houver possibilidade de satisfazê-la por meio de *mais de uma prestação*²³.

De outra parte, fica fácil compreender que o pedido alternativo de que trata o art. 288 do Código de Processo Civil reporta-se sempre à situação (ordinária, usual) em que *ao devedor* cumpre escolher a prestação. Nessa situação (e só nessa!), o pedido será efetivamente alternativo; se a escolha couber, porém, ao credor (por convenção das partes), cumpre ao autor formular pedido singular (e não alternativo), pois é na petição inicial que o credor exerce seu direito de formular a escolha da prestação. Esse aspecto não é pacífico na doutrina: há quem entenda que a escolha do autor não precisa ser feita na petição inicial, de tal forma que o credor reservar-se-ia o direito de fazer sua opção no momento da execução²⁴; outros entendem que, se o autor formular, na situação esboçada, pedido alternativo, estaria implicitamente renunciando ao direito de escolha da prestação (que passaria ao réu)²⁵. Creio que nenhuma das duas hipóteses encontra guarida na lei: se o autor – sendo seu o direito de escolha da prestação – formular pedido alternativo, deve o juiz determinar a emenda da petição inicial, sob pena de seu indeferimento (por inépcia da inicial), pois da narração dos fatos não decorrerá logicamente a conclusão (o autor afirma que lhe cabe escolher, mas não escolhe!).

Cabendo ao demandado a escolha, tratou o Código de Processo Civil de garantir que o autor respeite o direito do réu de escolher. Daí a redação do parágrafo único do art. 288 do Código de Processo Civil, determinando que o juiz assegure ao réu o direito de cumprir a prestação “de um ou de outro modo” (*rectius*, de qualquer um dos diversos modos, pois podem ser mais de dois!). Isso significa, em outras palavras, uma ressalva aos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, pois, nessa hipótese específica, ainda que o autor não tenha formulado pedido alternativo, a lei autoriza o juiz a garantir ao réu que escolha a forma de cumprir a obrigação²⁶.

1.12 Pedido subsidiário

Pedido subsidiário (ou eventual) é aquele formulado pelo autor, como medida de economia processual, em ordem sucessiva, de tal modo que o juiz conheça do posterior se não puder acolher o anterior. Trata-se de outra hipótese de cumulação imprópria, já que o acolhimento do pedido principal descarta automaticamente o conhecimento dos demais pedidos (subsidiários); a rejeição do pedido principal, portanto, é condição necessária para que o juiz conheça –

em sequência – dos pedidos eventuais, formulados pelo autor exatamente para a hipótese de rejeição do pleito principal. A técnica do pedido subsidiário pode parecer ao leigo uma demonstração de hesitação por parte de quem requer: não tendo certeza da consequência jurídica do pleito, o autor deixaria transparecer sua perplexidade, pondo à mostra a fragilidade de sua argumentação. Nada mais falso: o pedido subsidiário é poderosa fonte de economia processual, na medida em que muitos fatos da vida geram consequências que os tribunais veem ou tratam de maneira diferente; mais que isso, a prova que será produzida durante a instrução processual pode descartar uma determinada consequência jurídica, mas abrir as portas a outras tantas, de forma que o advogado prudente e experiente deve valer-se da técnica em questão, sob pena de submeter seu cliente à necessidade de novo processo (na hipótese de rejeição de seu pedido principal). Exemplifico: não faz tanto tempo assim (reporto-me ao período anterior à Constituição de 1988), os tribunais paulistas tratavam a dissolução da sociedade de fato de três modos diferentes: uma corrente entendia que cada um dos conviventes tinha direito à metade do patrimônio amealhado, pois presumia-se que tudo fora adquirido com o esforço comum; um segundo grupo tinha como certo que cada um dos conviventes deveria receber a parte do patrimônio que demonstrasse ter arrebanhado; a terceira corrente afirmava que, se algum dos conviventes não provasse ter contribuído para a formação do patrimônio, deveria ser indenizado por “tempo de serviço”. Imagine-se, então, o advogado diante dessas três correntes jurisprudenciais: como escolher o pedido a formular? E se a causa fosse distribuída a um colégio de julgadores que se filiasse à terceira corrente? E se a prova não fosse suficiente para contentar juízes que compusessem o segundo grupo mencionado? O pedido subsidiário socorre situações como essas, seja porque os tribunais ainda não firmaram jurisprudência sobre o tema, seja porque o autor não tem certeza da prova de que poderá dispor para firmar seu ponto de vista. Desatendido o pedido principal, passa o juiz ao pedido subsidiário imediatamente posterior. O atendimento desse (pedido subsidiário) importará a procedência da demanda, o que gera mais uma dúvida: cabe recurso de apelação por parte do autor? A resposta é positiva, já que a cumulação eventual mostra que a aceitação do pedido subsidiário significa – automaticamente – a rejeição do pedido principal, o que importa sucumbência (presente, portanto, o interesse recursal).

Apesar da linguagem deficiente utilizada pelo Código de Processo Civil (que se refere a “pedido em ordem sucessiva”), não há como confundir o pedido subsidiário com a hipótese de cumulação sucessiva. Nesse último caso, o autor formula pedidos vinculados, de tal sorte que o segundo pedido somente poderá ser atendido se o primeiro for acolhido. Exemplo sempre citado pela doutrina é o da demanda de investigação de paternidade cumulada com petição de herança.

1.13 Pedidos implícitos

Para encerrar essas breves considerações sobre o pedido, cumpre lembrar ainda que há pedidos que o autor pode omitir, sem que tal omissão impeça que o juiz trate deles: são pedidos implícitos²⁷, que abrangem os juros legais, as custas e as despesas do processo, a correção monetária, as parcelas vincendas, os honorários advocatícios. Assim, ainda que o autor não tenha se referido expressamente aos juros (desde que apenas legais, não contratuais), às despesas e custas do processo, aos honorários advocatícios, à atualização monetária ou, ainda, às parcelas do preço que se forem vencendo durante o curso da demanda, nenhuma dificuldade existe em reconhecer, nos termos do art. 290 do Código de Processo Civil, que o pedido inclui tais prestações. O problema está, eventualmente, em saber o que ocorre se a sentença também deixar de consignar tais verbas “implicitamente” pedidas pelo autor.

De fato, o “esquecimento” do juiz e a falta de embargos de declaração tendem a causar embaraço, na medida em que podem entender os puristas que a ausência de menção específica impediria, por exemplo, a exigência de tais valores em sede de execução. *Summum ius, summa iniuria*: não pode ser assim! Na minha avaliação, a omissão do juiz não impedirá a inclusão de tais valores – quais sejam, os das parcelas implicitamente pedidas – no montante geral da condenação.

Evitar a patologia, de qualquer modo, é dever de todos, o que recomenda que o autor formule clara e expressamente seus pedidos, em especial no que se refere a taxas e índices de atualização, pois a questão ligada à correção monetária e aos juros legais forma um capítulo à parte na história de nosso país, o que se reflete em inúmeros litígios causados pela falta de precisão do pedido, pela ausência de especificação na sentença ou até mesmo por conta da modificação intercorrente da legislação. Embora tanto a atualização monetária como a fluência de juros decorra de lei, o índice a ser utilizado é fonte frequente (eterna, infelizmente!) de discussão entre as partes, o que recomenda que o autor formule o pedido de modo expresso, indicando o índice que quer ver aplicado, sob pena de sujeitar-se à fórmula que o julgador entender mais adequada²⁸.

1.14 Valor da causa

A toda causa será atribuído um valor certo – comanda o art. 258 do

Código de Processo Civil – ainda que não exista conteúdo econômico imediato. O autor está obrigado, portanto, a atribuir à causa um valor, estabelecendo o Código alguns parâmetros (art. 259), sem prejuízo de obrigar o autor a *estimar* o valor que quer atribuir à causa quando não se enquadrar a hipótese em alguns critérios legais.

O valor da causa interessa para diversos efeitos processuais: serve de base para o cálculo da taxa judiciária. Pode servir de base para a escolha do procedimento; serve de base para estabelecer critérios de competência; serve de parâmetro para a fixação de verba honorária; e, ainda, pode servir de base para o cabimento de recurso (alçada).

De fato, nas justiças estaduais, muitas unidades da federação adotaram sistema semelhante ao hoje vigente em São Paulo, de tal sorte que a taxa judiciária é calculada com a incidência de percentual determinado sobre o valor da causa. A necessidade de arbitrar-se um valor em moeda corrente, porém, deixa sem explicação o teor do art. 20, § 4º, que se refere a “causas de valor inestimável”: a rigor, todas as causas deverão ter valor estimado, ainda que não tenham conteúdo, mormente em Estados como o de São Paulo, onde as custas são contadas em percentual que incide exatamente sobre o valor da causa.

No que diz respeito ao procedimento, o valor da causa serve para recomendar o rito sumário e para permitir o acesso aos juizados especiais cíveis. O procedimento sumário, bastante desvalorizado entre nós depois do advento dos Juizados Especiais, serve para causas de valor inferior a 60 vezes o salário mínimo, como informa o art. 274, I, do Código de Processo Civil, sendo certo, porém, que o próprio legislador encarregou-se de estabelecer a relativização da determinação legal, eis que o juiz pode converter o procedimento em ordinário se houver necessidade de produzir prova técnica de maior complexidade (art. 277, § 5º), sendo conhecida também a jurisprudência dominante no sentido de que a utilização de procedimento incorreto (procedimento ordinário em lugar do sumário ou vice-versa) não acarreta a nulidade do processo.

O valor da causa também delimita a competência outorgada aos Juizados Especiais, valendo lembrar que o acesso a esses é uma faculdade concedida ao autor, nas hipóteses legais (art. 3º da Lei n. 9.099/95); já com relação aos Juizados Federais, o art. 3º da Lei n. 10.259/2001 impõe a regra da competência absoluta, de tal sorte que instalada a vara especializada, as causas relacionadas na lei (causas cujo valor não exceda 60 salários mínimos) deverão *necessariamente* correr em tais Juizados.

A verba honorária também pode estar vinculada ao valor da causa: embora o art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil determine que a fixação da verba honorária incida sobre o *valor da condenação* (e não sobre o *valor da causa*), nas demandas de caráter declaratório, constitutivo e cautelar e valor

atribuído à causa que tem servido tradicionalmente de parâmetro para a incidência da verba honorária. A rigor, o Código de Processo Civil cometeu um equívoco, pois parecia – pela redação original do dispositivo legal – que apenas na hipótese de condenação (ou seja, de ação condenatória julgada procedente) seriam devidos honorários; a Lei n. 5.925/73 tentou corrigir o erro, dando nova redação ao § 4º do art. 20, incluindo as causas em que não houvesse condenação, mas a emenda não foi suficiente, pois criou, aparentemente, dois critérios, um para o caso de procedência da demanda condenatória (hipótese em que seria aplicado o percentual de 10% a 20% sobre o valor da condenação) e outro para o caso de improcedência (quando seria usado o critério “equitativo”, sem base nos percentuais em questão). Os tribunais, de qualquer forma, acabaram utilizando o critério de aplicar o percentual de 10% a 20% tanto para as ações condenatórias (demandas acolhidas, tomando por base o valor da condenação) como para as demais hipóteses (tomando por base o valor da causa). Importa ressaltar que o juiz deve *sempre* usar o critério equitativo para fixação de verba honorária (incida ela ou não sobre o valor da causa), pois casos haverá em que aplicar os percentuais da lei sobre o valor da condenação levará à aplicação de valores estratosféricos (gerando enriquecimento sem causa), enquanto tomar por base o valor da causa pode gerar valores completamente insignificantes, desprezando o trabalho do advogado. Nada impede, por isso mesmo, que, mesmo diante de uma condenação, o juiz atenda os três critérios consignados nas letras *a* a *c* do § 3º mencionado para reduzir o patamar da verba cabente ao advogado, da mesma forma que, sendo extremamente baixo o valor da causa, poderá o juiz ignorá-lo (nas demandas de cunho condenatório ou não condenatório) para fixar verba condizente com o trabalho do profissional do Direito.

Por fim, também para efeito de alçada, pode servir a atribuição de valor à causa. Com efeito, nas causas trabalhistas e nas execuções fiscais ainda vigora restrição recursal ancorada no valor atribuído à causa, sendo certo que nas causas trabalhistas de valor inferior a dois salários mínimos não cabe recurso ordinário²⁹, enquanto nas execuções fiscais de valor inferior a 50 OTNs³⁰ só cabem os “embargos infringentes” do art. 34 da Lei n. 6.830/80.

1.15 Indicação de provas

Outro requisito da petição inicial é a indicação, pelo autor, das provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos que alegar. Tal requisito é normalmente resolvido pelos operadores do Direito com a utilização de uma fórmula, sem maior significado, que basicamente relaciona todas as provas que o autor consegue imaginar como possíveis no momento da propositura da

demanda³¹. Tratando-se de mera fórmula, como me parece, qual a consequência de sua eventual ausência? Em outras palavras: se o autor simplesmente se esquecer de indicar as provas que pretende produzir, isso pode acarretar-lhe alguma seqüela adversa? A resposta deve ser negativa.

Efetivamente, o fato de o autor não *indicar* – esse é o verbo utilizado pelo inciso VI do art. 282 do Código de Processo Civil – as provas que eventualmente irá produzir não pode alijá-lo do procedimento probatório. Ainda que o autor copie a relação completa das provas mencionadas no Código de Processo Civil, tal técnica de nada valeria, na medida em que apenas após a apresentação da resposta é que o juiz saberá quais são as provas úteis, necessárias e pertinentes, sendo certo que, após a resposta do réu, pode ocorrer ao autor a necessidade de produzir alguma outra prova de que nem sequer tinha cogitado. No procedimento comum ordinário, portanto, o “protesto pela produção de provas” não passa de mero fetiche, sem real importância, não se podendo deduzir do silêncio do autor qualquer desvantagem, muito menos a necessidade de emenda da inicial³².

Talvez a questão possa tornar-se mais aguda em sede de procedimento comum sumário, eis que o art. 276 do Código de Processo Civil determina que o auto, se requerer a produção de prova testemunhal, tem o ônus de apresentar desde logo o respectivo rol, devendo igualmente formular quesitos e indicar assistente técnico na hipótese de pleitear a produção de prova pericial. O objetivo do legislador, quando atribuiu ao autor o ônus em questão, foi o de dotar o juiz de maiores elementos para aferir, desde logo, a necessidade da prova pleiteada pelo autor; não creio, portanto, que o expediente possa servir para aleijar o contraditório, impedindo o autor – que não indica o rol de testemunhas ou que deixa de formular quesitos – de produzir provas. A jurisprudência divide-se nesse tema: alguns veem motivo para aplicar, a ferro e fogo, regras preclusivas rígidas e insuperáveis, enquanto outros (evocando o art. 130 do CPC) entendem que, não havendo prejuízo para o réu, a falta de cumprimento da regra não pode acarretar cerceamento de direito de fazer valer as próprias razões de modo adequado.

Mais uma vez faço coro com aqueles que não acreditam no processo como um jogo de regras miúdas capazes de evitar um resultado justo. O simples fato de o autor não ter juntado o rol de testemunhas com sua inicial não inviabilizará a produção da prova testemunhal (que o juiz poderia, dentro de certos limites, mandar produzir de ofício). Se o autor não tiver o objetivo de surpreender o réu, escondendo o nome e a qualificação das testemunhas, nada impedirá que, na audiência de conciliação, por exemplo, apresente o demandante a lista das testemunhas que quer ouvir; também não vejo como despropositada a determinação do juiz no sentido de que o autor – que afirme querer produzir prova testemunhal mas não junte o rol respectivo – emende a peça inicial, tudo com escopo de extrair do processo sua máxima potencialidade

de trazer à luz os fatos como ocorreram, propiciando julgamento mais justo possível. Da mesma forma, se o autor não apresentar quesitos ou não indicar assistente técnico, não vejo empecilho para a apresentação posterior de perguntas, muito menos para a indicação de assistente técnico³³.

Concluo, portanto, que o autor não pode ser prejudicado pela falta de indicação de provas em sua petição inicial. Ainda que o procedimento seja sumário, que parece – apenas parece! – carrear ao autor consequências funestas para a falta do cumprimento do modelo de petição inicial esboçado pelo legislador, não se pode imaginar que o demandante fique alijado do direito de provar por conta da ausência do rol de testemunhas, dos quesitos ou da indicação de assistente técnico. A ideia de um processo de resultados é absolutamente incompatível com a interpretação tacanha dos dispositivos legais que mencionei.

1.16 Requerimento para a citação do réu

O último requisito relacionado pelo legislador para compor a moldura da petição inicial diz respeito ao requerimento para a citação do réu.

Trata-se de mero elemento programático, cuja ausência por óbvio não provocará sequer a necessidade de emenda: ainda que o autor não requeira a citação do réu, o juiz haverá de determiná-la³⁴. Não parece, portanto, que o autor tenha o *ônus* de requerer a citação do réu³⁵, já que a ausência de tal requerimento não produz consequência alguma. O requerimento em questão não passa mesmo de fórmula obsoleta, que a legislação da maior parte dos países sul-americanos não contempla, por desnecessária³⁶.

A utilidade do requisito em tela cinge-se à *modalidade* da citação: na medida em que a Lei n. 8.710/93 instituiu, como forma ordinária de citação, aquela realizada pelo correio (art. 222 do CPC), concedeu ao autor o direito de requerer a realização do ato de outra forma (art. 222, *f*), de sorte que poderá o demandante, se assim quiser, requerer que a citação seja realizada por oficial de justiça, por exemplo. Mas mesmo aqui não se pode falar de um verdadeiro ônus, pois nada impede o autor de requerer, depois da distribuição da inicial, que a citação seja realizada com o concurso do oficial de justiça (não haverá, portanto, preclusão).

1.17 Conclusão

Tornou-se lugar comum afirmar que o Código de Processo Civil, produto da década de 1970, é um belo diploma legal, refinado mesmo, merecendo todos os encômios a geração de processualistas que ajudou a erguer tal monumento.

Hoje, porém, voltam-se os estudiosos para um processo de resultados, totalmente informados pela ideia da instrumentalidade, de tal maneira que a petição inicial não pode ser encarada como um entrave para o acesso à ordem jurídica justa. Daí a necessidade de reler com atenção, paciência e boa vontade o art. 282 do Código de Processo Civil. O objetivo desta releitura é o de procurar a máxima utilidade para cada item relacionado pelo legislador, expurgando o dispositivo legal de interpretações formalistas, que não servem para o processualista do terceiro milênio, identificando os elementos que estariam fora do núcleo indispensável para o deferimento da peça inicial do processo.

Nos dias que correm, talvez fosse adequado que entre os requisitos da petição inicial incluísse o legislador mais um, frequentemente esquecido pelos advogados (destinatários primeiros do art. 282 do CPC): trata-se da *concisão*³⁷. Já se disse que a arte de escrever bem consiste em dizer muito com poucas palavras³⁸. E da concisão descende a brevidade, edificante frugalidade que os operadores do direito deveriam cultivar. *Esto brevis et placebis*³⁹: libelos intermináveis, empolgados e gongóricos até a Deus desagradam!

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1989. 1v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Vocabulário jurídico. *In: Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). **Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1962. 3v.

1 Como seriedade não se confunde com sisudez, alguns advogados, sensíveis e bem-humorados, apresentaram petições iniciais em versos; alguns juizes, demasiadamente macambúzios, indeferiram tais petições, alegando que o Poder Judiciário não se prestava a chistes e deboches, mas, em geral, os tribunais reformaram o decreto de indeferimento. Certo é, de qualquer forma, que a petição inicial, contendo os requisitos essenciais previstos na Lei Processual (e que serão objeto de análise e questionamento neste breve trabalho) pode perfeitamente ser redigida em versos alexandrinos.

2 A ordem é a do art. 158 do Código de Processo Civil de 1939. Vê-se que, com pouca alteração redacional, o legislador de 1973 (art. 282) manteve-se fiel ao modelo.

3 Napoleão Mendes de Almeida informa que há formas supletivas do imperativo, entre elas, o futuro do presente do indicativo (**Gramática metódica da língua portuguesa**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 227).

4 Francesco Carnelutti, ao tratar do ofício judicial, define-o como uma *universitas personarum*, ou seja, “um agregado de pessoas conjuntamente combinadas para o exercício do poder judicial”. E conclui: “(...) tendo em vista precisamente esta combinação, a identidade das pessoas singulares que o integram é indiferente para a identidade do ofício; o Tribunal de Roma permanece sempre o mesmo por mais que mude a quantidade ou a identidade dos juizes ou dos demais funcionários que formam parte dele” (**Instituciones del proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1989. 1v., p. 194).

5 A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo parece ser pacífica sobre o tema. Ver, por todos, acórdãos cuja ementa transcrevo a seguir: “Competência – Foro Regional. Natureza absoluta face as atribuições fixadas pela Lei de Organização Judiciária para os Foros Regionais e Varas Centrais prevalecendo as razões de ordem pública. Inteligência do disposto no art. 41 do Decreto-lei n. 3/69; art. 26, inc. I, letra a da Resolução n. 1/71; Lei n. 3.947/83. Superando o valor da indenização ao limite da competência do foro para julgar as causas cíveis e comerciais, limitada a cinquenta vezes o salário vigente na Capital, justifica a redistribuição da ação a uma das Varas Cíveis do Foro Central. Recurso desprovido” (7ª Câmara de Direito Privado, AI 163.511-4/SP, Rel. Júlio Vidal, 16-8-2000, v.u.).

6 Tem razão Cassio Scarpinella Bueno (**Código de Processo Civil interpretado**, Coord. Antonio Carlos Marcato, São Paulo: Atlas, 2004, p. 855, notas ao art. 282):

“O que não se pode admitir, a título nenhum, é que os responsáveis administrativos pelo encaminhamento da petição ao juízo impeçam a propositura da ação. A razão é simples. Mesmo quando determinada por juízo *absolutamente* incompetente, a determinação de citação do réu tem o condão de constituir em mora o devedor e interromper a prescrição (art. 219, *caput*, e CC, art. 202, I). O que ocorrerá em se tratando de incompetência absoluta é que, declarando o vício, os autos serão encaminhados para o juízo competente (...). Ademais, não podem os cartorários praticar qualquer ato de natureza decisória (art. 162, § 4º)”.

7 José Frederico Marques (**Instituições de direito processual civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1962. 3v., p. 30) atesta que tais elementos (reporta-se o autor ao Código de Processo Civil de 1939, cujo art. 158, II, contém basicamente os mesmos requisitos do art. 282, II, do atual Código) têm dupla função: “O seu primeiro e principal fim é o de identificar a ação explicitando-lhe os elementos subjetivos; o segundo dos fins ou fim secundário é o de dar indicações relativas à citação do réu e à legitimação processual das partes”.

8 O dissenso doutrinário é grande. José Roberto dos Santos Bedaque, por exemplo, afirma peremptoriamente que a regra do § 1º do art. 10 do Código de Processo Civil é inaplicável à união estável, apesar de reconhecer que tanto uma situação (a dos cônjuges) como a outra (a dos conviventes) se assemelham e que em ambas as hipóteses existe a preocupação de proteger a entidade familiar. Entende Bedaque que “tornar necessário o litisconsórcio entre os companheiros pode representar dificuldade muitas vezes intransponível ao normal desenvolvimento do processo, pois o autor nem sempre teria condições de saber se o réu convive com outra pessoa” (**Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 71). Como se verá no texto, ousou divergir de meu prezado colega do Largo de São Francisco!

9 Confira-se, nesses termos, a cuidadosa definição de Angelo Favata (**Dizionario del termini giuridici**. Piacenza. La Tribuna, 1979, p. 298).

10 Eduardo J. Couture, quando define estado civil, não menciona a questão do registro como relevante para a percepção do conceito: o estado civil seria, para o mestre uruguaio, um “conjunto de atributos inerentes à condição individual e familiar de uma pessoa, determinante de direitos e obrigações, que a individualiza na sociedade de que forma parte” (**Vocabulário jurídico**. Buenos Aires: Depalma, 1988, p. 265).

11 Muitos queixam-se da inexistência de documento da união estável. Trata-se de meia verdade, pois tornou-se comum entre nós a celebração de escrituras declaratórias de união estável; a Caixa Econômica Federal tem exigido tal declaração para concessão de financiamentos, os clubes de recreação solicitam declarações de convivência para efeitos de outorga de títulos familiares, os

conviventes fazem acordos – registrados em cartórios de títulos e documentos – para estabelecer regime de divisão patrimonial, entre tantas situações cotidianas.

12 Tornou-se uma constante em São Paulo, uma espécie de “decisão programática” exarada por alguns juízes no sentido de que as diligências para localização do réu (ou, no caso de execução, do paradeiro do devedor e da existência de bens penhoráveis) cabem ao demandante. Não é assim: nada impede (aliás, tudo recomenda) a ativa participação do magistrado na busca de tais informações. E há vários órgãos que podem colaborar nessa busca (órgãos que não darão informações diretas ao autor ou ao exequente) como os concessionários de serviços públicos, os planos de saúde, os clubes desportivos etc. Não há nada de errado ou exótico no fato de valer-se o autor do concurso judicial para completar os dados que deveriam constar de sua petição inicial. Esse auxílio, não tenho dúvida, é uma direta aplicação do desejável ativismo judicial e das tão propaladas medidas de efetividade do processo: nas pequenas questões podem ser testadas grandes teorias.

13 Tal demanda entrou em franco desuso, por conta da proibição da emissão de títulos ao portador.

14 O Tribunal de Alçada de Minas Gerais tem precedente em tal sentido. Eis a ementa do acórdão, na parte que interessa ao tema versado: “Ação de reintegração de posse – Ocupação – Movimento dos Sem-Terra – Identificação completa – Liminar – Manutenção – Lícito é que o juiz determine a desocupação do imóvel por todas as pessoas que lá se encontrem, sem identificá-las nominalmente, quando a área for objeto de invasão coletiva por integrantes do Movimento Sem-Terra.” (AI 291.852-4, Rel. Juiz Manuel Saramago, 8-8-2000, unânime).

15 O **Código General del Proceso** do Uruguai, no art. 117, 4, exige a “Narración precisa dos fatos”; o **Código Procesal Civil y Comercial de La Nación** (Argentina) determina, no art. 330, 4, que a petição contenha “os fatos em que se funde, explicados claramente”; o **Código de Procedimiento Civil** do Chile, por fim, afirma (art. 254, 4) que a petição inicial deve conter “a exposição clara dos fatos e fundamentos de direito em que se apoia”.

16 Por equívoco, o art. 286 do Código de Processo Civil afirma que o pedido deve ser certo ou determinado; não há justificativa para a conjunção alternativa, concordando os doutrinadores que era de esperar uma aditiva!

17 O Tribunal de Justiça de São Paulo tem julgado assim ementado, que ilustra a tese indicada no texto: “*Valor da causa* – Indenização – Dano moral – Hipótese que não se encaixa no critério objetivo estabelecido pelos vários incisos do art. 250 do Código de Processo Civil – Ausência de certeza, *a priori*, quanto ao efetivo proveito econômico que da causa possa tirar o autor – Aplicação do art. 258 do

Código de Processo Civil. Cabe ao magistrado na fixação do valor atribuído à causa nas ações de indenização por dano moral agir com a máxima prudência e parcimônia de modo a se evitar exageros e possível desequilíbrio e/ou embaraçamento ao exercício do direito de defesa, por onerar o custo da taxa judiciária, que é condição de procedibilidade recursal, mormente como na hipótese dos autos em que o autor postula os benefícios da assistência judiciária gratuita. Estimativa que deve levar em conta as condições das partes, a gravidade da lesão e as circunstâncias fáticas. Fixação provisória que não afeta o direito e a pretensão perseguidos, de possível alcance maior, por depender de fixação definitiva quanto ao valor do dano moral do que vier a ser apurado na ulterior fase instrutória e assentada quando do julgamento definitivo da causa – Recurso não provido”. (7ª Câmara de Direito Privado, AI 198.473-4-3/SP, Rel. Des. Leite Cintra, 23-5-2001, v.u.).

18 Alguns julgados tomam como base para fixar a verba indenizatória o valor do título protestado indevidamente pelo credor; outros apegam-se aos parâmetros da Lei de Imprensa (que estipula valores que oscilam de 5 a 100 salários mínimos); outros julgados preferem (sabe-se lá por quê!) ancorar-se ao Código Brasileiro de Telecomunicações (que fixa parâmetros entre 5 a 200 salários mínimos). Todos esses critérios, percebe-se, são tentativas de encontrar uma fórmula justa e segura de indenizar o autor que tem razão; ao mesmo tempo, tais critérios podem facilmente ser acusados de arbitrários, como percebeu recentemente a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula 281, que declara que “a indenização por dano moral não está sujeita a tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

19 A jurisprudência inclina-se, porém, em sentido oposto: “Valor da causa – Dano moral – Determinação para que o autor estimasse o valor da indenização pelos danos morais, ajustando o valor da causa e recolhendo a diferença de custas – Inadmissibilidade. Impossibilidade de estimação do seu montante quando do ajuizamento da ação. Fixação que deve ser feita pelo juiz, segundo os elementos carreados para os autos e seu prudente arbítrio. Recurso provido”. (1ª Câmara de Direito Público, AI 152.400-5/SP, Rel. Des. Nigro Conceição, 15-8-2000, v.u.).

20 Há precedentes jurisprudenciais, no entanto, que insistem em negar essa hipótese. Sirva de exemplo o acórdão do STJ, que se reporta à orientação firme da 2ª Seção, cuja ementa transcrevo parcialmente: “(...) III Dada a multiplicidade de hipóteses em que cabível a indenização por dano moral, aliado à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, tem-se que a postulação contida na exordial se faz em caráter meramente estimativo, não podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao

assinalado na peça inicial (...)". (Quarta Turma, Ag. Reg. no AI 374.622/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 16-8-2001, v.u.).

21 Como notou corretamente BUENO, Cassio Scarpinella. **Código de Processo Civil interpretado**. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 887.

22 “Sucessão de duas coisas mutuamente exclusivas; opção entre duas coisas”, como anota Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (**Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 60).

23 Correta, nesse passo, a definição do **Dicionário Houaiss da língua portuguesa** (Instituto Antonio Houaiss. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 169), que vê no vocábulo (alternativa) “uma de duas ou mais possibilidades pelas quais se pode optar”.

24 Assim manifestou-se José Carlos Barbosa Moreira (**Novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 12): “(...) quando a escolha, à luz do direito material, competir ao autor, cabe a este a opção entre formular pedido fixo, fazendo desde logo a escolha, ou pedido alternativo, reservando-se para fazê-la, se for o caso, ao promover a execução da sentença” (art. 571, § 2º).

25 Nesse sentido, Cássio Scarpinella Bueno (**Código de Processo Civil interpretado**. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 892).

26 Sílvio de Salvo Venosa parece entender de modo diferente: “No entanto, segundo entendemos, em se tratando de escolha cabendo ao devedor, o autor devemencionar, mesmo fazendo pedido determinado, a existência da alternatividade, para não decair do pedido, porque o juiz não pode dar prestação jurisdicional diversa daquela pedida na inicial” (**Direito civil**: teoria geral das obrigações e dos contratos. São Paulo: Atlas, 2003, p. 112).

27 Como disse Jorge Luiz Souto Maior (**Petição inicial**. São Paulo: LTr, 1996, p. 133), “o pedido implícito não é propriamente uma espécie de pedido, mas uma característica de determinados temas jurídicos.”

28 Todos conhecem, para fixar um exemplo, a discussão que se travou em torno de aplicação da taxa SELIC, já que alguns entendem ser tal taxa não só um índice de juros mas também de atualização monetária. Quanto à correção monetária propriamente dita, vários índices sucederam-se no tempo, e alguns deles ainda convivem (e excluem-se simultaneamente), de tal sorte que tribunais de vários Estados editam periodicamente tabelas que pretendem uniformizar os cálculos de atualização da moeda.

29 Lei n. 5.584/70, art. 2º, § 4º (com a redação dada pela Lei n. 7.402/85): “Nos

dissídios individuais, proposta a conciliação, e não havendo acordo, o Presidenteda Junta ou o juiz, antes de passar à instrução da causa, fixar-lhe-á o valor para a determinação da alçada, se este for indeterminado no pedido. (...) § 4º Salvo se versarem sobre matéria constitucional, nenhum recurso caberá das sentenças proferidas nos dissídios da alçada a que se refere o parágrafo anterior, considerando para esse fim, o valor do salário mínimo à data do ajuizamento da ação”.

30 O que hoje equivaleria a pouco mais de R\$ 300,00.

31 A fórmula assume, normalmente, este espectro: “o autor protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direitos admitidos, sem exceção de qualquer um, especialmente pela oitiva do depoimento pessoal do réu, oitiva de testemunhas cujo rol será apresentado oportunamente, juntada de novos documentos, expedição de ofícios, produção de perícias, exames, vistorias, inspeções judiciais etc.”

32 Alguns doutrinadores não entendem como eu, preferindo apostar em rigorosos esquemas preclusivos, com o escopo de melhor organizar o processo. A ideia da instrumentalidade das formas e a necessidade de implementação de um verdadeiro processo de resultados recomenda que, contudo, seja seguida a posição relatada no texto. Menciono, de qualquer forma, a opinião contrária à minha, para referência, bem representada por Joel Dias Figueira Jr., que resume se ponto de vista em seus **Comentários ao Código de Processo Civil** (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 4, p. 59), atestando que é na inicial que o autor deve especificar as provas que pretende produzir: “qualquer manifestação judicial em sentido contrário, através dos reprováveis ‘despachos de especificação de provas’, importará em violação da ordem procedimental, além de ser medida procrastinatória, porquanto desnecessária, afrontando, ainda, os princípios da obrigatoriedade, definitividade e eventualidade ou preclusão, norteadores da petição inicial, atacáveis por intermédio das chamadas *correções parciais* ou *reclamações* interpostas perante a instância imediatamente superior”.

33 O art. 421 do Código de Processo Civil determina, como se sabe, o prazo de cinco dias para que as partes, no procedimento comum ordinário, indiquem assistentes, contado tal prazo da intimação do despacho que nomeia o perito. O Superior Tribunal de Justiça, porém, tem reiteradamente decidido que o prazo do dispositivo citado não é preclusivo e não impede a indicação de assistente técnico ou a formulação de quesitos (nesse sentido, a decisão pelo STJ em 19-10-93, REsp 37.311-5/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU de 22-11-93, p. 24.951). Creio ser aplicável o mesmo princípio ao procedimento comum sumário, pois a orientação referida – como disse o relator do acórdão citado – é a que “melhor se harmoniza com os princípios do contraditório e de igualdade de tratamento às partes”.

34 É da tradição luso-brasileira o requerimento citatório na petição inicial. Lembra Abílio Neto, em nota ao art. 467 do Código de Processo Civil português (**Código de Processo Civil anotado**. Lisboa: Ediforum, 1993), que “apesar de a citação do réu ser hoje ordenada de ofício (art. 478) persiste a prática de fazer terminar a petição com o requerimento para citação do réu, indicando-se a cominação correspondente à revelia deste, quando for o caso disso”. O Código português não exige o requerimento de citação do réu; tudo leva a crer, porém, que, se fosse revogado o inc. VII do art. 282 do Código brasileiro, continuariam os operadores pátrios, tal qual os lusitanos António Cláudio da Costa Machado (**Código de Processo Civil interpretado**, São Paulo: Manole, 2004, p. 390) pensando de modo diverso, entendendo haver ônus para o autor ao requerer a citação do réu. Mas, se a omissão do interessado não gera prejuízo, preclusão, gravame ou lesão, parece-me inadequado falar em ônus, ao requerer a citação do réu.

35 António Cláudio da Costa Machado (**Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Manole, 2004, p. 390) pensa de modo diverso, entendendo haver um ônus para o autor ao requerer a citação do réu. Mas, se a omissão do interessado não gera prejuízo, preclusão, gravame ou lesão, parece-me inadequado falar em ônus!

36 De fato, não existe tal requisito para a petição inicial no **Código General del Proceso uruguaio** (art. 117); no **Código Procesa/Civil y Comercial de la Nación** argentino (art. 330); no **Código de Procedimiento Civil** venezuelano (art. 340) ou no **Código de Procedimiento Civil** chileno (art. 254), entre outros.

37 Recentemente (12 de julho de 2004) o ilustre juiz da 33ª Vara Cível da Comarca de São Paulo (autos do Processo n. 4.071079-3) indeferiu uma petição inicial apresentada em 704 (setecentas e quatro!) laudas. Disse o magistrado em sua sentença: “(...) O processo deve ser o ambiente em que a parte requerente pleiteia um bem da vida expondo fatos constitutivos de seu direito. As considerações meramente doutrinárias divorciadas da causa de pedir apenas engrossam os autos sem que contribuam de forma substancial na prestação jurisdicional. A extensa petição inicial contém vários dados interessantes, porém irrelevantes. Aliás, a partir de f. 41, a peça processual mais se assemelha a uma monografia jurídica do que uma petição inicial propriamente dita. É um equívoco crer que na realidade hodierna, alguém para expor a sua causa de pedir deva se utilizar de 704 laudas. (...)”.

38 Os argentinos não descuidaram deste detalhe: o **Código Procesal Civil y Comercial de La Nación** determina, no art. 330, que o direito seja exposto sucintamente, evitando repetições necessárias.

39 Conhecido princípio de oratória: sê breve e agradarás.

2 ESTRATÉGIAS PROCESSUAIS NA ADVOCACIA EMPRESARIAL: O USO ESTRATÉGICO DA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

Sidnei Amendoeira Jr.

Cocoordenador e professor do programa de educação continuada e especialização em Direito – GVlaw; professor nos cursos de graduação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – DIREITO GV; mestre e doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP; advogado-sócio do Escritório Melchior, Micheletti e Amendoeira Advogados, em São Paulo.

2.1 Introdução

Liquidar é quantificar, mensurar, mas a expressão pode ser definida, ainda, como *determinar o objeto de uma obrigação*.

O art. 286 do Código de Processo Civil prevê que todo pedido deve ser certo e determinado. O autor deve, em sua petição inicial, descrever minuciosamente o que pede e delimitar o *quantum* relativo ao pedido. Mas existem exceções a essa regra geral em que se admite o chamado pedido genérico. Essas exceções legais à regra geral estão ligadas à dificuldade ou impossibilidade de o autor definir, desde logo, o *quantum* pedido ou individualizar o objeto do pedido (universalidades, situações em que o autor não pode delimitar as consequências do ato danoso ou depende-se de ato a ser praticado pelo réu como na prestação de contas).

Nesses casos, o pedido será genérico e a sentença ilíquida, fixando-se apenas o *an debeatur*, e não o *quantum debeatur*. A fixação do *quantum debeatur* será o objeto da liquidação de sentença. Assim, *a natureza jurídica do provimento que torna a sentença líquida é declaratória* (declara-se o *quantum debeatur* faltante à sentença condenatória genérica anterior) (DINAMARCO, 1994, p. 556-557)¹.

A sentença ilíquida, oriunda de pedido genérico, será certa (contém a condenação – o *an debeatur*) e é exigível (transitada em julgado ou executável

provisoriamente), mas não é líquida, de modo que não é título executivo, já que, nos termos dos arts. 586 e 618 do Código de Processo Civil, só o é aquela que contém obrigação líquida, certa e exigível. A partir, porém, da resolução da liquidação de sentença, o título executivo judicial está completo e pode ser iniciada a fase de cumprimento de sentença² – a sentença genérica *ganha* eficácia executiva.

Nos termos do parágrafo único do art. 459 do Código de Processo Civil, sempre que houver pedido certo e determinado, a sentença deve ser líquida, e sempre que houver pedido genérico, deve ser ilíquida.

Entendemos, porém, que mesmo diante de pedido certo e determinado pode o juiz proferir sentença ilíquida sem ferir o artigo em questão se o autor, no curso da demanda, não traz ao juiz os elementos do *quantum debeatur*, mas, sim, a certeza da condenação; do mesmo modo, mesmo sendo o pedido genérico, se a prova dos autos já permitir, deve ser proferida sentença líquida (WAMBIER, 2006a, p. 115-121). De acordo com o que já se decidiu no Superior Tribunal de Justiça, o art. 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil deve ser lido em consonância com o princípio do livre convencimento (art. 131), de modo que, se o juiz não estiver convencido da procedência da extensão do pedido certo formulado pelo autor, poderá reconhecer-lhe o direito, remetendo as partes para a liquidação³. A ideia é a de que o juiz somente não pode proferir sentença ilíquida se tiver elementos nos autos suficientes e puder proferir sentença líquida; mas, se não puder, seria por demais penoso julgar a demanda improcedente, já que haveria choque direto com o princípio da economia processual. Aliás, a Súmula 318 do STJ é expressa ao delimitar que, se o juiz proferir sentença ilíquida, apesar de o pedido do autor ser certo e determinado, somente o próprio autor – e não o réu – poderá alegar tal *nulidade*.

A liquidação de sentença foi profundamente alterada pela Lei n. 11.232, de 2005, cujo art. 9º revogou os arts. 603-611 do Código de Processo Civil. A lei, em vigor desde 24 de junho de 2006 (*vacatio legis* de 6 meses), os substituiu pelos atuais arts. 475-A a 475-H, deslocando-os do *Livro II* para o *capítulo IX do Livro I* do Código de Processo Civil. Essa alteração fez com que a matéria saísse do livro da execução para o do processo de conhecimento, onde, certamente, encontrou local mais adequado e condizente com sua natureza e função; onde preponderam atividades cognitivas⁴.

Além da alteração topográfica, contudo, foram feitas diversas alterações substanciais, conforme trataremos nos tópicos seguintes.

2.2 Liquidação: determinar objeto da obrigação?

O revogado art. 603, ao tratar da liquidação, deixava claro que sua finalidade era *determinar o valor e individualizar o objeto da condenação*. No entanto, o novo art. 475-A menciona apenas *determinar o valor devido*. Instaurou-se, então, a dúvida: o intuito do novo artigo foi suprimir o segundo sentido da liquidação? Aparentemente sim, em função do disposto no § 1º do art. 461-A do Código de Processo Civil, pelo qual a indeterminação na obrigação que envolve escolha ou alternatividade é resolvida de plano, ou seja, se couber a escolha ao credor, deve este individualizar a coisa na peça inicial, e, no silêncio, a escolha cabe ao devedor (ver arts. 244 e 252 do CC). Ademais, cabendo a escolha ao devedor, ele a entregará individualizada, sob pena de, em não escolhendo, reverter-se a escolha ao credor⁵.

2.3 Liquidação: fase ou ação?

De acordo com as alterações em pauta, a liquidação de sentença não teria mais a natureza de uma demanda autônoma de conhecimento, cuja sentença teria conteúdo declaratório, situando-se, assim, entre os processos de conhecimento e de execução, como no regime anterior⁶. A liquidação de sentença seria, agora, apenas uma fase do processo⁷.

Por este motivo foi revogado, por exemplo, o parágrafo único do art. 603, que deixava claro que a *competência* para o julgamento da ação de liquidação de sentença era do mesmo juízo perante o qual havia sido processado o processo cognitivo anterior; também a menção à necessidade de *citação do réu* na pessoa do seu advogado, que atuou no processo anterior (vez que, de modo geral, esse continuara a representar a parte nos processos subsequentes)⁸. Ademais, o § 1º do art. 475-A fala em *requerimento de liquidação* no lugar de *petição inicial*, e que será a *parte intimada*, na pessoa de seu advogado, no lugar da *citação*. Por fim, o parágrafo único do art. 475-D e o art. 475-H são muito claros ao definir que *o provimento que põe fim à liquidação de sentença*, nesse novo cenário, é uma *decisão interlocutória*, e não uma sentença, devendo ser atacada, portanto, por meio de recurso de agravo, e não mais por recurso de apelação. Aliás, por isso mesmo, o legislador revogou o inciso III do art. 520 do Código de Processo Civil, que tratava dos efeitos da apelação contra as sentenças proferidas em sede de liquidação de sentença. Ao analisarmos essa mudança de natureza jurídica, contudo, percebemos que o legislador reformador cometeu

dois deslizes: (i) primeiro, ao usar o termo “pedido” no lugar de *requerimento* no § 2º do art. 475-A; e (ii) segundo, ao determinar no art. 475-F que a liquidação por artigos observará o rito ordinário – algo um pouco estranho se a liquidação for entendida como fase ou incidente do processo de conhecimento, e não como procedimento autônomo (MAZZEI, 2006, p. 152). A expressão “no que for cabível”, porém, tenta corrigir a questão⁹.

A doutrina sobre o tema está longe de ser unânime. Há quem defenda que, apesar das mudanças legais, continuam a existir duas relações jurídicas processuais autônomas (duas ações, *embora movidas sucessivamente no mesmo processo*, em razão dos objetos diversos)¹⁰, mesmo porque, ao se proceder à liquidação, já terá sido proferida a sentença condenatória. A liquidação não integrará a ação condenatória que lhe é anterior, e, no proferimento da sentença, o juiz não mais poderá alterá-la (art. 463), bem como não poderá discutir novamente a lide durante a liquidação (art. 475-G)¹¹.

A liquidação também continuaria a ser autônoma com relação à execução, já que, nos termos do art. 475-J, não é possível iniciar o cumprimento de sentença sem que tenha havido *liquidação*¹². O fato de não haver citação não quer dizer que não há relação processual autônoma (basta lembrar da reconvenção e dos embargos à execução), ou o de a ação ser proceduralmente incidente não impede que sua natureza seja de ação (como acontece na reconvenção, na ação declaratória incidental, na oposição, entre outras)¹³.

Em função disso, para aqueles que assim pensam, seria possível concluir que a decisão que resolve a liquidação de sentença é também uma sentença, ainda que os arts. 475-D, parágrafo único, e 475-H falem em decisão interlocutória e no manejo do recurso de agravo. Assim, o recurso cabível será, sim, o de *agravo*, mas o tratamento dado ao mesmo deverá ser o mesmo que seria dado a uma apelação, ou seja, haverá revisor, será possível sustentar oralmente e, ademais, eventual recurso especial e extraordinário interposto contra o acórdão que resolver o agravo não pode ficar retido. Por fim, contra tal provimento seria cabível ação rescisória¹⁴. Essa é também a opinião de Nelson e Rosa Nery (2006, p. 629-631)¹⁵, Araken de Assis (2007, p. 273-274), Caio Augusto Silva dos Santos (2006, p. 106) e Rodrigo Mazzei (2006, p. 153).

2.4 Liquidação e rito sumário

Importante lembrar que se admite pedido genérico nos Juizados Especiais, mas não se admite, mesmo nesses casos, seja proferida sentença ilíquida (arts. 14, § 2º, e 38, parágrafo único, da Lei n. 9.099, de 1995, e art. 1º da Lei n. 10.259, de 2001).

Com base nessa disposição legal, outra novidade é encontrada no § 3º do art. 475-A ao determinar que as sentenças proferidas no caso das alíneas *d* (ressarcimento por danos causados em função de acidente de veículo) e *e* (cobrança de seguro relativo aos danos causados em acidentes de veículo) do inciso II, do art. 275, do Código de Processo Civil (rito sumário), não poderão ser ilíquidas¹⁶.

A inovação, porém, não nos parece adequada, especialmente no caso da alínea *d*. Imaginemos a hipótese em que um acidente de veículo causou diversos prejuízos não só à coisa mas também aos condutores e demais integrantes dos veículos envolvidos, danos estes que não podem ser apurados de imediato. Nesse caso, a nova regra já nos parece absolutamente imprópria¹⁷ – de modo que, aqui, o juiz poderia valer-se da regra do art. 277, § 5º, para converter a demanda para o rito ordinário¹⁸. Ainda, não é caso de anulação se o juiz proferir sentença ilíquida e o principal interessado, o autor, não tiver objeções – o Tribunal pode fixar o valor nos termos do novo art. 515, § 4º, do Código de Processo Civil, diretamente¹⁹. Para Cassio S. Bueno (2006, p. 46), no entanto, de duas, uma: ou há na demanda elementos relativos à quantificação do dano, e, com base neles, o juiz profere a sentença, ou ele, se isso não existir, *a seu prudente critério*, fixa algum valor²⁰.

2.5 Liquidação por iniciativa do devedor

Pode, porém, o devedor, antes do credor fazê-lo, remir a execução (remir é a possibilidade de o devedor cumprir o preceito constante de título executivo). Nessa hipótese, o devedor pode apresentar a planilha de cálculo atualizada e depositar o valor obtido (nesse sentido, os antigos arts. 570 e 605); e o credor será intimado a se manifestar sobre o cálculo e o depósito, pedindo levantamento e a execução pela diferença, no caso de discordar do valor.

Apesar de revogados os arts. 570 e 605 do Código de Processo Civil pela Lei n. 11.232, de 2005, a opção do devedor, ao que nos parece, permanece em função do art. 581 do Código de Processo Civil, pelo qual somente há de se falar em execução em caso de inadimplemento, o que permite o cumprimento pelo devedor, que pode pedir, então, *liquidação liberatória*²¹ precedente para, em

seguida, depositar o valor devido, especialmente se o credor não o fez até aquele momento, impedindo-o de pagar a dívida. Isso também em função do permissivo do art. 334 do Código Civil, que assegura ao devedor a liberação mediante depósito (pagamento em consignação), e do fato de que o atual art. 475-J impõe ao vencido multa de 10% em caso de inadimplemento, o que reforça seu interesse sem se liberar da obrigação. Não seria, contudo, o caso de fazê-lo por meio da ação de consignação do art. 890 do Código de Processo Civil, porque o art. 891, § 2º, permitiria que fosse criado um segundo título executivo para o credor, o que não é de se admitir. Explica-se: se não se admitir que o devedor liquide a sentença e deposite o valor devido, obrigando-o a consignar em pagamento a quantia devida, poderá o credor contestar o valor depositado, de modo que, se a sentença for favorável ao credor, ela concederia a ele novo título executivo, o que o credor já tem (a sentença ilíquida do primeiro processo)²². Outra linha doutrinária entende que o executado simplesmente deposita em juízo o valor que entende devido, e que o credor fala sobre esse depósito. Caso o credor concorde, o feito deve ser extinto; do contrário, poderia levantar o valor depositado incontroverso, por analogia do art. 899, § 1º, do Código de Processo Civil, cabendo a ele, então, liquidar e depois cumprir a sentença pela diferença²³.

Por fim, seria importante mencionar que, apesar da remissão do art. 475-B ao art. 475-J, não se pode ou se deve restringir seu uso ao cumprimento de sentença, mas estendê-lo aos títulos executivos extrajudiciais (art. 614, II, do CPC) (BUENO, 2006, p. 52-53).

2.6 Espécies de liquidação

Existem quatro espécies de liquidação de sentença em nosso ordenamento: (i) por cálculo do exequente (art. 475-A do CPC); (ii) por arbitramento (art. 475-C do CPC); (iii) por artigos (art. 475-E do CPC); e (iv) nas ações coletivas (arts. 95 e 97 do CDC)²⁴. A primeira delas consiste numa mera atualização do *quantum* existente, ou que é apurável por cálculos aritméticos. A segunda, por arbitramento, se presta a apurar valor de bens e serviços²⁵. Nos termos do art. 475-C ocorrerá: (a) quando determinado por sentença ou convencionado pelas partes, e (b) quando exigir a natureza do objeto a ser liquidado (ou seja, se a apuração do valor depender de conhecimento especial, científico ou técnico). Luiz Fux (2004, p. 1263-1264) dá como exemplo a vistoria em condomínio para determinar as obras necessárias ao seu reparo ou para devolver bem móvel destruído que será avaliado. A liquidação do *quantum* se

dará mediante a realização de perícia. Já a liquidação de sentença por artigos ocorre para apurar fatos novos que permitam chegar ao valor da obrigação. Far-se-á esse tipo de liquidação quando houver a necessidade de alegar e provar fato novo, ou seja, todo e qualquer fato que integre o contexto que levou à obrigação fixada na sentença, mas que não foi por ela considerada – o fato é novo com relação à cognição anterior²⁶. Assim, fato novo é tanto os que aconteceram após a sentença como aqueles que, ocorrendo antes dela, “não foram objeto de alegação e prova no bojo anterior do processo de conhecimento embora se trate de fato vinculado à obrigação resultante da sentença”²⁷. A liquidação nas demandas coletivas será processada nos moldes da liquidação por artigos (art. 97, parágrafo único, CDC) de modo que não será objeto de análise em separado neste texto.

No caso da liquidação por arbitramento e por artigos, existem regras procedimentais comuns: o § 1º do art. 475-A determina requerimento expresso da parte interessada para o início da liquidação, ou seja, o requerimento deve conter os requisitos mínimos a fim de permitir o início da liquidação (exposição das razões de fato e de direito que a autorizam). Ademais, a intimação da parte passiva da liquidação será feita na pessoa de seu advogado. Ora, entendendo-se a liquidação como incidente ou ação autônoma, o fato é que o advogado, na esteira do entendimento jurisprudencial vigente para os arts. 316 e 740 do Código de Processo Civil, não precisa de poderes especiais para receber a intimação, que poderá ser feita pela imprensa, não sendo necessária a intimação pessoal (MAZZEI, 2006, p. 159), já que essa é necessária apenas se a parte não tiver mais advogado constituído nos autos.

O novo § 2º ao art. 475-A permite que a liquidação se inicie ainda que esteja pendente recurso dotado de efeito suspensivo, diferentemente do que ocorria na sistemática anterior²⁸. A ideia é, certamente, a de permitir a realização da liquidação enquanto o processo aguarda, por vezes longamente, o julgamento do recurso dotado de efeito suspensivo, otimizando o processo e reduzindo o *iter* processual. Claro que, contendo a sentença capítulos líquidos e ilíquidos, nos termos desse parágrafo, poderá a parte, desde já, iniciar a liquidação dos capítulos ilíquidos. Para tanto, porém, caberá ao interessado instruir a liquidação com as peças processuais pertinentes, ou seja, as mesmas descritas no art. 475-O, para a execução provisória. Para Nelson e Rosa Nery (2006, p. 631), a liquidação realizada, mesmo na pendência de recurso com efeito suspensivo, é definitiva; o cumprimento que se segue é que poderá ser definitivo ou provisório em função da pendência de qualquer recurso²⁹. Não concordamos com isso porque, dependendo do resultado do recurso de apelação, se houver alteração no conteúdo da sentença ilíquida, terá de ser completamente refeita a liquidação anteriormente realizada, daí sua provisoriedade.

Na *liquidação por arbitramento*, após o requerimento, aplica-se subsidiariamente o quanto disposto nos arts. 420 a 439 do Código de Processo Civil, que tratam da prova pericial em suas três modalidades: exame, vistoria e avaliação (art. 420, do CPC). O juiz nomeará o perito e fixará prazo para a entrega do laudo. As partes falarão sobre o laudo em 10 dias da entrega. Em seguida, por meio de decisão interlocutória, fixará o *quantum* devido (v. art. 475-D e seu parágrafo único), decisão da qual caberá recurso de agravo, na forma de instrumento (art. 475-H).

Na *liquidação por artigos*, o art. 609 da lei anterior mencionava que o procedimento a ser adotado seria o do rito comum ordinário. O atual art. 475-F mantém essa linha e afirma que, *no que couber*, o rito também será o comum. Diante disso, parte da doutrina vem afirmando que a liquidação por artigos continua a ser uma demanda autônoma, e não apenas incidente processual ou fase do processo de conhecimento, já que isso seria incompatível com o rito comum. Para nós, a intenção do legislador ao se utilizar da expressão “no que couber” quis significar que a colheita da prova sobre os fatos novos deverão seguir as previsões do rito comum, o que não quer dizer que deverá haver citação do réu, bastando sua intimação; nem o provimento final deverá ter natureza de sentença declaratória. No entanto, isso não mascara ou altera o fato de que, nessa forma de liquidação, a cognição do magistrado é mais profunda e complexa que nos casos anteriores, e seu objeto é diverso daquele em que se buscou o *an debeatur* – na liquidação, como visto, o escopo é limitado ao *quantum debeatur*. Para definir o *quantum debeatur*, na liquidação por artigos, as partes devem alegar e provar, em contraditório pleno, fatos novos. Aliás, exatamente porque há a alegação de fatos novos, intimada a outra parte, cabe a essa oferecer resposta, sob pena de revelia, valendo, ainda hoje, o que se dizia sob a égide do revogado art. 609 do Código de Processo Civil³⁰. Ademais, havendo fato novo, após a conclusão da liquidação, pode ser iniciada nova liquidação em função disso. O exemplo que costuma ser dado é do autor de ação indenizatória que prova a perda parcial de visão em sede de liquidação de sentença e somente depois lhe sobrevém a cegueira.

Por fim, a *liquidação por cálculo do exequente* é feita através da juntada aos autos, na fase de cumprimento de sentença, da memória atualizada de débito, pelo próprio credor (o cálculo acompanhará o requerimento de cumprimento de sentença – arts. 475-J e 614, II do CPC – já acrescido até da multa de 10% prevista pelo art. 475-J da nova lei³¹), não se aplicando, portanto, nesse caso, as disposições dos parágrafos do art. 475-A.

Os erros materiais nos cálculos do exequente podem ser verificados pelo juiz *ex officio*. A revisão, ademais, poderá ser provocada pelo devedor por

objeção de pré-executividade ou por meio de impugnação na fase de cumprimento, alegando-se excesso de execução (art. 475-L, V). Ora, o juiz pode, *ex officio*, como dito, determinar o envio dos cálculos ao contador judicial para análise de sua adequação se, aparentemente, excederem os limites da sentença. Com isso, poderá praticar ato que caberia, em tese, à parte contrária, em sede de impugnação. Trata-se, portanto, de aumento dos poderes instrutórios do juiz. Se o credor discordar do cálculo do contador, a execução se fará pelo valor originariamente pretendido (já que o credor responde pelo excesso de execução), mas a penhora far-se-á pelo valor obtido pelo contador³² (v. § 4º do art. 475-B) (WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI, 2004, p. 96). Agora, se o valor obtido pelo contador for igual ou maior, segue a execução como está em função do princípio dispositivo. Por fim, se a fase de cumprimento prosseguir, sendo feita a penhora por valor menor com base no cálculo do contador, e se o devedor não apresentar impugnação, o que ocorre? Haverá imediato reforço de penhora em função do princípio dispositivo³³.

2.7 Condenação em honorários na liquidação

Há entendimento de que não cabe a fixação de honorários na fase de liquidação de sentença por se tratar de *bis in idem* com relação ao processo de conhecimento onde já foram fixados, especialmente levando-se em conta a fixação em percentual sobre a condenação que será liquidada³⁴.

No entanto, em sentido contrário, há quem entenda que, havendo litigiosidade na liquidação, especialmente na liquidação por artigos, ou seja, opondo-se a parte contrária à pretensão do liquidante, há, sim, que se fixar honorários em função dessa atividade³⁵.

2.8 Caso prático envolvendo a liquidação

As empresas *A* e *B*, franqueadas da rede *X*, movem demanda arbitral em face da empresa *C*, franqueadora de *X*, logo após terem recebido notificação extrajudicial descredenciando-os do sistema e dando por rescindidos os contratos de franquia que os uniam. Ao requererem a instauração do procedimento arbitral, *A* e *B* pretendiam a condenação de *C* no pagamento de indenização pelos prejuízos que sofreram em função do negócio, vez que esse,

segundo as solicitantes do processo arbitral, não seria um negócio economicamente viável e que isso seria responsabilidade direta da franqueadora.

Importante mencionar que *A* e *B* são empresas dos mesmos sócios (*D* e *E*), sendo que o operador das duas unidades franqueadas é *D*. Necessário esclarecer, ainda, que *C* fornece aos seus franqueados todos os produtos vendidos nas unidades de seu sistema, cuja venda é feita em consignação, de modo que todo o estoque constante das lojas é, na verdade, da própria franqueadora. Vendidos os produtos ao longo de determinado mês, o franqueado, até o dia 10 do mês subsequente, apura os valores a serem pagos à franqueadora pelo fornecimento dos produtos recebidos em consignação e vendidos (aplicando-se, para tanto, um percentual de 40% do preço de venda dos produtos consignados ao consumidor final). Em seguida, sobre o valor total do faturamento bruto da unidade franqueada, é apurado o valor devido à franqueadora, a título de *royalties* pelo uso da marca e do sistema, na base de 5%.

Assim, *C*, notificado sobre o conteúdo da demanda, apresentou sua defesa, alegando, basicamente, que o negócio é perfeitamente viável do ponto de vista econômico e que os problemas apresentados nas duas unidades franqueadas decorrem da má administração da franquia pelos seus sócios, bem como que seu operador, de modo diferente do que consta do contrato de franquia, que exige atuação exclusiva do mesmo, raramente está presente nas unidades, administrando-as a distância e de maneira deficiente. Ademais, a lei de franquias distingue as pessoas jurídicas da franqueadora e do franqueado, de modo que, ao menos em princípio, a franqueadora não está obrigada a responder pelo insucesso do negócio, razão pela qual a demanda seria totalmente improcedente.

Em seguida, *C*, através de reconvenção, formulou diversos pedidos em face das solicitantes (*A* e *B*) e de seus sócios (*D* e *E*), que assinaram os contratos de franquia como fiadores, pedindo a condenação de todos ao pagamento dos *royalties* em aberto, dos produtos fornecidos em consignação que foram vendidos e não foram pagos, bem como da multa rescisória contratual. Os pedidos condenatórios de *C* foram todos certos e determinados porque, até aquele momento, tinha os relatórios de vendas e de faturamento das unidades de *A* e *B*. Exigiu também a imediata devolução dos produtos não vendidos, de sua propriedade, que ainda estavam no estoque das unidades franqueadas. Por fim, *C* requereu que o árbitro lhe concedesse tutela antecipada para que os solicitantes encerrassem a operação das unidades imediatamente diante da rescisão contratual.

O árbitro negou o pedido de antecipação de tutela, de modo que as unidades franqueadas foram mantidas abertas ao longo da pendência da demanda arbitral, prosseguindo a venda dos produtos sem que, no entanto, novos relatórios de vendas e faturamento fossem enviados à franqueadora. Porém,

aceitou a reconvenção de *C* e determinou a manifestação de todos os envolvidos, inclusive *D* e *E*, que até então não eram parte do processo, mas haviam firmado a mesma cláusula compromissória que *A* e *B*.

Vencida a fase probatória, foi proferida a sentença arbitral julgando totalmente improcedente a demanda apresentada por *A* e *B* e totalmente procedentes os pedidos formulados por *C*. O árbitro condenou *todos* os envolvidos ao pagamento das verbas descritas na peça inicial, cujos valores deverão ser apurados em sede de liquidação de sentença, a qual, nos termos da sentença arbitral, deverá ser realizada perante o Poder Judiciário, e não perante o juízo arbitral, na forma de liquidação por cálculo do exequente. Essa sentença transitou em julgado.

Pergunta-se:

a) Está correto o entendimento do árbitro no sentido de que a sentença arbitral deverá ser liquidada perante o Poder Judiciário?

Em nosso sentir, é equivocado o entendimento de que essa sentença deve ser liquidada perante o Judiciário, porque, se o árbitro tem poderes para proferir a sentença arbitral, em substituição das partes, da mesma forma, tem poderes para liquidá-la. De acordo com a reforma ao Código de Processo Civil, promovida pela Lei n. 11.232, de 2005, a liquidação não é atividade executiva, mas cognitiva – fase do processo de conhecimento. Assim, somente o cumprimento de sentença estaria exclusivamente submetido ao Poder Judiciário. A péssima redação do art. 475-N, parágrafo único, do Código de Processo Civil, no entanto, ao mencionar a *liquidação*, tem levado alguns juristas a entender que esta não poderia ser feita pelo árbitro, mas, sim, em juízo. Além do anteriormente disposto, isso seria um contrassenso, já que as partes perderiam, com a liquidação judicial, tudo aquilo que obtiveram em termos de celeridade e sigilo com a adoção da solução arbitral.

Em função do teor do art. 475-N, parágrafo único, do Código de Processo Civil, as sentenças penais condenatórias transitadas em julgado, as arbitrais e as estrangeiras devem ser liquidadas perante o Poder Judiciário, do mesmo modo que, depois, devem ser cumpridas. A competência é do juízo que seria competente para julgamento da ação civil (aplica-se não o art. 475-P, II, mas o inciso III do mesmo artigo), havendo necessidade de citação do devedor³⁶. A necessidade de citação, porém, faz a doutrina divergir sobre a existência de processo autônomo de liquidação ou de cumprimento³⁷.

No problema em questão há, ainda, um entendimento equivocado

possível de ser suscitado: o de a liquidação ser realizada pelo árbitro sentenciante ou pelo Conselho Arbitral responsável pela solução das controvérsias, vez que foi o próprio árbitro quem afastou a liquidação de sua competência, conforme lhe autoriza o art. 8º, parágrafo único, e o art. 20, *caput*, da Lei n. 9.307, afirmando que, nos termos do art. 475-N, trazido ao Código de Processo Civil por meio da Lei n. 11.232/2005, a liquidação de sentença arbitral passou a ser realizada judicialmente.

E o entendimento doutrinário é exatamente nesse sentido³⁸. O referido artigo (475-N) dispõe que é título executivo judicial, dentre outros, a sentença arbitral, sem qualquer delimitação a respeito da necessidade de ser líquida ou não. Entretanto, ainda que indiretamente, o parágrafo único desse dispositivo prevê que “o mandado inicial incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso”.

O art. 31 da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307, de 1996) também não deixa dúvidas acerca da natureza da sentença arbitral ao afirmar que esta “produz, entre as partes, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do poder judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. Ora, no presente caso, não restam dúvidas de que se trata de sentença condenatória equiparável à sentença judicial e, portanto, dada à sua iliquidez, sua liquidação, como a da sentença judicial, deverá ser realizada perante o judiciário.

b) Está correto o entendimento do árbitro no sentido de que a sentença arbitral deverá ser liquidada por cálculo do exequente?

Certamente que não. A liquidação por cálculo deve ser adotada apenas quando a sentença já traz os elementos para a liquidação, que dependerá somente de cálculos aritméticos. No caso, muito mais do que isso, *C* terá que provar documentalmente todos os atos praticados pelas partes (por exemplo, notas fiscais de entrega de mercadorias – compra e venda em consignação; tas fiscais de venda das franquias aos consumidores – notas fiscais de venda efetiva de *C* aos franqueados após venda aos consumidores etc.). Assim, necessitando *C* alegar e provar fato novo, o caso é de liquidação por artigos (art. 475-E do CPC).

*c) A sentença arbitral poderia ser ilíquida se o pedido reconvenicional foi certo e determinado? Podem *A* e *B* alegar a nulidade da sentença arbitral em função do parágrafo único do art. 459 do Código de Processo Civil?*

Em princípio, nos termos do parágrafo único do art. 459 do Código de

Processo Civil, a resposta seria negativa, já que, sempre que houver pedido certo e determinado, a sentença deve ser líquida, e, sempre que houver pedido genérico, a sentença deve ser ilíquida. Entendemos, porém, que, mesmo diante de pedido certo e determinado, pode o juiz proferir sentença ilíquida sem ferir o artigo em questão se o autor, no curso da demanda, não traz ao juiz os elementos do *quantum debeat*, mas, sim, a certeza da condenação; do mesmo modo, se a prova dos autos já permitir, mesmo sendo o pedido genérico, deve ser proferida sentença líquida³⁹.

Nos termos do que já se decidiu no STJ⁴⁰, o art. 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil, deve ser lido em consonância com o princípio do livre convencimento (art. 131), de modo que, mesmo que o juiz não esteja convencido da procedência da extensão do pedido certo formulado pelo autor, poderá reconhecer-lhe o direito, remetendo as partes para a liquidação. A ideia é a de que o juiz somente não pode proferir sentença ilíquida se tiver elementos nos autos suficientes para proferir sentença líquida. Caso não possa proferir sentença líquida, é penoso demais julgar a demanda improcedente, por conta do choque direto com o princípio da economia processual.

d) Há que se falar em fungibilidade entre os tipos de liquidação existentes no Código de Processo Civil? Não haveria ofensa à coisa julgada?

Para nós, cabe ao liquidante, especialmente se a sentença for omissa, a escolha do rito de liquidação a ser seguido. Mas, e se a sentença determinar certo rito e o liquidante utilizar-se de outro? Em princípio, e nos termos do art. 295, V, do Código de Processo Civil, a inadequação do rito leva ao indeferimento da liquidação de plano; no entanto, o próprio artigo faz a ressalva de que não há motivo para indeferimento se puder adaptar-se ao rito legal. Assim, se o autor pedisse a liquidação por artigo quando o caso é de se promover a liquidação por arbitramento, deveria o juiz simplesmente indeferir de plano o pedido. Entendemos, porém, que o correto é determinar sua conversão aproveitando-se os atos já praticados. Ora, se a liquidação foi proposta por arbitramento e deve ser convertida para liquidação por artigo, cabe ao juiz abrir prazo para que o liquidante possa listar os *artigos*, os fatos novos a serem provados⁴¹.

Ainda, o que ocorre se a sentença determinar certo rito, arbitramento ou cálculo do contador e for necessário outro por se constatar que seria necessário provar e alegar fato novo? Pode o juiz determinar a conversão para a liquidação por artigos? Isso ofenderia a coisa julgada? Aqui a situação é um pouco diferente. Não houve erro do liquidante na utilização do rito, mas impropriedade de sua definição na sentença. Nesse caso, seria perfeitamente possível converter o rito

sem ofensa à coisa julgada, porque é a própria sentença (seu conteúdo) que estabelece seu grau de indeterminação e a necessidade desse ou daquele rito liquidatório, e não o juiz sentenciante. Pensar diferente seria inviabilizar a própria sentença condenatória em certas situações⁴². Aliás, a fungibilidade é plena, ou seja, também é possível converter o rito da liquidação por artigos para arbitramento, mesmo que esse último tenha sido determinado na sentença, se for o mais adequado ao caso⁴³.

Há quem entenda que a situação aqui é a mesma que se verifica com as possessórias, ou seja, em que se admite a fungibilidade integral dos tipos de interdito possessórios (reintegração, manutenção e interdito proibitório) em função do pedido comum de proteção possessória. Aqui o pedido final e comum entre os tipos de liquidação seria a obtenção do *quantum debeat*, não importando o rito que se adote para tanto, haveria aplicação analógica do art. 920 do Código de Processo Civil nesse caso⁴⁴.

Nesse sentido, a orientação do STJ se divide entre considerar que o rito da liquidação não está ao alvedrio do juiz, não transitando em julgado com a sentença condenatória ilíquida, já que a matéria é de ordem pública, e entre a ideia de que, apesar do trânsito em julgado, podem ocorrer adaptações excepcionais, desde que não importem alteração do julgado ou rediscussão da causa original⁴⁵.

e) Era possível a aplicação subjetiva da lide pelo requerido?

Entendemos que sim. O art. 315 do Código de Processo Civil dá a falsa impressão de que a reconvenção somente é admitida quando voltada ao autor, de modo que não seria de se admitir ampliação subjetiva com a reconvenção, tampouco reconvenção restritiva. Ora, nada impede o litisconsórcio ativo (o réu e um terceiro, estranho à demanda, formularem reconvenção frente ao autor) ou passivo (o réu apresenta reconvenção colocando o autor e alguém estranho à demanda no polo passivo) na reconvenção. Também é possível que somente um dos corréus apresente reconvenção em face de apenas um dos coautores da demanda inicial e vice-versa. Tudo em função da ideia de economia processual e de repúdio a um processo civil visto como instrumento exclusivo do autor. Confira-se, nesse sentido, o ensinamento de Dinamarco (2009a, p. 506)⁴⁶, para quem:

expressão da legítima tendência a universalizar a tutela jurisdicional, procurando extrair do processo, o máximo de proveito útil que ele seja capaz de oferecer. É ditame do princípio da economia processual a busca do máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo de emprego possível de atividades processuais.

Nelson e Rosa Nery (2006, p. 672) também se manifestam nesse sentido, especialmente nas notas de n. 24 e 25, ao art. 315 do Código de Processo Civil, assim como o STJ, em Recurso Especial⁴⁷:

Não tenho nenhuma dúvida que é possível e até recomendável ‘a ampliação subjetiva da relação processual, mediante reconvenção que lhe traga sujeitos antes estranhos a ela’, uma vez que tudo quanto for ‘possível deve ser feito para extrair do processo o máximo proveito útil’ (...). Todavia, essa ampliação subjetiva (...) só pode ocorrer ou quando o integrante novo trazido na contra-ação formar, com o autor da demanda inicial, um litisconsórcio necessário, ou quando os direitos e as obrigações em causa derivarem do mesmo fundamento de fato e de direito. (...) Igualmente não tenho nenhuma dúvida quanto à possibilidade e de ser também até recomendável a ampliação objetiva da relação processual, mediante reconvenção que alargue o objeto da ação inicial (...).

f) Em função da resposta dada aos itens anteriores, como advogado de C, qual seria a melhor estratégia processual a ser adotada a partir de agora no feito, levando-se em conta todas as possibilidades de prosseguimento?

C dever requerer o cumprimento de sentença quinze dias após o trânsito em julgado da sentença arbitral líquida, certa e exigível, ou seja, sendo líquida a sentença arbitral e não sendo opostos os *embargos de declaração* previstos no art. 30 da Lei de Arbitragem, bem como havendo o trânsito em julgado, terá a parte interessada quinze dias, nos termos do art. 475-J do Código de Processo Civil, para pagar o valor devido ou cumprir a sentença arbitral espontaneamente, sob pena do requerimento de cumprimento de sentença pela parte interessada, já acrescido da multa de 10% prevista na lei.

g) *Suas respostas se alterariam se as partes sucumbentes movessem demanda do art. 32 da Lei de Arbitragem, perante o Poder Judiciário, requerendo a anulação da sentença arbitral, alegando cerceamento de direito de defesa e, ainda, que a sentença condenatória arbitral não poderia atingir D e E, partes não originárias do feito?*

Em princípio não. O mero ajuizamento da ação anulatória do art. 33 da Lei de Arbitragem não suspende a liquidação e/ou cumprimento da sentença arbitral, a não ser que os autores dessa demanda obtenham tutela antecipada nesse sentido. A influência, ademais, poderia ser em termos de competência, já que se poderia pensar em prevenção do juízo perante o qual tramita a ação anulatória para a liquidação (conexão pela causa de pedir remota – a mesma sentença arbitral é objeto do pedido de anulação e de liquidação), mas não com eventual cumprimento, vez que a atividade aqui não é de cognição, mas, sim, executiva.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Antonio Carlos Matteis de. A nova liquidação de sentença. *In*: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença**. São Paulo: Método, 2006.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento de sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Manual da execução**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. 1v.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Cumprimento de sentença civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Execução de sentença penal, arbitral e estrangeira. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da nova execução de títulos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 3v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009a. 3v.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros,

2009b. 4v.

FLACH, Daisson. A nova execução. *In*: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). **A nova execução**: comentários à Lei n. 11.232, de 22 de novembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FUX, Luiz. **A reforma do processo civil**. Niterói: Impetus, 2006.

_____. **Curso de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato. **Reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *In*: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). **Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**: curso de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 3v.

MAZZEI, Rodrigo. Liquidação de sentença. *In*: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato. **Reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY Rosa Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMOS, Glauco Gumerato e outros. **Reforma do CPC**: Leis ns. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Caio Augusto Silva dos. Efetividade do processo e liquidação de sentença. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da nova execução de títulos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 3v.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **As reformas de 2005 do Código de Processo Civil**: execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento. São Paulo: Saraiva, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 2v.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil, liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. Cumprimento da sentença arbitral. *In*: BRUSCHI,

Gilberto Gomes (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença**. São Paulo: Método, 2006.

1 Para outros autores, porém, sua natureza é constitutiva porque a sentença declara o *an debeatur* e constitui seu *quantum* na liquidação (Nesse sentido, ver: ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 274; e NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 629 – ver nota 3 até art. 475-A).

2 Para Wambier, Almeida e Talamini: “o processo de liquidação tem como objetivo eliminar a generalidade da sentença tornando-a exequível (através da determinação do valor da condenação ou da individualização do objeto)” (**Curso avançado de processo civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 2v., p. 92). Para Cândido Rangel Dinamarco: “Liquidar é quantificar. Liquida-se, como a própria palavra indica, para suprir o requisito da liquidez, sem o qual nenhuma execução é admissível (...). Feita a liquidação, a sentença genérica (não líquida) passa a ter a mesma eficácia que teria uma condenação ordinária – ou seja, aquela que já traz em si todos os elementos indispensáveis para executar, inclusive a liquidez da obrigação (...). O resultado da liquidação é, por isso, a integração do título, o qual só passa a ter realmente a eficácia executiva a partir de quando se tornar líquida a obrigação nele indicada; a sentença genérica, enquanto genérica, na realidade é título apenas para realizar a liquidação, não para a executar” (**Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 4v., p. 614-615). Nesse sentido, ainda, Paulo H. dos Santos Lucon, para quem a liquidação é “requisito indispensável para a execução, já que ele é preordenado a estabelecer o valor do quanto devido”. Para esse autor, ademais, “a individualização do objeto da condenação, referida no *caput* do artigo diz muito mais respeito ao predicado da certeza (indicação ou identificação do bem da vida desejado), ou seja, ao *an debeatur* (o que e devido)”. Por fim, afirma ele que, se a obrigação não é líquida, falta ao exequente interesse de agir, uma das condições da ação executiva (*In*: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). **Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1771. Ver, especialmente, as notas 2 e 3 ao art. 603).

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 49445/SP. Quarta Turma. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. em 12-12-94. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%28%22RUY+ROSADO+DE+AGUIA>
Acesso em: 1^a mar. 2010; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 797.332/RR. Primeira Turma. Relatora Ministra Denise Arruda, j. 19-6-2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 1^a mar. 2010.

4 Nesse sentido, conferir WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil, liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 75; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Cumprimento de sentença civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 27; FLACH, Daisson. A nova execução. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). **A nova execução**: comentários à Lei n. 11.232, de 22 de novembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 32.

5 Nesse sentido: BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. 1v., p. 39; FLACH, Daisson. A nova execução. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). **A nova execução**: comentários à Lei n. 11.232, de 22 de novembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 32; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Cumprimento de sentença civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 33; ASSIS, Araken de. **Cumprimento de sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 94-95. Em sentido contrário, Rodrigo Mazzei, ao afirmar que o intuito do legislador não foi o de suprimir a liquidação dos outros tipos de obrigação (Liquidação de sentença. In: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato. **Reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 155-157); essa também é a opinião de Antonio Carlos Matteis de Arruda (A nova liquidação de sentença. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença**. São Paulo: Método, 2006, p. 31-32).

6 Sobre o tema, confira-se, especialmente, a obra de Luiz Rodrigues Wambier (**Sentença civil, liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006a, p. 79-108). Sobre a natureza de demanda autônoma com limitação cognitiva, ver também p. 97.

7 Rodrigo Mazzei fala que o aparente intuito do legislador foi tratar a liquidação como *apêndice* ou *incidente* do processo de conhecimento (Liquidação de sentença. In: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato. **Reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 149). Daisson Flach afirma que foram *diluídas as fronteiras* entre a cognição e a execução, ou seja, a liquidação continua sendo um *prius* à atividade executiva, mas agora a passagem de uma

fase para outra é mais ágil porque não existem processos autônomos e atos de comunicação como a citação (A nova execução. *In*: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). **A nova execução**: comentários à Lei n. 11.232, de 22 de novembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 33). Antonio Carlos Matteis de Arruda fala em procedimento subsequente do próprio processo de conhecimento (A nova liquidação de sentença. *In*: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença**. São Paulo: Método, 2006, p. 29).

8 Agora, não haverá citação, mas intimação do advogado, evitando-se, assim, como nos informa Cássio S. Bueno, cortes ou rupturas ou setorizações no processo que terá início com o ajuizamento da demanda e irá até a realização concreta do direito da parte (**A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. 1v., p. 41).

9 Nesse sentido, manifestam-se os autores Cássio S. Bueno (2006, p. 42); Ernane Fidélis dos Santos (2006, p. 22), em especial quando menciona a *natureza complementar do próprio processo de conhecimento*; Athos Gusmão Carneiro (2007, p. 30-33), para quem, agora, o autor, na peça inicial, sob pena de inépcia, deve requerer: declaração do direito, a condenação do demandado em sua integralidade (*an e quantum debeat*) e o seu cumprimento, de modo que “a ação é, pois, uma e única, decorrente de pretensões já predeterminadas e destarte abrangentes de todas as sucessivas fases em que se desenrola o processo”; Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio C. Arenhart (2007, p. 124), para os quais, além de estar-se diante de uma fase, o ato que lhe põe fim é decisão interlocutória, e não sentença que, portanto, não transita em julgado, não sendo possível falar-se em ação rescisória para atacá-la. No entanto, entendem que a decisão em questão é protegida pela preclusão, não podendo mais ser atacada naquele processo; e Daisson Flach (2006, p. 33 e 66-73).

10 WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil, liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 99 e 110.

11 WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil, liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 109.

12 WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil, liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 107.

13 WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil, liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 78, nota 3.

14 WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil, liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 76 e 110. Ver, ainda, sobre a possibilidade de conceder ao agravo regime similar ao de apelação quando for interposto de

decisão que tem natureza de sentença, a opinião de Teresa Arruda Alvim Wambier (**Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006b, p. 191).

15 Para eles, “*mesmo sendo ação, a atual sistemática empreendida pela L 11232/05 simplifica e agiliza a liquidação, de modo a dar-lhe rito procedimental mais expedito, sem a autonomia e independência que havia no regime do revogado CPC 603/611. Mas isso não lhe retira a natureza jurídica de ação, que se exerce, contudo, dentro do mesmo processo, entendido este como o conjunto de todas as ações que se desenvolvem em *simultaneus processus*, sem instaurar nova relação jurídica processual. Portanto, na prática, a liquidação funciona com procedimento de sequência da ação de conhecimento sem maiores formalidades, isto é, sem necessidade de petição inicial e com dispensa da citação do réu*” (nota 3 ao art. 475-A). No entanto, entendem que o ato que encerra a liquidação é decisão interlocutória, e não sentença, porque, nos termos do § 1º do art. 162, tem conteúdo dos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil, mas não põe fim ao processo, sendo apenas agravável em função da previsão expressa do art. 475-H (nota 10 ao art. 475-A).

16 Araken de Assis comenta temer que se defenda que a regra vale também para o rito ordinário, em função do uso, pela lei, da expressão rito comum sumário (*op. cit.*, 2007, p. 270).

17 Nesse sentido: Rodrigo Mazzei (Liquidação de sentença. *In*: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato. **Reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 164); e Araken de Assis (*op. cit.*, 2007, p. 272).

18 CARNEIRO, 2007, p. 36.

19 CARNEIRO, 2007, p. 38.

20 Essa parece ser também a opinião de Luiz Rodrigues Wambier (**Sentença civil, liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 288).

21 A expressão é de Rodrigo Mazzei (Liquidação de sentença. *In*: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato. **Reforma do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 195-197). Sobre o tema, e nesse mesmo sentido, ver Cássio S. Bueno (**A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. 1v., p. 54-55).

22 Nesse sentido, Araken de Assis (*op. cit.*, 2007, p. 276); e Luiz Fux (**A reforma do processo civil**. Niterói: Impetus, 2006, p. 102).

23 Nesse sentido, ver Athos Gusmão Carneiro (**Cumprimento de sentença civil**.

Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 29) e Daisson Flach (A nova execução. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). **A nova execução**: comentários à Lei n. 11.232, de 22 de novembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 57).

24 Lucon fala em uma *escalada de situações* para diferenciar uma liquidação da outra cada vez mais complexa (In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). **Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. Ver nota ao art. 608, p. 1799).

25 Para Dinamarco: “A liquidação por arbitramento é adequada quando para a determinação do *quantum debeatur* for necessário saber o valor de um bem ou de serviço. Na técnica da liquidação por arbitramento, arbitrar é avaliar. Aquele que foi condenado a pagar o valor de um veículo que destruiu em um acidente pagará o valor resultante da avaliação feita no processo de liquidação; quem houver sido condenado a pagar honorários a um advogado pagá-los-á no montante da avaliação dos serviços prestados. São sempre situações em que meros cálculos não são suficientes para determinação do *quantum debeatur* (art. 604), mas também não há fatos novos a serem levados em consideração (art. 609). O grau de indeterminação da obrigação sujeita a essa modalidade liquidatória é, pois, maior que o da obrigação determinável por cálculo e menor que o daquelas cujo o valor só se pode conhecer pela via mais complexa da liquidação por artigos”. (**Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. 2009. v. 4, p. 723).

26 “É aquele integrante do contexto gerador da obrigação não considerada na sentença condenatória genérica e relevante para a determinação do quantum debeatur. O fato é novo em relação à cognição realizada, isto é, ao contraditório estabelecido no processo cognitivo anterior podendo não ser necessariamente superveniente à sentença liquidanda” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). **Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 1797).

27 WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil, liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 128.

28 Cássio S. Bueno usa a expressão “liquidação provisória” para designar o fenômeno (**A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. 1v., p. 43). Em sentido contrário, WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil, liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 148, para quem a liquidação provisória somente é possível se o recurso de apelação não tiver efeito suspensivo.

29 Verificar especialmente a nota 13 ao art. 475-A.

30 Nesse sentido, ver Paulo Henrique dos Santos Lucon, nota ao art. 609 (*In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). Código de Processo Civil interpretado.* São Paulo: Atlas, 2004, p. 1802), e Luiz Rodrigues Wambier (**Sentença civil, liquidação e cumprimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006a, p. 101). Para Rodrigo Mazzei, essa é a única forma de liquidação que se mantém autônoma – usa a expressão “ação secundária” (Liquidação de sentença. *In: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato. Reforma do CPC.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 186).

31 Nesse sentido, ver Cássio S. Bueno (**A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2006. 1v., p. 50).

32 Cf. Wambier, Almeida e Talamini (**Curso avançado de processo civil.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 2v., p. 96).

33 Nelson e Rosa Nery (**Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 632-633, especialmente notas 10-12). DINAMARCO, Cândido Rangel (**A reforma da reforma.** São Paulo: Malheiros, 1995, p. 264); FLACH, Daisson (**A nova execução.** *In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). A nova execução: comentários à Lei n. 11.232 de 22 de novembro de 2005.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 58) e ASSIS, Araken de (**Cumprimento de sentença.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 123), para quem deve haver o reforço de penhora porque o princípio dispositivo impede a redução do valor de ofício. Essa é também a opinião de Marinoni e Arenhart (**Execução: curso de processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 3v., p. 129).

34 Esta a posição do E. Superior Tribunal de Justiça. Confira-se: (1) “São indevidos honorários de advogado em tal liquidação, levando-se em conta, além disso, que a sentença liquidanda, no caso, já estabelecera honorários no grau máximo”. (Recurso Especial n. 29151/RJ, Terceira Turma, Relator Ministro Nilson Naves, j. 20-9-1994. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%28%22NILSON+NAVES%22%29.m.in.%29+E+%28%22Terceira+1>

Acesso em: 1^a mar. 2010); (2) “A liquidação de sentença é um procedimento preparatório da execução por título judicial, onde não se discute a qualidade da condenação, mas a quantidade. É um simples complemento da sentença condenatória, que visa tornar líquida a sentença. Visando a liquidação da sentença apurar o valor da condenação, não cabe novos honorários advocatícios. Precedentes”. (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 238064/SC, Terceira Turma, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 18-8-2005. Disponível

em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 1^a mar. 2010).

35 Conforme ASSIS, Araken de. **Manual da execução**, 2007, item 55.4, p. 280; *vide* também: Embargo ao Recurso Especial n. 179.335/SP, Corte Especial, Relator Ministro Barros Monteiro, j. 17-10-2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 1^a mar. 2010.

36 Sobre o tema, ver: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Cumprimento de sentença civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 92; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 656, notas 12 a 16 ao art. 475-N; ASSIS, Araken de, **Manual da execução**, p. 103-104; e YARSHELL, Flávio Luiz. **Cumprimento da sentença arbitral**. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Execução civil e cumprimento da sentença**. São Paulo: Método, 2006, p. 191 e s.

37 Glauco Gumerato Ramos (RAMOS, Glauco Gumerato e outros. **Reforma do CPC**: Leis ns. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 261) e J. E. Carreira Alvim (Execução de sentença penal, arbitral e estrangeira. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da nova execução de títulos judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 3v., p. 336-337) entendem que não. Por outro lado, Athos Gusmão Carneiro (**Cumprimento de sentença civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 91) entende que sim.

38 (1) “Confirma-se, agora, no novo art. 475-N, IV, comportando também liquidação na forma própria, realizável no juízo comum, apenas com a mesma restrição encontrada para a sentença penal condenatória, ou seja, a execução e a liquidação tendo o título como base, e ainda não formada a relação processual, há de ter início por citação, formando-se o processo e seguindo-se na forma própria para liquidação por arbitramento e por artigos” (SANTOS, Ernane Fidélis dos. **As reformas de 2005 do Código de Processo Civil: execução dos títulos judiciais e agravo de instrumento**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37); (2) “(...) em relação à sentença arbitral, não é possível sustentar que sua natureza seja idêntica à dos títulos executivos extrajudiciais ilíquidos. Trata-se verdadeiramente de sentença, isto é, de pronunciamento a que a lei confere o mesmo tratamento da sentença proferida no exercício da função jurisdicional do Estado. (...) assim como nas sentenças proferidas pelo Poder Judiciário, a sentença arbitral é fruto de procedimento que respeita as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, além de exigir do árbitro, nos termos do art. 33 da Lei 9.307/96, a necessária imparcialidade. Em razão de todos esses argumentos, é que se PODE AFIRMAR SER PERFEITAMENTE ADMISSÍVEL, (...) A LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL, SEMPRE QUE O COMANDO NELA PROFERIDO SEJA GENÉRICO” (WAMBIER, Luiz

Rodrigues. **Sentença civil, liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 211-212); (3) “Quando forem certas, mas ilíquidas as sentenças penal, arbitral e estrangeira não podem ser executadas de pronto. Nessa hipótese é necessária a prévia ação de liquidação de sentença, com petição inicial dirigida ao juízo cível competente, bem como a citação do réu da ação de liquidação” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY Rosa Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 656-657).

39 Conforme Luiz Rodrigues Wambier (**Sentença civil, liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 115-121).

40 Recurso Especial n. 49445/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. j. 12-12-94. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 1^a mar. 2010; e Recurso Especial n. 797.332/RR, Primeira Turma, Rel. Ministra Denise Arruda, j. 19-6-2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 1^a mar. 2010.

41 Esta também a opinião de WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil, liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 134.

42 Esta também a opinião de WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil, liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 135.

43 Esta também a opinião de WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil, liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 136.

44 Conforme WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença civil, liquidação e cumprimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 140.

45 Nesse sentido: STJ. Recurso Especial n. 657.476/MS, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andriighi, j. 18-5-2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 1^a mar. 2010; Recurso Especial n. 348129/MA, Quarta Turma, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, j. 21-2-2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 1^a mar. 2010, e Recurso Especial n. 684.193/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, j. 24-10-2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 1^a mar. 2010.

46 **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009a. 3v., p. 506.

47 STJ. REsp 147944. Quarta Turma. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, j. 18-12-1997. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%28%22CESAR+ASFOR+ROCHA%22>. Acesso em: 13 abr. 2010.

3 O ACORDO DE ACIONISTAS E SUA EXECUÇÃO ESPECÍFICA¹

André de Albuquerque Cavalcanti Abbud

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito – GVlaw; mestre em Direito pela Harvard Law School; doutorando e mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo – USP.

3.1 Introdução

A jurisprudência dos tribunais pátrios fornece um bom ponto de partida para o estudo dos acordos de acionistas e de sua execução específica. De fato, ela contribui para a inserção da matéria no particular contexto econômico e jurídico que circunda esse instituto societário-contratual.

Ao examinar os julgados existentes, dois traços saltam aos olhos do observador. Em primeiro lugar, sua relativa escassez. Não são muitos os pronunciamentos jurisdicionais sobre o sindicato acionário, sua validade e eficácia, as potencialidades e os limites de seu cumprimento coercitivo pela via judicial. Em segundo lugar, verifica-se dentre os precedentes notável e marcada predominância daqueles relacionados a medidas de urgência, isto é, provimentos destinados a prevenir ou minorar os efeitos que o decurso do tempo pode gerar sobre o processo e seus resultados².

Essas duas características da jurisprudência dão valiosas pistas do comportamento subjacente à generalidade dos conflitos surgidos em torno do acordo de acionistas. De um lado, é difícil que os problemas ligados à (in)observância do pactuado sejam levados ao Judiciário. De regra, há pouco interesse na publicidade que o processo outorga à contenda envolvendo os negócios entabulados entre os acionistas, fator de risco à imagem da companhia junto ao mercado. Mas a razão principal da fuga é provavelmente outra: a demora (normal ou patológica) do processo dificilmente se compadece com a dinâmica da atividade empresarial, que necessita de soluções extremamente céleres e eficazes para os conflitos internos à vida societária, compassadas ao ritmo acelerado e à necessidade de segurança do mundo dos negócios. No

entanto, e exatamente em função da urgência que pauta a resolução dos problemas empresariais, nota-se que, ao recorrerem ao Judiciário, as partes o fazem prioritariamente em busca de remédios imediatos, ainda que provisórios ou parciais, para os conflitos emergentes dos acordos de acionistas. Lança-se mão de pedidos cautelares ou antecipatórios de tutela com o objetivo de, por exemplo, suspender a realização ou os efeitos de deliberações sociais, impedir o registro da transferência de ações nos livros da companhia ou a posse de administradores, sempre que tais atos se afigurarem contrários às disposições pactuadas.

Se assim é, mostra-se imprescindível que a operacionalização das convenções acionárias e, em especial, seu cumprimento por meio do processo sejam feitos de forma permanentemente associada a esse contexto. Ele aponta para algumas das principais características e necessidades particulares aos litígios ligados aos acordos de acionistas, das quais não se pode afastar aquele que pretenda imprimir o máximo de efetividade às disposições contidas no pacto. O grande desafio posto ao advogado, diante disso, é conhecer e trabalhar de modo eficiente os mecanismos oferecidos pela lei para que os direitos e as obrigações firmados no acordo se realizem, seja no plano das relações contratuais e societárias, seja em sede jurisdicional, mas em ambos os casos com a adequação e a velocidade exigidas pela dinâmica da empresa.

O presente texto, com a brevidade que seus limites impõem, destina-se a analisar alguns dos principais mecanismos de efetivação dos acordos de acionistas, no plano material e no plano jurisdicional. Antes, porém, aprofundar-se-á o exame do contexto em que são celebradas as convenções acionárias, bem como de seu conteúdo.

3.2 O acordo de acionistas: funções e objetos

Com o fortalecimento do mercado de valores mobiliários no Brasil, a aquisição de ações passou a ser uma opção atraente de investimento a um grande contingente de pessoas, popularizando-se³. Em decorrência, cresceu no interior das companhias a importância da figura do acionista investidor, interessado, sobretudo, no aumento do preço das ações e na percepção de dividendos, mas, ocasionalmente, também em alguma forma de acompanhamento da administração da empresa. A esse sócio contrapõe-se a figura do acionista-empresendedor, aquele que detém o poder de controle e o exerce de modo a fazer valer sua vontade no planejamento e na condução dos negócios.

Digno de nota, também, é o fato de que o modelo e a magnitude das privatizações brasileiras, levadas a efeito principalmente na última década do

século passado, tornaram comum o compartilhamento do controle das empresas adquiridas, por meio de consórcios entre as companhias nacionais e estrangeiras adquirentes (WALD, 2001, p. 1).

Nesse ambiente corporativo, em que são frequentes a divisão do poder de controle e a dispersão do capital social, torna-se cada vez mais necessária a utilização de instrumentos jurídicos capazes de acomodar os múltiplos e, muitas vezes, conflitantes interesses dos acionistas de determinada sociedade anônima. Seja para que os detentores da maior parte do capital social possam exercer ou manter o controle da empresa, seja para que os acionistas minoritários possam interferir na condução dos negócios, o encontro de vontades confluentes é fundamental. Da organização daqueles diversos interesses depende, em boa medida, a estabilidade duradoura da administração da companhia, que tem grande influência sobre o sucesso da atividade empresarial.

Para esse fim, os acordos celebrados entre os acionistas mostram-se mecanismos de grande relevância. Eles permitem que os contratantes aglutinem forças em torno de interesses comuns, formulando políticas de gestão empresarial, quer obrigando-se a votar em determinado sentido nas deliberações sociais, quer restringindo a transmissibilidade de suas ações, quer de ambas as formas. Apesar da amplitude de matérias que podem integrar os acordos de acionistas, esses são, com efeito, seus objetos mais frequentes na prática (BARBI FILHO, 1993, p. 95).

Para a compreensão do papel desempenhado pelo acordo de acionistas na atividade da empresa, mostra-se indispensável ter em mente seu caráter de pacto parassocial. Com isso, quer-se deixar marcado o fato de que esse contrato, de um lado, tem natureza e funções distintas do contrato de sociedade (estatuto), com ele não se confundindo, e, de outro, destina-se a produzir efeitos dentro do âmbito da companhia (COMPARATO, RT527, p. 32). Consciente da existência, de fato, de centros parassocietários de poder no interior da empresa, subvínculos entre os sócios, a lei opta por reconhecê-los oficialmente de modo a torná-los públicos e disciplinar seus limites e efeitos. Contidos os acordos nesses quadrantes legais, permite-se que eles produzam efeitos jurídicos vinculantes perante a sociedade e terceiros.

A natureza parassocial dos acordos de acionistas manifesta duas importantes consequências. Em primeiro lugar, ela significa que esses contratos não podem modificar a relação societária matriz, mas apenas os vínculos entre as partes deles signatárias. As convenções acionárias estão subordinadas à disciplina societária, prevista na lei e no estatuto da companhia, e a interpretação/aplicação das disposições do pacto deve ser feita sempre em consonância com aqueles ditames. Em segundo lugar, como os acordos de acionistas, desde que dotados de objeto e das formalidades prescritas em lei, integram a estrutura societária, o cumprimento das obrigações neles estipuladas

incumbe também aos órgãos da companhia⁴.

O art. 118 da Lei n. 6.404/76 prevê expressamente dois objetos para os acordos de acionistas: restrições à cessibilidade das ações e o exercício do direito de voto⁵. Tendo em vista serem esses os objetos típicos e mais frequentes dos pactos acionários, é sobre eles que se concentram as presentes atenções.

O instrumento contratual de que se trata pode ser usado, em primeiro lugar, para que as partes se comprometam a proferir seus votos nos órgãos colegiados da companhia no sentido previamente determinado no acordo ou em reunião. Trata-se dos chamados *acordos de voto*, que podem até mesmo conter a obrigação de que a parte se abstenha de votar em determinadas deliberações (LEÃES, 1978, p. 262). Essa espécie de acordo manifesta dois subtipos: o *acordo de mando*, por meio do qual acionistas se reúnem e coordenam o sentido de votos suficientes para adquirir ou manter o poder de controle sobre a sociedade, de modo a assegurar-lhe estabilidade administrativa, e o *acordo de defesa*, de que se valem acionistas não controladores – os chamados minoritários – para unir o número de votos necessários para que possam exercer alguma influência sobre os rumos da administração da empresa⁶.

Ao lado das convenções de voto, encontram-se os chamados *acordos de bloqueio*, destinados a impor limites ou condições à transferência das ações possuídas pelos signatários (PEDROL, 1951, p. 150). Apesar de existirem isoladamente, não raro esses acordos são firmados para instrumentalizar os pactos de mando ou defesa, conferindo estabilidade ao grupo que convencionou votar em certo sentido (BARRETO, 1982, p. 57-58).

São múltiplas as modalidades de sindicatos de bloqueio. Normalmente, eles constituem promessa de celebração de contrato de compra e venda de ações, (a) seja incondicionada (promessa simples de compra e venda), (b) seja condicionada à manifestação de vontade da parte compradora (contrato de opção), (c) seja dependente da vontade do titular das ações em aliená-las e da outra parte em adquiri-las (pacto de preferência). É possível, também, que as partes convençiem subordinar a transferência das ações de uma delas à autorização da outra ou de terceiros, dentro de estreitos limites e segundo critérios objetivos (cláusula de prévio consentimento)⁷. Há, ainda, pactos por meio dos quais a eventual venda de ações representativas da maioria do capital votante da empresa pelo acionista controlador confere (a) aos demais acionistas o direito de impor também a alienação de suas ações, em conjunto e simultaneamente, mediante condições semelhantes (*tag-along right*), ou (b) ao próprio acionista controlador o direito de exigir que os demais acionistas também alienem sua participação no capital social ao comprador (*drag-along right*).

Essas são, em síntese, as modalidades típicas e mais comuns de acordos

entre acionistas. Entretanto, a circunstância de o exercício do direito de voto e a compra e venda de ações estarem expressamente previstas no *caput* do art. 118, não significa que convenções sobre outras matérias sejam inválidas, como chegaram a sustentar alguns autores⁸. A diferença de tratamento atribuído aos acordos com objeto típico e atípico, conforme o disposto no art. 118, *caput* e § 1º, refere-se apenas à oponibilidade de suas estipulações à companhia e a terceiros. Dotados de objeto típico, os pactos devem ser observados pela sociedade e seus órgãos, desde que devidamente arquivados na sede da empresa (art. 118, *caput*). Do mesmo modo, somente os acordos típicos terão eficácia oponível a terceiros, se averbados no livro “registro de ações nominativas” e nos certificados das ações, se existentes – tratando-se de ações nominativas –, ou nos livros e extrato da conta-corrente da instituição financeira depositária, em caso de ações escriturais (art. 118, § 1º c/c arts. 31 e 35). Portanto, a celebração de convenções que versem sobre matérias outras que as previstas no *caput* do art. 118 tem eficácia restrita às partes signatárias.

Isso não significa, sob hipótese nenhuma, que os acordos dotados de objeto atípico, ou não arquivados na sede da companhia, não sejam passíveis de execução específica. A promessa de tutela efetiva e adequada a quem ostente um direito tem guarida na Constituição (art. 5º, XXXV, da CF), base em que se apoia o sistema processual para oferecer os mecanismos da tutela específica em caso de descumprimento de *qualquer* obrigação de prestar declaração de vontade (arts. 466-A a 466-C do CPC) – caso das encartadas nos acordos de acionistas. Em relação a esses, outrossim, a possibilidade de *enforcement* judicial é endossada pelo § 3º do art. 118 da Lei Societária, o qual não faz distinção entre convenções acionárias típicas e atípicas para esse mister.

3.3 Eficácia material dos acordos de acionistas: caracteres e limites

Como se viu, uma vez arquivado o acordo de acionistas com objeto típico na sede da empresa, a companhia e, por extensão, seus órgãos tornam-se vinculados à observância das disposições contidas nesse pacto parassocial (Lei das Sociedades Anônimas, art. 118, *caput*). O dever de assegurar o cumprimento do acordo, conferido pela lei à sociedade, é um dos mais importantes instrumentos de efetivação extrajudicial das obrigações encartadas nesse contrato.

Sendo assim, a companhia tem o dever de deixar de praticar qualquer ato contrário ao estabelecido na convenção. Deverá negar-se a computar votos proferidos em desconformidade com o pactuado, excluindo-os do quórum de

deliberação, assim como recusar-se a registrar em seus livros transferências de ações em violação a acordo de bloqueio. Esse entendimento, já antigo no tocante às convenções de voto⁹, foi reforçado com a introdução do § 8º ao art. 118, feita pela Lei n. 10.303/2001¹⁰.

É certo que, segundo posição minoritária, a atribuição ao presidente da mesa do poder de decidir se o voto proferido viola ou não as disposições do acordo e, no primeiro caso, nega efeitos ao sufrágio, é inconstitucional por violar o monopólio estatal da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) (BARBI FILHO, 1993, p. 102-103 e 173). Não é possível concordar com essa opinião, contudo. A atividade desempenhada pelo presidente da mesa não é jurisdicional, seja por não carregar o traço da definitividade, seja por não perseguir os escopos da jurisdição – atributos caracterizadores dessa atividade do Estado. Os efeitos do não cômputo do voto não se tornam imunes a futuros questionamentos na via judicial. Ao contrário, o conflito de interesses aí surgido poderá ser levado a qualquer tempo à apreciação do Judiciário (*inafastabilidade do controle jurisdicional* – CF, art. 5º, XXXV), que aí sim atuará a vontade do direito no caso concreto de forma a dar-lhe solução imperativa¹¹.

Com o intuito de acentuar a eficácia dos acordos de acionistas no plano material, a Lei n. 10.303/2001 introduziu mecanismo mais radical. De acordo com o § 9º do art. 118, em caso de ausência ou abstenção de voto do acionista ou do conselheiro vinculado à convenção acionária, a parte prejudicada tem o “direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissos e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada”.

A lei conferiu, assim, legitimidade substitutiva aos acionistas prejudicados e aos seus representantes nos órgãos administrativos da companhia para que manifestem a vontade pactuada na posição dos titulares do direito de voto que se quedaram omissos. Todavia, a criação dessa nova hipótese de *autotutela legal* não seria desejável, especialmente em razão do risco de arbitrariedades e abuso de direitos – razões históricas do abandono da defesa privada de interesses. Ao se permitir que o acionista que se sentir prejudicado lance mão do voto da parte omissa, exercendo-o no lugar do titular do direito, abre-se a possibilidade de abuso das prerrogativas contidas no acordo de acionistas por meio da interpretação arbitrária e parcial de seus termos pela parte interessada¹².

Certo está, portanto, Calixto Salomão Filho ao considerar um exagero essa representação forçada imposta ao acionista omissos pela lei. Como consequência, a legitimidade substitutiva exercida pela parte prejudicada – como qualquer representação no campo dos acordos de voto – deve ser interpretada de

forma bastante restritiva, frente à vedação legal à venda do direito de voto, tipificada como crime (art. 177, § 2º, do CP)¹³.

A despeito dessas ponderações, o mecanismo do § 9º do art. 118 integra o direito positivo e, portanto, deve ser aplicado para os casos nele previstos¹⁴. Com apoio nessa norma, assiste à parte conveniente prejudicada com a ausência ou com a abstenção de voto da outra parte o direito de proferir os votos correspondentes às ações dessa última, em conformidade com os termos do pactuado, tanto diretamente, nas reuniões assembleares, quanto por meio dos representantes eleitos, nos órgãos de administração da companhia.

Termina aí, no entanto, a prerrogativa atribuída pelo dispositivo legal. A faculdade por ele outorgada restringe-se aos casos de *não comparecimento* ou *abstenção* do acionista faltoso ou do administrador eleito nos termos do acordo. A essas precisas e específicas situações faz referência expressa a disposição contida no § 9º do art. 118, que deve, assim, aplicar-se apenas e exclusivamente a elas.

Afinal, está-se diante, como dito, de hipótese de *autotutela legítima*, modalidade residual de defesa de direitos, admitida somente em caráter excepcional, nos casos determinados pela lei de forma certa e taxativa. Na condição de regra de exceção, deve, como é natural, ser interpretada restritivamente e aplicada nos estritos limites da previsão normativa. Qualquer tentativa de alargar o âmbito de incidência desse dispositivo, para abranger situações nele não previstas, chocar-se-ia com a rígida vedação à defesa privada de interesses (art. 345 do CP). A par disso, como dito, toda representação em matéria de convenções de voto deve ser interpretada estritamente, diante da proibição da venda do direito de voto (art. 177, § 2º, do CP). Com maior razão, há de ser assim em relação à legitimidade substitutiva outorgada ao acionista pelo § 9º do art. 118, em que a representação não advém de convenção das partes, mas, sim, de imposição legal.

De resto, a solução aqui preconizada é a que melhor se afina com a interpretação sistemática dos §§ 7º e 9º do art. 118. Com efeito, dispõe o § 7º que

o mandato outorgado nos termos de acordo de acionistas para proferir, em assembleia geral ou especial, voto contra ou a favor de determinada deliberação, poderá prever prazo superior ao constante do § 1º do art. 126 desta Lei.

Trata o dispositivo, como se vê, do mandato convencional, celebrado

pelos signatários na convenção para instituir um representante (síndico) com poder de voto nas deliberações. O § 9º, por sua vez, cuida das hipóteses de mandato legal, surgido em virtude da não presença ou abstenção de um dos contratantes. Logo, não se configurando a ausência ou o silêncio do acionista, o exercício de representação pelo outro conveniente para proferir “voto contra ou a favor de determinada deliberação” só pode decorrer de convenção das partes, sob pena de esvaziamento da previsão do mandato convencional feita pelo § 7º. Inexistente mandato pactuado, não há que se falar em representação do acionista cujo voto contrarie o acordo.

Em suma, presente o acionista conveniente ou o administrador eleito nos termos do acordo na reunião deliberativa, e proferido voto em sentido contrário ao pactuado na convenção, à parte prejudicada é vedado o exercício da legitimidade substitutiva estipulada pelo § 9º. Como dito, somente em caso de não comparecimento ou abstenção de voto é franqueado ao lesado valer-se licitamente dessa modalidade de autotutela.

Uma vez manifestado o voto violador do pacto, o único dos mecanismos instituídos pela Lei n. 10.303/2001 em prol da efetividade material do acordo aplicável à espécie é o do § 8º. O presidente da mesa deve deixar de computar o voto infrator, e o acionista prejudicado, impedido de exercer autotutela e votar com as ações da outra parte, tem o direito de obter judicialmente a tutela específica relativa à obrigação firmada no acordo de acionistas. Não é lícito que, suprimidos pelo presidente da mesa os votos ofensivos (§ 8º), a parte contrária pretenda proferir aqueles mesmos votos no sentido que entende pactuado. A essa hipótese não é aplicável a autotutela instituída pelo § 9º.

3.4 Execução específica dos acordos de acionistas¹⁵

Examinando-se os objetos mais frequentes dos acordos de acionistas, nota-se que as obrigações estipuladas a uma ou mais das partes contratantes são de fazer. Com efeito, tanto os acordos que versam sobre a transmissibilidade das ações quanto aqueles que disciplinam o exercício do direito de voto, instituem obrigações de prestar declaração de vontade (votar em determinado sentido, celebrar contrato de compra e venda).

Diante disso, o cumprimento pela via jurisdicional das estipulações inseridas em acordo de acionistas segue o procedimento previsto para as obrigações de declarar vontade (arts. 466-A a 466-C do CPC). Como essas obrigações são infungíveis apenas em sentido jurídico, e não material, não há óbice para que o provimento judicial produza efeitos idênticos ao da manifestação de vontade contratada. A possibilidade da obtenção da tutela

específica em relação aos acordos de acionistas está prevista não apenas no sistema processual, como corolário da garantia constitucional da ação (art. 5^o, XXXV, da CF), mas também na própria lei societária (art. 118, § 3^o)¹⁶.

A tutela adequada para satisfazer a obrigação de declarar vontade encartada na convenção acionária é constitutiva, emitida ao cabo de processo de conhecimento. De fato, tão logo emitida, a sentença produz os exatos efeitos que decorreriam do ato do devedor, caso tivesse cumprido espontaneamente sua obrigação. Não é necessária a prática de nenhum ato de execução, seja direta (execução forçada), seja indireta (execução por coerção). No mais das vezes, a produção judicial dos mesmos efeitos da manifestação omitida exige a prática de atos de execução imprópria, notadamente o registro da sentença nos livros da companhia.

Ainda que o acordo de acionistas possa integrar a *fattispecie* de título executivo extrajudicial prevista no art. 585, II, do Código de Processo Civil, e o direito nele contido esteja devidamente individualizado (arts. 586 e 618, I, do CPC), esse instrumento não autoriza a instauração de demanda executiva propriamente dita¹⁷. Isso porque a tutela concedida na execução das obrigações de fazer infungíveis (arts. 632 e 638 do CPC) não se presta a solucionar convenientemente as questões surgidas no âmbito dos acordos de acionistas – ela não é a adequada às obrigações de declarar vontade.

De acordo com as normas dessa espécie de execução, o juiz deve determinar prazo para que o devedor cumpra o devido (art. 632 do CPC). Caso essa prestação seja infungível e o obrigado se recuse a efetuar-la, não há outra alternativa a não ser as perdas e danos (art. 638, parágrafo único, do CPC). Ora, de nada adianta conceder prazo ao acionista que alienou suas ações ou manifestou voto em violação a acordo de acionistas, para que cumpra o disposto no pacto. Diante da já violada obrigação, apenas o provimento que substitua a produção dos efeitos da declaração de vontade devida é apto a tutelar o credor. Da mesma forma, e como é óbvio, esse provimento é preferível no que concerne ao das perdas e danos¹⁸.

A tutela apta a remediar com precisão o direito violado é a substitutiva dos efeitos da prestação omitida. E, como dito, nessas hipóteses o provimento tem natureza constitutiva e é emitido ao término de processo de conhecimento. Essa é, de resto, a posição adotada pela jurisprudência¹⁹.

3.4.1 Execução dos acordos de bloqueio

Uma vez descumprida a obrigação de concluir contrato de compra e venda de ações firmado em acordo de bloqueio, o acionista prejudicado tem a faculdade de mover demanda com pedido de emissão de provimento produtor

dos mesmos efeitos da declaração de vontade pactuada, nos moldes previstos no art. 466-B do Código de Processo Civil, para o fim de obter a tutela específica relativa ao estipulado no acordo. Nesse caso, a sentença faz as vezes do próprio contrato definitivo de compra e venda, com todos os seus efeitos²⁰.

De variadas formas pode emergir o interesse jurídico do acionista prejudicado na obtenção da sentença substitutiva. Por exemplo, nos pactos de preferência, ele surge sempre que a outra parte manifesta o propósito de vender as ações vinculadas e depois se retrata. Nos contratos de opção, sempre que o proprietário dos títulos é notificado da intenção de compra da outra parte, no prazo estipulado, e se recusa a vendê-los. Nas promessas simples de compra e venda, basta que o contrato definitivo não seja celebrado no lapso fixado no acordo. Em todas essas modalidades de acordos de bloqueio, também a alienação das ações a terceiro torna viável a consecução da tutela específica²¹.

Legitimado a figurar no polo passivo da relação processual é o sujeito obrigado a celebrar o contrato definitivo de compra e venda, isto é, o acionista promitente vendedor das ações, vinculado ao direito de aquisição da parte contrária²². Julgada procedente a demanda, a sentença constitutiva produz os mesmos efeitos da compra e venda das ações, como se essa avença houvesse sido firmada pelas partes (art. 466-B do CPC). Caso as ações houverem sido alienadas a terceiro, essa transferência é desfeita apenas em parte, aproveitando-se um de seus elementos, a indubitável intenção de vender, para direcioná-la ao titular do direito de compra violado.

Convém lembrar que o contrato de compra e venda de ações, cuja celebração é objeto do acordo de bloqueio, tem natureza bilateral, vez que institui obrigações recíprocas entre os acionistas: de um lado, a entrega das ações; de outro, o pagamento do preço. Por essa razão, cabe ao acionista que mover a demanda demonstrar ter cumprido a prestação a ele incumbida, cumpri-la ou oferecê-la adequadamente, caso já exigível, seja em processo preparatório ou na própria demanda em que se postula a substituição da declaração de vontade da parte contrária. Caso não o faça, não poderá exigir do outro acionista o cumprimento da obrigação, razão pela qual o processo será extinto sem julgamento do seu mérito (art. 466-C c/c art. 267, VI, do CPC)²³.

Uma vez julgada procedente a demanda, com a emissão do provimento constitutivo produtor dos mesmos efeitos do contrato definitivo de compra e venda, os seguintes atos de execução imprópria devem ser levados a efeito. Tratando-se de ações nominativas, o vencedor levará a sentença a registro no livro “transferência de ações nominativas” e, conseqüentemente, no livro “registro de ações nominativas” da companhia (Lei das S.As., art. 100, I e II); no caso de venda de ações escriturais, a averbação da sentença será feita nos livros da instituição financeira depositária. Em ambos os casos, o ato de registro será

suficiente para a perfeita transferência da titularidade das ações objeto do acordo (Lei das S.As., arts. 31, § 2º, e 35, § 1º). Não é correto, portanto, afirmar que a sentença substitutiva se limita a concluir o contrato definitivo, fazendo surgir à parte vencida a obrigação de transferir a propriedade de suas ações.

3.4.2 Execução dos acordos de voto

A despeito dos mecanismos de eficácia material das convenções de voto instituídos pela Lei n. 10.303/2001 (Lei das S.As., art. 118, §§ 8º e 9º), é claro que não se extinguirão os casos em que se faz necessário recurso ao processo para a obtenção da tutela específica ao titular dos direitos pactuados. Basta lembrar as muitas hipóteses em que a formação do quórum deliberativo necessário ao cumprimento da convenção, afetado pelo não cômputo do sufrágio ilícito e invalidado pelo presidente da mesa com base no § 8º, depende do voto proferido em desacordo com o ajuste. Ao acionista prejudicado cumpre obter judicialmente a tutela substitutiva da declaração de vontade que, não obstante fixada no acordo, foi contrariada pela outra parte. Ao lado disso, não são raras as situações em que o presidente da mesa deixará, por equívoco ou omissão, de se opor ao cômputo de sufrágio contrário ao acordo (§ 8º), seja proferido pelo próprio acionista titular do direito de voto, seja emitido por aquele que vota abusivamente em lugar da parte omissa (§ 9º). Também aqui cabe ao acionista que se sentir prejudicado obter, pela via do processo, a substituição dos efeitos da vontade emitida em violação ao acordo. Não é absurdo pensar, ademais, na hipótese de o chefe do conclave invalidar voto consentâneo ao convencionado. A situação mais difícil de verificar na prática é aquela em que, ausente uma das partes na reunião societária, a outra não lança mão da prerrogativa franqueada pelo novo § 9º, deixando-se de se produzir qualquer manifestação de vontade.

Em todos esses casos, a uma ou outra parte que se sentir prejudicada resta socorrer-se das vias jurisdicionais²⁴. E o provimento adequado para o cumprimento específico das obrigações ajustadas, já se sabe, é o substitutivo da produção dos efeitos da declaração de vontade não emitida ou proferida em sentido diverso do determinado no acordo (art. 466-A do CPC). Sendo assim, a sentença de procedência da demanda, proferida ao cabo do processo de conhecimento, produz os mesmos efeitos do voto convencionado.

A primeira decorrência lógica dessa afirmação é que toda sorte de atos derivados da violação ao acordo, incompatíveis com os efeitos emanados do provimento, tem sua eficácia retirada pelo provimento substitutivo. Isso significa que, a rigor, não será preciso formular pedido de anulação do voto dissonante do ajustado, ou da deliberação decorrente da manifestação de vontade viciada. A supressão dos efeitos contrários ao acordo é consequência natural da produção

dos efeitos da sentença²⁵. Obviamente, se não é necessário sequer postular a anulação da reunião societária, tampouco é preciso propor demanda autônoma voltada a esse objetivo²⁶.

Da mesma forma, despidiendá será a convocação de outra reunião societária, para que sejam proferidos os votos no sentido da convenção²⁷. Afirme-se uma vez mais: a tutela específica produz os mesmos resultados do voto convencionado, e a ineficácia da deliberação resultante de violação a acordo de voto é decorrência natural dos efeitos da sentença substitutiva. Note-se que não é a assembleia ou a reunião do órgão administrativo que é retirada do plano jurídico; apenas a deliberação viciada é tornada ineficaz²⁸.

Na hipótese rara de não comparecimento do acionista contratante ao conclave, seguida do não uso pela parte presente da prerrogativa de manifestar a vontade do acordo com os votos da ausente (§ 9º), também é possível a tutela específica relativa às obrigações pactuadas. Apesar do entendimento contrário de Modesto Carvalhosa²⁹, para quem a tutela específica não tem o poder de substituir a ausência do acionista omissa, produzindo uma vontade inexistente sob o ponto de vista jurídico, parece em tudo equiparável à situação de ausência do signatário o voto proferido em branco: ambos equivalem a uma recusa em se emitir a declaração ajustada no acordo, de modo que o estado antijurídico por eles criado é passível de supressão por via jurisdicional³⁰.

Em qualquer caso, é claro que o julgamento do mérito da demanda dependerá da aptidão dos votos contrários ao acordo ou omitidos a alterar o resultado da deliberação. Somente quando o número desses votos tiver força suficiente para modificar a vontade social terá o autor interesse jurídico na obtenção da tutela postulada (art. 267, VI, do CPC).

Transitada em julgado a sentença procedente, deverá ser registrada junto aos livros da companhia, para que produza os exatos efeitos dos votos pactuados. Praticado esse ato de execução imprópria, a sociedade declarará então deliberada a matéria no sentido resultante do cômputo correto daqueles votos, e deverá, junto com seus órgãos, praticar e desconstituir todos os atos necessários a que se suprimam os efeitos da deliberação anterior viciada³¹.

Assim como nos acordos de bloqueio, na hipótese provável de a violação ao pacto ter acarretado prejuízos ao outro contratante, a tutela constitutiva emitida em substituição ao voto poderá ser cumulada com tutela condenatória de reparação dos prejuízos, obviamente direcionada ao acionista que violou a convenção – o responsável pelos danos emergentes dessa conduta.

3.5 Conclusão

Em um ambiente corporativo pautado pela crescente dispersão do capital social e pelo compartilhamento do poder de controle das empresas, os acordos de acionistas mostram-se, cada vez mais, importantes instrumentos destinados a acomodar múltiplos interesses e viabilizar a condução dos negócios. Em boa medida, a administração estável das companhias depende da rigorosa observância dos termos pactuados em acordos de voto ou de bloqueio.

Essa premissa deve pautar a interpretação e aplicação dos mecanismos dispostos pela lei para garantir o cumprimento das obrigações encartadas nos acordos. A dinâmica da empresa impõe que eventuais conflitos entre os convenientes sejam resolvidos com extrema eficiência e rapidez.

Sem dúvida, essa preocupação motivou o legislador a reforçar os meios de *enforcement* do acordo acionário no plano material em 2001. A mesma preocupação deve orientar os advogados, a quem cabe conhecer a fundo e trabalhar adequadamente os instrumentos legais, de modo a assegurar a realização prática das cláusulas pactuadas, seja no plano societário, seja no âmbito da tutela jurisdicional específica. Como resultado, serão beneficiados não apenas os acionistas afetados mas sobretudo as próprias companhias.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Execução específica dos acordos de acionistas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ARAGÃO, Paulo Cezar. A disciplina do acordo de acionistas na reforma da Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 10.303, de 2001). In: LOBO, Jorge *et al.* (Coord.). **Reforma da lei das sociedades anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei n. 10.303, de 31.10.2001**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBI FILHO, Celso. **Acordo de acionistas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 121, p. 31, jan./mar. 2001.

_____. Os efeitos da reforma do Código de Processo Civil na execução específica do acordo de acionistas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 737, p. 34, mar. 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Adjudicação compulsória de ações de

sociedade anônima. Pedido e sentença. *In*: _____. **Temas de direito processual**: primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Aspectos da “execução” em matéria de obrigação de emitir declaração de vontade. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). **Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARRETO, Celso de Albuquerque. **Acordo de acionistas**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BERTOLDI, Marcelo M. **Acordo de acionistas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BESSONE, Darcy. Acordo de acionistas. Poderes do acionista controlador de sociedade anônima. Artigos 116, 238 e 273 da Lei n. 6.404/76. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 80, n. 672, p. 21, out. 1991.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BULGARELLI, Waldírio. A regulamentação jurídica do acordo de acionistas no Brasil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 40, p. 79, out./dez. 1980.

CAMPOS, Rubens Malta. Acordo de acionistas no Brasil. **Revista Sociedade por Ações**, estudo n. 2, São Paulo, Resenha Universitária, 1977.

CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionistas**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 2v.

_____. Denunciada “insegurança jurídica”. **Tribuna do Direito**, out. 2001.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. **A nova Lei das S/A**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 2v.

COMPARATO, Fábio Konder. Acordo de acionistas e interpretação do art. 118 da Lei das S/A. **Revista dos Tribunais**, n. 527, p. 32, São Paulo, 1979.

_____. Eficácia dos acordos de acionistas. *In*: **Novos ensaios e pareceres de direito empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. Nota sobre a execução específica da obrigação de contratar. **Revista de**

Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 97, p. 104, jan./mar. 1995.

_____. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Reflexões sobre as promessas de cessão de controle societário. *In: Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. Validade e eficácia de acordo de acionistas. Execução específica de suas estipulações. *In: Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COTTINO, Gastone. **Le convenzioni di voto nelle società commerciali**. Milano: Giuffrè, 1958.

COVIELLO, Leonardo. **Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano**. Milano: Società Editrice, 1896.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Adjucação compulsória**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DONATI, Antigono. **L'invalidità della delibera d'assemblea delle società anonime**. Milano: Giuffrè, 1937.

GABRIELLI, Giovanni. **Il contratto preliminare**. Milano: Giuffrè, 1970.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 41, p. 40, 1981.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Execução específica do acordo de acionistas. Art. 118, § 3º, da Lei das Sociedades Anônimas c/c arts. 639 e 640 CPC. Carência da ação ou improcedência do pedido. *In: O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1978. 2v.

_____. Efeitos sobre terceiros dos acordos de acionistas. *In: Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004.

MARCELINO, George Washington T. O acordo de acionistas no direito brasileiro e sua execução. **Revista Sociedades por Ações**, estudo n. 21, São Paulo: Resenha Universitária, 1982.

MARTINS, Fran. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 2v. Tomo I.

- MIRANDA, Edson Antonio. **Execução específica do acordo de acionistas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. **Breves comentários à Lei de Sociedades por Ações**. São Paulo: Saraiva, 1977.
- NISS, Pedro Henrique Távora. **Da sentença substitutiva da declaração de vontade**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977.
- OSSORIO, Angel. **El contrato de opcion**. Buenos Aires: Uteha, 1939.
- PEDROL, Antonio. **La sindicación de acciones**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1951.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Acordo de acionistas: um breve estudo acerca das modalidades. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, 2001. Disponível em: <<http://www.ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/issue/view/210>>. Acesso em: 29 maio 2009.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Acordo de acionistas como instância da estrutura societária. *In: O novo direito societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SANCHES, Sydney. **Execução específica (das obrigações de contratar e de prestar declaração de vontade)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- SILVA FILHO, Antônio Carlos Monteiro da. **Ação para execução específica de acordo de acionistas**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.
- TORNOVSKY, Miguel. Acordos de acionistas sobre o exercício do poder de controle. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 127, p. 93, 2002.
- VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. **Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.
- WALD, Arnoldo. A nova Lei das S.A. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 19 out. 2001.
- YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 8v.

1 Texto escrito em abril de 2007, com base em aula proferida no curso de pós-graduação do *GVlaw* sobre *Estratégias Processuais na Advocacia Empresarial*.

2 Nesse sentido, a título de exemplo, veja-se: Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 8.527, da Segunda Turma, Brasília, DF, 16 de novembro de 2004. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar n. 4.220, da Terceira Turma, Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2003. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 413.722, da Quarta Turma, Brasília, DF, 23 de junho de 2003. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 388.423, da Quarta Turma, Brasília, DF, 04 de agosto de 2003. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar n. 2.035, da Quarta Turma, Brasília, DF, 13 de março de 2000. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 43.457, da Terceira Turma, Brasília, DF, 05 de fevereiro de 1996. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 27.517, da Terceira Turma, Brasília, DF, 17 de maio de 1993. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 23.668, da Terceira Turma, Brasília, DF, 22 de março de 1993. Disponíveis em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 abr. 2010.

3 Em dez anos (de 1996 a 2006), o volume de ações negociadas na Bovespa saltou de 98 bilhões de reais para 599 bilhões de reais, um crescimento de 500%. A porcentagem desse montante na mão de pessoas físicas também aumentou consideravelmente: de 12% em 1998 para 25% em 2006. Disponível em: <http://www.veja.abril.com.br/280307/p_082.shtml> e <<http://www.bmfbovespa.com.br/InstSites/RevistaBovespa/100/Numero100.shtml>>. Acesso em: 27 maio 2010.

4 Conforme SALOMÃO FILHO, Calixto. Acordo de acionistas como instância da estrutura societária, especialmente p. 95-105. *In: O novo direito societário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

5 Com as modificações introduzidas pela Lei n. 10.303/2001, o art. 118 passou a referir-se também ao desempenho do poder de controle como objeto típico dos acordos de acionistas. Essa matéria, no entanto, não acrescenta nada ao antigo rol, vez que o poder de controle é exercido por meio do voto, nas deliberações da companhia (Lei das Sociedades Anônimas, art. 116), e adquirido ou mantido por meio de acordos sobre a transmissibilidade das ações (Nesse sentido: BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 553; BERTOLDI, Marcelo M. *Acordo de acionistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 69-70. Em sentido contrário: CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 212; TORNOVSKY, Miguel. Acordos de acionistas sobre o exercício do poder de controle. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São

Paulo, n. 127, p. 93, esp. p. 99, 2002).

6 Cf. PEDROL, Antonio. **La sindicación de acciones**, p. 43 e 46; CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, p. 558. Por exemplo, podem unir-se os acionistas que representem, no mínimo, (a) um décimo do capital votante, para requerer a adoção do voto múltiplo para eleição dos conselheiros (Lei das S.As., art. 141), (b) cinco por cento do capital social, para convocar a assembleia, se os administradores não tomarem essa providência (art. 123, c), (c) cinco por cento do capital social, para mover demanda judicial de exibição dos livros da companhia (art. 105), (d) cinco por cento do capital social, para mover demanda de responsabilidade contra administradores, caso a assembleia delibere não fazê-lo (art. 159, § 4º), (e) um décimo do capital votante, ou cinco por cento das ações sem direito a voto, para pedir a instalação do conselho fiscal (art. 161, § 2º) etc.

7 Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Reflexões sobre as promessas de cessão de controle societário, p. 229; CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionistas**, p. 154-157.

8 Afinal, não há na lei societária ou no direito comum – aplicável aos acordos de acionistas – cominação de invalidade aos pactos dotados de outros objetos. Nesse sentido, COMPARATO, Fábio Konder. Validade e eficácia de acordo de acionistas. Execução específica de suas estipulações, p. 56, e **O poder de controle na sociedade anônima**, p. 179-180; MARTINS, Fran. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**, p. 120; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas, p. 45; BULGARELLI, Waldírio. A regulamentação jurídica do acordo de acionistas no Brasil, p. 88; BARBI FILHO, Celso. **Acordo de acionistas**, p. 95; CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionistas**, p. 74; COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, p. 316; MARCELINO, George Washington. O acordo de acionistas no direito brasileiro e sua execução, p. 1.411. Em sentido contrário, cf. MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. **Breves comentários à Lei de Sociedades por Ações**, p. 172; BESSONE, Darcy. Acordo de acionistas. Poderes do acionista controlador de sociedade anônima. Artigos 116, 238 e 273 da Lei n. 6.404/76, p. 35.

9 Cf. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica, cit., p. 63-64; CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionistas**, p. 265; BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**, p. 325; SALOMÃO FILHO, Calixto. Acordo de acionistas, cit., p. 106-107; ARAGÃO, Paulo Cezar. A disciplina do acordo de acionistas na reforma da Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 10.303, de 2001), p. 369 e 371; BARRETO, Celso de Albuquerque. **Acordo de acionistas**, p. 74; MARCELINO, George Washington. O acordo de acionistas, cit., p. 1.467; MIRANDA, Edson Antonio. **Execução específica do acordo de acionistas**, p. 64.

10 “O presidente da assembleia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado”. Veja-se que ao representante da sociedade não foi conferido o poder de, não computando voto considerado infrator do pactuado, substituir a manifestação de vontade do acionista e declarar o voto que entende correto. Atribuiu-se-lhe uma autoridade limitada. Cumpre-lhe tão somente considerar como não emitida a declaração que julgar violadora do acordo, excluindo-a do quórum deliberativo (cf. ARAGÃO, Paulo Cezar. A disciplina do acordo, cit., p. 373; CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionistas**, p. 265). A fim de obter a declaração de vontade pactuada, caberá ao acionista prejudicado buscar a tutela jurisdicional específica produtora dos mesmos efeitos do voto devido.

11 A esse respeito, ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Execução específica dos acordos de acionistas**, p. 138-141.

12 Antes da promulgação da Lei n. 10.303, dizia Modesto Carvalhosa: “é o mesmo que fazer justiça com as próprias mãos” (CARVALHOSA, 2001, p. 35). E José Edwaldo Tavares Borba: “o parágrafo 9^a consagra uma aberração”. De acordo com este último autor, “quem seria o juiz da adequação entre o compromisso de votar em determinado sentido e o sentido efetivo do voto proferido pela chamada parte prejudicada? Seria a própria parte prejudicada? Seria a mesa da assembleia, que depende do controlador? (...). Esses preceitos, se convertidos em lei, comprometerão a qualidade, o prestígio e a consistência da lei brasileira sobre sociedades anônimas” (2001, p. 553-554).

13 Cf. Acordo de acionistas, cit., p. 107.

14 Não se pode dizer que referido dispositivo viola o princípio da *inafastabilidade do controle jurisdicional* (CF, art. 5^o, XXXV), como quer Marcelo M. Bertoldi (2006, p. 124-127). Esse autor sustenta que a ação substitutiva da parte presente na deliberação teria “a mesma força que uma sentença judicial transitada em julgado”, o que não é verdade. Enquanto o provimento jurisdicional traz a marca da *definitividade*, como visto, ao acionista que se sentir prejudicado pelo exercício da faculdade prevista no § 9^o sempre haverá a possibilidade de recorrer à via do processo para sustentar suas razões. Assim, o acesso à jurisdição não é negado; apenas há uma “inversão de papéis”: “a parte prejudicada pela omissão ou ausência de votos, que deveria figurar como autora na execução específica do acordo, agora passará a ser ré em eventual demanda proposta pela parte omissa ou ausente que se sinta eventualmente prejudicada pela utilização da prerrogativa contida no § 9^o do art. 118” (CARVALHOSA e EIZIRIK, 2002, p. 233).

15 A exposição feita a seguir reproduz, em apertada síntese e com algumas adaptações, trechos dos itens 5.2 e 5.3 do livro **Execução específica dos acordos**

de acionistas, do autor do presente trabalho, mencionado nas referências bibliográficas.

16 “Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.”

17 Cf. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Execução específica**, cit., p. 47; BARBI FILHO, Celso. **Acordo de acionistas**, p. 162 e Os efeitos da reforma do Código de Processo Civil na execução específica do acordo de acionistas, p. 44-47; CARVALHOSA, Modesto, **Comentários**, cit., p. 531; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**, p. 210-212. Da constatação de que os acordos de acionistas típicos, isto é, os que encartam as obrigações de declarar vontade previstas no *caput* do art. 118, não constituem títulos executivos extrajudiciais não se pode extrair essa mesma conclusão no tocante a quaisquer tipos de sindicato acionário. Obrigações de outra natureza, como a de pagar o preço devido pela venda de ações prevista em acordo de bloqueio, contanto que líquidas e certas podem tornar adequada a via do processo de execução.

18 Assiste razão a Teori Albino Zavascki, portanto, quando afirma não existir, em nosso sistema jurídico, processo de execução voltado ao cumprimento de obrigação de emitir declaração de vontade. A consequência dessa constatação é que “embora formalmente enquadrados no art. 585, II, do CPC, os documentos públicos ou particulares e os instrumentos de transação contendo tais espécies de obrigação, não constituem título executivo. Cabe ao titular do direito insatisfeito postular sentença, em processo de conhecimento, que produzirá ‘os mesmos efeitos do contrato a ser firmado’ (art. 639 do CPC) ou da ‘declaração não emitida’ (art. 641 do CPC)” (ZAVASCKI, 2003, p. 215-216).

19 STJ, REsp 413.722, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 23-6-2003. O entendimento lá expressado baseou-se na afirmação de que o acordo de acionistas veicula “obrigações genéricas e não líquidas”, mesmo tratando-se de prestações de fazer – no caso concreto, subscrever ações ordinárias. De modo geral, os tribunais entendem que o contrato dependente da averiguação de fatos e interpretação de cláusulas não comporta demanda executiva (STJ, REsp 1.080, Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, DJ 27-11-89; REsp 71.331, Rel. Min. Waldemar Zweiter, DJ 13-5-96; 2ª TAC-SP, Ap. 593.814-00, j. 10-12-98).

20 Cf. CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionistas**, p. 263; ARAGÃO, Paulo Cezar. A disciplina do acordo, cit., p. 369; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**, p. 530.

21 Lembre-se, contudo, de que a produção dos efeitos da sentença perante o terceiro adquirente depende do fato de o acordo ter sido devidamente averbado no livro “registro de ações nominativas” da companhia e nos certificados das

ações, se emitidos (Lei das S.As., art. 118, § 1º c/c arts. 23, 24 e 31). Tratando-se de ações escriturais, a averbação deve ser feita nos livros da instituição financeira custodiante, constando também do extrato da conta-corrente fornecido ao acionista (art. 35). Caso não tenha havido essa inscrição, o acionista prejudicado não poderá opor o pactuado ao terceiro adquirente, restando-lhe apenas a via das perdas e danos.

22 Cf. CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Adjudicação compulsória**, p. 58.

23 Essa regra é decorrência óbvia e natural da *exceptio non adimpleti contractus*, segundo a qual “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro” (art. 476 do CC).

24 Ou recorrer a algum mecanismo alternativo de resolução de conflitos eleitos pelas partes.

25 No dizer de Fábio Konder Comparato, “(...) a ineficácia decretada dos votos dos controladores, dados em violação do acordo de acionistas, acarretará, por via de consequência, a *ineficácia das deliberações tomadas em assembleia com aqueles votos, infirmando-se todos os atos ulteriores praticados pela companhia com base nelas (...)*” (grifos nossos) (Validade e eficácia, cit., p. 71). Cf. também CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionistas**, p. 269 e SILVA FILHO, Antônio Carlos Monteiro da. **Ação para execução específica de acordo de acionistas**, p. 94 e 98, para quem “os efeitos da sentença se sobrepõem a todo e qualquer efeito que tenha sido produzido pela manifestação de vontade tida como ilícita, isto é, desconforme o acordo de acionistas. A sentença do art. 641 (...), ao gerar os efeitos da declaração não emitida, está automaticamente subtraindo a eficácia da manifestação dada pelo réu em sentido contrário” (*op. cit.*, p. 94).

26 Ao contrário do que sugere GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica, cit., p. 67-68.

27 Como propõe MIRANDA, Edson Antonio. **Execução específica**, cit., p. 66.

28 A(s) deliberação(ões) tomada(s) pelos acionistas em assembleia, ou pelos administradores na reunião do órgão de que fazem parte, não se confunde(m) com esse mesmo conclave (Lei das S.As., arts. 122, 129 etc.).

29 Cf. **Acordo de acionistas**, p. 267.

30 Cf. BARBI FILHO, Celso. **Acordo de acionistas**, p. 176.

31 Cf. CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de acionistas**, p. 268. “A companhia é obrigada a suportar os atos de execução imprópria porque está sujeita ao acordo de acionistas” devidamente arquivado (art. 118, *caput*) “e porque a lei lhe confere atribuições de registro público (art. 100, *id.*)” (SILVA FILHO, Antônio

Carlos Monteiro da. **Ação para execução específica**, cit., p. 116). Além disso, a recusa em se proceder aos atos de registro configuraria crime de desobediência (art. 330, do CP).

4 AÇÕES COLETIVAS E CONTENCIOSO DE MASSA: O CASO DA TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA DA TELEFONIA FIXA

Daniela Monteiro Gabbay

Advogada-orientadora da clínica de mediação da DIREITO GV; mestre e doutoranda em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP; pesquisadora e professora; Fox International Fellow na Universidade de Yale; advogada.

4.1 O caso¹

Em meados do ano de 2004, teve início perante o Judiciário Paulista (e também perante o Judiciário de outros Estados) um ajuizamento generalizado de ações contestando a cobrança de tarifa de assinatura residencial pelas concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) atuantes no país.

Esse movimento se desdobrou em duas frentes: de um lado, em milhares de demandas *individuais* cujo objetivo consistia em obter a declaração de invalidade de referida tarifa pelos consumidores do serviço de telefonia. A maior parte dessas demandas tramitou perante os Juizados Especiais Cíveis. De outro lado, houve o ajuizamento de diversas ações *coletivas*, propostas tanto pelo Ministério Público (estadual e federal) quanto por associações legitimadas para tanto, com o objetivo de impedir as concessionárias de cobrarem de seus clientes a tarifa de assinatura. Houve, na maioria dessas demandas, pedidos de liminares para a determinação de obrigação de não fazer.

Como advogado de uma grande concessionária de STFC em São Paulo, você é procurado para lidar com o seguinte cenário em que está inserida a empresa:

- No âmbito *contencioso*: há 26 ações coletivas sobre a matéria em trâmite em diferentes Comarcas do Estado de São Paulo. Em algumas dessas demandas, o pedido é alternativo em relação a

nulidade da cobrança da tarifa para os usuários de todo o Estado de São Paulo, ou apenas para os da cidade em que a ação foi proposta. No polo ativo dessas demandas encontram-se várias associações, a maioria delas atuantes em prol da defesa do consumidor, e o Ministério Público estadual e federal. Em apenas cinco delas figura no polo passivo a ANATEL, agência reguladora do setor que desloca a competência para a Justiça Federal. Nessas ações foram concedidas, mantidas e/ou revogadas liminares, cujo objetivo era impedir as concessionárias de cobrarem de seus clientes a tarifa básica de assinatura. Quanto à litigância no âmbito individual houve a propositura de aproximadamente 95 mil ações individuais com o mesmo objeto das ações coletivas (nulidade de cobrança da tarifa telefônica), concentradas principalmente nos Juizados Especiais Cíveis. Apenas no Juizado Especial Cível Central, tramitavam 52 mil ações, volume que gerou enorme represamento de demandas e uma quase falência operacional do JEC.

- No âmbito *institucional e regulatório*: com a judicialização da regulação tarifária no âmbito das telecomunicações de forma desordenada, e fazendo-se uso das liminares para suspensão da cobrança da tarifa telefônica, objetivava-se também discutir a redefinição do modelo de remuneração e estruturação tarifária do serviço de telecomunicações, principalmente após a reorganização geral promovida pelas privatizações.

O Ministério das Comunicações, em seu relatório de atividades para 2004², considerou que há

(...) um excessivo grau de liberdade dos prestadores de serviços de telecomunicações sobre os itens da cesta tarifária (assinatura básica/pulso/habilitação), permitindo com isso uma forte manipulação do item assinatura, item esse que tem grande impacto na fatura mensal dos usuários de baixa renda.

No Congresso Nacional, há vários projetos de lei em trâmite com o objetivo de extinguir ou alterar o regime de cobrança de assinatura nas tarifas de telefonia³.

Em dezembro de 2005, a ANATEL editou a Resolução n. 427, destinada

a regulamentar um novo plano de acesso ao serviço de STFC local denominado (Acesso Individual de Classe Especial – AICE), cuja característica fundamental é a de ser um plano pré-pago, com tarifa de assinatura mais barata que a tarifa de assinatura normalmente praticada pelas concessionárias.

A partir desses cenários, monte uma *estratégia de atuação da empresa*. O seu marco temporal e espacial é a citação em uma das quatro demandas coletivas já ajuizadas contra o seu cliente, que está tramitando perante a 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo. No polo ativo está o Ministério Público Estadual de São Paulo e, no polo passivo, o seu cliente e a ANATEL. Leve também em consideração o gerenciamento de outras 850 ações individuais ajuizadas contra a mesma empresa no Juizado Especial Cível que também questionam a cobrança da tarifa telefônica. As três demandas coletivas anteriormente ajuizadas tramitam nas Comarcas de Bauru, São Carlos e Mauá; em todas elas há pedidos de liminar para suspensão da cobrança da tarifa, mas em apenas uma das demandas a liminar foi deferida e agravada ao Tribunal de Justiça de São Paulo, ainda pendente de decisão neste Tribunal. Quais medidas poderão ser adotadas, no âmbito judicial e/ou extrajudicial, considerando as variáveis de o custo, tempo e relação entre essas demandas?

Ressalte-se que não há uma resposta única possível, pois diferentes escolhas podem compor a estratégia adotada pela empresa no caso, mas qualquer das respostas precisaria considerar as questões a seguir:

- Reunião das demandas (conexão): só as coletivas? Coletivas e individuais?
- Não havendo a possibilidade de reunir as centenas de demandas individuais perante um mesmo juízo, haveria alguma medida alternativa para o gerenciamento dessas demandas judiciais? O pedido de suspensão das ações individuais seria possível? Caso a resposta seja positiva, qual seria o fundamento legal para a suspensão?
- Qual a abrangência (objetiva e subjetiva) dessas demandas?
- As ações nesse caso precisam ser propostas no domicílio do consumidor (art. 101, I, do CDC)? Quanto à conexão, a competência do Juizado Especial pode ser modificada para fins de reunião das demandas?
- Como interpretar a aplicação do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, nesse caso?
- Há necessidade de defesa e instrução únicas (economia processual)?
- Como lidar com processos repetidos e risco de decisões contraditórias?

Quais são os efeitos das decisões judiciais?

- A Agência Reguladora (ANATEL) possui legitimidade para figurar no polo passivo da ação?

4.2 Coisa julgada coletiva

Os limites objetivos da coisa julgada são aqueles referentes à extensão objetiva da demanda e determinados pelo pedido e pela causa de pedir, enquanto os limites subjetivos são referentes aos sujeitos atingidos pela imutabilidade da sentença (extensão subjetiva da demanda).

Esses conceitos aplicam-se tanto às demandas individuais quanto às coletivas. A diferença é que no caso dessas últimas, que têm por mote a defesa de interesses metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), estruturalmente distintos dos direitos subjetivos de natureza individual e disponível, os efeitos da sentença atingem terceiros de forma mais ampla. Daí porque se fala em coisa julgada *ultra parte* e *erga omnes* (arts. 103 e 104 do CDC), afastando-se a incidência do art. 472 do Código de Processo Civil, que determina que a sentença faz coisa julgada somente em relação às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

Assim, tratando-se de interesses *difusos* (transindividuais e com objeto indivisível), cujos titulares são pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato⁴, a coisa julgada é *erga omnes*, pois basta uma ofensa para que todos sejam atingidos (ainda que potencialmente), e a satisfação de um beneficia a todos. No caso de interesses *coletivos*, também com objeto indivisível, mas cujos titulares consistem em grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base⁵ (sujeitos determináveis), a coisa julgada é *ultra partes*, mas limitada ao grupo, categoria ou classe de pessoas.

E, por fim, sendo os interesses individuais homogêneos, cujos titulares são determináveis e o objeto divisível⁶, a coisa julgada é *erga omnes*, e apenas prevalece para beneficiar os terceiros.

Em relação aos terceiros, é tecnicamente adequado falar em efeitos da sentença, e não autoridade da coisa julgada, pois essa última é restrita àqueles que foram partes no processo⁷. A extensão subjetiva dos efeitos da sentença se justifica também no âmbito coletivo em função da representatividade exercida pelos legitimados para a propositura dessas demandas, pois defendem interesses alheios em nome próprio (substituição processual).

No caso de interesses difusos e coletivos, os efeitos subjetivos da sentença são *erga omnes* ou *ultra partes*, salvo na hipótese de improcedência da demanda por insuficiência de provas, situação em que não há formação de coisa julgada, e qualquer legitimado poderá voltar a propor a mesma demanda, desde que baseada em novas provas (art. 103, I e II, do CDC). Essa solução visa evitar a possibilidade de colusão entre demandante e demandado, e obsta a formação de coisa julgada prejudicial a toda a comunidade, por força de deficiência na atividade instrutória (GRINOVER, 2004, p. 927).

Em se tratando de interesses individuais homogêneos, por sua vez, mesmo na hipótese de improcedência da ação coletiva, os indivíduos lesados, que não tiverem participado da relação processual como litisconsortes, poderão propor ações individuais com o mesmo objeto. É a chamada coisa julgada segundo o resultado da demanda – *secundum eventum litis* (art. 103, III e § 2º, do CDC)⁸. Assim, nesse caso a sentença prolatada nos autos da ação coletiva fará coisa julgada *erga omnes* apenas havendo procedência do pedido – fenômeno também relacionado ao transporte da coisa julgada *in utilibus* às ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, ou ampliação do objeto do processo *ope legis*, para que o dever individual de indenizar seja considerado como parte do pedido coletivo (GRINOVER, 2004, p. 934-936).

Os efeitos da coisa julgada coletiva não prejudicam os interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, que poderão propor demandas individuais. Tendo elementos diversos (partes, pedido e causa de pedir), as suas ações não são prejudicadas pela extensão da coisa julgada coletiva negativa, de acordo com o que dispõe o § 1º do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor. Apenas os legitimados à propositura da demanda coletiva não poderão renovar a demanda.

Quando se trata de coisa julgada coletiva, é importante atentar ainda para os efeitos práticos da alteração do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, que restringiu os efeitos *erga omnes* da sentença aos limites territoriais de competência do órgão prolator⁹, trazendo à tona sérios riscos de contradições fáticas e jurídicas entre as decisões judiciais, principalmente no caso de indivisibilidade do objeto, sujeito a fracionamento para atingir apenas parte dos interessados, sem estender-se àqueles que estiverem espalhados fora do respectivo foro judicial.

A partir da leitura do teor desse artigo¹⁰, percebe-se que houve nítida confusão de critérios de definição de competência e limites subjetivos da coisa julgada: a falha está em não se diferenciar as pessoas que serão atingidas pelos efeitos da coisa julgada (efeitos subjetivos) e a competência territorial, pois qualquer sentença poderá ter eficácia para além de seu território, atingindo as

partes envolvidas onde quer que elas estejam.

O que delimita a abrangência da coisa julgada é o pedido feito pela parte, e não a competência territorial do órgão prolator. A seguir, são transcritos alguns exemplos práticos citados por diferentes processualistas, que evidenciam as contradições fáticas e jurídicas geradas por esse dispositivo legal.

- Condenação de empresa de convênio médico em obrigação de retirar de seus contratos cláusula considerada abusiva deve atingir a empresa como um todo, bem como todos os associados, estejam onde estiverem dentro do território nacional. Não é relevante indagar qual a justiça que proferiu a sentença, se federal ou estadual, para que se dê o efeito extensivo da coisa julgada (NERY JUNIOR; NERY, 2001, p. 1348).
- Se o pedido em uma ação civil pública em curso perante o juiz competente é que se interdite a fabricação de medicamento tido como nocivo à saúde humana, a resposta judiciária não pode sofrer condicionamento geográfico, seja porque não caberia falar numa saúde paulista, distinta de uma saúde gaúcha, mineira, carioca, seja porque, de outro modo, se teria que admitir a propositura de outras ações coletivas sobre o mesmo objeto, em outras sedes, com o risco de decisões contraditórias, gerando caos e perplexidade (MANCUSO, 2002, p. 296-297).
- Propositura de determinada ação civil pública objetivando a interdição do tabagismo nas viagens aéreas (área de fumante e não fumante). Trata-se de proteção a interesse difuso (saúde das pessoas – passageiros e tripulantes indeterminados), não se podendo identificar os eventuais indivíduos que fumariam em voos futuros, nem os que respirariam a fumaça. Supondo que a ação tenha sido proposta em juízo da capital do Estado de São Paulo e julgada procedente para proibir as áreas de fumantes nas aeronaves, nos termos do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, referido comando da sentença restringir-se-ia aos limites da competência territorial do órgão prolator. Assim, em determinado voo do Rio Grande do Sul para Fortaleza, se o indivíduo estiver fumando, deverá apagar o cigarro apenas quando cruzar o espaço aéreo do Estado de São Paulo, podendo, contudo, reacendê-lo quando o avião estiver sobrevoando o Estado do Rio de Janeiro (LENZA, 2003, p. 267).

As respostas que a jurisprudência e a doutrina processual dão a essas

situações práticas são as mais variadas. Alguns doutrinadores defendem a ineficácia do art. 16 (GRINOVER, 2004, p. 919-923), tendo sido também proposta ação direta de inconstitucionalidade questionando este dispositivo (ADIN 1576-4), que infringe o princípio da isonomia, o qual reclama solução igual aos que se encontram na mesma situação fático-jurídica. Entretanto, muitas decisões judiciais ainda aplicam literalmente esse dispositivo legal, como se verá nos desdobramentos do caso da tarifa de assinatura telefônica no Superior Tribunal de Justiça a seguir (item 4 deste capítulo).

O fato é que os conflitos coletivos demandam tratamento diferenciado daquele relativo aos conflitos individuais, o que justifica o surgimento de um novo modelo de litigância que depende, para o seu funcionamento, de uma mudança de mentalidade, incentivando a molecularização dos conflitos tendo em vista a efetividade e a economia processuais.

A Constituição Federal de 1988, ao prever a necessária proteção jurisdicional aos direitos coletivos e difusos (art. 5^º, LXX e LXXIII e art. 129, III, § 1^º da CF), regulamentados pela Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65) e Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), e posteriormente pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90 – arts. 81 a 104), além de outras legislações extravagantes, forma aparato legislativo que compõe um *microsistema processual coletivo* tido hoje como referência a vários países de *civil law*.

4.3 Relação entre demandas individuais e coletivas

Na esfera individual, a relação entre demandas é tratada a partir de institutos da dogmática processual (conexão, continência e litispendência), evitando contradições entre as decisões e propiciando economia processual. Essa relação fica mais complexa, entretanto, quando envolve conflitos coletivos, problemas de justiça distributiva, ou mesmo situações em que demandas individuais e coletivas versam sobre o mesmo objeto, de natureza indivisível¹¹.

O art. 104 do Código de Defesa do Consumidor determina que as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

São várias as repercussões que a lesão a um bem coletivo pode provocar nas esferas de direitos individuais, com a possibilidade de um mesmo fato conflituoso gerar danos a indivíduos, grupos e coletividades determinadas e/ou indeterminadas. Tome-se como exemplo a poluição gerada por uma fábrica, que

lança substâncias nocivas e prejudiciais à vida (humana, animal e vegetal) nas margens de um determinado rio. Esse fato pode gerar danos à saúde dos vizinhos da fábrica, problemas no abastecimento de água às populações ribeirinhas que vivem próximas às margens do rio e danos à sociedade como um todo, em face da poluição ambiental (GABBAY, 2007, p. 52).

Um mesmo fato, assim, gerou múltiplos efeitos, atingindo partes que podem recorrer ao Judiciário sustentando dimensões de interesses e direitos diversas. Mas qualquer demanda judicial que requeira tutela específica nesse caso (como o pedido de obrigação de não fazer – cessação da poluição, ou de obrigação de fazer – determinação do fechamento da fábrica), quer na esfera individual, quer na coletiva, irá proteger o meio ambiente e beneficiar todos os envolvidos, daí a indivisibilidade do objeto, definida da seguinte forma por Carlos Alberto de Salles (1998, p. 141):

É possível que um mesmo fato tenha diversos graus de repercussão, podendo afetar vários sujeitos e várias categorias de interesse de maneira diversificada. Com isso, uma medida em benefício de um interesse mais disperso pode reflexamente beneficiar um mais concentrado, e, reversamente, há situações nas quais, em razão da indivisibilidade do objeto, a defesa de um determinado bem, por um grupo ou mesmo por um indivíduo, pode atender, por via indireta, um interesse difuso.

Segundo Salles (2006, p. 23), não se deve negar a possibilidade da existência de um interesse individual subjacente à defesa processual de interesses coletivos, que em seu grau máximo de concentração pode implicar consequências diretas à esfera de direito individual, permitindo a sua exigibilidade pelo lesado. Como exemplos, considera o caso de um vizinho nocivamente afetado pela poluição atmosférica de uma indústria ou pelo ruído de um bar (art. 1.277 do CC), ou mesmo a ação movida por um deficiente físico, em nome próprio, para garantir sua acessibilidade a um prédio ou serviço público (art. 227, § 1º, II, CF/88). Incidindo sobre objeto indivisível, o atendimento desses interesses individuais, por via reflexa, beneficia também àqueles coletivos.

Mas apenas os interesses supraindividuais que comportam uma dimensão individual admitem a sua defesa pelo processo civil tradicional, pois nos casos em que essa dimensão não está presente (em relação aos direitos difusos e coletivos), inexistente a legitimidade do indivíduo para levar a juízo a defesa desses interesses, sem qualquer ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Teresa Wambier (1994, p. 275) apresenta as

seguintes situações, que ilustram referido argumento:

Alguém que julga que o patrimônio histórico de sua cidade tenha sido desvalorizado por uma obra X, pode mover uma ação objetivando que seja paralisada a construção de tal obra, no sistema tradicional (individual) do CPC? Não seriam, todavia, todos atingidos pela decisão que viesse a ser proferida? Não seria por isso caso de litisconsórcio necessário? Isto porque o direito é de todos e indivisível. Parece que sim, uma vez que este direito não tem dimensão individual. É um direito, por sua própria natureza, inarredável e inafastavelmente supraindividual, e só tem essa dimensão. O mesmo não se pode dizer, todavia, da situação em que certa e determinada pessoa se sentisse prejudicada pelo fato de estar respirando ar insalubre. Trata-se de um direito difuso, que tem, todavia, dimensão individual, protegida pelas normas de direito de vizinhança. É a essa dimensão que se refere o § 1º do art. 103 do CDC¹².

Sobre a incidibilidade do objeto, e quando houver a concorrência de demandas individuais e coletivas, uma interessante alternativa é levantada pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos¹³, ao estabelecer que:

O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou a requerimento da parte, após instaurar, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a *suspensão* de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos referidos a relação jurídica substancial de caráter incidível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico. Nesta hipótese, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual antes desse momento.

A suspensão dos processos seria uma alternativa menos arriscada do que a proibição de ajuizamento dessas demandas individuais, tendo em vista a garantia constitucional de amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Há um paralelo entre a situação ora apresentada e a disciplina do litisconsórcio unitário facultativo, pois ambas refletem a necessidade de tutela jurisdicional sobre bens indivisíveis sem a participação de todos os interessados. Os exemplos referentes ao litisconsórcio unitário são, em sua maioria, restritos a ações de repercussão apenas na esfera de direitos individuais, como nos casos referentes à anulação de casamento, anulação de atos societários e reivindicação da coisa comum.

Não sendo o caso de incidibilidade do objeto, mas havendo concomitantemente demandas coletivas que incidam sobre o mesmo bem da vida, ainda que sob a perspectiva diferenciada dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos também prevê a possibilidade de reunião dessas demandas¹⁴ (por conexão ou continência), conquanto diferentes os legitimados ativos, determinando-se a prevenção do juízo de acordo com os critérios legais (arts. 106 e 219 do CPC).

Entretanto, é importante ressaltar que a reunião das demandas por conexão depende da análise de algumas questões. Uma delas está relacionada à necessária avaliação do juiz acerca da conveniência desta reunião, tendo em vista a economia processual e a importância de se evitar decisões contraditórias. Deve-se considerar ainda a possibilidade de a reunião das demandas gerar protelações e tumulto no trâmite das ações, que podem estar em fases procedimentais diversas, por exemplo, de forma que as peculiaridades do caso concreto precisem ser analisadas pelo juiz para aferir a conveniência na reunião das demandas por conexão.

Ao tratar de ações pseudoindividuais, de alcance coletivo, e evitando que a concomitância dessas demandas gere *bis in idem* e conflitos práticos entre os julgados, Kazuo Watanabe (2007, p. 159-160) defende a proibição de ações individuais que tratem de bens coletivos indivisíveis, em parecer sobre o caso de ações contra tarifas básicas cobradas pelas empresas de telefonia:

Resulta de todas essas considerações que qualquer demanda judicial, seja coletiva ou individual, que tenha por objeto a impugnação da estrutura tarifária fixada pelo Estado no exercício do seu poder regulatório, somente poderá veicular pretensão global, que beneficie todos os usuários, de modo uniforme e isonômico, uma vez que a estrutura tarifária, como visto, deve ter natureza unitária para todas as partes que figuram no contrato de concessão e nos contratos de prestação do serviço de telefonia.

Uma ação coletiva seria mais apropriada para essa finalidade.

As ações individuais, acaso fossem admissíveis, e não o são, devem ser decididas de modo global, atingindo todos os usuários em razão da natureza incindível da relação jurídica substancial. Todas elas, na verdade, buscam a tutela de posições individuais que 'se inserem homogeneamente na situação global', de modo que a decisão deve ser do mesmo teor para todos que se encontrem na mesma situação jurídico-substancial, o que significa que uma só demanda seria suficiente para a proteção da totalidade de usuários. Estas ações individuais são similares às ações individuais movidas por um ou alguns acionistas para a anulação de deliberação assemblear ou à ação individual movida por uma vítima contra a poluição ambiental praticada por uma indústria.

(...) A relação jurídica substancial que integra o objeto litigioso do processo é de natureza unitária e incindível, sendo inadmissível sua atomização em pretensões individuais referidas um ponto da situação global (v.g. estrutura tarifária) em que deve haver necessariamente a inserção uniforme de todos os usuários, sob pena de impossibilidade de subsistência da própria relação global.

4.4 Desdobramentos do caso no Superior Tribunal de Justiça

Houve a instauração de conflito de competência junto ao Superior Tribunal de Justiça (CC 47.731/DF), com pedidos de liminares deferidos pelo Ministro Francisco Falcão, em 21-1-2005 e 10-3-2005, para determinar o sobrestamento das ações coletivas concorrentes e das ações individuais que versavam sobre matéria idêntica, ajuizadas perante os diversos juízos estaduais e federais, designando, em caráter provisório, o juízo da 2ª Vara Federal do Distrito Federal como competente para o conhecimento de medidas de urgência.

Ressalte-se que diversos mandados de segurança individuais foram impetrados contra estas decisões liminares, questionando o sobrestamento das demandas individuais no Juizado Especial e o ajuizamento de uma única ação no Distrito Federal, longe do domicílio dos consumidores. O Superior Tribunal de Justiça se manifestou pelo não cabimento de Mandado de Segurança contra decisão de natureza jurisdicional.

A decisão definitiva, que teve como relator o Ministro Teori Zavascki, não conheceu o conflito positivo de competência, e considerou estranho aos limites do conflito de competência, o pedido de suspensão das ações individuais até o julgamento das ações coletivas, bem como improcedente não apenas pela autonomia de cada uma dessas demandas mas também pela circunstância de

que as ações individuais, na maioria dos casos, foram propostas por quem não figura como substituído processual em qualquer das ações coletivas. Todas as ações deveriam receber tratamento em separado, por sua abrangência distinta.

A seguir, alguns trechos da ementa dessa decisão, proferida em 14-9-2005 pela Primeira Seção do STJ, que não foi unânime e contou com votos divergentes dos Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Eliana Calmon:

5. Considera-se existente, porém, conflito positivo de competência ante a possibilidade de decisões antagônicas nos casos em que há processos correndo em separado, envolvendo as mesmas partes e tratando da mesma causa. É o que ocorre, frequentemente, com a propositura de ações populares e ações civis públicas relacionadas a idênticos direitos transindividuais (= indivisíveis e sem titular determinado), fenômeno que é resolvido pela aplicação do art. 5º, parágrafo único, da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717/65) e do art. 2º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), na redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001.

6. No caso dos autos, porém, o objeto das demandas são direitos individuais homogêneos (= direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares). Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais – invariavelmente tutelados por regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) –, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito, a quem é facultado vincular-se ou não à ação coletiva). Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta (a) que a ação individual só pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente. Se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas e, portanto, o conflito.

7. Por outro lado, também a existência de várias ações coletivas a respeito da mesma questão jurídica não representa, por si só, a possibilidade de ocorrer decisões antagônicas envolvendo as mesmas

pessoas. É que os substituídos processuais (= titulares do direito individual em benefício de quem se pede a tutela coletiva) não são, necessariamente, os mesmos em todas as ações. Pelo contrário: o normal é que sejam pessoas diferentes, e, para isso, concorrem pelo menos 03 fatores: (a) a limitação da representatividade do órgão ou entidade autor da demanda coletiva (= substituto processual), (b) o âmbito do pedido formulado na demanda e (c) a eficácia subjetiva da sentença imposta por lei, que *'abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito de competência territorial do órgão prolator'* (Lei n. 9.494/97, art. 2^a-A, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001).

8. No que se refere às ações coletivas indicadas pelo Suscitante, umas foram propostas por órgãos municipais de defesa do consumidor, a significar que os substituídos processuais (= beneficiados) são apenas os consumidores do respectivo município; há outras que foram propostas por Sindicatos (com base territorial limitada) ou por associações, em favor dos membros da categoria indicados em listagem anexada à inicial, os quais, portanto, são os únicos possíveis beneficiados com a sentença de procedência; e, finalmente, há, nomeadamente, as propostas pelo Ministério Público, em que a eficácia subjetiva da sentença está limitada, pelo próprio pedido ou por força de lei, aos titulares domiciliados no âmbito territorial do órgão prolator. Não se evidencia, portanto, em nenhum caso, a superposição de ações envolvendo os mesmos substituídos. Cumpre anotar, de qualquer modo, que eventual conflito dessa natureza – de improvável ocorrência –, estabelecido em face da existência de mais de uma demanda sobre a mesma base territorial, deverá ser dirimido não pelo STJ, mas pelo Tribunal Regional Federal a que estejam vinculados os juízes porventura conflitantes.

9. Não se pode confundir incompetência de juízo com ilegitimidade das partes. É absolutamente inviável que, a pretexto de julgar conflito de competência, o Tribunal faça, em caráter originário, sem o crivo das instâncias ordinárias, um julgamento a respeito da legitimidade das partes, determinando a inclusão ou exclusão de figurantes da relação processual. (...) A competência federal prevista no art. 109, I, da CF, tem como pressuposto a efetiva presença, no processo, de um dos entes federais ali discriminados (...).

10. O pedido de suspensão das ações individuais até o julgamento das ações coletivas, além de estranho ao limites do conflito de competência, não pode ser acolhido, não apenas pela autonomia de cada uma dessas demandas, mas também pela circunstância de que as

ações individuais, na maioria dos casos, foram propostas por quem não figura como substituído processual em qualquer das ações coletivas.

11. Conflito não conhecido.

A decisão considerou como objeto das demandas coletivas apenas direitos individuais homogêneos (divisíveis), tuteláveis tanto por ações coletivas quanto por individuais. Sustentou também entendimento restritivo em relação ao art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, na consideração dos substituídos processuais beneficiários da sentença. Mesmo no caso das demandas propostas pelo Ministério Público, a eficácia subjetiva da sentença estaria limitada, *pelo próprio pedido ou por força de lei, aos titulares domiciliados no âmbito territorial do órgão prolator*. Não haveria, portanto, superposição de demandas (quer coletivas, quer individuais) envolvendo os mesmos substituídos.

O acórdão não se manifestou sobre a legitimidade passiva da ANATEL, pois considerou que não cabe apreciar a legitimidade das partes e muito menos incluir ou excluir figurantes da relação processual dentro do incidente de competência.

Os votos divergentes se revelaram extremamente preocupados com o desprestígio da Justiça diante da possibilidade de decisões contraditórias sobre a mesma matéria.

O Ministro Luiz Fux admitiu o conflito positivo de competência, pois dois ou mais juízes praticaram atos incompatíveis em processos sob sua jurisdição, e considerou que as ações repetidas nos Juizados Especiais seriam, na verdade, um simulacro de ações individuais, de altíssima complexidade e com efeitos coletivos. Defendeu o ministro a reunião das ações individuais em conjunto com as coletivas no juízo federal, para um julgamento unitário, mantendo a uniformidade das decisões sobre o tema.

Os Ministros Francisco Falcão e Eliana Calmon, por sua vez, defenderam a reunião apenas das ações coletivas na 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, dada a abrangência nacional da questão em debate e a fim de se evitarem decisões conflitantes sobre o mesmo tema, com a continuidade das ações individuais no Juizado Especial, em razão da dificuldade que se criaria a cada consumidor de se deslocar de seu domicílio ao Foro do Distrito Federal.

O Ministro Francisco Falcão, entretanto, sustentou também o sobrestamento das ações individuais com base no art. 265, IV, *a*, do Código de Processo Civil, até o julgamento das ações coletivas. A possibilidade de tal suspensão se reforçaria igualmente pelo art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, que possibilita que os autores das ações individuais, caso queiram beneficiar-se dos resultados advindos de ações coletivas, requeiram a suspensão

das ações por eles ajuizadas.

Em outro Conflito de Competência (CC 48.177/SP), suscitado pela TELESP junto ao Superior Tribunal de Justiça, a solução seguiu o mesmo teor da decisão já exposta.

Em 2-10-2007, todavia, foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça um posicionamento diverso, via incidente de Suspensão de Liminar e de Sentença n. 765 – PR (2007/0241304-3), em ação proposta no Estado do Paraná contra a empresa Brasil Telecom S/A.

A Brasil Telecom, com base nos arts. 4^o da Lei n. 4.348/64, 4^o da Lei n. 8.437/92, 25 da Lei n. 8.038/90, 21, XIII, *b*, e 271 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, visava suspender o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, que considerou ilegal a cobrança de assinatura básica mensal no serviço de telefonia fixa, sob alegação, em síntese, de grave lesão à ordem e à economia públicas, tendo sido proferida decisão monocrática do Ministro Barros Monteiro no seguinte sentido¹⁵:

A suspensão é medida excepcional. Sua análise deve restringir-se à verificação da lesão aos bens jurídicos tutelados pela norma de regência, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

No caso, é inegável a potencialidade lesiva à economia pública, conforme já decidido pela Corte Especial, ao confirmar o *decisum* da Presidência deste Tribunal proferido na SLS n. 250-MS, cujo objeto é idêntico ao deste feito.

O impedimento da cobrança da tarifa de assinatura básica residencial é suscetível de ocasionar o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado entre o usuário e a concessionária e entre esta e o poder concedente. Sem a contraprestação ao serviço posto à disposição do consumidor, poderá comprometer-se o sistema de telefonia em seu todo, abrangendo a sua manutenção, adequação e eficiência, diante da falta de investimentos no setor que – como é notoriamente sabido – não se sustenta apenas com o pagamento das ligações telefônicas efetivamente realizadas pelos usuários.

Há a considerar, nesse ponto, o efeito multiplicador das demandas ajuizadas com igual objetivo. Tem-se notícia da existência de milhares de feitos a focar a mesma matéria em mais de um Estado da Federação, sobretudo no Rio Grande do Sul. Além disso, quase duzentos pedidos de suspensão foram apresentados simultaneamente.

Presente, nessas condições, o risco de dano inverso à população, caso haja má prestação de serviços por falta de investimentos, como resultado direto do não recebimento, pela concessionária, da contraprestação pecuniária criada e imposta, não pelas empresas, mas pela própria Administração.

Em suma, o não pagamento da tarifa básica residencial relaciona-se à operacionalidade do sistema, aspecto este que deve ser preservado no interesse dos próprios usuários e da população em geral.

Ante o exposto, defiro o pedido, a fim de suspender os efeitos do acórdão proferido nos autos da ação originária ajuizada pelo ora interessado, acima identificado, até o seu trânsito em julgado.

Posteriormente, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1068944/PB em 12-11-2008, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, submetido ao colegiado seguindo a Lei n. 11.672/2008 (Lei dos Recursos Repetitivos), entendeu ser legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa, conforme a Súmula 356 do Superior Tribunal de Justiça.

Declarou também inexistir interesse jurídico da ANATEL capaz de justificar a sua presença no polo passivo das ações ajuizadas contra as empresas concessionárias de telefonia, nas quais se pretende afastar a cobrança da denominada tarifa básica mensal.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIÇOS DE TELEFONIA. DEMANDA ENTRE USUÁRIO E CONCESSIONÁRIA. ANATEL. INTERESSE JURÍDICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INEXISTÊNCIA. TARIFA DE ASSINATURA MENSAL. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. SÚMULA 356/STJ.

1. Pacificou-se a jurisprudência das Turmas da 1ª Seção do STJ no sentido de que, em demandas sobre a legitimidade da cobrança de tarifas por serviço de telefonia, movidas por usuário contra a concessionária, não se configura hipótese de litisconsórcio passivo necessário da ANATEL, que, na condição de concedente do serviço público, não ostenta interesse jurídico qualificado a justificar sua presença na relação processual.

2. Conforme assentado na Súmula 356/STJ, “é legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

Uma das variadas implicações de todas essas demandas foi a implementação de mudanças no sistema de tarifação telefônica, de pulsos para plano de minutos.

Além disso, percebe-se que nas milhares de ações ajuizadas o debate se deu predominantemente sobre matéria processual: relação entre demandas individuais e coletivas, competência, legitimidade, atrelamento dos efeitos subjetivos da coisa julgada à competência territorial, dentre outros.

O fato de essas questões se relacionarem à técnica processual ou política judiciária, e a demanda por reforma legislativa que melhor regulamente e sistematize esses aspectos processuais da tutela jurisdicional coletiva, embora seja um ponto central no debate, extravasa os objetivos deste capítulo e do exercício proposto, mas não deixa de ficar como pano de fundo na montagem da estratégia de atuação da empresa diante dos cenários contencioso, institucional e regulatório descritos.

Por fim, vale a pena ressaltar a constante preocupação com o grave risco de desprestígio da justiça ao estabelecer decisões contraditórias sobre a mesma matéria, preocupação expressa no julgamento do primeiro conflito de competência referido anteriormente (CC 47.731/DF) por ministros que sustentaram posicionamentos contrários, mas compartilhavam essa mesma inquietude.

Nesse sentido, o Ministro Luiz Fux:

Esta é uma ação coletiva, que versa e que interessa a todos. Uma ação dessa tem gerado a repetição de inúmeras ações. Nossa opção na vida é: ira ou amor. Temos que fazer uma opção. Vamos receber cem mil ações, cada uma com uma decisão diferente e vamos bater no peito que somos um tribunal da cidadania, mas violando a isonomia, ou daremos uma solução para essa questão, que é nacional?

Da mesma forma, o Ministro Castro Meira:

Essa tem sido uma preocupação de todos desde que ingressamos na magistratura (possibilidade de decisões contraditórias). Não há nada que mais desprestígie a Justiça do que decisões em sentido diversos, pessoas que estão na mesma situação e têm seus pleitos decididos de modo divergente. Recordo-me, quando ainda Juiz Federal no Estado de Sergipe, de que havia uma matéria em que julguei um mandado de

segurança de dois servidores da Receita Federal. Uma das minhas sentenças foi confirmada, até com elogios do Relator, e outra reformada. Hoje há dois cidadãos que têm a mesma situação e com uma diferença nos proventos bastante grande.

REFERÊNCIAS

GABBAY, Daniela Monteiro. **Processo coletivo e elementos objetivos da demanda**. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, out. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista Forense**, v. 352, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SALLES, Carlos Alberto de. Ações coletivas: premissas para comparação com o sistema jurídico norte-americano. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). **Processos coletivos e tutela ambiental**. Santos: Leopoldianum, 2006.

Secretaria de Reforma do Judiciário e Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ). **Tutela judicial dos interesses metaindividuais – Ações coletivas**. Brasília/DF: Secretaria de Reforma do Judiciário: CEBEPEJ, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apontamentos sobre as ações coletivas.

Revista de Processo, ano 19, n. 75, jul./set., São Paulo, 1994.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais .
In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Org.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

1 O relato dessa situação-problema teve por base diversos dados apresentados no estudo de caso sobre *o contencioso das tarifas básicas de assinatura de telefonia no Estado de São Paulo* realizado em parceria pela Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ-MJ) e pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ). **Tutela judicial dos interesses metaindividuais** – ações coletivas, 2007. Disponível em: <<http://www.cebepj.org.br>>. Acesso em: 17 dez. 2009. Alguns marcos temporais e espaciais foram alterados, além de terem sido incluídas informações adicionais para fins didáticos do exercício.

2 O relatório de atividades do Ministério das Comunicações pode ser acessado diretamente pelo site: <<http://www.mc.gov.br/sites/600/695/00001403.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2009.

3 PL 5476/2001, PL 5559/2001, PL 6064/2002, PL 6774/2002, PL 6865/2002, PL 7113/2002, PL 363/2003, PL 2691/2003, PL 2743/2003, PL 2973/2004, PL 5388/2005, PL 5731/2005 e PL 6144/2005.

4 Exemplos: publicidade enganosa ou abusiva veiculada pela imprensa, afetando um número incalculável de pessoas; dano ao meio ambiente.

5 Exemplos: contribuintes de um mesmo tributo (entre o Fisco e o contribuinte já existe uma relação jurídica base); membros de uma associação de classe, filiados a um sindicato, estudantes de uma mesma escola, segurados de um mesmo plano de saúde (no caso de haver cláusula abusiva no contrato de adesão, por exemplo), acionistas de uma mesma sociedade.

6 Barbosa Moreira considera os interesses individuais homogêneos essencialmente individuais e acidentalmente coletivos (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 39, jul./set. 1985, p. 57), pois a sua disciplina unitária não deriva de uma necessidade intrínseca (indivisibilidade), mas da prevalência da dimensão coletiva sobre a individual (homogeneidade e origem comum),

havendo muitas vezes interesse social na defesa coletiva de tais interesses, que ficariam sub-representados no âmbito individual. Sobre um paralelo entre a defesa coletiva de tais interesses e a *class action for damages* norte-americana, vide GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. **Revista Forense**, v. 352, p. 3-14, 2000. Exemplo de lesão a interesse individual homogêneo ocorre com certa frequência em prejuízo ao consumidor, por vício de produto. O prejuízo individual pode ser irrisório (imagine a redução de 3 cm do rolo de papel higiênico, com manutenção do preço) e muitas vezes nem sequer percebido pelo consumidor, mas coletivamente assume dimensões representativas e pode gerar ganhos relevantes para a empresa.

7 Sobre a distinção entre efeitos da sentença e autoridade da coisa julgada, vide Liebman (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, *passim*). Importante observar os textos posteriores à edição de 1945 e as notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover.

8 Essa forma de regulamentação processual, aliada a outros fatores, pode incentivar o efeito carona na propositura de demandas (*free riding*), um efeito paralisante naqueles que, mesmo que não façam nada, serão beneficiados pelos efeitos das ações coletivas ajuizadas (efeitos da sentença e coisa julgada – *erga omnes*). Essa realidade também é observada no caso de interesses difusos e coletivos, pois quanto maior o nível de dispersão do interesse, maior a probabilidade de que as pessoas se beneficiem de sua defesa por iniciativa de outrem, sem assumir qualquer custo. Sobre o efeito carona, vide SALLES, Carlos Alberto de. **Execução judicial em matéria ambiental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 126-130.

9 Alteração por Medida Provisória n. 1570/97, convertida na Lei n. 9.494/97.

10 Artigo 16: *A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de novas provas.*

11 Segundo Aluisio Mendes, a impossibilidade de decomposição do interesse ou direito em partes singulares (indivisibilidade) pode ser material ou jurídica e deve ser analisada sob o prisma dos objetos imediato e mediato do pedido formulado. Assim, a eventual indivisibilidade poderá decorrer do bem jurídico almejado (v.g.: o monumento público a ser preservado, a escola a ser construída, o equipamento antipoluinte a ser instalado) ou da providência judicial requerida

(e.g.: declaração de nulidade ou anulação de ato jurídico) (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 210-219).

12 Considerando o óbice da legitimidade, defende Aluisio Mendes uma ampliação do rol de legitimados, para que as ações coletivas recebam tratamento compatível com os interesses em conflito: *a impossibilidade lógica do fracionamento do objeto, em tais hipóteses, enseja inclusive a dificuldade de diferenciação entre tutela coletiva e individual, demandando, dessa forma, solução comum, ainda que a iniciativa tenha sido individual. E, assim sendo, melhor talvez fosse, não a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadão ou cidadãos, até porque ela já existe, em certas hipóteses, em razão do alargamento do objeto da ação popular; alcançado o próprio meio ambiente, mas a ampliação definitiva do rol de legitimados* (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 256-257).

13 Antecedido pelos debates acerca do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado em outubro de 2004 nas Jornadas do Instituto Ibero-americano de Direito Processual na Venezuela, o Anteprojeto de Código de Processos Coletivos no Brasil surgiu como uma preocupação de sistematizar as normas processuais sobre tutela coletiva no Brasil, congregando esforços acadêmicos e contribuições de variadas instituições, como o Ministério Público, Instituto Brasileiro de Direito Processual, Judiciário, dentre outros. Grande parte dos dispositivos do Anteprojeto foi incorporada ao projeto de lei que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, já apresentado ao Congresso (PL 5139/2009).

14 O que já se admite desde a Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/65), cujo art. 5º, § 3º dispõe que *a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações, que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos*, não obstante os efeitos deste dispositivo legal tenham sido tolhidos com a redação atribuída ao art. 16 da Lei de Ação Civil Pública, pela Lei n. 9.494/97.

15 Decisão confirmada pela Corte Especial em Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença 765/PR, Relator Ministro Barros Monteiro, j. 21-11-2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&data=%40DTDE+%3E%3D+20071120+e+%40DI> Acesso em: 17 dez. 2007.

5 O USO ESTRATÉGICO DA JURISPRUDÊNCIA NA ADVOCACIA EMPRESARIAL

Eduardo de Albuquerque Parente

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito – GVlaw; doutor e mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP; advogado.

5.1 Introdução

Este texto foi desenvolvido para ser utilizado em curso destinado ao Direito Empresarial, no seu contexto contencioso. Logo, o foco não poderia ser outro que não o do próprio curso, voltado ao uso estratégico do direito processual na advocacia empresarial. Por isso, seu objetivo é eminentemente prático.

O próprio formato do texto não traz características científico-doutrinárias¹. Tanto quanto possível, pretendemos um texto direto, sem citações ou maior aprofundamento em discussões doutrinárias. O que faremos, então, talvez sirva apenas para instigar o leitor sobre alguns elementos conceituais de uma ideia geral, porém importante, sobre precedentes, para construir o *solo comum* do qual poderão brotar conclusões positivas para um contexto de prática jurídica.

Quando o assunto é jurisprudência, precedentes, decisões vinculativas, o que o profissional da advocacia empresarial invariavelmente se pergunta é: de que forma tudo isso afeta o meu cotidiano profissional, ou em que medida atinge o meu cliente? Tal pergunta, no mais das vezes, desdobra-se em outras tantas, quando trazida para o ambiente corporativo. Nada mais natural.

Num mundo cada vez mais complexo e de alterações e novidades a cada momento, é no seio empresarial que as vicissitudes de um sistema jurídico, de certa forma misto (normas legislativas misturadas com a postura cada vez mais forte da *doutrinação* – ou vinculação – pelo precedente), importam variadas problemáticas. Dessa realidade não decorrem apenas questões trazidas no ambiente processual clássico, em que a concretude de um processo (ou de como

lidar com ele) aparece sob o formato de um contencioso instaurado, com múltiplos problemas e desdobramentos em termos de possibilidades (e impossibilidades), perante o qual o gestor jurídico de uma empresa envolvida nada mais faz do que esperar o *pesadelo* acabar. Esse é o contexto mais comum, ou passivo, em que problemas processuais de uma demanda empresarial (judicial ou arbitral, não importa, vez que em ambas têm processo e jurisdição) surgem de questão concreta que precisa de solução. E tal saída diuturnamente está, de alguma forma, atrelada aos precedentes (aqui, ainda, em sentido *lato*).

O outro lado da mesma moeda é o fato de que cada vez mais empresas precisam antecipar posturas e decisões estratégicas à luz do entendimento dos tribunais. Não é razoável, atualmente, o ajuizamento de qualquer demanda empresarial sem um mínimo de pesquisa jurisprudencial prévia. A jurisprudência, então, nesse aspecto, *doutrina*, guia os passos do empresário (seu advogado) consciente sobre quais posturas tomar e quais os riscos envolvidos em determinada decisão caso a opção esteja contemplada de uma forma ou de outra pela jurisprudência.

Os exemplos são inúmeros, a começar pelo fato de não ser razoável uma empresa, hoje, ingressar com demanda tributária sem consultar a posição do Supremo Tribunal Federal, ou, na sua ausência, como caminha a jurisprudência dos outros tribunais a respeito. Portanto, o uso dos julgados na estratégia empresarial está atrelado não apenas à opção de rumos processuais no curso de demandas já postas mas, principalmente, na escolha de caminhos pela empresa antes de ingressar no contencioso.

Assim, este texto terá apenas a pretensão de contextualizar o leitor em aspectos componentes de um todo sobre os precedentes. Com isso, será mais fácil atingir conclusões mais satisfatórias quando do enfrentamento de problemas práticos atinentes ao processo e à jurisprudência.

5.2 Visão geral sobre os precedentes

Qual a realidade brasileira quanto aos precedentes judiciais, em especial no tocante à sua força e unidade? O produto final do trabalho dos juízes, conjuntamente considerado e uniforme, incrementa a segurança jurídica. Se isso é verdade, qual a origem mais fiel, para o regime brasileiro, do que hoje se fala sobre precedentes? Para chegar a alguma resposta, é importante um breve regresso a alguns dados históricos.

Na república romana, os pretores exerciam o chamado direito *honorário*, derivado do cargo. Mas sua atividade era de tal forma importante para

a sociedade que eles podiam *criar* em certas situações. Auxiliavam, supriam ou corrigiam o direito positivado em razão do interesse público. Para o que interessa aqui, o produto da atividade dos pretores era coeso e uniforme. E isso independia de qualquer disposição normativa. Era um dado cultural. Na prática, as decisões em geral eram seguidas pelos pares. Existia quase um *senso comum* sobre a necessidade de manter uno o entendimento sobre determinado tema. Isso, claro, gerava segurança à sociedade, ainda que sem vinculação entre os precedentes.

O contrário ocorria com as interpretações imperiais, vinculativas, mas relativizadas no tocante aos pretores, que podiam exercer certa *discricionarietà* em casos de lacuna. Quando isso ocorria, interpretavam recorrendo a *precedentes pretorianos* (dos próprios), desde que não considerados equivocados.

Logo, não só o entendimento do imperador vinculava. Na prática, as decisões dos pretores eram fontes para futuras posições. Esse mecanismo *misto* gerava a aplicação uniforme do Direito e segurança. A derrocada do Império levou o direito legislado a não mais ter condições de acompanhar alterações sociopolíticas advindas com as novas culturas dos estrangeiros. O direito aplicado foi forçado a ficar menos adstrito ao texto legal e mais *maleável* às situações concretas.

Após as invasões e as inovações decorrentes das guerras de conquista, formaram-se na Europa sistemas com maior ou menor presença da jurisprudência: os fundados em leis e os baseados no precedente; e foi dali que se originaram os dois grandes sistemas conhecidos (*civil e common law*).

O germe da ideia acerca de jurisprudência forte aportou no Brasil com as ordenações lusitanas, com os chamados *assentos* da Casa de Suplicação, dotados de obrigatoriedade (e curiosamente vindos do sistema de *civil law*).

Está demonstrado, então, por esse breve panorama retrospectivo, que sempre houve, em algum grau, influência dos precedentes judiciais na realidade jurídica.

5.3 A uniformização do direito aplicado

Quando se fala de precedentes e sua força, é natural que se venha à mente uma questão mais ampla: a da segurança jurídica decorrente da uniformidade judicial.

Mas isso gera problemas, dúvidas, principalmente aos mais sensíveis à *lenda* de que esse movimento natural *congelaria* o Direito. Há, em tese, um confronto, uma dualidade entre o *caminhar* do Direito e a necessidade de

obediência a entendimentos.

O Direito desenvolve-se pelo próprio uso do processo. O resultado de um processo individual pode extravasar os limites da relação intersubjetiva e atingir o geral, influenciando alterações legislativas ou mesmo gerando precedentes orientadores ou vinculantes.

O desenvolvimento judicial também pode advir de alterações na realidade, trazidas de fora para dentro do ambiente processual. O exemplo mais claro está na própria introdução deste capítulo, no ambiente empresarial, com relações jurídicas cada vez mais sofisticadas e complexas, trazendo questões que necessariamente devem ser decididas por um juiz (ou árbitro), mesmo que na ausência de lei, pois ao magistrado é vedado o *non liquet*.

A bem da verdade, a atual realidade brasileira traz um contexto tal de potencialidade dos precedentes, no qual está inserida a existência de súmulas com efeitos vinculativos (inédita no mundo), que faz com que a clássica divisão *atividade judicante/atividade legislativa* seja alterada.

Quando um preceito determinador de condutas (dotado de efeitos gerais, abstratos, impessoais e para o futuro) ingressa no mundo concreto, é o momento de se questionar se não estaria preenchido o requisito professado por Liebman (1986) como o diferencial do ato legislativo e do ato judicial: o trato abstrato de situações. Logo, uma posição jurisprudencial com tal carga de abstração equipara a atividade judicante com a *legislativa*.

Se isso (ou algo próximo) é verdade, a ninguém é dado desconhecer os efeitos (e defeitos) desse regime, muito menos a pessoa jurídica sujeita a ela, ou, melhor dizendo, o advogado que a representa.

Também é fácil perceber que o tema do desenvolvimento (ou produção) judicial do Direito é insito ao dos precedentes judiciais, vinculativos ou não. E se no primeiro caso o juiz exerce *função* semelhante à legislativa, a forma com que o aplicador do preceito interpreta (o fato e o direito) é o *centro de gravidade* do dilema entre estabilizar e desenvolver o direito.

É certo, então, que essa atividade ganha ares de complexidade a partir do fato inegável de ser comum existir mais de um referencial para a decisão. Mesmo quando o juiz trabalha sobre o texto da lei, existem muitos caminhos para ele interpretar, ou mesmo elementos que o influenciam: de um lado, sua função pública, a jurisprudência (ênfaticamente pelas súmulas) e a necessidade de o direito ser aplicado isonomicamente; de outro, o seu aspecto individual e subjetivo, o seu *livre convencimento*.

Esses dois ângulos, aparentemente contrários entre si, em muitos momentos ganham dimensão, criando *zonas de conflito* que se potencializam na medida da complexidade jurídica moderna (quanto menos claramente positivado e novo o tema, maior é a tendência de o juiz ficar mais *livre* para interpretar).

Como, então, equacionar a construção do direito à luz do aspecto individual do julgador e da necessidade de tratamento isonômico? Essa dificuldade variará de acordo com as opções escolhidas pela sociedade (pelo processo político, evidentemente).

Sendo assim, feitas as considerações necessárias para situarmos o *ponto de estrangulamento*, podemos dizer que haverá *redução de complexidade* (de insegurança social e jurídica) quanto maior a previsibilidade na composição de conflitos mediante *procedimentos legitimados*. O que queremos dizer é que os *procedimentos*, como instrumentos política e juridicamente organizados para reduzir essa *ansiedade social*, atuam como formas de *autocontrole da sociedade*. E assim ocorre porque são por ela própria (sociedade) eleitos como legítimos para suprir (ou amenizar) as justas expectativas jurídicas, pacificando o plúrimo tecido social.

Pois muito bem: a questão prática que se coloca diante de tais ideias é normalmente associada ao *preconceito* que se tem relativamente ao efeito vinculante de determinados preceitos judiciais.

Malgrado a posição, geralmente sem muitos fundamentos jurídicos (e mais *emocionais*) daqueles que enxergam na vinculação nada mais do que uma *camisa de força* para o juiz (e para o próprio direito), deixamos desde já clara nossa convicção de que o novo paradigma de decisões abstratas, gerais e obrigatórias, se bem utilizado (frisamos), pode reunir os dois momentos de redução de incertezas entre a concepção e a aplicação do Direito.

Isso faz com que, se ao juiz apenas houver uma via interpretativa da tese, obrigatória, diminui-se a *indeterminação*, tornando previsíveis e exigíveis certos comportamentos sociais (até mesmo como fator de *autocomposição pré-judicial*). Sendo assim, a vinculação de precedentes abstratos é meio saneador de incertezas, desde que (a) agregado ao sistema jurídico imerso a uma série de *pesos e contrapesos* voltados para a garantia da segurança jurídica (dentre eles, com destaque, a possibilidade de revisão), (b) amparado por mecanismos adequados de compensação de situações excepcionais e, finalmente, (c) titular do que, em sede monográfica, convencionamos chamar *representatividade federativa* (LIEBMAN, 1986).

À alegação de que tal sistema violaria a liberdade de convicção do juiz respondemos que, mesmo se assim o fosse, a necessidade de (ser obrigado a) escolher uma posição legítima o *procedimento* e quem o implementa (órgãos competentes para construir o precedente, escolhidos pelo destinatário do resultado – o povo, por seus representantes).

Objetivamente, a escolha imperativa absorve e reduz a insegurança, troca a incerteza de *qual* pela certeza de *uma* posição jurídica. E é evidente que

não é o magistrado singular que escolherá as linhas a serem seguidas nessas situações, mas o que convencionamos denominar *organismos institucionais de direcionamento judicial*.

É justamente nesse aspecto que se inserem, por exemplo, as súmulas vinculantes como método de legitimação de posições, desde que, além de inúmeros outros requisitos, também se faça presente a atuação consciente, firme (e sempre monitorada pela comunidade jurídica) dos Tribunais Superiores (os tais *organismos competentes* para a normatização abstrata, advinda de situações concretas).

5.4 Súmulas lato sensu

A súmula vinculante foi e tem sido profundamente debatida, especificamente desde 1963. A vinculação de súmulas ingressou no sistema como forma inédita e trouxe elementos do regime de *common law*, encontrando, até agora, justificada reserva, especificamente do Supremo Tribunal Federal, sendo sintomático que até agora apenas algumas tenham sido editadas.

O Supremo, cautelosamente, espera o amadurecimento das ideias sobre essa nova sistemática, caminho que é trilhado com muito estudo e ponderação sobre os reflexos que a aplicação representará no todo da realidade judicial.

Isso começa pela própria forma qualificada com que é elaborado o preceito vinculante, aqui já lembrado, passando pela aceitação da comunidade jurídica diante de um panorama adequado (leia-se, cujo tema esteja amadurecido pelos entes sociais aos quais é direcionado).

A fórmula do mecanismo deve impor publicidade e amplo conhecimento da súmula, prevenindo os litigantes da sua existência ou inibindo a litigiosidade exacerbada e forçando os mecanismos de autocomposição (ou mesmo de formas alternativas de solução de controvérsias, visto que em tais instrumentos a súmula vinculante pouco reflete, pelo menos por enquanto).

Tudo isso é o que ocorre com o fenômeno mais latente, o da súmula vinculante. Mas, como estamos falando de precedente e súmulas no geral, valem algumas considerações sobre outro mecanismo processual muito recente e talvez de grande utilidade (para o bem ou para o mal). Vejamos.

Na linha de outras tantas alterações no Código de Processo Civil, e talvez como uma consequência da Emenda Constitucional n. 45/2004, que inaugurou o mecanismo de súmulas com força vinculativa, a Lei n. 11.276/2006 trouxe a chamada *súmula impeditiva de recursos*. O novo § 1º, do art. 518, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela referida lei, dispõe que “o juiz não

receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

A alteração, pelo menos diante do texto, transforma em *impeditiva* a até então denominada súmula *persuasiva*. Qualquer súmula existente passaria a ter a nova capacidade de *bloquear* o processamento do recurso.

Embora em certo ponto coerente com o caminho que vem sendo tomado pelo legislador no tocante aos precedentes *in genere*, e ainda que se louve em certo ponto a iniciativa, pois visa (ainda que de forma *secundária*) uniformizar a jurisprudência, a alteração suscita questionamentos; problemas que necessariamente deverão ser objeto de maturação pela doutrina e pela própria jurisprudência (novamente, eis o papel integrativo e educativo social do tema).

É claro que tanto a súmula vinculante quanto a *impeditiva de recursos* apenas podem tratar de matérias de Direito (material ou processual), sendo que, igualmente, ambas devem, no tocante ao seu texto, ser o mais objetivas possível, para não deixarem margens para dúvidas interpretativas. Mas existem aspectos de formação e legitimidade que as diferenciam. Como dissemos antes no tocante à súmula vinculante, deve ela representar a conclusão de uma verdadeira maturação judicial, decorrente de reiterados e profundamente discutidos casos concretos.

Ademais, considerando que em determinadas regiões do país há muito menos demandas que tratam de forma específica, ou com a necessária profundidade, certas matérias de direito (fiscais, por exemplo) do que nos grandes polos empresariais (sendo sempre oportuno lembrar que a complexidade da situação de direito material decorre do contexto social-econômico na qual é inserida), não é razoável que tais processos, chegando antes aos Tribunais Superiores², gerem súmulas vinculantes.

Daí porque defendemos a ideia de que o preceito vinculante, posto tratar de interpretação de questão de direito federal, há que se formar como decorrência de um *percentual federativamente representativo* de casos concretos (PARENTE, 2006). Esse aspecto ainda não foi discutido na doutrina existente sobre a súmula vinculante. Muito menos na pouca bibliografia sobre sua prima mais nova, a *impeditiva de recursos*, lembrando que essa última ingressa na prática de forma mais presente e concretizável do que a vinculante, pois basta ao juiz do feito escolher e aplicar qualquer súmula existente.

Outro requisito importante da súmula vinculante é o que chamamos *legitimidade jurídico-social*, o qual tem nítida importância para os objetivos propostos aqui: em que medida ela atua, de forma preventiva ou contenciosa, na atividade empresarial espelhada por sua advocacia especializada.

É fundamental que o precedente dotado de forma vinculativa ingresse na

realidade social e seja bem recebido por aqueles a ele sujeitos.

Dá ser necessário um *quórum* qualificado para exprimir consenso (ou quase) do Tribunal de onde advém. Essa evidente ponderação, no entanto, não pode ser cogitada para a *súmula impeditiva*, pois a alteração legislativa deixa ao critério do juiz aplicá-la ou não.

Demonstrando a diferença de tratamento entre a *súmula vinculante* e a *impeditiva* de recursos, no tocante à revisão do entendimento vinculativo sumulado, o atual § 3º, do art. 103-A, da Constituição Federal traz a ação de reclamação contra a negativa ou contrariedade à *súmula*. Com relação à *impeditiva*, é certo que não há que se falar desse mecanismo.

Aspecto importante, principalmente para que os afetados pelo preceito jurisprudencial vinculativo possam se antecipar e preparar, é a fundamentação da *súmula*.

Parece-nos insuficiente a forma lacônica, quase *telegráfica*, com que ela ingressa em concreto. Premissas publicísticas do processo civil atual impõem que haja mais motivação, até para efeito de convencer, de doutrinar pelo precedente, pela jurisprudência, genericamente falando.

Mecanismo pragmático interessante poderia ser uma *ata* (ou termo descritivo), na qual constariam os casos concretos que levaram àquele entendimento e principais pontos abordados. Isso catequizaria o público destinatário do preceito jurisprudencial, sem dúvida alguma. Seria, inclusive, interessante ponto de partida até mesmo para possibilitar futura renovação (ou mesmo revisão). E a tutela legal para tanto estaria na própria Constituição (art. 93, IX) e na lei processual, ante o dever de motivar (art. 458, II, do CPC).

Ponto importante é a motivação ao aplicar a *súmula*. A motivação para a *súmula vinculante* deve ser bastante criteriosa, embora nada na lei processual, muito menos na constitucional, trate a respeito (menos ainda o momento em que o juiz pode/deve aplicar o preceito).

Outro aspecto relevante, igualmente atrelado ao caráter educativo da decisão vinculante (máxima expressão da jurisprudência que deve ser seguida), também se refere aos princípios *publicísticos* do processo. Vale dizer, à forma como deve se tornar pública. Na vinculante, dada sua relevância jurídica e social, deveria ao menos ter o mesmo tratamento da lei (publicação no *Diário Oficial* etc.), sem prejuízo de outros veículos. A ideia é tornar notório o conhecimento da sociedade, como uma *máxima de direito*, um conceito imerso na cultura social e jurídica como diretriz.

Finalmente, um elemento que também defendemos importante pode ser aplicado no que respeita à *súmula vinculante*: trata-se da participação de entes representativos no processo de elaboração e revisão de *súmulas* (o *amicus*

curiae). Não há dúvidas de que deve ser possível sua participação nas vinculativas, tanto como ocorre com o controle concentrado de constitucionalidade, mas é possível também a participação do *amicus curiae* no caso das *impeditivas de recursos* se mantidas as atuais disposições legais.

5.5 A prática dos precedentes

É sempre importante ter em mente que não é de hoje que o legislador vem fortalecendo os precedentes. Isso levou a uma nova perspectiva, mesmo no tocante ao tratamento da jurisprudência. Daí sua pertinência para toda a advocacia, especialmente a empresarial.

Mudanças consideráveis tiveram início na sistemática dos recursos. Todos sabem que recurso, hoje, não cumpre apenas o conhecido papel de mecanismo parcial e voluntário de controle de decisões que, deslocando a competência da demanda para (em regra) um órgão de instância superior, devolve a matéria para novo julgamento.

A técnica de julgamento de alguns deles vem com ingredientes de algum requinte, em que se prestigia a jurisprudência, compondo e/ou prevenindo divergências. É o que ocorre, além das espécies de recursos com motivação na divergência (v.g. recurso especial/embargos de divergência), com as alterações que conferiram maiores poderes aos relatores (Leis n. 9.139/95, n. 9.756/98 e n. 10.352/2001).

Ora, é visível que a lei – preparando terreno e em *doses homeopáticas* – veio para inserir institutos cada vez mais tendentes a reconhecer a força dos precedentes. E isso ganha ainda mais *musculatura* na produção dos Tribunais Superiores. Nesse tocante, hoje é possível negar seguimento ou provimento a recurso (arts. 544, § 3º, e 557, *caput* e § 1º do CPC) à luz da jurisprudência dita *predominante* dos Tribunais Superiores. Penaliza-se com multa quem recorre contra entendimento calcado na jurisprudência firme dos Tribunais Superiores (art. 557, § 2º).

Devemos reconhecer que pouco a pouco o legislador *acostumou o espírito* dos desavisados (leia-se, dos *contrariados* com o instituto) à ideia final de sumular com força, concepção de certa forma *encoberta* sob a ideia geral de poderes do relator. Tal iniciativa não se restringiu aos recursos, como é exemplo a atual redação do art. 475, § 3º, do Código de Processo Civil, dada pela Lei n. 10.352/2001, que dispensa o reexame necessário caso a sentença seja conforme “jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente”.

Ou, ainda, a possibilidade de o relator decidir de plano o incidente de competência com base na jurisprudência dominante do tribunal (nova redação do art. 120, parágrafo único)³, assim como a possibilidade de a arguição de inconstitucionalidade não ser levada ao plenário ou órgão especial pelos fracionários quando houver pronunciamento plenário do Supremo (CPC, art. 481, parágrafo único – redação da Lei n. 9.756/98).

Outra alteração prática é a atual redação do § 1º, do art. 555, do Código de Processo Civil no tocante à sistemática do procedimento de uniformização interna dos tribunais (Lei n. 10.352/2001), hipótese idêntica à atualmente experimentada no direito português⁴. Tal previsão em nada se identifica com a hipótese dos arts. 476 e seguintes do Código, relativa ao incidente de uniformização de jurisprudência. Ali (art. 555, § 1º) a mudança é justamente voltada a *compor* a divergência jurisprudencial ocorrente principalmente quando real ou potencialmente envolver os chamados *processos de massa*, trazendo celeridade ao resultado, pois, ao contrário do incidente, reduz de dois (julgamento da tese abstrata e do caso concreto, em se tratando dos arts. 476 e seguintes) para um só ato.

Algumas novidades legislativas trazem os positivos auspícios de enaltecer a boa jurisprudência e despertar o movimento jurídico no geral do *sono profundo* da positivação plena, mostrando que o estudo da produção judicial do Direito pode ser até mais importante do que a legislativa (mormente com um Parlamento como o nosso) atualmente.

Até mesmo a atual sistemática do processo objetivo de controle de constitucionalidade, basicamente regulada pelas Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99, historicamente visa antecipar o juízo de mérito sobre determinadas matérias e subtrair o controle difuso mediante iniciativa de poucos legitimados, criando precedente com força vinculante.

São vários os exemplos que demonstram o caminho da legislação brasileira no sentido de enaltecer os precedentes: *a)* não são mais apenas *Tício* e *Caio* que sofrem os efeitos da decisão (v.g. demandas coletivas); *b)* o recurso de *Caio* será rejeitado se em confronto com o que se chama *jurisprudência dominante* e; *c)* a controvérsia particular gerada entre ambos pode contribuir em dúvida interpretativa constitucional e, com isso, gerar processo objetivo com decisão vinculativa a todos (v.g. arguição de descumprimento de preceito fundamental). Ao passo disso, com o ingresso da súmula vinculante no sistema, o direito de *Tício* não poderá ser interpretado de outra forma senão a descrita em *extrato de entendimento*.

Ora, é evidente que tudo isso impacta direta e especificamente as pessoas jurídicas e o modo com que seus patronos devem lidar com esse novo

material de trabalho. Esse conjunto de influxos, vindos da produção dos tribunais, de uma forma ou de outra influência – e em muitos momentos direciona – posturas no plano do direito material.

Posto isso, passamos a analisar algumas situações em que os principais aspectos do texto aparecem de forma direta ou indireta, e o faremos mediante exemplos concretos. São problemas que foram debatidos em sala de aula entre os alunos do curso mencionado na apresentação deste capítulo e que não necessariamente procuram uma solução apenas. No mais das vezes (se não em todas), simplesmente não possuem soluções. O ponto central do desenvolvimento de casos práticos, para a metodologia buscada e do qual o presente texto é (modesta) parte, é o destaque ao *processo* de discussão sobre os meandros jurídicos postos (aqui, a jurisprudência), e não à *conclusão* final (que, invariável e esperadamente, é trazida pelos alunos, e não pelo docente).

5.5.1 Situação-problema I

As empresas *X* e *Y*, concorrentes entre si, buscam o mesmo benefício fiscal, mediante ações diversas contra a União. Na ação de *X*, foi obtida sentença declaratória do benefício fiscal, que transitou em julgado. Na ação de *Y*, o julgamento foi de improcedência. *X* começou a usufruir da decisão. *Y* está no Supremo, ainda lutando pelo mesmo benefício. No julgamento do recurso extraordinário de *Y*, o Supremo entendeu pela inconstitucionalidade do benefício fiscal. Mais ainda: editou súmula vinculante no mesmo sentido. Pergunta-se: *a*) como advogado de *X*, que possui decisão a seu favor, como defendê-la agora diante de autuações retroativas do Fisco, que, com base na declaração de inconstitucionalidade com efeito vinculante do Supremo, entende não mais subsistir à situação julgada?; *b*) como advogado de *Y*, concorrente direto de *X*, possuidor desse do benefício por força do julgado, supondo que *X* consiga manter a posição anterior dada a seu favor, há algo a fazer diante do quadro de *concorrência desproporcional* que tem tornado insustentável a sua sobrevivência?

A intenção dessa simulação foi, de um lado, colocar o aluno primeiro na (a rigor, confortável) posição de quem se defende tendo em mãos uma coisa julgada (letra *a* citada). Em contrapartida, também colocá-lo na difícil postura de ter uma divergência ilegítima (mas jurídica – letra *b* citada) entre decisões, causando consequências (muito) práticas. Também se busca fazer com que na simulação seja possível pensar em alternativas de como equilibrar esse desarranjo de situações empresariais (e concorrenciais) causado por uma deformidade jurisprudencial, ou mesmo se isso é possível (o que, no caso da letra *b*, sabe-se não ser).

5.5.2 Situação-problema II

A empresa *A*, em 1996, ingressa com execução de contrato com pacto adjecto de hipoteca em face da empresa *B*. Naquele contrato acessório figurou como garantia um imóvel do sócio dessa última. No momento da propositura da ação, toda a jurisprudência, inclusive com manifestações do STJ, era no sentido de que o dono do imóvel hipotecado, por não ser devedor, não deveria integrar o polo passivo da ação, devendo apenas ser intimado da penhora. Ele não teria, segundo toda a jurisprudência então *vigente*, legitimidade passiva. Bastaria intimar da penhora o sócio proprietário do bem. Diante de tal quadro jurisprudencial de nenhuma divergência (veja-se, por exemplo, Recurso Especial n. 341.410/SP⁵), e após sobre ele muito refletir, orientada por seus advogados, a empresa *A* não inseriu o sócio de *B* e proprietário do bem no polo passivo. E o fez não apenas porque concordava com a jurisprudência mas, na prática, mesmo que discordasse, não queria correr o (provável) risco de sucumbência perante o sócio. A execução correu regularmente, com a intimação do sócio sobre a penhora realizada em seu bem. A avaliação do bem foi complexa, com inúmeras impugnações da empresa *B*. De todo o processo teve notória ciência o sócio intimado, que, porém, nunca se fez presente pessoalmente. Após anos de processo, na iminência de arrematação do bem, o sócio de *B* ingressa com embargos à arrematação, onde defende a tese de que deveria ter sido citado, e não intimado. Defendeu que a jurisprudência, naquele momento, estaria sendo alterada nesse sentido. Os embargos foram rejeitados em primeiro grau. No Tribunal de Justiça, no entanto, a sentença foi reformada, anulando todo o processo, por entender a Câmara que o sócio, embora intimado da penhora, deveria ter sido citado. Naquele momento, a jurisprudência do STJ estava dividida sobre o tema. Contra essa decisão, a empresa *A* interpôs recurso especial, alegando, dentre outros fundamentos calcados na letra *a* do permissivo constitucional (CF, art. 105, III, *a*), divergência jurisprudencial, inclusive com base em precedentes do próprio STJ. A parte contrária argumenta, com fundamento no precedente do STJ (Recurso Especial n. 302.780/SP⁶), que todo o processo é nulo, depois de mais de 10 anos de disputa. Pergunta-se: *a*) como advogado de *A*, qual a estratégia a ser adotada no STJ antes do julgamento com base nos precedentes favoráveis anterior?; *b*) considere que no julgamento utilizado como precedente pela parte contrária foi vencida a relatora, a qual tem mantido sua posição a seu favor em decisões monocráticas em casos análogos. Como trabalhar esses *elementos jurisprudenciais* a favor do seu cliente antes do julgamento do seu especial?; *c*) mesmo que você considerasse a nova formulação correta (incluir no polo passivo o dono do imóvel dado em contrato de garantia), como se portaria no início do processo se questionado pela empresa,

diante de quadro jurisprudencial no sentido contrário? Incluiria o proprietário ou somente o intimaria?

O exercício proposto teve como objetivo demonstrar concretamente como é importante fazer uma análise jurisprudencial prévia ao ajuizamento de qualquer medida judicial, ainda que a questão da divergência de posições apareça sobre ponto processual, como no caso. Todavia, demonstra que apenas fazer a pesquisa não basta, como ficou claro no exemplo citado. A escolha do caminho a ser seguido pela empresa, à luz da jurisprudência, deve prever possíveis desvios de rota. Por isso, deve ser apto a lidar com contingências de planejamento de forma a não permitir que a surpresa cause dano maior do que o que normalmente produziria caso as alternativas jurisprudenciais tivessem sido cotejadas no esquadro inicial da demanda. É o que acontece na hipótese de o profissional da advocacia empresarial dar uma posição sectária no sentido de determinado *status* jurisprudencial sem ressaltar possíveis alternâncias e consequências (o que poderá levar à conclusão de ser necessária uma análise qualitativa da jurisprudência na advocacia empresarial antes da tomada de determinada decisão estratégica).

5.5.3 Situação-problema III

A empresa *X* possuiu trânsito de valores elevados na operadora de valores *Y* durante muitos anos. Como as quantias eram elevadas e havia grande fluxo de entrada e saída, não se sabe por iniciativa de quem na empresa, *Y* começou a praticar pequenos descontos da conta de *X*, sem respaldo jurídico (contrato ou lei). Durante anos, *X* nada percebeu. Após 10 anos dessa relação comercial, tendo percebido os desfalques em sua conta, *X* ingressa com ação para a devolução de todos os valores. Defende tese de que, como *Y* é considerada instituição financeira, podendo aplicar taxas de juros além dos limites legais, *X* deve ter a devolução de todos os valores nos mesmos parâmetros de juros que *Y* aplica no mercado. Sem isso, argumenta *X*, se *Y* apenas fosse obrigada a devolver o numerário com juros legais e correção monetária, ela se enriqueceria de forma indevida (ou ilicitamente), pois teria ganho vantagem (juros bancários) com o uso de dinheiro de outrem. Ajuizada ação de cobrança dos valores, em primeiro grau a sentença foi para a devolução pelos critérios normais (juros legais mais correção). *X* apelou e teve seu recurso provido, tendo o Tribunal determinado que *Y* devolvesse utilizando os mesmos critérios de que se vale quando concede crédito a terceiros. O acórdão transitou em julgado. Passados mais de 2 anos, *X* inicia cumprimento de sentença. Considere: *a*) que você, advogado, não atuou no processo até o momento; *b*) que o acórdão transitado em julgado se baseou em precedente do STJ, levado pelo advogado da credora, que,

de boa-fé, alegou ser a posição atual; c) que, ao contrário do que defendeu o *ex adverso*, esse mesmo precedente, no momento do julgamento, já não mais traduzia o entendimento do STJ, tendo sido superado por outro, em julgamento da reunião de turmas do STJ; d) que parte da decisão precisará ser liquidada diante da ausência de documentos (extratos) de determinado período e que outra parte já é objeto de cumprimento de sentença, bem como que seu cliente está prestes a ser intimado pela imprensa a pagar, sob pena de multa de 10%. Pergunta-se: a) sendo apenas nesse momento consultado pela empresa Y para defendê-la na ação, o que é possível ser feito?

O objetivo dessa simulação foi fazer com que o aluno considerasse o uso estratégico (lícito) pela parte contrária dos precedentes. Mais que isso, fazer com que o advogado veja, com muito cuidado, como o uso de precedentes é relevante, num contexto em que possuem elevada força (ainda que persuasiva, como no caso) de convencimento. Justo por isso, do aluno era esperado que desenvolvesse visão crítica sobre a falta de impugnação a uma aplicação equivocada de um precedente, em determinado momento processual, que foi determinando para os rumos da demanda. Esse era o principal objetivo do exercício, embora envolto em detalhes que puderam levar a outras discussões igualmente interessantes no desenrolar da prática em sala de aula. O crucial era trazer à baila a importância de o advogado exercitar plenamente suas faculdades (no caso, obrigações) processuais de impugnação ao precedente trazida pela parte contrária, que pode, de fato, fazer toda a diferença. A conclusão sobre a pergunta nem era de tanta importância. O objetivo era levar a postura processual ocorrida no curso da ação à análise crítica, pois não haveria nada a se fazer na fase de cumprimento da decisão diante da coisa julgada, ainda que à luz de premissa jurisprudencial equivocada (ressaltando que sequer consideramos a hipótese, por incabível, de *relativização* da coisa julgada).

5.6 Conclusão

Não é possível negar ou mesmo desconhecer que o legislador tem feito realmente grande (e digno de nota) sacrifício em busca de uma maior eficiência processual, esforço este que tem gerado boas alterações e algumas que merecem maiores reflexões. E nesse aspecto tem grande presença a questão da força da jurisprudência. Temos firme convicção de que um sistema forte de precedentes não é um mal. Pelo contrário. Se mentalizado sob o enfoque da segurança jurídica, antes da apenas celeridade/simplicidade procedimental, certamente contribuirá para o incremento do sistema, pois trará previsibilidade e estabilidade às relações sociais. A súmula vinculante, exemplo mais

emblemático de tudo o que se falou anteriormente, se bem equilibrada com mecanismos de autocontrole legitimados pelo sistema, virá para bem da segurança nas hipóteses adequadas.

De tudo, é bom que se diga que nem todas as alterações têm os bons auspícios da segurança jurídica. Algumas vêm apenas como tentativa paliativa de emprestar agilidade para o processo. Nunca acreditamos ser possível mudar a realidade por decreto. Mas acreditamos que instrumentos como a súmula impeditiva de recursos, ou mesmo o controvertido art. 285-A do Código, bem temperados pela consciente produção jurisprudencial após a devida maturação, apenas serão utilizados nos conhecidos processos de *relações massificadas*, bem conhecidas do ambiente empresarial, onde também se apresenta, com relativo destaque, o processo coletivo (que gera ainda, como subproduto, uniformização de entendimentos).

Seja como for, de tudo o que falamos, fica muito claro que o advogado empresarial deve hoje ter outra postura diante de um panorama jurisprudencial que nunca se viu antes. Não lhe é lícito mais ingressar com demanda sem uma checagem cautelosa (leia-se, muito mais que quantitativa, qualitativa) do *status* da jurisprudência atual. Suponha-se a hipótese de ação ajuizada sem a conferência sobre a existência de súmula vinculante em sentido contrário ao que se postula.

É inegável, também, que, se de um lado, há um novo horizonte argumentativo, para o profissional da advocacia empresarial abriu-se o leque de responsabilidades perante o cliente. A menos que tenha ressalvado ao cliente, de forma clara, haver a tal súmula no caso referido, agiu o profissional com considerável grau de negligência, podendo ser por isso responsabilizado (por desconhecer a mais elementar *jurisprudência* – súmula vinculante). Outros exemplos podem ser dados nesse sentido, em menores graus, mas igualmente problemáticos sob o ponto de vista do advogado, de seu cliente e do exercício da advocacia empresarial à luz da jurisprudência.

Afinal, não se espera que o administrador (muito menos, seus acionistas) de uma companhia compreenda ou aceite que seu advogado não conheça o que hoje pode ser tido como elementar em termos de jurisprudência. E se este texto for capaz de ao menos chamar a atenção dos colegas para tal aspecto, já estaremos satisfeitos.

LIEBMAN, Enrico Tullio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. **Revista de Processo**, n. 43, São Paulo, jul./set. 1986, p. 57-60.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência**: da divergência à uniformização. São Paulo: Atlas, 2006.

1 Para o leitor que procura uma abordagem mais técnica sobre a jurisprudência, tomamos a liberdade de indicar nossa monografia publicada: PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência**: da divergência à uniformização. São Paulo: Atlas, 2006.

2 É de todos sabido que os processos vindos de muitas regiões do país, por sua estrutura mais enxuta e pelo menor número de demandas, terminam mais rapidamente e podem alcançar os Tribunais Superiores muito antes do que outros provindos das regiões notoriamente mais concentradas de lides e complexidades sociais, como Sul e Sudeste.

3 Aqui a letra da lei não trata claramente de precedente de Tribunal Superior (querendo dizer, do próprio Tribunal de segundo grau), mas a interpretação teleológica do conjunto das regras da *reforma* leva a concluir que o relator pode também aplicar interpretação do Tribunal Superior.

4 Alteração processual de 1996 (CPC, art. 732-A): “1. o presidente do STJ determina, até à prolação do acórdão, que o julgamento do recurso se faça com intervenção do plenário das secções cíveis quando tal se revele necessário ou conveniente para assegurar a uniformidade da jurisprudência”.

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 341.410/SP. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. *DJ* 29-5-2006. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=341410&b=ACOR.

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 302.780/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. *DJ* 8-4-2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 11 maio 2010.

6 PROCESSO E PROCEDIMENTO: UMA VISÃO ESTRATÉGICA

Fernando da Fonseca Gajardoni

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito – GVlaw; doutor e mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP; juiz de Direito no Estado de São Paulo.

6.1 Um caso prático

Uma empresa comprou, por meio de contrato de compra e venda assinado pelas partes interessadas e por duas testemunhas, um imóvel que lhe servirá de sede. A unidade, contudo, apresenta rachaduras típicas de falha na construção, razão pela qual a empresa processou a construtora. A ação é de conhecimento, corre pelo rito sumário e tem como valor de causa a quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais), para efeitos fiscais. A empresa, autora da ação, pediu danos materiais e morais, sendo que gostaria que os primeiros fossem apurados no momento da liquidação da sentença, já que não confia na construtora para execução de reformas, e os segundos fossem estimados no valor de 500 salários mínimos. Por fim, a empresa pediu uma medida de urgência do juiz, para que lhe assegure um imóvel sem rachaduras até a execução das reformas na unidade adquirida. O juiz, no entanto, optou por analisar o pedido de urgência apenas após a primeira manifestação da construtora no processo: a contestação.

Eis o caso. Compete-nos agora avaliar as vantagens e as desvantagens da opção processual e procedimental do polo ativo, bem como a defesa que melhor se adapte às pretensões da construtora demandada.

6.2 Problematização

Inúmeras são as formas de composição dos litígios; de modos autocompositivos (reconhecimento jurídico do pedido e renúncia ao direito em que se funda a ação) até os modos heterocompositivos (solução adjudicada do

conflito), todos eles têm suas aplicações práticas na vida moderna.

Como práticas, também, são as aplicações das técnicas para alcançar tais soluções, cada vez mais estudadas e aplaudidas: mediação, conciliação, negociação, arbitragem, avaliação de terceiro neutro e desinteressado etc.

Uma coisa, entretanto, é certa: na maioria dos casos, é natural que a solução do litígio passe, necessariamente, pelo crivo do Judiciário, que no sistema eleito para reger o funcionamento de nossas instituições é o principal destinatário das controvérsias entre particulares e entre particulares e Estado.

É nesse contexto de judicialização dos conflitos que eclode a necessidade de o operador jurídico conhecer plenamente as vias de ingresso e de defesa no Judiciário, seus processos e procedimentos, as vantagens e as desvantagens da opção escolhida de cada um.

De fato, sem a programação antecipada e segura da demanda, sem uma estratégia para a condução do conflito, perdem-se oportunidades processuais, aumentam-se os custos do litígio, e muitas vezes não se consegue obter o resultado desejado (mesmo que este resultado seja o de retardar ao máximo a solução do conflito).

É indiscutível que as querelas judiciais e seus elementos (tempo, espaço e conteúdo) influenciam decisivamente na mensuração dos custos de transação (análise econômica do direito), condicionando a empresa (agente econômico) – bem como aquele que a representa (o operador do direito) – a prever todas as suas condutas processuais.

O presente texto pretende cotejar os tipos de processos e procedimentos admitidos por nossa legislação civil e, em vista deles e das posturas jurisprudências dominantes¹, apontar ao operador alguns reflexos que suas opções como demandante ou demandado podem representar ao custo da demanda e à solução do conflito como um todo.

6.3 Distinção entre processo e procedimento

A doutrina processual moderna não mais confunde processo com procedimento como ocorria no passado², principalmente no Brasil, cuja distinção é necessária à luz do próprio texto constitucional.

De fato, a Constituição Federal prevê que compete à União legislar privativamente sobre processo (art. 22, I), enquanto aos Estados e ao Distrito Federal, concorrentemente à União (que apenas editará as normas gerais), é lícito legislar sobre procedimento local (art. 24, XI e parágrafos).

Assim, mais do que questão acadêmica, a distinção entre os dois

fenômenos é fundamental, vez que a própria fonte normativa é diversa a depender da natureza do instituto que o legislador queira regulamentar.

O *processo*, de acordo com doutrina dominante no Brasil, representa uma série de atos jurídicos que se sucedem e ligados por uma finalidade comum – a sentença – que só é alcançada através do exercício de direitos, deveres e ônus entre os sujeitos do processo³. É composto por duas facetas: uma formal (o procedimento) e uma substancial (a relação jurídica processual).

O *procedimento* é a faceta organizacional do processo e dos atos processuais, que pode ser mais simples ou mais complexa, dependendo do caso concreto. É o processo em sua dinâmica, o modo pelo qual os diversos atos se relacionam na série constitutiva do processo, representando o modo dele atuar em juízo (seu movimento)⁴, pouco importando a marcha que tome para atingir seu objetivo final; é o modo como se desenvolve o processo no tempo e no espaço, seus trâmites, a maneira de sê-lo, que pode ser ordinário, sumário, sumaríssimo ou especial; breve ou dilatado; escrito ou oral; com uma ou várias instâncias; com período de prova ou sem ela; e assim sucessivamente⁵; é a medida do processo, ou melhor, o método de trabalho ou a pauta do processo⁶.

Já a *relação jurídica processual* – relação essa autônoma à de direito material e, portanto, com regras próprias – é um feixe de deveres, direitos, ônus e sujeições que une os sujeitos processuais; são as regras que regulam a atuação dos sujeitos processuais: partes (ônus, deveres, obrigações, faculdades etc.), juiz (competência, poderes etc.) e auxiliares (atribuições); a capacidade e modo de exercer o direito de ação (condições da ação, pressupostos processuais, intervenção de terceiros); a maneira de se postular ou se defender em juízo (petição inicial, respostas, provas, recursos e outros meios de impugnação etc.); ou os efeitos da prestação da jurisdicional (eficácia da sentença e coisa julgada)⁷.

Processo é mais do que *procedimento*, já que esse é apenas uma das facetas daquele. *Procedimento* é o rito do processo, isto é, a seqüência dos atos que se realizam no exercício da jurisdição, assim como a relação entre estes atos que se estabelece na série, variáveis segundo as exigências do direito material, ou segundo outras necessidades ou conveniências que impressionaram o legislador. Já *processo* é o conjunto dos atos entre si encadeados e tendentes a uma finalidade comum, a sentença; ou, em outros termos, seria o procedimento acrescido da relação jurídica que se estabelece entre o juiz e as partes, com eclosão de deveres, direito, pretensões, ônus e sujeições⁸.

Não existe processo sem procedimento⁹. Sem o procedimento se torna impossível definir o que seja processo, vez que ele é a estrutura da relação

jurídica processual¹⁰. O procedimento estabelecido em lei, como um *iter* a ser seguido para obtenção da tutela, prevê os atos, suas formas, as posições subjetivas (ativas e passivas) e a dimensão temporal do processo (os prazos). Assim, sem o procedimento, a relação jurídica processual seria algo amorfo, disforme, sem ossatura¹¹.

O procedimento, todavia, embora não possa ser destacado do processo a ponto de ser estudado como uma ciência autônoma¹², também não pode ser conhecido como simples ordenação de atos, sem maiores condicionamentos. Faz-se necessário que o procedimento seja realizado em contraditório e cercado de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, e colaborar na formação do convencimento do juiz¹³. O *procedimento*, assim, “não deve ser apenas um pobre esqueleto sem alma, tornando imprescindível ao conceito a regulação das atividades das partes e do órgão judicial, conexa ao contraditório paritário e ainda ao fator temporal, a fatalmente entremear esta atividade”¹⁴.

Em síntese, tem-se que enquanto o *processo* é um instrumento de atuação da Jurisdição para o exercício do direito de ação e de defesa, composto, como regra, de inúmeros atos processuais que o levam do pedido inicial ao final provimento, o *procedimento* é o modo, a maneira como esses diversos atos processuais se combinam em contraditório (sua ordem, forma, prazo e tempo), algo que é determinado pela lei ou por circunstâncias ligadas às pessoas ou à causa¹⁵. Metaforicamente, o *processo* seria um veículo (instrumento) de transporte de carga (jurisdição, ação e defesa). O *procedimento* seria o caminho percorrido, alguns mais rápidos, outros mais lentos, alguns que vão pelo ar, outros pelo mar, outros pelo chão, todos, entretanto, com o mesmo destino final (provimento jurisdicional)¹⁶.

Nosso sistema processual, sensível a essas diferenças entre *processo* e *procedimento*, propicia ao jurisdicionado três tipos de *processo*, cada qual com uma finalidade distinta: processo de conhecimento (Livros I e IV do Código de Processo Civil), cujo objetivo é o accertamento da relação jurídica, a declaração de um direito violado; processo de execução (Livro II do Código de Processo Civil), cuja índole é manifestamente satisfativa; e finalmente o processo cautelar ou preventivo (Livro IV do Código de Processo Civil), que garante a eficácia dos outros dois (art. 270 do CPC).

Paralelamente, dentro de cada um dos *processos*, temos diferentes combinações dos atos processuais, diferentes *procedimentos*. Assim, no processo de conhecimento, temos o procedimento comum (ordinário e sumário) e os procedimentos especiais, entre os quais se incluem aqueles que têm curso nos

Juizados Especiais (art. 272 do CPC). No processo de execução temos também procedimentos comuns (quantia, fazer e não fazer e entrega) e especiais (Fazenda Pública, alimentos e contra devedor insolvente). Por fim, no processo cautelar temos as medidas de procedimento comum (art. 802 e s.) e as de procedimento próprio (as nominadas do art. 813 e s. do Código de Processo Civil).

Em geral, na omissão de regras no âmbito do processo cautelar ou de execução (inclusive no cumprimento de sentença), são aplicadas as normas do processo de conhecimento (art. 598 do CPC). E, também como regra, na omissão de normas sobre o procedimento comum sumário e especial, aplicam-se as normas do procedimento comum ordinário (art. 272, parágrafo único do CPC).

6.4 Voltando ao caso prático

6.4.1 O fator custas e despesas processuais

À exceção do procedimento especial sumaríssimo dos Juizados Especiais (Cíveis e Federais) – em que não há custas, despesas ou honorários advocatícios em primeiro grau de jurisdição (art. 54 da Lei n. 9.099, de 1995) – a eleição entre os processos execução, cautelar ou de conhecimento, e, nesse último caso, entre os seus procedimentos comum sumário, ordinário ou especial, é indiferente nesse ponto: em regra haverá necessidade do recolhimento de custas iniciais e o sucumbente será condenado ao pagamento das despesas e dos honorários advocatícios da parte contrária (art. 20 do CPC).

Ao menos no Estado de São Paulo não há também diferenças no tocante ao valor das custas em caso de variação de processo ou procedimento (Lei Estadual n. 11.608, de 2003)¹⁷. O que se admite é só o diferimento (retardamento) do seu recolhimento nas ações de alimentos, reparação de dano por ato ilícito, declaratória incidental e nos embargos à execução, o que pode ser bem interessante para programação de custos do processo¹⁸. Cada operador jurídico deverá conhecer o regimento de custas de seu Estado, fazendo a opção menos custosa, caso a caso.

Prova disso é que, com a edição da Lei n. 11.232, de 2005, que acabou com a autonomia das execuções de sentença, cujo cumprimento passa a ser exigido no âmbito do próprio processo de conhecimento (art. 475-I do CPC), há dúvida sobre a incidência ou não de custas no início da fase executiva, bem como para o processamento da impugnação de sentença (art. 475-L do CPC). A variar

de Estado para Estado, ora se tem exigido o recolhimento de custas para esta nova fase, ora não. Em São Paulo, por exemplo, tal valor é inexigível até o presente momento, vez que a Lei Estadual n. 11.608, de 2003, é omissa a respeito. Mas repita-se: a análise da necessidade de incidência de custas na Justiça Estadual deve ser aferida conforme o Estado da federação em que terá curso a ação, o que tem grande relevo do ponto de vista estratégico.

No âmbito da Justiça Federal, o regime de custas é encontrado na Lei n. 9.289, de 1995¹⁹. Vale destacar que há isenção do seu pagamento nas reconvenções e nos embargos à execução (art. 7^o), bem como nos *habeas corpus* e *habeas data*²⁰. Em especial quanto aos dois primeiros, certamente a inexistência de custas incita um maior ajuizamento.

No nosso caso, sendo evidente que o feito tem curso na Justiça Estadual, eis que ausentes as situações do art. 109, inc. I, da Constituição Federal quanto às custas iniciais a opção dos demandantes pelo processo (conhecimento) e procedimento (comum sumário), é de pouco relevo (a mesma afirmação valendo para a situação da construtora demandada). No máximo poderia ser estudado pelo autor um pleito para diferimento das custas, o que implicaria oportunidade de só ser despendido efetivamente o numerário no caso de improcedência da demanda.

6.4.1.1 Justiça gratuita à pessoa jurídica

Interessante mesmo no tocante às custas e despesas processuais é a questão da concessão dos benefícios da justiça gratuita às pessoas jurídicas.

A jurisprudência dos Tribunais Estaduais e Federais é bastante renitente no tocante à concessão dos benefícios da justiça gratuita às pessoas jurídicas (Lei n. 1.060, de 1950). Só admite, em regra, as benesses para pessoas jurídicas sem fins lucrativos (associações, entidade beneficentes etc.).

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, pacificou entendimento no sentido de que as pessoas jurídicas, mesmo as com finalidades lucrativas, podem gozar dos benefícios da justiça gratuita desde que comprovem, de modo satisfatório, a impossibilidade de arcarem com os encargos processuais, sem comprometer a existência da entidade. Entenderam ainda que, se o órgão a *quo* não analisar as provas apresentadas para demonstração da hipossuficiência – negando o pedido genericamente –, a decisão deve ser anulada para que outra seja prolatada²¹.

Essa decisão abre importante precedente em favor das empresas insolventes, algo a ser relevado pelo advogado estrategista, principalmente se, no nosso caso, uma das empresas estivesse nessa situação.

Há de se lembrar, ainda, que o custo de eventual prova pericial é considerável (e no nosso caso prático certamente haverá necessidade de tal investigação), motivo pelo qual a busca da gratuidade judiciária para a empresa, seja no polo ativo ou passivo, pode solucionar (ou causar) um problema futuro.

6.4.1.2 Inversão do ônus da prova e do custo da prova

Uma questão intimamente ligada ao custo do processo é a do gasto com a perícia.

O art. 33 do Código de Processo Civil estabelece que o requerente da prova arcará com a antecipação de seu custo, enquanto a perícia requerida por ambas as partes ou determinada oficiosamente pelo juiz (art. 130 do CPC) será suportada pelo autor. Ocorre que é conhecida a possibilidade de o juiz, com base no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, inverter o ônus da prova, nas hipóteses em que haja hipossuficiência probatória do consumidor. Então, surge a interessante questão: invertido o ônus da prova, está invertida automaticamente a responsabilidade pelo pagamento da perícia?

Embora ainda se encontrem, no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgados em ambos os sentidos, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento dominante no sentido de que a inversão não tem nada a ver com o custo da perícia, que deve ser suportado, nos termos do art. 33 do Código de Processo Civil, pelo requerente da prova²².

O que variará são as consequências da omissão daquele a quem foi carreado o ônus probatório e se omitiu em requerer e pagar pela perícia: no caso do consumidor, a regra é que não sofrerá as desastrosas consequências da preclusão e do *non liquet*; no caso do fornecedor, a quem foi imposto o ônus, provavelmente suportará o revés na ação (art. 333 do CPC), não sendo lícito lhe impor o custo da prova requerida pelo consumidor.

Portanto, a inversão do ônus da prova não tem repercussão no custo da perícia, mas pode determinar a uma das partes a necessidade de requerer e suportar o custo desse tipo de prova que, ao menos em princípio, seria requerida e paga pela parte contrária.

6.4.1.3 Ação monitória

Outro ponto que merece reflexão é a da ação monitória (processo de conhecimento de procedimento especial), que em verdadeira sanção premial isenta o demandado, no caso de cumprimento espontâneo do mandado de pagamento ou entrega, de custas e honorários advocatícios (art. 1.102 c, § 1º do CPC).

Tal fator, apesar do fracasso da monitoria no sistema brasileiro²³, relevante no tocante ao custo, deve ser programado pelos patronos dos litigantes: o do autor, na ciência de que, no caso de pagamento ou entrega espontânea pelo demandado, não se ressarcirá das despesas efetuadas, tampouco haverá fixação de honorária pelo juiz (o que deve ser relevado para fins de fixação contratual da honorária devida pelo cliente); e o do demandado, quanto às vantagens de prosseguir na demanda em vista do favor legal.

6.4.1.4 A viabilidade da execução futura

Finalmente, em matéria empresarial, não se pode olvidar do custo que eventual processo de execução pode representar para os negócios.

Sabido que o ideal do adimplemento voluntário das obrigações ainda está muito distante da realidade forense no Brasil, uma prévia análise da existência de bens do suposto devedor nas pretensões por crédito pode antecipar uma futura insolvência patrimonial, o que permite uma decisão segura sobre a viabilidade do ajuizamento da própria ação de conhecimento ou da execução de título extrajudicial²⁴, e sobre a definição dos melhores *responsáveis* a serem demandados.

No nosso caso prático, essa prévia análise sobre o patrimônio da construtora pode permitir ao polo ativo eleger, individualmente ou em litisconsórcio, outros responsáveis pelo dano (fornecedores do concreto, ferragens etc.) ou integrantes do grupo empresarial, bem como pela aceitação de eventual intervenção de terceiro fundada em contrato de seguro (art. 70, III, do CPC, e art. 101, II, do CDC).

6.4.2 O fator tempo

Em matéria de empresas, o aspecto temporal é relevantíssimo.

O autor da ação deve estimar o custo temporal da demanda para programar seus investimentos, em especial nas ações contra o Estado, cujo recebimento costuma se dilatar no tempo mais do que o imaginável.

Sempre surge, nos casos de urgência, a possibilidade do manejo de demandas cautelares (para garantir a existência de bens ou valores) e, especialmente, de pedidos antecipatórios de tutela (art. 273 do CPC), como ocorreu em nosso caso hipotético.

O tempo também é relevante para o demandado. O retardamento da condenação por meio de um processo ou de um procedimento mais lento permite uma maximização dos lucros. O mercado financeiro, no passado, propiciava, como regra, remuneração ao capital superior ao percentual dos juros

legais estabelecidos pela nossa antiga legislação civil (0,5% ao mês). Mas, com o advento do Código Civil de 2002 e com a elevação desse percentual de juros para 1% ao mês (art. 161, § 1º do CTN c/c art. 406 do CC), não há mais tanta segurança quanto a isto. De qualquer forma, as vantagens do retardamento natural do processo devem ser discutidas pelos departamentos jurídico e financeiro da empresa (algo que demanda do profissional do direito um conhecimento global do sistema econômico)²⁵.

No caso concreto, o contrato de compra e venda assinado pelos litigantes e pelas duas testemunhas é título executivo extrajudicial (art. 585, II, do CPC). Se houvesse prefixado as perdas e danos (art. 408 e s. do CC) em caso de vício da obra (o que sempre é aconselhável), permitiria ao demandante ultrapassar toda a fase de conhecimento e já iniciar sua demanda diretamente pelos atos de satisfação de seu crédito (processo de execução). Ainda assim, a opção seria de risco, pese a grande vantagem temporal: certamente o devedor alegaria que não há os vícios na construção e que eventuais defeitos não decorrem de sua atividade, procurando, assim, descaracterizar a natureza executiva do título (que depende de dados externos, incapazes de ser demonstrados na estreita via executiva).

Não havendo a pré-fixação das perdas e danos, o caso seria mesmo de processo de conhecimento. E nesse caso – afastado o procedimento especial sumaríssimo pelas partes, valor da causa e complexidade da questão (art. 3º da Lei n. 9.099, de 1995) – a opção pelo procedimento ordinário ou sumário não tem grande relevo no fator temporal. É que o procedimento sumário – cabível no caso por força do art. 275, II, c, do Código de Processo Civil –, ao menos em tese, deveria ser mais rápido. Mas a experiência prática tem revelado, no Estado de São Paulo, o contrário, sendo comuns juízos em que o procedimento sumário, pelo fato de se inaugurar com audiência (art. 277 do CPC) – e, portanto, ter que aguardar disponibilidade da pauta de audiência do magistrado –, é mais lento do que o ordinário. Essa é a razão pela qual parte da doutrina afirma que o procedimento sumário deveria ser denominado *ordinaríssimo*, isto é, o mais ordinário, o pior de todos²⁶.

De qualquer forma, competirá à parte sedenta por celeridade a análise da situação da comarca ou subseção judiciária em que o feito terá curso. As diferenças regionais são enormes²⁷, e o advogado estrategista tem o dever de conhecer a realidade temporal dos processos e dos procedimentos em cada um dos lugares onde atua.

6.4.3 Competência

A regra é que os processos (conhecimento, execução autônoma e

cautelar) sejam ajuizados no foro do domicílio do réu (art. 94 do CPC), havendo, entretanto, regras especiais para ações de reparação de dano – ajuizadas no local do ato ou fato (art. 100, V, *a*, do CPC) – e de relações de consumo – ajuizadas no domicílio do consumidor (art. 101, I, do CDC). Há, ainda, regras especiais referentes aos processos coletivos (Lei de Ação Civil Pública, art. 2º c/c art. 93 do CDC).

Com relação aos direitos disponíveis, no entanto, há a possibilidade de ser afastada a regra legal de estabelecimento de competência relativa (território e valor) em favor de um foro eleito pelas partes (art. 111 do CPC). Embora os negócios jurídicos sejam celebrados na ânsia de que tudo se concretize como o pactuado, a prevenção de eventuais litígios passa, também, pela eleição de uma boa regra de foro, a permitir que o litígio seja solucionado por um órgão jurisdicional mais próximo (e, portanto, com minoração dos custos de deslocamento para prática de atos processuais) ou menos sobrecarregado²⁸.

Quanto ao procedimento, somente no que tem curso perante os Juizados Especiais (especial sumaríssimo) é que há regra benéfica ao demandante nas ações de reparação de dano genéricas: admite-se o ajuizamento no domicílio do autor (art. 4º, III, da Lei n. 9.099, de 1995), o que dificulta a defesa do demandado que tem no deslocamento, aliado às consequências do não comparecimento (revelia – art. 20 da Lei n. 9.099, de 1995), fator de incremento do custo e do risco do processo²⁹.

6.4.4 Defesa

No processo cautelar não há grande espaço para dilação probatória. Na cautelar, a cognição do juiz é limitada aos seus pressupostos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), de modo que a defesa é apresentada na ação principal.

Na execução, a discussão quanto ao mérito, em regra, só pode ser travada na ação autônoma dos embargos (art. 736 e s. do CPC) ou na impugnação ao cumprimento de sentença, com justificável restrição à matéria cognoscível (art. 475-L do CPC).

Vale a nota que na nova sistemática das Leis n. 11.232, de 2005, e n. 11.382, de 2006, não há mais efeito suspensivo obrigatório para a defesa do devedor em sede executiva. O efeito suspensivo só será deferido pelo juiz em casos específicos em que haja fundamentos de defesa razoáveis e comprovação de risco de prejuízos ao devedor em caso de prosseguimento da execução (arts. 475-M e 739-A do CPC). Inclusive, no âmbito dos embargos à execução (título extrajudicial), é condição para a concessão do efeito suspensivo que o juízo esteja garantido pela penhora (art. 739-A, § 1º do CPC), condição que não mais existe para os embargos sem este atributo (art. 736 do CPC). Deve o advogado,

portanto, estar ciente de todos esses fatores ao elaborar sua defesa no âmbito da execução, inclusive da possibilidade, em caso de derrota, de haver incidência da multa do art. 475-J do Código de Processo Civil nos títulos executivos judiciais.

A grande defesa será exercitada mesmo no processo de conhecimento, cuja cognição plenária propiciará ao demandado aventar toda e qualquer matéria de fato ou de direito (salvo poucos procedimentos especiais que excepcionam essa regra).

Entre os procedimentos ordinário e sumário, o demandado estrategicamente deve preferir o primeiro se pretender uma defesa mais ampla, o contrário devendo ser afirmado quanto ao autor que pretende limitar as respostas do requerido.

O procedimento sumário, apesar de também ser de cognição plenária, impede como regra a intervenção de terceiros, deixando de fora dessa limitação apenas a assistência, o recurso de terceiro prejudicado (que não deixa de ser uma modalidade de assistência) e as intervenções fundadas em contrato de seguro (art. 280 do CPC).

No nosso caso hipotético há uma solução estratégica para que a construtora demandada busque a alteração do procedimento eleito pela empresa demandante em favor de sua defesa. De acordo com o art. 277, § 5º, do Código de Processo Civil, se houver necessidade de prova técnica de maior complexidade, isto é, aquela em que os conhecimentos técnicos a serem empregados demandem acurada atenção e debates das partes com o julgador, é lícito ao juiz converter o procedimento sumário em ordinário. Parece-nos natural que nossa construtora, sob o fundamento de que uma prova pericial de engenharia é complexa, busque converter o procedimento.

Entretanto, diferentemente do que possa parecer, nem sempre para o próprio autor a opção pelo procedimento sumário, como no caso hipotético, é a melhor solução. No procedimento sumário que dependa de provas orais há, ao menos, duas audiências (conciliação e instrução), sem contar as possíveis redesignações e continuações. Isso demanda disponibilidade do tempo do advogado, o que, analisado globalmente, representa certo custo, em especial porque no procedimento ordinário, caso não haja possibilidade de acordo (art. 331, § 3º do CPC), apenas uma audiência é realizada (instrução).

Outro fator a ser sopesado na escolha pelo procedimento sumário foi introduzido pela Lei n. 11.232, de 2005. De acordo com o art. 475-A, § 3º, do Código de Processo Civil, não há mais possibilidade de sentenças genéricas – objeto de liquidação, portanto – em procedimentos sumários que envolvam acidente de veículos e seguro daí decorrente. Daí porque, no nosso caso prático, podemos manter a opção da autora pelo rito sumário, já que a limitação à sentença genérica não atinge casos de danos em prédios rústicos (rurais) ou urbanos.

Não devemos esquecer que incidentes processuais, como a impugnação ao valor da causa (art. 261 do CPC) ou as benesses da justiça gratuita (art. 7^o da Lei n. 1.060, de 1950), também compõem o arcabouço de defesas a serem utilizadas pelo demandado. No nosso caso certamente seria cabível a impugnação ao valor da causa que foi fixada muito aquém do pedido (art. 258 do CPC), medida que além de garantir adequada honorária em caso de improcedência (pois os honorários são fixados na improcedência com base no valor da causa), certamente ajuda a inibir o apetite recursal por força da majoração das custas.

6.4.5 Recursos

No aspecto recursal, em especial com as alterações introduzidas pela Lei n. 11.232, de 2005, não há grandes implicações práticas quanto a escolha do processo. Dos atos terminativos de conteúdo constantes dos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil caberá apelação. Para todos os outros atos que causarem prejuízo, caberá agravo, sendo necessário lembrar que, de acordo com a Lei n. 11.187, de 2005 (arts. 522 e 523 do CPC), os agravos das decisões proferidas em audiência de instrução, como regra, serão obrigatoriamente orais, imediatos e retidos (fazendo-se, pois, indispensável a presença de um advogado com capacidade para apresentar de imediato um bom articulado oral).

Com relação ao procedimento dos processos de conhecimento, há maior possibilidade de divergência – e, portanto, do recurso de embargos infringentes (art. 531 do CPC) – no rito ordinário. Com efeito, o art. 551, § 3^o, do Código de Processo Civil dispensa a figura do revisor de apelação nos julgamentos dos processos que seguem o procedimento sumário, o que, sem dúvida, diminui as chances de divergência (já que somente um dos julgadores terá contato com os autos antes da sessão de julgamento).

Nos procedimentos dos Juizados Especiais, acentua-se o ganho com a celeridade (especialmente no âmbito recursal), mas se aumentam consideravelmente as limitações e a possibilidade de provimento dos recursos. Primeiro, porque majoritariamente tem se entendido não ser cabível o recurso de agravo das decisões proferidas nesses procedimentos especiais sumaríssimos (Enunciado n. 15 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE), tampouco de Recurso Especial contra as decisões dos Colégios Recursais (art. 105, III, da CF). E segundo, porque a prática tem demonstrado serem baixíssimos os índices de reforma dos julgados de primeiro grau, visto serem os julgadores de segundo grau também juizes de primeiro grau da mesma região dos prolatores das decisões recorridas, o que acaba, de certa forma, limitando a autonomia que se espera dos juizes de segunda instância (art. 41, § 1^o, da Lei n. 9.099, de 1995).

6.5 Faculdade na escolha do processo e do procedimento

6.5.1 Eleição do processo

Para cada situação da vida, conforme antes afirmado, há um processo adequado à postulação: conhecimento (declaração), execução (satisfação) e cautelar (garantia). Não há grandes opções estratégicas, a não ser buscar, em algumas situações, tutela de urgência no bojo do próprio processo de conhecimento (art. 273, § 7º do CPC). Mas vale anotar que se tem admitido, nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, o manejo do processo de conhecimento, ainda que a parte tenha título executivo extrajudicial, toda vez que se possa obter, através do título judicial e da *res iudicata* que se formará sobre a questão, medidas executivas mais adequadas³⁰.

No nosso caso hipotético, o autor até poderia fazer a opção pelo ajuizamento de execução de título extrajudicial (vez que possui título executivo, nos termos do art. 585, II, do Código de Processo Civil). Mas, como já alertado, a opção seria de risco, uma vez que a constatação dos defeitos da construção depende de outros dados externos ao título, incapazes, assim, de serem demonstrados na estreita via executiva. Certamente, isso seria objeto de embargos pelo requerido, com fundamento na falta de certeza do título (art. 618 do CPC).

6.5.2 Eleição do procedimento

A impossibilidade de a parte eleger o procedimento conforme sua preferência nem sempre foi vigente no nosso sistema.

O art. 245 do Regulamento n. 737 permitia o acordo das partes para adoção do rito sumaríssimo, ainda que esse não fosse legalmente previsto para a espécie. Disposições similares eram contidas no Código de Minas Gerais (art. 390) e do Estado do Rio de Janeiro (art. 1.347). À época sustentava-se, inclusive, com apoio no princípio da liberdade de contratar, a possibilidade da convenção a respeito, mesmo sem texto legal permissivo³¹.

Foi com o Código de Processo Civil de 1939, e posteriormente o de 1973, que se acabou de vez com as regras que facultavam a eleição do procedimento pela parte. O procedimento, no direito processual eminentemente público como o atual, atende, sobretudo, a interesses públicos, não tendo sido instituído, como regra, para favorecer ou beneficiar as partes, tampouco para contemplar a

comodidade de alguma delas. Assim, a definição do procedimento é estatal, sendo vedado às partes elegê-lo.

Modernamente, todavia, se tem encontrado na doutrina, e também na jurisprudência nacional, impressão diversa, embora isso tenha utilidade entre os procedimentos do processo cognitivo³². Tem se sustentando que a parte pode, salvo em situações excepcionais decorrentes da incompatibilidade lógica entre a pretensão formulada e o procedimento comum (como ocorre no procedimento especial do inventário ou na divisão e demarcação de terras), optar pelo rito ordinário em detrimento do especial³³.

Não resta mais dúvida de que a utilização do rito sumaríssimo perante os Juizados Especiais é facultativa para o autor³⁴, ou que é livre pelo demandante a eleição do procedimento comum ou do procedimento especial monitório para a cobrança de dívidas fundadas em documento escrito sem eficácia de título executivo (art. 1.102, *a*, do CPC)³⁵. E embora ainda haja vozes em sentido contrário³⁶, modernamente também se tem entendido que a opção daqueles que fazem jus ao rito sumário pelo ordinário não compromete a higidez procedimental, razão pela qual lícito o ajuizamento da demanda pelo procedimento mais completo (não o contrário).

Com efeito,

o procedimento ordinário é mais completo e o mais apto à perfeita realização do processo de conhecimento, pela amplitude com que permite às partes e ao juiz pesquisar a verdade real e encontrar a justa composição da lide. Está estruturado segundo fases lógicas, que tornam efetivos os princípios fundamentais do procedimento, como o da iniciativa da parte, o do contraditório e do livre convencimento do julgador³⁷.

Eis porque sempre a utilização do rito ordinário é opção da parte que faça jus ao procedimento sumário ou especial³⁸, salvo raríssimas exceções já apontadas, ligadas ao direito material em litígio, para as quais haja procedimento especial próprio, que, se não utilizado, compromete a própria tutela do Direito.

Alguns julgados da Terceira e da Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça têm endossado a tese mais moderna, no sentido de que a “liberdade que tem o autor de preferir o procedimento ordinário ao sumário, ou ao especial, não implica em (*sic*) infração à norma, pois o primeiro é o leito comum e amplo

por onde podem correr quaisquer causas”³⁹.

Até porque seria ilógico admitir que a parte possa preferir o rito sumaríssimo da Lei n. 9.099, de 1995, ao ordinário (como já anotado), e não possa fazê-lo em relação ao procedimento sumário, que é ritualmente mais amplo que o procedimento especial dos Juizados Especiais.

É importante observar, portanto, que há sim no nosso sistema certo espaço para a opção ritual, ao menos entre os procedimentos comuns e a maior parte dos especiais (como o sumaríssimo e a monitória). E que, conseqüentemente, eles não foram construídos tão só em favor do interesse público mas também no interesse das próprias partes litigantes, já que, *grosso modo*, todos os procedimentos (comuns ou especiais) têm o mesmo fim: ordenar os atos processuais a fim de levar a pretensão verberada no pedido inicial até a resposta final do órgão julgador.

Ora, se até mesmo a relação jurídica processual estatal pode ser objeto de renúncia pelas partes através da celebração de convenção de arbitragem (Lei n. 9.307, de 1996), não se vê como o procedimento processual não possa ser objeto de opção pelo autor, desde que, obviamente, isto não implique prejuízo efetivo para o réu (como ocorre na questão da troca do ordinário pelo sumário)⁴⁰.

Lícito, portanto, que a parte autora eleja o procedimento que lhe pareça mais adequado, ainda que haja no sistema indicação de outro *iter* a ser seguido, devendo o órgão julgador, desde que a forma seja apta a tutelar o direito e não haja prejuízo efetivo à parte adversa, respeitar essa escolha.

Por força disso, o art. 295, IV, do Código de Processo Civil que determina a adaptação do rito pelo órgão julgador é norma que só deve ser utilizada excepcional e exclusivamente nas hipóteses em que não seja possível, por questões ligadas à situação da parte ou ao direito material, o processamento da demanda pelo rito eleito⁴¹.

É possível, então, sintetizar as opções procedimentais da parte enunciando as seguintes regras:

1. O procedimento ordinário sempre é cabível, salvo se circunstâncias ligadas ao direito material ou à qualidade da parte impuserem o rito especial.
2. O procedimento sumário nunca é obrigatório.
3. O procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais nunca é obrigatório.
4. O procedimento especial, excetuados os casos em que o rito seja

indispensável para a tutela da parte ou do direito, sempre pode ser renunciado em favor do rito comum (ordinário ou sumário)⁴².

Mesmo fora dessas opções, nos casos de opções procedimentais pacificamente indevidas – como a utilização do rito sumário no lugar do ordinário para causas não previstas no art. 275 do Código de Processo Civil, o processamento de uma demanda não prevista nas Leis n. 9.099, de 1995, ou n. 10.259, de 2001, pelo rito sumaríssimo⁴³, ou o não processamento da demanda por um daqueles ritos especiais obrigatórios – não haverá automática nulidade do processado. Nessas situações, como sempre foi voz corrente na doutrina e na jurisprudência nacionais, há de se indagar sobre a existência de prejuízo, conforme regime próprio do tema, sem o que não se decretará nulidade (arts. 244 e 250 do CPC)⁴⁴.

Concluindo, apesar de se afirmar que as normas procedimentais são cogentes, nosso sistema, vagarosamente, foi construindo tantas opções rituais que a regra se relativizou, tornando-se quase uma exceção. Por isso, já se pode analisar o procedimento sob outra ótica, e afirmar que ele é adaptável também conforme a vontade da parte, mantendo no campo das exceções apenas aquelas poucas hipóteses rituais em que determinado rito é indispensável para a tutela do direito material ou da parte, ou nas situações em que a utilização do rito mais abreviado cause prejuízo efetivo ao direito do prejudicado pela adoção do procedimento menor⁴⁵.

Portanto, fica totalmente a critério da parte autora a opção pelo procedimento ordinário nos casos em que faça jus ao procedimento sumário ou ao especial (ressalvada a já narrada incompatibilidade da ordinarização com o direito material a ser tutelado), razão pela qual há bastante margem para uma opção estratégica em vista das vantagens e desvantagens que cada rito oferece.

Assim, no nosso caso hipotético, nada impedia à empresa autora ajuizar sua demanda reparatória pelo rito ordinário, tampouco que o polo passivo buscase, sob o fundamento de necessidade de prova pericial complexa (art. 277, § 4º do CPC), a conversão do rito sumário em ordinário.

REFERÊNCIAS

Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

ASSIS, Araken de. **Procedimento sumário**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BALEEIRO, Jedor Pereira. Processo e procedimento. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 2, p. 215-228, dez. 1991.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**: tentativa de compatibilização. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

BERMUDES, Sérgio. Procedimentos em matéria processual. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, p. 161-167, fev. 1991.

BIAVATI, Paolo. I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e riflessi italiani. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giuffrè, ano LVI, n. 3, p. 751-775, set. 2002.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 3v.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Depalma, 1943.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Do rito sumário na reforma do CPC**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Manual elementar de direito processual**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DOYLE, John. The judicial role in a new millennium. **Journal of Judicial Administration**, Australia LawBook, n. 10 (3), p. 133-148, 2001.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 8v.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 7. ed. Padova: Cedam, 1994.

_____. **La giurisdizione volontaria**: profilo sistemático. Padova: Cedam, 1953.

_____. Processo (teoria generale). *In: Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1966. 13v. n. 6.

FENECH, Miguel. **El proceso penal**. 3. ed. Madrid: Ageda, 1978.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do processo e do procedimento penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca Gajardoni. **Técnicas de aceleração do processo**. Franca: Lemos e Cruz, 2003.

_____. Breve introdução aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. *In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes da. Manual dos procedimentos especiais cíveis de legislação extravagante*. São Paulo: Método, 2006.

GORGA, Érica; SZTAJN, Rachel. Tradições do direito. *In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

GUILLÉN, Victor Fairén. **El juicio ordinario y los plenarios rápidos**. Barcelona: Bosch, 1953.

HEERDT, Paulo. Sumarização do processo e do procedimento. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 48, p. 80-109, mar. 1991.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 1v.

MALACHINI, Édson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, v. 89, n. 324, p. 49-54, out./dez. 1993.

MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. Campinas: Millenium, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OVALLE FAVELA, José. **Teoria general del proceso**. México: Harla, 1991.

PALLARES, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. 11. ed. México: Porrúa, 1978.

- PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 3v.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Barueri: Manole, 2003. 2v.
- PIMENTEL, Wellington Moreira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. 3v.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. 1v.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 3v.
- SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas do direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 1v.
- SATTA, Salvatore. Dalla procedura al diritto processuale civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, ano 18, p. 28-36, mar. 1964.
- SHIMURA, Sérgio Seiji. **Arresto cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- SILVA, Paulo Eduardo Alves. **Condução planejada dos processos judiciais: a racionalidade do exercício jurisdicional entre o tempo e a forma do processo**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 1v.
- _____. Opção do credor entre a ação executiva e a ação ordinária de cobrança. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, São Paulo, n. 4, p. 80-92, jul. 2003.
- TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- TUCCI, Rogério Lauria. Processo e procedimentos penais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, n. 749, p. 485-501, mar. 1998.
- WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

1 O papel da jurisprudência é decisivo para mensuração do custo judicial porque passa a ocorrer posicionamento de investimentos frente ao que pode vir do Judiciário. A questão é relevante, pois as empresas devem prever os custos da manutenção do litígio em juízo e escolha do processo e procedimento de acordo com avaliação dos custos processuais. Conforme apontam Rachel Sztajn e Érica Gorga, “na prática, existe uma crescente convergência entre as tradições de direito consuetudinário e as de direito romano-germânico, a qual possibilita uma adaptação *funcional* dos institutos originários de uma tradição em outra. Essa tendência é guiada por uma necessidade de adaptação do aparato normativo perante a complexidade dos fenômenos sociais e busca proporcionar aumento de eficiência, através do ‘empréstimo’ dos mecanismos promotores de eficiência de outro sistema (com os custos dele decorrentes). Assim, por exemplo, a tradição de direito consuetudinário vem crescentemente passando por um processo de codificação e de criação de leis, ingressando numa *age of statutes*, enquanto os precedentes judiciais têm ganhado força vinculante nos ordenamentos de tradição de direito romano-germânico, tal como ocorreu com a aprovação da reforma do Judiciário brasileiro em 2004. Este trabalho argumenta que essas tendências podem ser explicadas como processos de adequação que tanto a tradição de direito consuetudinário como a de direito romano-germânico vêm realizando com o objetivo de promover a eficiência de cada sistema jurídico” (GORGA, Érica; SZTAJN, Rachel. Tradições do direito. *In*: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 149).

2 Os termos “processos” e “direito processual” são recentes na história da ciência jurídica. Na origem, o que hoje se designa por processo era o procedimento (*procedura*), o que contribuiu para alimentar a confusão terminológica. Sobre a evolução desses conceitos, SATTA, Salvatore. *Dalla procedura al diritto processuale civile*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, ano 18, p. 28-36, mar. 1964; CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 285; YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 136.

3 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Rio de

Janeiro: Forense, 1987, 1v., p. 33. Também acompanham tal definição: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, 1v., p. 287; COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Manual elementar de direito processual**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 43; SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas do direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 1v., p. 11-13.

4 PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, 3v., p. 9.

5 PALLARES, Eduardo. **Diccionario de derecho procesal civil**. 11. ed. México: Porrúa, 1978, p. 635.

6 Nesse sentido, FENECH, Miguel. **El proceso penal**. 3. ed. Madrid: Ageda, 1978, p. 185; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 131.

7 Em sentido parcialmente semelhante: BERMUDES, Sérgio. Procedimentos em matéria processual. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 5, p. 161-167, fev. 1991, p. 164; MALACHINI, Édson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, v. 89, n. 324, p. 49-54, out./dez. 1993, p. 53-54; SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 3v., p. 2.

8 Conforme FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, 8v., p. 2; MALACHINI, Édson Ribas. A Constituição Federal e a legislação concorrente dos Estados e do Distrito Federal em matéria de procedimentos. **Revista Forense**, v. 89, n. 324, p. 49-54, out./dez. 1993, p. 50. De acordo com Antonio Scarance Fernandes, o procedimento é visto como elemento essencial do processo, “seja quando se afirma que o processo é o procedimento realizado em contraditório, seja quando se entende que é entidade complexa formada por um conjunto de atos e situações, seja quando é definido como procedimento animado pela relação jurídica processual” (FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do processo e do procedimento penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 13).

9 Mas há procedimento sem processo? José Frederico Marques responde positivamente a essa indagação, indicando os feitos de jurisdição voluntária como exemplo (MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. Campinas: Millenium, 2000, p. 207). Também, nesse sentido, trilha Fazzalari, ao indicar que quando o procedimento contempla atos normais de desenvolvimento do processo sem que haja contraditório ele é mero procedimento, que para ser

processo não prescinde daquele elemento (FAZZALARI, Elio. **La giurisdizione volontaria**: perfilo sistemático, p. 71-73). Mas Hélio Tornaghi, bem acompanhado por Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 127) e Ernane Fidélis dos Santos (SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 3v., p. 371), nega terminantemente tal possibilidade. Utilizando-se de metáfora que originariamente é de Carnelutti (CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, p. 472) afirma que, se o processo fosse uma escada, o procedimento seria os seus degraus (algumas escadas com eles mais curtos, outras com eles mais espaçados). Separado da escada o degrau, perde a escada por completo o seu caráter específico. Por isso, o procedimento destacado do processo pode ser qualquer outra coisa, menos procedimento (**Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 2, p. 17-18).

10 Nesse sentido, está correto Rogério Lauria Tucci ao aduzir que o processo sempre se formaliza em ao menos um procedimento, a que corresponde à sua esquematização formal, razão pela qual pode ser ele conceituado como “um conjunto de atos, realizados, sucessiva e coordenadamente, pelo agente do Poder Judiciário – juiz ou tribunal que o dirige – seus auxiliares, e demais pessoas dele integrantes e participantes, a propósito da definição de uma relação jurídica material tornada litigiosa (processo extrapenal, marcadamente o civil), ou do solucionamento de um conflito de interesses de alta relevância social (processo penal); e, outrossim, quando necessário, de sua realização prática (execução), bem como de sua assecuração (cautela)” (TUCCI, Rogério Lauria. **Processo e procedimentos penais**. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, n. 749, p. 485-501, mar. 1998, p. 487).

11 WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 122.

12 Essa foi a proposta apresentada por José Ovalle Favela ao aduzir, ainda que em nomenclatura há bom tempo considerada obsoleta para designar a disciplina do processo, que “as normas que regulam o processo jurisdicional e os órgãos encarregados de levá-lo a cabo (normas que constituem o direito processual em seu sentido objetivo) formam só uma parte do que se chama direito instrumental. Este inclui, ademais do direito processual, as regras que disciplinam os procedimentos legislativos e administrativos. Para distinguir estes últimos podemos agrupá-los sob a expressão ‘direito procedimental’, tal como propõe Fix-Zamudio. As normas de Direito instrumental ou formal podem ser classificadas: 1) Direito processual; 2) Direito procedimental” (OVALLE

FAVELA, José. **Teoria general del proceso**. México: Harla, 1991, p. 40).

13 Conforme PICARDI, Nicola. **La suessione processuale**, p. 23 e 58-65; e FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 7. ed. Padova: Cedam, 1994, p. 78-85; _____ **Proceso (teoria generale)**. In: **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: UTET, 1966, v. 13, n. 6. Não acreditamos, entretanto, como fazem os citados autores, que possa ser destacada a noção de relação jurídica processual do conceito de processo (que para eles já integra o procedimento), até porque o contraditório apontado como integrante do conceito pelos mestres italianos (processo é procedimento em contraditório) é um dos condicionamentos constitucionais da relação jurídica processual. Defendem a mesma posição: WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 122; e CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 290-293.

14 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 112. Para Dinamarco, essa nova ótica sobre o procedimento fez, efetivamente, com que seu estudo fosse reabilitado pela doutrina moderna (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 126).

15 Correto Amaral dos Santos ao apontar que “o processo não se move do mesmo modo e com as mesmas formas em todos os casos; e ainda no curso do mesmo processo pode, nas suas diversas fases, mudar o modo de mover ou a forma em que é movido o ato” (SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas do direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 1v., p. 11-13), e Sérgio Shimura, para quem o procedimento, como aspecto externo do processo, varia conforme também varia o pedido formulado pelo autor, a defesa ofertada pelo réu, o tipo de prova utilizado, a espécie de decisão proferida etc. (SHIMURA, Sérgio Seiji. **Arresto cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 17).

16 Esta metáfora, um pouco menos elaborada, foi originariamente atribuída por Paulo Heerdt a Ovídio A. Baptista da Silva (HEERDT, Paulo. **Sumarização do processo e do procedimento**. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 48, p. 80-109, mar. 1991, p. 81).

17 No Estado de São Paulo, as custas iniciais, como regra, ficam em torno de 1% para ajuizamento e de 2% para preparo recursal, com o teto mínimo de 5 e máximo de 3 mil UFESPs.

18 De acordo com citada lei paulista, só há isenção (art. 6^ª), e não incidência (art. 7^ª), da taxa judiciária nas ações que tenham por parte a União, o Estado, o

Município, autarquia, fundações, Ministério Público, ações infancionais, acidentes do trabalho e ações de alimentos com valor de prestação mensal não superior a dois salários mínimos. Tal isenção, todavia, não compreende a publicação de editais, as despesas com porte de remessa e retorno, despesas postais com intimação e citação, comissão de leiloeiros, expedição de certidões e afins, remuneração de perito, indenização de viagem e diária de testemunha, e diligências de oficiais de justiça (art. 1º, parágrafo único, da Lei Estadual n. 11.608, de 2003). Os isentos, como regra, reembolsam as eventuais custas pendidas pelos adversários em caso de sucumbência.

19 De acordo com a Lei n. 9.289, de 1995, incidem custas no percentual de 1% sobre o valor da causa, com teto mínimo de 10 UFIRs e máximo de 1.800 UFIRs, sendo que nas cautelares e nos procedimentos de jurisdição voluntária as custas serão recolhidas pela metade dos valores supraindicados, de modo que na Justiça Federal feitos dessa natureza são mais econômicos do que na Justiça Estadual Paulista, onde não há tal distinção.

20 Aqui também estão isentos do pagamento de custas a União, o Estado, o Município, autarquia, fundações, Ministério Público, autores nas ações populares, nas ações civis públicas e nas ações coletivas tratadas no Código de Defesa do Consumidor (salvo em caso de litigância de má-fé).

21 STJ, Embargos de Divergência no REsp 388.045/RS, Corte Especial, 22-9-2003.

22 STJ, REsp 651.632/BA, Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, 28-3-2007.

23 Em outra oportunidade constatamos, através de pesquisa de campo, que no Estado de São Paulo apenas 18,8% dos mandados monitorios não são embargados, o que revela a ineficácia do procedimento monitorio, que pressupõe o pagamento espontâneo ou a não oposição de defesa como fatores de aceleração de rito (GAJARDONI, Fernando da Fonseca Gajardoni. **Técnicas de aceleração do processo**. Franca: Lemos e Cruz, 2003, p. 167).

24 Algo que nos parece bastante ocorrente em grandes empresas de oferta pública de bens, crédito ou serviços, é que quando lidam com consumidores de classes variadas, acabam não tendo prévio conhecimento sobre a situação patrimonial dos seus clientes antes do fornecimento do produto. Com a prévia análise patrimonial, antes do ajuizamento de execuções por títulos extrajudiciais, minora-se o custo global da cobrança dos inadimplentes, descartando o ajuizamento de partes das execuções que certamente serão frustradas.

25 Aqui vale o destaque de que tal equação ainda deve ser revista à luz da Lei n. 11.232, de 2005, que impõe ao devedor que não cumpre o comando constante da sentença, no prazo de quinze dias, multa no valor de 10% sobre o valor total devido (condenação e sucumbência). Certamente, a propositura de impugnação

ao cumprimento de sentença (art. 475-L do CPC) deve ser analisada sob a ótica da possibilidade de êxito, eis que, em caso de derrota, a condenação pode ser bastante onerosa (multa do 475-J do CPC e honorários do incidente). Embora seja altamente criticável esta afirmação, eis que parte apenas da práxis forense, não sendo amparada, pois, em elemento estatístico confiável, tenho percebido forte tendência ao cumprimento das obrigações de pagar constantes de sentenças após o advento da Lei n. 11.232, de 2005, bem como a diminuição do número de impugnações ao cumprimento de sentença (art. 475-L do CPC). Ao que tudo indica, a multa do art. 475-J do Código de Processo Civil vem desempenhando bem o papel coercitivo que lhe foi atribuído.

26 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 35-36.

27 Por exemplo, no ano de 2008, as Justiças Estaduais de Rio de Janeiro e Minas Gerais julgaram recursos contra as decisões de primeiro grau em torno de 6 meses a 1 ano, contra os 5 a 6 anos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

28 Chegam-me notícias, embora mais uma vez só fundadas na observação da realidade prática, que muitas empresas já fogem, através de eleição de foro, dos grandes centros urbanos, certos de que o excesso de demandas nestes juízos estão a travancar uma pronta prestação jurisdicional. Rio de Janeiro e Minas Gerais, cujos Judiciários estaduais, hoje, tem excelente resposta no âmbito temporal (conforme já noticiado), têm sido escolhidos por muitos contratantes como o foro ideal para o deslinde de suas controvérsias.

29 Também me chegam alarmantes notícias de que muitos jurisdicionados, agindo de forma criminoso, utilizam-se da regra de foro do art. 4º, III, da Lei n. 9.099, de 1995, para obter vantagem ilegal em detrimento de grandes empresas sediadas em locais distantes. Ajuízam ações de reparação de danos por fatos inexistentes e, contando com a ausência do demandado na audiência de conciliação – até porque o custo do deslocamento é muitas vezes superior ao próprio pedido – acabam obtendo êxito na demanda por força da revelia (art. 20 da Lei n. 9.099, de 1995).

30 Nesse sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto. Opção do credor entre a ação executiva e a ação ordinária de cobrança. **Revista Dialética de Direito Processual Civil**, São Paulo, n. 4, p. 80-92, jul. 2003, p. 89-92; e PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, 3v., p. 265.

31 PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, 3v., p. 31.

32 Isso porque que os procedimentos do processo cautelar e de execução são todos muito atrelados ao direito material objeto da controvérsia e, especialmente, criados para certas situações da vida (cautelares nominadas, execução de alimentos etc.), não havendo, portanto, quase nenhum espaço para escolhas procedimentais.

33 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve introdução aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes da. **Manual dos procedimentos especiais cíveis de legislação extravagante**. São Paulo: Método, 2006, p. 21; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Barueri: Manole, 2003. 2v., p. 181. Na verdade, pode se cogitar que as formas procedimentais são, em princípio, todas típicas. Não se pode deixar de ressaltar, entretanto, que apesar da tipicidade das formas há procedimentos processuais fungíveis, isto é, aqueles que podem ser substituídos regularmente pelo rito ordinário (nos termos do art. 292, § 2º, do Código de Processo Civil), e os procedimentos processuais infungíveis, mais precisamente aqueles não se pode substituir (como o inventário).

34 Esse é o Enunciado n. 01 do Fórum Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil (XX FONAJE, São Paulo, nov. 2006): o exercício do direito de ação nos Juizados Especiais Cíveis é facultativo para o autor. É também a posição do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema (REsp 146.189/RJ, Ministro Relator Barros Monteiro, DJ 29-6-98).

35 O Superior Tribunal de Justiça, diante da natureza cognitiva da monitoria e em vista de sua finalidade de agilizar a prestação jurisdicional, concluiu que é cabível o procedimento monitorio sempre que o credor possuir documento que comprove o débito, mas que não tenha força de título executivo, ainda que lhe seja possível o ajuizamento da ação pelo rito ordinário ou sumário, cujo cabimento não foi afastado pelo advento do novel procedimento (REsp 208.870/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 28-6-99).

36 PASSOS, J. J. Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 3v., p. 263-264; YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 182. Para ampla análise da controvérsia sobre a obrigatoriedade do rito sumário, ver CARNEIRO, Athon Gusmão. **Do rito sumário na reforma do CPC**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 15-16; e ASSIS, Araken de. **Procedimento sumário**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 37-39.

37 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 1v., p. 366. No mesmo sentido, o Tribunal de

Justiça do Estado de São Paulo tem entendimento consolidado de que não se fala “em nulidade processual ou inadequação de rito, quando embora previsto o rito sumário para o procedimento, o autor opta por requerer a adoção do rito ordinário, mais amplo por natureza, cujo prejuízo de demora de trâmite somente a ele poderia interessar, posto que não acarreta limitação ou o cerceamento de defesa, máxime inexistindo qualquer prejuízo ao demandado” (Agravo de Instrumento 896.543-0/6, Americana, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Amorim Cantuária, 28-6-2005, v.u.).

38 Rui Portanova, após ressaltar que o princípio da preferibilidade pelo rito ordinário possibilita, na maioria das vezes, sua utilização em substituição aos demais ritos. Aponta que o interesse público, que é protegido pela forma, e não o direito material como lançamos no texto, é o fator determinante das situações em que isto não seja possível. Não encontramos diferença, até por crer que o interesse público protegido pela forma é a adequada tutela do direito material. De qualquer forma, bem vai o autor gaúcho quando anota ser “o caso concreto que dirá quando o interesse público inviabilizará a troca procedimental, razão pela qual não sendo ele atingido, plenamente possível a opção” (PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 179 e 181).

39 REsp 198.280/RJ, Rel. Ministro Barros Monteiro, *DJ* 30-10-2000; REsp 262.669/CE, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 16-10-2000; REsp 118.365/RS, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 8-9-97; REsp 62.318/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJ* 6-11-95; e REsp 63.152/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, *DJ* 11-9-95. Também devem ser destacados antigos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não há nulidade pela conversão ou adoção do procedimento ordinário em causa que deveria ter curso pelo rito sumário: REsp 13.573/SP, n. 11.200/SP, n. 5.604/MG, n. 5.100, n. 3166 e n. 19789/RS.

40 STJ, REsp 737.260/MG, Rel. Ministra Fátima Nancy Andrihgi, 21-7-2005.

41 Inclusive, o citado art. 295, V, do Código de Processo Civil dá a entender que os procedimentos previstos no sistema são mesmo elegíveis pelo autor. Não fosse assim, o dispositivo não falaria em indeferimento da petição inicial quando o tipo de procedimento *escolhido* não correspondesse à natureza da causa. Usaria outro verbo e permitiria, expressamente, que o juiz oficiosamente efetuassem a adequação, sem necessidade de ordenação de emenda.

42 Para nós haveria, ainda, uma 5ª regra em fase de prematuros amadurecimentos doutrinário e jurisprudencial: o procedimento especial, ainda que não seja abstratamente previsto para determinado caso, pode ser utilizado se a sua formatação for mais adequada para a tutela do direito material (como já vem ocorrendo para os casos de reconhecimento e dissolução de sociedade de

fato em que se usa o procedimento da separação judicial previsto da Lei n. 6.515, de 1977).

43 Pese a referência legislativa expressa de que o processo será extinto sem julgamento do mérito quando inadmissível o procedimento sumaríssimo (art. 51, II, da Lei n. 9.099, de 1995), estamos entre aqueles que acreditam na possibilidade de os autos serem remetidos à Justiça comum, desde que a parte esteja assistida por advogado ou se disponha a constituí-lo de imediato.

44 Portanto, a suposição de que a adoção do rito mais abreviado causa prejuízo à defesa não acarreta a automática anulação do processado, devendo haver efetiva comprovação do prejuízo sofrido pela adoção do rito inadequado (*RT 745/372*), especialmente porque a simples variação ritual não impõe imediata restrição no âmbito da cognição (YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 181).

45 Por esta razão, conforme aponta Bedaque, “não é convincente a tese da relação necessária entre procedimento e interesse público, o que determinaria a observância rigorosa do rito, sob pena de nulidade do processo” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização**, p. 63).

7 PARTES E INTERVENÇÃO DE TERCEIROS¹

Fernão Borba Franco

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito – GVlaw; mestre e doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP; juiz de Direito da Fazenda Pública no Estado de São Paulo.

7.1 Partes e terceiros²

A estratégia para o ajuizamento de alguma demanda começa muito antes da redação da petição inicial e de seu protocolo. O advogado precisa tomar conhecimento da relação de direito material de forma bastante profunda e identificar todas as pessoas com ela envolvidas, direta ou indiretamente. Baseado nesses dados e dominando todos os aspectos jurídicos daquela determinada relação material, o advogado começa por decidir em face de quem será ajuizada a demanda e a se preparar para possíveis pedidos de intervenção de terceiros nesse processo.

Parte, em sentido puramente processual, é todo aquele que participa da relação jurídica em contraditório perante o juiz (LIEBMAN, 1984, p. 89-90); conceito mais restrito é o de Chiovenda (1965, p. 233-237), para quem parte é aquele que formula algum pedido em juízo ou em face de quem tal pedido é formulado. A diferença é útil para distinguir *assistência* de outras formas de intervenção e para determinar a relação do terceiro, enquanto tal, com o resultado do processo e com as outras partes. Esses conceitos não têm relação com o conceito de parte *material* ou de *justa parte*, que são referentes à relação de direito material. Aliás, interessante notar que o conceito de parte também não tem relação com o conceito de *parte legítima*; as condições da ação são na verdade técnicas de cognição sumária, que possibilitam extinção célere do processo no caso de ele ser inútil. De qualquer forma, tanto o conceito de *parte legítima* como o de *justa parte* são baseados no direito material, e não no processo.

É importante notar que depois de seu ingresso o terceiro se torna parte,

ao menos na maioria dos casos, com direitos e deveres mais ou menos distintos, dependendo de cada forma de intervenção permitida.

Um princípio aceito pela doutrina, decorrente da própria formação histórica do processo, é o de que ele é unitário em princípio, sendo a pluralidade a exceção; daí, as formas de intervenção são estritas, só sendo possíveis nas hipóteses previstas.

O terceiro pode ser *juridicamente indiferente*, *juridicamente interessado* ou *absolutamente indiferente* ao processo. No primeiro caso, ele é o titular de uma relação compatível na prática com a decisão entre as partes, mas que dela pode receber prejuízo de fato (em que não há modificação, extinção ou criação de relação jurídica de direito material por ele titulada). No segundo, se diz juridicamente interessado na medida em que ele é sujeito de uma relação processual incompatível com a decisão.

A participação do terceiro interessado se dá das seguintes formas: ou ele auxilia a parte (*assistência*), ou oporá sua pretensão à das partes (*oposição*). Existe também a possibilidade de a parte, por conveniência, pedir a integração de um terceiro à relação processual. Essas modalidades de intervenção provocada são a *denúnciação da lide*, o *chamamento ao processo* e a *nomeação à autoria*.

Indispensável anotar que essa estratégia inicial é reduzida apenas quando o advogado defende os interesses do réu. Nesse caso, ele não tem a opção de demandar em face de quem lhe convier (nos limites do possível, evidentemente), mas tem a obrigação de saber se pode, ou deve, ser demandado só ou em litisconsórcio; deve saber se o autor pode demandar individualmente ou deve ter, necessariamente, a companhia de um coautor (litisconsórcio necessário), e tem que saber quais as opções possíveis para fazer com que terceiros venham a intervir no processo. Isso tudo, de acordo com a relação de direito material, permite algumas opções ao advogado, que devem ser pensadas antecipadamente.

7.2 Litisconsórcio³

O litisconsórcio não trata da intervenção de terceiros, mas da multiplicidade de partes num mesmo polo do processo. A estratégia a seu respeito não se limita apenas a determinar quem *deve* participar do processo mas também quem dele *pode* participar, desde o início. Todas essas possibilidades são decorrentes dos aspectos da relação de direito material e de como são trazidas, ou é conveniente que sejam trazidas, ao processo.

Seu conceito, como já adiantado, é o de pluralidade de partes em um dos

polos do processo. A classificação, dependendo da posição das partes, é feita entre litisconsórcio *ativo*, *passivo* ou *misto*, na medida em que há multiplicidade de autores, réus, ou ambos.

Se o critério diferenciador é o momento de formação, fala-se em litisconsórcio *originário* ou *ulterior*, ou seja, o processo pode ser iniciado com o litisconsórcio ou pode ser formado já com o processo em andamento.

Dependendo da obrigatoriedade do litisconsórcio, ele é classificado em *necessário* ou *facultativo*, categorias que são autoexplicativas. A relação entre a existência do litisconsórcio e o conteúdo da sentença o distingue entre *simples*, em que a decisão pode ser diferente para cada um dos litisconsortes, ou *unitário*, fenômeno que faz com que a sentença que julga a situação dos litisconsortes dê o mesmo resultado para todos eles. Essas classificações são importantes, porque úteis para distinguir o litisconsórcio necessário do unitário, normalmente tratados de forma conjunta, mas que são independentes, refletindo critérios de classificação bem diversos.

Com a advertência de que se deve contrapor litisconsórcio facultativo a necessário e litisconsórcio simples a unitário, examinemos essas classificações a seguir.

Litisconsórcio voluntário (facultativo): art. 46 do Código de Processo Civil (CPC). Abrange os casos de comunhão de direitos ou obrigações, como os casos de pluralidade de titulares do direito (solidariedade e situação excepcional); de coincidência dos fundamentos de fato e de direito, ou seja, identidade de pontos da causa de pedir (próxima ou remota); quando exista conexão de causas e, finalmente, é possível quando exista a coincidência de *um ponto de fato ou de direito em comum* (inciso IV), previsão que, na verdade, engloba todos os demais permissivos. Em qualquer dos casos, haverá prova única e solução também única, mas a questão do conteúdo da decisão, em relação a cada um dos litisconsortes, nem sequer é considerada nessa classificação.

Havendo litisconsórcio voluntário, é preciso considerar o problema da competência: se houver competência de vários foros, a demanda pode ser proposta em qualquer um deles, nas hipóteses dos incisos I a III (art. 106, CPC, conexão), mas no caso do inciso IV só pode haver o litisconsórcio se as causas tiverem a mesma competência territorial.

Litisconsórcio necessário: art. 47 do CPC. Nesse caso, há presença obrigatória de mais de uma pessoa em algum dos polos do processo; não há legitimidade de apenas um para demandar individualmente (caso de marido e mulher, v.g.). Hipóteses de disposição legal expressa ou incidibilidade da relação material (casamento, contrato, assembleia).

Nesse caso, não há, como no anterior, opção da parte a respeito do

litisconsórcio; ele é indispensável, sob pena de ineficácia da sentença ou, quando menos, de extinção do processo sem conhecimento do mérito. Reitere-se que, como no caso anterior, o conteúdo da decisão em relação a cada um dos litisconsortes não é sequer considerada.

Litisconsórcio simples: o juiz pode decidir o mérito da causa de maneira diferente para cada um dos litisconsortes; nesse caso, cada um deles possui uma relação jurídica particular, que pode ter diversas soluções, dependendo de cada caso. Por exemplo, diversas pessoas pedem indenização contra o Estado por morte de diversos detentos em uma mesma cela de prisão, no mesmo momento: para um deles, o juiz pode decidir que não há dano moral a indenizar, porque não há relação próxima entre o autor e o detento falecido; em outro, a indenização pode ser de R\$ 10.000,00, mas, para outro, essa indenização será de R\$ 100.000,00, dependendo da situação econômica de cada um deles, tida como critério importante pelo juiz, e assim por diante. Não interessa, na verdade, quantos litisconsortes existem, no polo ativo ou passivo, mas apenas o conteúdo da decisão, para cada um deles.

Litisconsórcio unitário: necessidade de decisão do mérito de maneira igual para todos os litisconsortes, porque a decisão trata de uma única relação de direito material. Normalmente, todos os titulares dessa relação de direito material devem estar presentes no processo, mas, em alguns casos, de devedores solidários ou condôminos, a lei permite que apenas um dos titulares seja demandado; ainda assim, a decisão deve ser igual para todos. Esse tipo de litisconsórcio sempre decorre da incidibilidade da relação de direito material. Novamente, o ponto crucial da distinção é o conteúdo da decisão, não quantas pessoas ela atinge ou pode atingir.

O Código de Processo Civil, no art. 47, define o litisconsórcio unitário como necessário, o que é equivocado. A leitura desse dispositivo deve ser partida: há litisconsórcio necessário quando a eficácia da sentença depender da citação de todos os litisconsortes, e unitário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes.

Geralmente o litisconsórcio unitário é necessário; todavia, pode ocorrer de o litisconsórcio ser unitário sem ser necessário. Exemplo: demanda ajuizada por dois acionistas para anular deliberação em assembleia geral, por fundamentos diferentes. Anulou para um, anulou para todos, mas poderiam mover demandas diversas.

O litisconsórcio pode ser necessário sem ser unitário, embora isso seja a regra. Exemplo: em ação de usucapião, são litisconsortes passivos necessários o proprietário da gleba objeto da demanda e os confinantes, mas não há unitariedade (o juiz pode reduzir a área objeto do usucapião, contestada por um

confinante).

Intervenção iussu iudicis (por ordem do juiz): integração dos litisconsortes necessários, haja ou não unitariedade. O litisconsorte passivo deve ser integrado, sob pena de extinção. E quanto ao litisconsorte ativo? É possível constranger alguém a demandar? Pode alguém ser impedido de demandar? Parece que deve prevalecer a garantia do direito de ação, e esse exercício, por um dos que devem ser litisconsortes ativos necessários, impõe o mesmo exercício pelos demais. E a disponibilidade do direito? Isso é de direito material. No conflito entre a garantia da participação de todos e a garantia do direito de ação, prevalece o segundo, mesmo porque, no polo ativo, tal hipótese é rara.

Atividade dos litisconsortes: art. 48 do CPC. A atividade de um dos litisconsortes não contamina a do outro, mas isso ocorre apenas no plano jurídico, porém é evidente que há influência de fato. Tome-se como exemplo a confissão de um litisconsorte, que não impede o recurso, por outro litisconsorte, a respeito da conclusão do juiz sobre a existência do fato confessado pelo outro; de outro ângulo, evidente que a confissão, prova de peso, será considerada no conjunto das provas, atingindo desse modo indireto a todos os litisconsortes. Exceção ocorre no caso de recurso (art. 509 do CPC), e demais casos de *litisconsórcio unitário*.

A estratégia a respeito do litisconsórcio, portanto, abrange tanto a possibilidade de incluir mais de uma pessoa em qualquer dos polos do processo como também o conhecimento de quando isso é indispensável. Reitere-se a proximidade do tema com o direito material e o pedido que será formulado, do que depende, também, a possibilidade de litisconsórcio.

7.3 Assistência⁴

É uma forma de intervenção de terceiro, apesar de o legislador tratar (erroneamente) de assistência junto com o litisconsórcio, no Código de Processo Civil. É importante conhecer não apenas as condições em que pode ser utilizada mas também sua finalidade e consequências; dependendo do estágio em que se encontra o processo, pode ser interessante deixar de assistir a alguma das partes, como pode ser essencial prestar esse auxílio. Finalmente, conhecer os limites da atuação nas modalidades de assistência é importante, tanto para limitar a prática de atos pelo assistente contrário aos interesses que se defende como para permitir ampla e eficaz atuação na hipótese contrária.

A assistência traduz a possibilidade de intervenção justificada pelo interesse *jurídico* favorável de um terceiro no resultado da causa. A intenção,

aqui, é evitar *prejudicialidade*, ou seja, afetação, ainda que indireta, da esfera jurídica do terceiro. Esse nexo entre as relações das partes e do terceiro pode ser mais ou menos intenso, daí decorrendo a diferença entre assistência *simples* e *litisconsorcial*. Na primeira delas há nexo entre a relação jurídica do assistente e do assistido, mas não há relação jurídica entre o assistente e o adversário do assistido; já na segunda há relação jurídica entre o assistente e o adversário do assistido (é quase um litisconsórcio necessário).

Como a diferenciação é eminentemente prática, o mais fácil é explicá-la por diversos exemplos:

- (i) *locador vs. locatário*. Sublocatário pode ser assistente do locatário, mas não tem relação direta com o locador: assistente simples;
- (ii) *A é credor de B, C e D*, devedores não solidários da quantia de R\$ 300.000,00. *A* move ação de cobrança em face de *B*. *C* pode ser assistente desse último, porque pode haver prejudicialidade entre as demandas, mas se *A* modificasse um pouco seu pedido, dirigindo-o em face de *C*, esse seria litisconsorte. Assistente litisconsorcial;
- (iii) mesma situação anterior, mas devedores solidários: será litisconsórcio, com possível formação ulterior (o devedor réu poderia chamar os demais);
- (iv) vítima de acidente pede indenização ao condutor do veículo. O proprietário pode ser assistente do condutor (*culpa in eligendo*), e litisconsorcial, pois, se o autor mudasse seu pedido, incluindo-o no polo passivo, ele seria parte.

Os *poderes do assistente* variam se o litisconsórcio é simples ou litisconsorcial (esse pode até mesmo litigar contra os interesses do assistido). O assistente simples pode apenas, de modo geral, praticar atos conforme a defesa do assistido, simplesmente prestar auxílio a este, para que se beneficie do resultado final. O assistente litisconsorcial tem atuação bem mais ampla, podendo praticar os atos que um litisconsorte unitário praticaria, inclusive de disposição do direito.

Justiça da decisão equivale, na lei, a fundamentos da sentença, cuja imutabilidade não ocorre nem com as partes. Com essa expressão, quis a lei possibilitar o ingresso do assistente no processo. Significa, em última análise, uma ressalva da lei à imutabilidade dos efeitos da sentença – só do seu dispositivo, como é corrente –, se o assistente não pôde influir efetivamente no resultado do

processo. Assim, se o assistente participou efetivamente do processo, não poderá discutir o julgado, mas, se demonstrar que não pôde fazê-lo (porque ingressou tardiamente não podendo nele influir, ou porque o assistido não permitiu, de algum modo, essa efetiva participação), não se submete à decisão. Apesar dessa possibilidade contida na lei, registre-se que, dependendo do estágio do processo, a intervenção não valerá a pena, ainda que não haja a submissão; afinal, sempre se pode discutir a respeito da efetividade dessa intervenção.

Assistente simples é auxiliar do assistido, e só pode praticar os atos também praticados pelo assistido. Não pode praticar atos de disposição, nem se opor a tais atos pelo assistido, porque não é titular da relação em disputa.

O assistente litisconsorcial é a pessoa que por impedimento jurídico, processual ou material não poderia ocupar desde o início o polo do processo. Essa figura muito se aproxima da situação do litisconsorte (p. ex.: herdeiros em relação ao espólio demandado só podem ser partes quando encerrada a partilha, antes só podem ser assistentes). Seus poderes são os mesmos dos litisconsortes, mas intervenção de assistente é diferente do litisconsórcio ulterior (casos de litisconsórcio necessário ou unitário, apenas).

Há tranquila vedação da *intervenção litisconsorcial*, ou seja, ingresso de mais autores no processo depois de iniciado, porque viola o princípio do juiz natural, sendo forma de escolha do juiz.

A forma de intervenção é estabelecida no art. 51 do Código de Processo Civil: há pedido do interessado e manifestação das partes, seguidas de decisão do juiz.

7.4 Oposição⁵

Trata-se, na verdade, de exercício do direito de ação, que poderia ser autônomo (em termos: conexão), mas é previsto como intervenção voluntária principal, por economia e para evitar decisões contraditórias. Oponente pretende para si o bem objeto da demanda entre os opostos.

A oposição somente é possível até o momento da sentença (a partir daí, possível, claro, demanda autônoma, a exemplo do que acontece com a conexão, mesmo porque, sentenciado o primeiro processo, desaparece a utilidade do instituto). Entretanto, se proposta depois da audiência ou da produção da prova, os processos não tramitarão em conjunto, embora o juiz possa suspender o principal por até 90 dias.

Os opostos são citados, devendo apresentar resposta em 15 dias (prazo comum, sem dobrar). Também são litisconsortes em face do assistente,

aplicando-se o respectivo regime.

Os processos tramitarão conjuntamente, mas o juiz deve julgar primeiro a oposição, por conta da relação de prejudicialidade, de forma que, se extinto o principal, prossegue a oposição.

Aqui, duas coisas são importantes, estrategicamente: (i) ajuizar ou não a oposição, existindo a opção de posteriormente demandar apenas em face do vencedor, e (ii) compreender como é a atuação dos opositos em relação ao oponente; note-se que, acolhida a oposição, haverá sucumbência de ambos os opositos; mas, se rejeitada, a oposição prosseguirá o processo principal.

7.5 Nomeação à autoria⁶

Visa corrigir o polo passivo da demanda, dirigida indevidamente em face de pessoa que detém a coisa em nome alheio. São situações comuns às do administrador de imóvel ou do caseiro, que têm o dever de fazer a indicação do verdadeiro proprietário ou possuidor, sob pena de perdas e danos.

Efetuada a nomeação, no prazo de defesa, o juiz suspende o processo e manda ouvir o autor, em cinco dias. Se aceitar, o juiz manda citar o nomeado; o autor, se recusar a nomeação, fará o processo tramitar em face do réu.

Se o nomeado reconhecer a qualidade que lhe foi atribuída, o processo prosseguirá em face dele; se não aceitar, o processo continuará contra o nomeante (dupla aceitação); se a recusa do réu for injustificada, pode haver litigância de má-fé.

A aceitação, tanto do autor como do nomeado, pode ser tácita. Se o autor ou o nomeado recusarem, será aberto novo prazo de defesa para o nomeante (a hipótese é de interrupção do prazo para contestar).

Como regulado pelo Código de Processo Civil, o instituto tem o defeito de não resolver a questão da legitimação passiva, pois pode não ser aceita.

No caso de detenção, o art. 1.228 do Código Civil (CC) não dispensa a presença do proprietário ou possuidor, apenas permite que haja litisconsórcio passivo, impossibilitando alegação de que não foi parte. Não é o caso de substituição, que tem que ser expressa e é excepcional.

7.6 Chamamento ao processo⁷

O réu, pelo chamamento ao processo, pode trazer a ele litisconsortes

passivos facultativos nos casos de solidariedade (litisconsórcio unitário não necessário). Forma-se, aqui, litisconsórcio *ulterior*, submetendo todos os litisconsortes à coisa julgada. Existe corrente minoritária sustentando que se visa apenas garantir direito de regresso, porque não se obriga o autor a demandar e nem a executar.

O instituto processual em questão complementa o polo passivo da ação, apesar da opção contrária do autor. Podem ser cumuladas as hipóteses de chamamento dos incisos I e II do art. 77 do Código de Processo Civil.

Serve também para obter título executivo, daí o descabimento dessa forma de intervenção em execução, dado que o título já existe. Ou, no caso do fiador, pode ele usar o benefício de ordem (art. 595 do CPC), nomeando bens do devedor à penhora; além disso, se não puder usar esse benefício, o parágrafo único desse dispositivo permite a execução do afiançado nos mesmos autos, o que reforça a conclusão de ser essa intervenção desnecessária no processo executivo.

Com o manejo dessa modalidade de intervenção, pode ser chamado o devedor na hipótese de o fiador ser réu; também podem ser chamados os outros fiadores, quando apenas um for réu, e ainda todos os devedores solidários, quando o credor exigir o pagamento, total ou parcial, de um ou alguns deles.

De acordo com o novo Código Civil, a possibilidade de o réu chamar a seguradora para arcar com o pagamento do seguro, se for ele condenado em demanda movida por terceiro, não deve ser feita por denunciação da lide, como acontecia anteriormente, mas por chamamento ao processo. Essa mudança ocorre porque o art. 757 do CC atribui à seguradora a qualidade de garantidora, impondo que efetuará diretamente ao terceiro o pagamento de perdas e danos devidos a esse pelo segurado (art. 787), de maneira que deve ser considerada devedora, e não mais como simplesmente responsável derivada (direito de regresso).

Note-se, todavia, que tal previsão é expressa apenas no caso de seguro obrigatório (788, *caput*, CC), havendo ainda dúvida sobre tal mudança ser estendida a qualquer espécie de seguro.

No caso do art. 788, a seguradora pode promover a citação do segurado para a exceção de contrato não cumprido. Como? Manejando o chamamento, não denunciando, porque sua situação equivale à do fiador, e não de garante.

Pelo mesmo motivo, ou seja, por não haver direito de regresso, para que a seguradora possa intervir no processo movido pelo segurado, deve haver chamamento, não denunciação da lide.

Em ação de alimentos, o CC, no art. 1.698, estabelece que

se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamadas a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos e, intentada a ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Não é caso de denunciação, pois não há garantia nem regresso. Trata-se de chamamento, apesar de não ser propriamente uma obrigação solidária, mas uma comunhão de devedores decorrente de responsabilidade subsidiária (obrigação divisível).

O chamamento deve ser feito no prazo da contestação, e o processo fica suspenso para a citação. O réu pode chamar primeiro e contestar depois, no prazo que sobrar, mas depende de a suspensão ser deferida. Não pode, entretanto, contestar e depois chamar ao processo.

O chamado se torna litisconsorte do chamante, mas não é hipótese de litisconsórcio necessário, tanto que o chamante pode voltar-se contra os chamados depois, em outro processo. Trata-se, outrossim, de litisconsórcio simples, facultando-se a utilização de defesas pessoais de cada um dos litisconsortes.

Para a estratégia do caso, portanto, é indispensável saber que a opção inicial por trazer apenas um dos réus no processo, quando é o caso de litisconsórcio unitário facultativo, pode ser relativizada pelo chamamento. Finalmente, é importante notar que as modificações do direito material influenciam diretamente o processo, como se viu nos exemplos anteriores.

7.7 Denunciação da lide⁸

Denunciação à lide é expressão incorreta. Denunciar a lide a alguém é correta. O termo técnico correto é denunciação *da lide a* alguém; dá-se conhecimento do processo a um terceiro, para que se possa impor a ele alguma providência, dependendo do resultado desse processo.

Há, caso deferida, ampliação do processo, subjetiva e objetivamente, nos casos do art. 70, incisos I (quem compra o bem e está sujeito a perdê-lo, por motivo anterior à aquisição), II (possuidor direto e indireto) e III (indenização em regresso). Pretende-se liquidar na mesma sentença o direito do denunciante contra o denunciado (reparação do prejuízo, responsabilização e indenização).

A denúncia pode ser feita pelo autor ou pelo réu, na forma determinada pelo art. 71 do Código de Processo Civil.

O instituto levanta questionamentos controversos, tais como: é obrigatória, sob pena de perda do direito? Qual a extensão do inciso III?

É obrigatória a denúncia só no caso do inciso I; o art. 456 do Código de Processo Civil exige que “para exercer o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo”. Assim, se não feita a denúncia, perde-se, a rigor, o direito material.

A jurisprudência, entretanto, abranda o rigor da lei. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é no sentido de que será possível a indenização dos prejuízos, em demanda autônoma, com o risco adicional de perder essa demanda, se o alienante provar que havia, no processo anterior, razões para impedir a derrota do adquirente e que a alienação foi boa e regular. E, além disso, o entendimento do art. 73 mudou, sendo agora possível a denúncia *per saltum*, segundo uma parcela da doutrina, com base no art. 447 do Código Civil, que não tem a limitação do anterior e proibiria o prejudicado de buscar a reparação com os anteriores alienantes, impondo que só a buscase contra quem vendeu a ele o bem. Segundo outra parcela, isso não pode ser admitido, porque não há uma espécie de litisconsórcio facultativo, já que pode levar a que qualquer alienante possa responder por diversas indenizações, de diferentes adquirentes.

Nos dois demais incisos não haverá perda do direito, mas será possível discutir, no processo posterior, o mérito da demanda anterior, de que não foi parte o que seria denunciado.

Especificamente quanto ao inciso III, existem duas correntes, a restritiva e a ampliativa. Defensor da primeira é Vicente Greco Filho, que entende abusiva a denúncia se é incluído *fundamento novo* no processo, por ser contrária à economia e à celeridade da justiça. Acha que só quando o regresso é *automático* pode haver denúncia, mesmo porque o Código só permite discussão a respeito da qualidade de garante. A crítica que se faz a essa posição é a de que, em última análise, se entrevê direito processual do autor, pois a denúncia só seria prejudicial a ele, nesse caso. É melhor (economia e impossibilidade de decisões conflitantes) decidir tudo de uma só vez.

Ainda que se adote essa crítica como precedente, permanece o problema das denúncias sucessivas, que pode, efetivamente, atrasar e emperrar o andamento do processo. O limite deve ser buscado no que é razoável, de modo a não prejudicar gravemente nenhuma das partes, nem atrasar de modo excessivo a demanda, para não causar agravo ao autor, nem impedir o uso de instrumentos úteis, pelo réu e a bem do próprio sistema (de modo a decidir de

forma econômica, evitando contradições ainda que apenas lógicas). De qualquer forma, a possibilidade de isso ocorrer é excepcional.

O denunciado não é litisconsorte, mas assistente (art. 74 do CPC). Não tem relação com a outra parte, apenas com o denunciante, mas pode ser beneficiado pela decisão do primeiro processo.

Julgada procedente a primeira demanda, o juiz verifica se a segunda será procedente ou não. Caso a primeira seja rejeitada, fica prejudicada a denunciação. É incabível condenação direta, ou seja, do denunciado ao autor, embora a jurisprudência registre casos assim.

Muito importante, estrategicamente, é conhecer a hipótese de denunciação obrigatória e suas consequências. Também vale conhecer a possibilidade de resolver, com segurança maior, a questão a respeito do direito de regresso. Finalmente, importante determinar a relação entre denunciante e denunciado, em face da parte contrária, que é de assistência.

7.8 Amicus curiae⁹

A tradução literal – amigo da Corte – pode levar a enganos. Ele é amigo de quem? Juiz não pode ser amigo de parte, porque, se isso acontecer, tem que declarar sua suspeição. O *amicus curiae* é um colaborador da Justiça, é mais um fiscal da lei.

É cabível essa intervenção nos casos em que se torna necessária uma visão mais ampla da matéria; terceiros, como decorrência do princípio do contraditório, podem ser chamados ou voluntariamente intervir em processo para nele colaborar, aumentando a cognição.

Justifica-se a possibilidade por interesse institucional, que ultrapassa a esfera de um só indivíduo, sendo metaindividual; pode não ser de ninguém, embora compartilhado; trata-se de direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos. Interessa, também, para que o Supremo Tribunal Federal (STF) possa regulamentar os efeitos das decisões de controle direto de constitucionalidade, a bem da segurança jurídica.

Quem pode ser *amicus curiae*? Qualquer um que, tendo interesse institucional, possa colaborar com o contraditório. Vários dispositivos legais são usados para permitir a intervenção. Os mais relevantes são o art. 7º, § 2º, da Lei n. 9868/99, que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) e Ação Direta de Constitucionalidade (ADC); o art. 23 da Resolução n. 390 do Conselho da Justiça federal; e o art. 3º, § 2º, da Lei n. 11.417/2006 (revisão de súmulas).

A possibilidade de sua intervenção, entretanto, decorre do próprio

modelo constitucional do processo, que deve permitir a ampliação do contraditório a fim de possibilitar a efetiva defesa dos interesses por ele atingidos.

A participação ou não do *amicus curiae* em questões coletivas é importante do ponto de vista estratégico, ainda mais considerando, atualmente, decisões dos Tribunais Superiores, em casos entre particulares, com efeitos coletivos (repercussão geral, casos repetitivos).

7.9 Questões práticas – intervenção de terceiros

Este tópico finaliza o presente ensaio e se dedica a apresentar duas questões práticas com a finalidade de ilustrar o tema da intervenção de terceiros. As soluções dessas questões serão apresentadas logo após a colocação dos problemas. A proposta, aqui, é refletir sobre os casos expostos, entendendo o porquê de algumas medidas, do uso de determinadas estratégias etc., raciocínio indispensável (e esperado) do aluno que se debrucha sobre essas questões.

7.9.1 Primeira questão

O Município de Presidente Inácio inicia licitação para a construção de túneis e estações de metrô. O edital permite a participação de empresas nacionais e estrangeiras, em Consórcio ou individualmente. Prevê que os túneis devem ser construídos segundo um método construtivo determinado e possibilita que o vencedor do certame subcontrate outras empresas, sob sua responsabilidade e fiscalização, para construção de partes do objeto da concorrência.

Sagrou-se vencedor o Consórcio AB, formado pela empresa nacional A e pela empresa portuguesa B. O Consórcio subcontrata a construção do túnel entre as estações Rivoli e São Miguel, elegendo para tanto a empresa C. Durante a execução das obras, a empresa C, com base em autorizações verbais, passa a emitir as faturas diretamente para a Municipalidade contratante, que as paga normalmente, até um determinado momento, a partir do qual nenhum outro pagamento é efetuado por ela, quer à empresa C, quer ao Consórcio.

Essa suspensão unilateral de pagamentos se deve à constatação de que o túnel construído pela empresa C apresentou defeito e ameaça ruir. O Consórcio AB, já tendo recebido a obra, a reforma integralmente, efetuando custoso reforço das estruturas. A obra é entregue ao Município de Presidente Inácio, que a recebe, depois de devidamente reformada. Toda a discussão a respeito da boa realização das obras é travada em torno da adequação do método construtivo eleito pela Administração; a empresa C sustenta ainda que apenas realizou as

obras, adequadamente, e os projetos lhe foram fornecidos pelo Consórcio; o Consórcio afirma que apresentou apenas o projeto básico, e que não foi ele adequadamente desenvolvido pela empresa C.

A empresa C quer receber os valores devidos pelos serviços que prestou; o Consórcio pretende receber da Municipalidade esses valores e se recusa, como também a Municipalidade, a efetuar os pagamentos à empresa C.

Considere-se advogado da empresa C, que pretende, é lógico, receber os pagamentos que julga devidos pela construção do túnel no trecho Rivoli-São Miguel.

a) Em face de quem a demanda será ajuizada? Justifique.

A solução para o problema começa, evidentemente, em determinar se deve haver litisconsórcio passivo, no caso em exame; trocando em miúdos, o advogado da empresa C deve avaliar se dirige a demanda em face do Consórcio AB, ou das empresas A e B (ou de apenas uma delas), ou, ainda, se estende esse possível litisconsórcio e demanda também em face da Municipalidade que encomendou os serviços.

Primeiro, deve considerar a possibilidade de demandar em face do Consórcio, o que passa por investigar se possui ele personalidade jurídica ou, formado apenas para participar do certame, devem ser demandadas as empresas que o compõe. Normalmente, o que ocorre é ser o Consórcio uma união temporária de empresas, apenas para participar da licitação, não possuindo, assim, personalidade jurídica, o que faz com que seja cabível a demanda em face das empresas que o formam.

Deve o advogado, em seguida, investigar se o fato de a Municipalidade efetuar pagamentos diretos a ela, durante a execução dos serviços e obras, a torna diretamente obrigada, sendo, conseqüentemente, possível o litisconsórcio entre as empresas do Consórcio e a Municipalidade. É, note-se, uma opção que torna necessário o estudo das relações de direito material, a fim de determinar a probabilidade de uma condenação direta da Municipalidade (ou, ao menos, a conveniência prática de trazê-la ao processo, de forma minimamente fundamentada para evitar alegações de má-fé, ainda que se conclua por ser improvável sua condenação).

b) Depois de ajuizada sua demanda, as empresas A e B, em litisconsórcio ativo, ajuizam demanda em face da Municipalidade de Presidente Inácio, pretendendo receber os pagamentos pela construção desse mesmo túnel. Qual a relação entre os dois

processos e quais as consequências disso? Será possível a intervenção da empresa C no processo entre as empresas A e B e a Municipalidade de Presidente Inácio? Haverá modificação da resposta, caso haja mudança na opção a?

A relação entre os dois processos é de conexão, ligados que se encontram pela coincidência, ao menos parcial, dos pedidos, e pela causa de pedir, também ao menos parcial, com fundamento no contrato entre a Municipalidade e o Consórcio, que teria autorizado a parcial terceirização das obras. Assim, dependendo da fase em que se encontram esses processos, necessário, para evitar decisões contraditórias e a bem da economia processual, a instrução e o julgamento conjuntos.

Note-se que essa reunião de processos, motivada pela conexão, não é obrigatória, e sim simplesmente conveniente, para evitar as decisões inconciliáveis na prática, mas não juridicamente incompatíveis. Em outras palavras, o julgamento de procedência da primeira demanda e de improcedência da segunda podem ser, ambos, executados sem qualquer incompatibilidade, a não ser lógica, e ainda assim eventualmente.

Há, entretanto, relação mais interessante que une os dois processos, e no caso só não foi possível o manejo de uma oposição porque, a rigor, a demanda que consistiria na oposição foi ajuizada em primeiro lugar. Como isso acontece? Ora, caso as empresas A e B ajuizassem demanda em face da Municipalidade, visando o pagamento das obras e serviços prestados, facultar-se-ia à empresa C a oposição, ainda que parcial, a esse pedido, dizendo que o pagamento pelos serviços que prestou é, na verdade, devido a ela, e devido ou pelas empresas que a contrataram ou diretamente pela Municipalidade. Pretende para si o objeto disputado entre as partes em terceiro processo; daí a possibilidade dessa forma de intervenção.

Note-se que, nessa hipótese, a oposição facultaria à oponente o ingresso nesse processo, para defesa de seus interesses; será que apenas a variação do tempo impediria essa participação? Em outras palavras, será correto impedir eventual assistência, ou qualquer outra forma de participação da empresa C, nesse processo entre as empresas A e B e a Municipalidade, simplesmente porque a primeira não aguardou o ajuizamento desse último processo, que lhe permitiria opor-se ao pedido formulado?

Essa solução não vem prevista na lei – que, como se sabe, não pode ter a pretensão napoleônica de tudo regular –, mas não parece adequado impedir a intervenção, possível se os fatos mudassem cronologicamente, sob o fundamento de que só se possibilita as intervenções de terceiro previstas na lei, sendo a regra a de processos singulares. Não haveria prejuízo a qualquer das partes com essa possibilidade, que, ao contrário, permitiria decisão coerente com ambas as demandas e mais econômica, na medida em que a prova produzida seria, admitida

a intervenção, única.

Finalmente, de se cogitar se a resposta permaneceria a mesma caso a opção pelo litisconsórcio entre as empresas A e B, ou o Consórcio, e a Municipalidade não fosse efetuada. Caso fosse a primeira demanda ajuizada em face das empresas apenas, não seria possível raciocinar utilizando a possibilidade de oposição, dependente apenas das datas de ajuizamento das demandas; ainda haveria conexão (não se pode falar em continência porque, a rigor, não se trata do mesmo objeto, podendo haver incompatibilidade apenas lógica, mas não jurídica, entre o resultado desses processos) entre as demandas, todavia, possibilitando seu julgamento conjunto, e, na prática, a intervenção da empresa C naquele processo.

Pensemos na assistência, nesse caso, para verificar que, caso não se optasse por demandar também em face da Municipalidade, não seria possível sustentar a possibilidade dessa modalidade de intervenção, porque não há interesse jurídico a justificá-la, apenas interesse de fato; caso feita essa opção pelo litisconsórcio, entretanto, pode-se sustentar a existência de interesse jurídico, porque se sustentaria a existência de relação jurídica com a Municipalidade. Só restaria responder, então, quem seria o assistido, o que não é tarefa fácil, porque no caso do litisconsórcio haveria interesse em assistir tanto as empresas como também a Municipalidade, porque o que pretenderia a empresa C seria receber o que entende ser a ela devido, quer pago pelas empresas, quer pago pela Municipalidade...

Não há uma resposta correta para a questão, como se vê. O que parece é se ter encontrado uma hipótese em que a intervenção, ainda que não expressamente prevista, deva ser autorizada, a bem do contraditório, da segurança jurídica no sentido de ser desejável a existência de decisões jurídicas e logicamente compatíveis, e da economia processual, e principalmente uma hipótese que demonstra a variedade de possibilidades de intervenções e pluralidade de partes, dependendo, também, das opções feitas pelos advogados.

7.9.2 Segunda questão

Duas empresas se unem para construir um navio, sob encomenda de uma terceira. À primeira empresa cabe, pelo contrato, a construção do casco e superestrutura, e a segunda empresa é responsável pela fabricação e instalação dos sistemas de propulsão, comando e energia em geral. Lançado o navio, logo no primeiro cruzeiro ocorre uma pane no sistema de energia e propulsão do navio, que fica à deriva até ser rebocado para o porto. A empresa encomendante processa ambos os fabricantes, em litisconsórcio passivo, pleiteando sua condenação em reparar os danos e em indenização pelos prejuízos causados com a paralisação do navio. Na sentença, o juiz julga parcialmente procedente a

demanda e condena apenas a empresa responsável pela construção do casco e superestrutura na reparação dos danos e em indenização, em valor abaixo do pretendido pela autora. Apenas a autora apela, pleiteando seja majorado o valor da indenização. No julgamento pelo Tribunal, a sentença é anulada, de ofício, para que seja refeita a prova pericial, sob o fundamento de impedimento do perito, e proferida nova sentença. Pergunta-se, simplesmente, como fica a situação da empresa responsável pelos sistemas de propulsão, comando e energia.

O que se tem é a hipótese de anulação da sentença, e a possibilidade de essa anulação prejudicar a situação de litisconsorte. Veja-se que houve, em princípio, trânsito em julgado do capítulo da sentença que julgou improcedente a demanda ajuizada em relação a ela, porque dessa parte não houve recurso. Será isso verdadeiro? Mais ainda, será que não teria ocorrido reformatio in peius no caso, porque prejudicada a situação jurídica da recorrente? Mais que isso, será possível essa extensão, considerando que os litisconsortes devem ser considerados litigantes distintos?

É útil recorrer ao conceito dos capítulos da sentença, correspondentes a cada provimento nela determinados. Nesse caso, há um capítulo relativo à condenação pelos danos causados no navio e outro, relativo à condenação pelos prejuízos decorrentes da avaria, além do capítulo em que se julgou a improcedência da demanda em relação à empresa construtora dos sistemas de propulsão e energia.

Cada um desses capítulos é, dentro de certos limites, independente, mas para determinar esses limites, além de examinar a relação entre as partes do processo, é também necessário considerar aspectos da teoria geral dos recursos.

Entre os efeitos dos recursos, estão os efeitos devolutivo e regressivo. O efeito devolutivo, no que nos interessa, se contém na expressão tantum devolutum quantum appellatum, e faz com que seja devolvido ao conhecimento do Tribunal a matéria objeto da apelação; considerando que o recurso é um remédio voluntário, a contrapartida é que tudo aquilo que não foi objeto da apelação não pode ser conhecido, transitando em julgado. Perceba-se, aqui, um reflexo do princípio dispositivo ou, se se preferir, um reflexo da regra ne procedat iudex ex officio, aplicada aos recursos, tanto como aplicável à própria demanda inicial.

Portanto, pela aplicação estrita do efeito devolutivo, no caso em questão, o capítulo da sentença que julgou improcedente a demanda em relação à empresa que construiu os sistemas de propulsão e energia teria transitado em julgado. Essa regra, ainda, é coerente com a regra do art. 48 do Código de Processo Civil que, salvo disposição em contrário, considera os litisconsortes, em sua relação com a parte adversa, como litigantes distintos, de modo que os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros.

A respeito de recursos, e da relação dos litisconsortes, há disposição específica no art. 509 do Código de Processo Civil: “o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses”; de acordo com essa regra, também não haveria influência do recurso na situação do litisconsorte que, vendo rejeitado o pedido formulado em relação a ele, não recorreu, ocorrendo o trânsito em julgado. Assim, a resposta da questão seria: a situação dessa empresa é confortável, pois a sentença de improcedência transitou em julgado.

Mas não é tão simples assim.

Dentro de certos limites, também há influência, quer a respeito do processo em primeiro grau de jurisdição, quer em relação aos recursos, do princípio inquisitivo; é o que possibilita ao juiz conhecer de algumas questões sem a provocação das partes, ou seja, conhecê-las de ofício. Isso, no campo dos recursos, é explicado pelo efeito translativo, que transfere ao Tribunal o conhecimento das questões de ordem pública necessárias ao julgamento da causa (para certa parcela da doutrina, essa transferência se explica pela profundidade do efeito devolutivo; segundo outra corrente, esse efeito não se equipara ao devolutivo porque é manifestação do princípio dispositivo, ao passo que o segundo é manifestação do princípio inquisitivo).

De qualquer forma, fato é que, com o recurso, se transfere ao Tribunal a possibilidade de conhecer das questões de ordem pública.

Pois bem. No caso, o Tribunal, conhecendo de questão de ordem pública (impedimento de perito, diretamente relacionado à imparcialidade e, conseqüentemente, à igualdade, valor fundamental no processo), anulou a sentença.

Ora, não é possível anular essa sentença apenas em relação a um dos litisconsortes, ainda que seja simples e facultativo esse litisconsórcio, como no caso, porque o fundamento da anulação foi uma questão de ordem pública, que em última análise seria a violação do princípio da igualdade no processo, questão gravíssima que atinge toda a atividade jurisdicional. Assim, porque o Tribunal, no exercício inquisitivo de sua atividade, que lhe é permitida, deve controlar a correção da atividade jurisdicional de primeiro grau, e anular integralmente a sentença, para que seja corrigido o vício constatado e proferida nova sentença no caso em exame, tem-se que a anulação deve ser integral, e não simplesmente uma anulação parcial; é como se houvesse um aspecto de seu julgamento que, por ser relativa a própria atividade jurisdicional, devesse ser resolvida como se existisse um litisconsórcio unitário. Nesse aspecto da relação entre as partes, o litisconsórcio deve ser considerado unitário (ou melhor, o efeito desse julgamento é equiparável ao efeito produzido pelo litisconsórcio unitário), e a consequência é a extensão da nulidade para ambos os litisconsortes.

Mas ainda resta um obstáculo: o julgamento pode ser tido como inválido,

por ter havido reformatio in peius: de fato, a situação do recorrente, na verdade, piorou, porque tinha ele uma condenação, ainda que parcial, e essa sentença foi anulada, para que outra fosse proferida, não se sabe com que conteúdo.

Não há, todavia, o obstáculo. A reformatio in peius é vedada em nosso sistema exatamente em função do princípio contido no art. 515, caput, do Código de Processo Civil: só é devolvido ao conhecimento do Tribunal o que foi objeto do recurso. É, reitere-se, manifestação do princípio dispositivo. Não incide a vedação, todavia, quando o julgamento para pior é feito com fundamento na permissão consequente ao princípio inquisitivo, que permite ao Tribunal controle das questões de ordem pública. Do mesmo jeito, explica-se a situação do corrêu em relação a que foi proferido julgamento de improcedência: o julgamento do Tribunal foi relativo ao controle da validade do processo em primeiro grau, que contaminou integralmente a sentença, fazendo com que fosse, necessariamente, anulada.

A sentença, portanto, foi anulada integralmente, para todas as partes do processo, inclusive a empresa que não recorreu.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 951-993.

BARIONI, Rodrigo Otávio; CARVALHO, Fabiano. Eficácia da sentença na denunciação da lide: execução direta do denunciado. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 365-384.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Chamamento ao processo e o devedor de alimentos: uma proposta de interpretação para o art. 1.698 do CC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 81-96.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 2007. 2v. Tomo I.

_____. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1965. 2v.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 149-167.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal. *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 59-80.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.

_____. **Intervenção de terceiros.** São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Litiscônscórcio.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007, 1v.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil.** Forense: São Paulo, 1984.

SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 2007. 1v.

TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). *In:* DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 193-246.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2007. 1v.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Casos

problemáticos: partes ou terceiros? (Análise de algumas situações complexas de direito material). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.035-1.048.

1 Sobre o tema, são recomendados os manuais de Cândido Rangel Dinamarco (**Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2 – em especial os capítulos XLI – partes, XLIII – litisconsórcio, e XLIV – intervenções de terceiros) e de Cassio Scarpinella Bueno (**Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. 2v., em especial a Parte VII).

2 Para o aprofundamento do tema, verificar: (1) BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003 (em especial: Capítulo I – Litisconsórcio); (2) DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994 (em especial: Capítulo I – Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil); (3) TUCCI, José Rogério Cruz. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006 (em especial: Capítulos III, IV e V); (4) TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 193-246; (5) ARENHART, Sérgio Cruz. A efetivação de provimentos judiciais e a participação de terceiros. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 951-993; e (6) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Casos problemáticos: partes ou terceiros? (Análise de algumas situações complexas de direito material). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.035-1.048.

3 Para o aprofundamento do tema, verificar: (1) SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. 1v. (Capítulos VI – sua visão prática é excelente, e VII); (2) DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994 (especialmente o Capítulo 5 –

litisconsórcio necessário e unitário); (3) BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003 (em especial os Capítulos III, com referência a diversos problemas específicos, e IV).

4 Para o aprofundamento do tema, verificar: (1) BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003 (em especial o Capítulo IV); (2) SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. 1v (em especial o Capítulo 7).

5 Para o aprofundamento do tema, verificar: (1) DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. São Paulo: Malheiros, 1997 (em especial o Capítulo II); (2) BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003 (em especial o Capítulo V).

6 Para o aprofundamento do tema, verificar BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003 (em especial o Capítulo V).

7 Para o aprofundamento do tema, verificar: (1) BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003 (em especial o Capítulo VIII); (2) DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. São Paulo: Malheiros, 1997 (em especial o Capítulo IV); (3) BUENO, Cássio Scarpinella. Chamamento ao processo e o devedor de alimentos: uma proposta de interpretação para o art. 1.698 do CC. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 81-96; (4) THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 1v. (§ 20).

8 Para o aprofundamento do tema, verificar: (1) THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 1v. (§ 19); (2) BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003 (em especial o Capítulo VII); (3) DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. São Paulo: Malheiros, 1997 (em especial os Capítulos III e VI); (4) GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. 1v. (em especial o item 22.5); e (5) BARIONI, Rodrigo Otávio; CARVALHO, Fabiano. Eficácia da sentença na denunciação da lide: execução direta do denunciado. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 365-384.

9 Para o aprofundamento do tema, verificar: (1) DEL PRÁ, Carlos Gustavo

Rodrigues. Breves considerações sobre o *amicus curiae* na ADIN e sua legitimidade recursal. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 59-80; (2) CUNHA JÚNIOR, Dirley. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 149-167; (3) BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.

8 REVISITANDO O SISTEMA DE INVALIDADES PROCESSUAIS E DE PRECLUSÕES

Heitor Vitor Mendonça Sica

*Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito –
GVlaw; mestre e doutor em Direito Processual pela Universidade de São
Paulo – USP; advogado.*

8.1 Premissa: as diferenças entre as posições jurídicas do juiz e das partes na relação processual

Para manejar de modo minimamente adequado o sistema de invalidades processuais e de preclusões, parece-nos necessário ter em mente desde logo as enormes diferenças existentes entre as posições jurídicas assumidas ao longo da relação jurídica processual pelo juiz, de um lado, e pelas partes, de outro. Esse prisma de análise, nem sempre bem compreendido, evita que o intérprete cometa diversos enganos no trato das nulidades e das preclusões.

Conforme a famosa lição de Calamandrei em célebre artigo (1950, p. 489), o processo civil pode ser considerado um jogo, em que, concretamente, excluído o juiz, no qual deve se personificar esse superior interesse da justiça que é próprio do Estado, todos os outros sujeitos perseguem no processo escopos mais limitados e exclusivamente egoístas, muitas vezes em contraste (ainda que inconfessadamente) com aquele escopo superior.

De fato, como regra, as partes atuam no processo para atender exclusivamente a *interesses próprios*. Justamente por isso é que os atos que cabem aos litigantes praticar ao longo do procedimento são informados por *ônus processuais*; vale dizer: o sistema, como regra, dá ao litigante a liberdade de escolher se pratica ou não determinado ato processual, garantindo-lhe uma situação de vantagem se o fizer, e uma situação de desvantagem em caso de omissão. Eis, então, que o núcleo básico da definição de ônus é o *imperativo de próprio interesse*.

Apenas excepcionalmente as partes atuam no processo para

atendimento de interesses de outrem ou do interesse público, sujeitando-se a *deveres processuais*. Nesse campo residual¹, o sistema não dá ao litigante a escolha de agir ou não, de tal modo que a prática do ato não é premiada com qualquer vantagem, ao passo que a omissão é sancionada.

De modo diferente, o juiz assume na relação jurídica processual um único tipo de posição jurídica, qual seja, o *poder-dever*: o juiz *sujeita* as partes aos seus poderes e *deve* utilizá-los para conduzir o processo a seu resultado final, em observância dos ditames da lei processual, aplicando o direito objetivo ao caso *sub judice* e pacificando as partes em *litígio*.

É totalmente estranha à atividade do magistrado a figura do ônus, pois nenhum ato seu visa vantagem própria, tampouco a omissão acarreta alguma desvantagem. Isso porque o juiz não age em busca de interesses seus, mas, sim, persegue a aplicação da justiça e o resguardo da paz social, na qualidade de agente do Estado de Direito.

Ora, diante dessa discrepância de interesses atendidos pelos sujeitos do processo ao nele atuarem, parece no mínimo lógico e natural que o tratamento legal dado às posições jurídicas por eles ocupadas seja diverso. Isso implica que haja profundas diferenças entre o sistema de invalidades e de preclusões para as partes e para o juiz.

Diretamente ligada a essa distinção entre as posições jurídicas ocupadas pelas partes e pelo juiz na relação processual está a ideia de que as atividades validamente desempenhadas pelo juiz são *necessárias* para que o processo se desenvolva de modo regular. O magistrado tem o *poder-dever* de preparar regularmente o processo, promovendo os atos necessários para oportunizar ao réu o direito de se defender e a ambas as partes a produção das provas que entendam necessárias, assim como tem o *poder-dever* de proferir a sentença e promover os atos destinados a executá-la, se for o caso.

Já as atividades das partes não têm esse mesmo caráter. Excluída a demanda inicial (ato realizado pelo autor para romper originalmente a inércia da jurisdição e instaurar o processo, considerada por boa parte da doutrina como *pressuposto processual de existência*), o fato de as posições ocupadas pelas partes serem informadas por ônus processuais conduz à possibilidade de que o processo caminhe validamente, a despeito da omissão do litigante em praticar determinado ato. Afinal, está implícita na ideia de *ônus processual* a possibilidade de escolha do sujeito em praticar ou omitir-se na prática de determinado ato. Além do mais, o impulso processual é oficial (arts. 2º e 262 do CPC), de tal modo que, omitindo-se a parte na prática de determinado ato, o juiz deve dar prosseguimento ao procedimento.

8.2 Sistema de invalidades processuais, para as partes e para o juiz

Sabe-se bem que o processo é atividade estatal formal. Todos os sujeitos processuais devem conformar-se ao modelo prescrito pela lei. Por isso, o exercício das posições jurídicas de todos os sujeitos processuais não é livre, e sim limitado pela forma processual.

Em sua conceituação mais ampla, a forma processual engloba não apenas a expressão do ato em si (isto é, seus requisitos internos, a que podemos chamar *forma em sentido estrito*) mas igualmente o *tempo* e o *lugar* em que são praticados. Todavia, nem sempre os atos processuais se acham conformes ao modelo legal, surgindo daí todos os problemas que envolvem, num primeiro plano, as invalidades processuais e, num segundo, as preclusões.

Nesse passo, importa lembrar que o magistrado é um servidor público que, no desempenho de suas atividades, representa o Estado-juiz e está obrigado a observar, a exemplo do que fazem os servidores dos Poderes Executivo e Legislativo, o princípio da legalidade, que, no campo do direito processual, assume caráter peculiar na cláusula constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição da República). Por sua vez, o devido processo legal é um *princípio-síntese* do direito processual civil, cujo conteúdo é composto de um amplo leque de garantias específicas, como a garantia ao juiz natural, ao contraditório, à ampla defesa etc.

Com efeito, no contexto de um Estado Democrático de Direito, só se concebe que o particular se sujeite a uma decisão jurisdicional se emanada de um processo que siga o modelo descrito na lei. Por isso é que, com respeito às atividades do juiz, a observância das formas se traduz em segurança jurídica, previsibilidade e oportunidades ao cidadão de, uma vez informado do desenrolar do procedimento, reagir com os meios que a mesma lei lhe disponibiliza.

Nesse ponto cabe a seguinte pergunta: o princípio da legalidade, no âmbito do direito processual (revelada pela cláusula constitucional do devido processo legal), vincula a atividade das partes do mesmo modo e pelas mesmas razões que o faz com os atos praticados pelo magistrado?

Estamos convictos, ainda que com base apenas nessa análise perfunctória, de que a resposta a tal pergunta é negativa.

As partes, ao exercerem direitos dentro do processo, atendem a interesses próprios, ainda que a isso o sistema atribua enorme importância, em consonância com os escopos da jurisdição (político, social e jurídico). Caso a parte não se atenha ao modelo da lei, o ato por ela praticado será *inadmissível*, isto é, insuscetível de surtir os efeitos pretendidos.

O juiz, no desempenho de seus poderes-deveres, há que respeitar as garantias constitucionais asseguradas a cada cidadão de um Estado de Direito; atende, pois, ao interesse público. O não atendimento ao modelo prescrito na lei é repudiado pelo sistema, que reputa inválido o ato irregular ou defeituoso, e *como regra* determina seja excluído do mundo jurídico, e que seja *repetido*, para que se restitua o processo ao caminho da legalidade.

À vista do exposto, avulta indubitosa a diferença das situações. A inadmissibilidade de determinado ato processual praticado pela parte não é resultado de uma repulsa do sistema ao desrespeito do modelo legal. É, antes de tudo, uma inaptidão para produzir os efeitos queridos pelo litigante e se situa, evidentemente, no *plano da eficácia*. De forma diversa sucede com os atos judiciais: o afastamento do modelo da lei está no *plano da validade*.

Pensemos no exemplo de atos decisórios proferidos por juiz absolutamente incompetente. Trata-se, sem dúvida, de uma invalidade de ato provocada por uma grave desconformidade com o modelo processual. Atenta-se, a um só tempo, contra a distribuição de jurisdição entre os mais diversos órgãos dela investidos e atenta contra uma das garantias processuais previstas na Constituição Federal, isto é, o princípio do *juiz natural*. Qualquer ato decisório precisará ser decretado *nulo* para, daí, ser repetido.

Imaginemos agora, entretanto, um recurso de apelação interposto sem o comprovante de recolhimento do preparo, ou embargos infringentes interpostos contra acórdão que improveu apelação por maioria, após o advento da Lei n. 10.352, de 2001. Em ambas as hipóteses, ocorre, sem dúvida, um afastamento entre o ato e o tipo legal (os arts. 511 e 530 do CPC, respectivamente), mas a consequência jurídica não é a nulidade, e sim a inadmissibilidade. O ato será simplesmente descartado, sem que haja ensejo para repetição².

Os exemplos referidos demonstram que, inegavelmente, há claras diferenças entre as consequências da atipicidade dos atos da parte (que, quando muito, redundam em *inadmissibilidade*, ou seja, *ineficácia*) e do juiz (que, uma vez defeituosos, são inválidos e podem ser sancionados pela nulidade, exigindo, como regra, repetição).

Pergunta-se, então: que atos da parte podem estar sujeitos à *nulidade*?

Caso nos filieemos à doutrina tradicional, segundo a qual o papel da vontade da parte é irrelevante na prática de atos processuais, e destarte os vícios de vontade não são aptos a ensejar nulidade, podemos afirmar que os atos processuais praticados pela parte não podem ser declarados nulos, apenas ineficazes, porquanto inaptos a produzir os efeitos queridos por quem os praticou.

8.3 Sistema de preclusões, para as partes e para o juiz

É a partir do sistema de invalidades processuais que se deve analisar o sistema de preclusões, visto que elas (preclusões) constituem motivo para que atos processuais se tornem inadmissíveis ou inválidos.

Com efeito, dentre as diversas desconformidades entre o ato processual e o tipo legal, destaca-se em particular aquela tocante ao *tempo*, dentro do qual a parte tem o respectivo ônus processual de praticá-lo.

Essa atipicidade é estudada sob a denominação *preclusão temporal*, que é fenômeno que impede a prática do ato após o transcurso do tempo destinado à sua realização. Salvo exceções³, todos os atos praticados pelas partes estão sujeitos à observância de prazos processuais preclusivos. A matriz normativa da preclusão temporal está no art.183 do Código de Processo Civil.

Como decorrência das premissas assentadas no item 1, os juízes não estão sujeitos a prazos *próprios, preclusivos*, mas apenas a *impróprios* (como os dos arts. 51, III, 189 ou 281 do CPC). O descumprimento desses prazos não acarreta consequências para o exercício dos poderes-deveres do juiz no processo (quando muito, gera consequências extraprocessuais, como a responsabilização de caráter administrativo-disciplinar do magistrado).

Por trás dessa assertiva está a ideia de que o descumprimento dos prazos assinados pelo juiz não poderia projetar efeitos para as partes do processo (que ficariam sem receber o provimento judicial que não foi emanado no tempo descrito pela lei). Em suma, fica fácil perceber por que o juiz não se sujeita à preclusão temporal.

Outro pressuposto legal para que o ato processual seja validamente praticado é a inexistência de ato anterior logicamente contraditório (que encerraria, em si, uma renúncia tácita). O fenômeno recebe a denominação *preclusão lógica* e, rigorosamente, não há no Código de Processo Civil uma previsão expressa a respeito. Extrai-se a existência da preclusão temporal da renunciabilidade das partes sobre direitos a praticar atos processuais e de dois exemplos isolados do fenômeno em situações particulares previstas no texto legal⁴.

Como a preclusão lógica (assim como a temporal) é fenômeno que espelha a renúncia tácita aos direitos processuais, também é impossível que recaia sobre os poderes do juiz.

Por derradeiro, costuma-se reconhecer outro pressuposto de validade de atos processuais consistente na inexistência de prática anterior do mesmo ato. O entendimento decorreria do art. 158 do Código de Processo Civil, no sentido de que a realização de um ato processual *consumiria* o direito à prática daquele ato, razão pela qual ao fenômeno dá-se o nome *preclusão consumativa*. Segundo

doutrina largamente dominante, esse fenômeno estaria ligado à situação em que o ato processual tivesse sido praticado *válida ou invalidamente*.

Todavia, parece-nos razoável supor que a prática do ato processual de modo inválido não impediria que ele fosse emendado dentro do prazo destinado à parte e, em decorrência disso, reconhecido admissível. Afinal, quando o ato é praticado de modo irregular, a própria lei o considera *ineficaz* para atingir os objetivos almejados pela parte. Se assim é, não se pode admitir que a própria lei lhe confira eficácia *apenas* para consumir o direito da parte em praticá-lo. Se o ato é *ineficaz*, não produz nenhum efeito, nem o de consumir o direito da parte. Exatamente por isso é que não podemos aceitar a opinião da doutrina já referida, segundo a qual a preclusão consumativa se daria quando o ato processual é praticado *invalidamente*.

Por razões diversas, também entendemos que a preclusão consumativa não poderia impedir a parte de emendar um ato processual que foi validamente praticado, se a emenda vier ao processo ainda dentro do prazo assinado para a prática do ato. De fato, vedar à parte, mediante a *preclusão consumativa*, a emenda do ato quando ainda não transcorreu o prazo a ele assinalado representa uma sanção injusta àquele que praticou o ato antes do termo final e militou em favor da celeridade processual (valor esse que, em última instância, é de interesse público e inspira o instituto da preclusão).

Enfim, para que se admitisse a preclusão consumativa seria necessário nela identificar – de modo igualmente claro, como ocorre quanto à preclusão temporal e lógica – a vocação de instituto destinado a impedir obstáculos à marcha do processo, ou de eliminar retrocessos. Esse requisito não se vislumbra no fenômeno aplicado às partes, *mas se aplica, sim, ao juiz*.

Da mesma forma que o sistema estabelece que as sentenças se tornarão imutáveis quando já não mais delas couber recurso (*coisa julgada*), a necessidade de ordem e celeridade processual exige também que as questões incidentalmente resolvidas se estabilizem. A doutrina e a jurisprudência costumam reconhecer nesse fenômeno outra categoria de preclusão, a chamada *preclusão pro judicato*, e que teria características similares àquelas dadas à *preclusão consumativa*.

É intuitivo perceber que esse efeito não operaria em qualquer situação, já que o próprio Código de Processo Civil estabelece brechas para o juiz reconsiderar suas decisões.

Estão textualmente previstas pelo menos três situações em que é cabível, validamente, a retratação judicial: arts. 523, § 2º, e 529 (relativos ao juízo de retratação do agravo), art. 518, parágrafo único (que permite a reconsideração sobre a decisão de recebimento da apelação), e arts. 296 e 285-A, § 1º (que autorizam a reconsideração quanto à sentença que indefere a petição inicial nos

casos especificados nos arts. 295 e 285-A, *caput*, respectivamente). Além disso, há diversas matérias cognoscíveis de ofício, para as quais o sistema desconsidera a iniciativa da parte em argui-las (os exemplos mais flagrantes estão no campo das condições da ação e dos pressupostos processuais (arts. 267, § 3º, e 301, § 4º do CPC).

É de se ter presente que a autorização dada ao juiz para conhecer de determinadas questões de ofício é movida pela deliberada intenção da ordem jurídica de que elas são enfrentadas e resolvidas corretamente. Por isso, o fato de a parte interessada não exercer o poder de alegar tais matérias não impede o juiz de analisá-las *ex officio*, com a finalidade de aplicar corretamente o direito objetivo à espécie.

Ora, se o juiz equivoca-se ao enfrentar pela primeira vez tais questões, não se pode dizer que *exauriu* sua função nesse mister, pois o ordenamento – ao conferir-lhe poder-dever de desconsiderar a iniciativa da parte e agir *ex officio* – toma por premissa a ideia de que, para restabelecimento da ordem jurídica, aquela determinada questão deve ser corretamente resolvida mesmo se o litigante interessado ficou inerte. Somente depois de ter dado à questão (de ordem processual, sobretudo) uma decisão, conforme o direito objetivo, é que o juiz terá restabelecido a integridade do ordenamento.

Assim, se se desconsiderou a inércia da parte em suscitar determinada questão para que ela pudesse ser resolvida *ex officio* pelo juiz, caso ela não tenha sido corretamente decidida, não pode o ordenamento contentar-se com a omissão da parte interessada em recorrer. Pelos mesmos princípios que regem, nesses casos, a iniciativa oficial do juiz em analisar referida questão, justifica-se que, mais uma vez, se desconsidere a omissão do litigante em impugnar referida decisão, e possa o juiz alterá-la ou modificá-la a qualquer tempo, livre de preclusões.

Em resumo, a preclusão dirigida às partes impede-as de realizar certos atos processuais (dentre os quais suscitar determinadas questões no momento oportuno), podendo ser *omissiva* (derivar da omissão da parte) ou *comissiva* (surgir em razão de ato da parte em momento antecedente), isto é, pode ser a preclusão temporal ou lógica.

Desse modo, a parte pode perder o direito à prática de um ato, seja pelo decurso do tempo (*preclusão temporal*), ou por ter tomado atitude incompatível em momento anterior (*preclusão lógica*).

Todavia, não se pode dizer que o juiz possa *perder* um *direito* de praticar qualquer ato processual, simplesmente porque não tem *direito* de decidir, e sim um *poder-dever* de fazê-lo. Além disso, não há *perda* pela omissão, mas tão somente *exaurimento* pelo exercício.

A única preclusão que realmente atinge o juiz é aquela que o impede de rededir questões incidentais já resolvidas. Por isso é que, apesar de termos por princípio evitar confusão entre a preclusão que recai sobre a atividade das partes e sobre os poderes do juiz de reapreciar questões incidentais já superadas, e a despeito ainda de refutarmos a existência da preclusão consumativa para os direitos das partes, essa figura parece adequada justamente para designar a preclusão que recai sobre questões incidentais, dado que o único meio de obstar o poder do juiz de decidir alguma questão se baseia exclusivamente no fato de já tê-lo feito antes.

Há ainda outro aspecto a considerar.

Os dois fenômenos (preclusão temporal ou lógica para as partes e preclusão *pro judicato* para o juiz) não são independentes. Ao contrário, há entre eles uma relação de causa e efeito, uma vez que, passado o prazo para recurso, a parte perde a possibilidade de praticar esse ato processual específico (preclusão que recai sobre um direito processual específico), e fica impedida de rediscuti-la, seja de que forma for. E, como regra, esse transcurso do prazo para recurso gera também para o juiz a preclusão (impossibilidade de revisão, pela imunização de efeitos).

Assim, verificam-se dois diferentes fenômenos coincidindo no tempo: o primeiro é o transcurso do prazo, que *inexoravelmente* leva à perda da faculdade da parte em impugnar a decisão; o segundo *pode ou não estar presente*, e consiste na imutabilidade da decisão (vale dizer, na impossibilidade de o juiz revê-la de ofício ou após ser instado pelo litigante interessado).

Esses dois fenômenos diferentes, *no mais das vezes*, são jungidos em uma relação de antecedente e consequente. Fica fácil visualizar essa ideia tendo-se em conta que, com o transcurso do prazo para apelação, opera-se a preclusão temporal do direito a recorrer e, concomitantemente, surge a imutabilidade dos efeitos da sentença, isto é, a coisa julgada.⁵

Reafirma-se, então, a ideia de que a preclusão que atinge a parte não é a mesma que alcança o juiz. Quando a parte não impugna determinada decisão incidental, isso não implica *necessariamente* preclusão para o juiz.

Portanto, o engano recorrente na doutrina está em identificar, *sempre*, a preclusão de questões com a preclusão do ônus da parte em impugná-la, quando *apenas, no mais das vezes*, a segunda é *causa* da primeira.

O resultado disso é *admitir o pedido de reconsideração em todas as situações em que a matéria resolvida pelo juiz era, originalmente, cognoscível de ofício*. O *pedido de reconsideração* rigorosamente não tem previsão expressa, nem forma de juízo, mas sua existência no sistema decorre da possibilidade lógica de a parte poder provocar o exercício de poder judicial que poderia ser

exercitado independentemente de qualquer provocação.

8.4 Vícios nem sempre levam à decretação de nulidade ou inadmissibilidade

Importa também assentar que nem sempre a atipicidade do ato processual em relação ao modelo legal implicará necessariamente a decretação de sua nulidade ou inadmissibilidade, conforme o caso.

Para começar, há formalidades consideradas necessárias e outras que são meramente úteis. No segundo caso, o ato pode ser reputado apenas irregular e, portanto, perfeitamente eficaz, sequer carecendo ser emendado pela parte para que produzisse os efeitos por ela alvitados. No entanto, se o vício for *essencial* – vale dizer, atentar a norma formal necessária –, o ato praticado pode ser considerado, em princípio, inválido. Abstraidas as enormes dificuldades de enxergar a nebulosa linha que divide as duas hipóteses, o raciocínio é necessário para que se verifique quais vícios processuais merecem, em tese, a sanção da nulidade e quais, não. Quanto aos atos irregulares, isso não se cogita.

Mas, ainda que se trate de hipótese de transgressão de formalidade necessária, nem por isso os atos viciados serão sempre excluídos do mundo processual, dado que o próprio sistema positivo fornece diretrizes para que o juiz gerencie o controle da observância da forma processual.

Há diversas atipicidades processuais que o Código de Processo Civil expressamente permite sejam sanadas. Ocorre-nos lembrar da emenda à petição inicial defeituosa (art. 284) e da complementação do preparo insuficiente (art. 511, § 2º do CPC). O mesmo vale para a sentença, cujos erros materiais podem ser corrigidos a qualquer tempo (art. 463, I, do CPC).

Fora desses casos, também é possível reconhecer que, apesar de viciado, o ato pode perfeitamente produzir seus efeitos normais, deixando de receber a pena da declaração de nulidade.

Para começar, em determinados casos em que a invalidade menos grave precisaria ser alegada pelo interessado, dentro da primeira oportunidade que tiver, sob pena de preclusão, conforme o art. 245 do Código de Processo Civil. A doutrina costuma dizer que se teriam, aí, *nulidades relativas* ou *anulabilidades* (fazendo paralelo com a distinção feita pelo CC, arts. 168 e 171), condicionando-se o reconhecimento do vício à provocação do interessado porque a forma transgredida tutelaria interesses da parte (e não o interesse público).

Todavia, parece-nos que essas hipóteses são absolutamente excepcionais. Exatamente nesse sentido, Calmon de Passos (1989, p. 18), ao

examinar o sistema de invalidades processuais, assim se manifestou:

[s]e posta no interesse do sujeito, ela (a nulidade) seria relativa. Em caso contrário, absoluta. Costumo dizer a meus alunos que pago um prêmio de vulto a quem me indicar uma atipicidade que se possa afirmar posta apenas no interesse do sujeito, em campo diverso daquele em que opera a autonomia privada. No particular do processo, principalmente, jamais identifiquei alguma, e aguardo ansiosamente que me seja revelada a primeira.

Por conseguinte, afirma o autor não haver nenhuma imperfeição de ato processual que, para reconhecimento pelo magistrado, dependa de provocação da parte interessada. Ao comentar o art. 245, parágrafo único, do Código de Processo Civil, Calmon de Passos (2002, p. 135) ainda acrescentou:

[e] que nulidades seriam estas, insuscetíveis de decretação pelo magistrado, inexistindo provocação do interessado? Bem difícil será identificá-las. Entender-se que a nulidade somente se decretaria mediante arguição da parte equivaleria a afirmar-se que os fins particulares dos atos processuais são fins postos pela lei em favor das partes e exclusivamente em favor delas. O erro seria evidente. É possível identificarem-se tipos de comportamento regulados no processo em exclusivo benefício das partes? Temos sérias dúvidas. E se existirem (ainda não logrei um exemplo em que isso ocorresse) serão revestidos de tal excepcionalidade que deveriam merecer do legislador a referência específica.

A posição do processualista baiano é discutível, especialmente porque a doutrina tradicional jamais defendeu a existência de normas processuais de interesse *exclusivo* da parte, e sim reconhece *preponderância* do interesse privado sobre o público. No entanto, em um ponto assiste razão a Calmon de Passos: poucos são os exemplos invocados pela doutrina a respeito de normas de interesse exclusivo (ou mesmo preponderante) da parte, bem como de normas que sejam dispositivas, a autorizar a conclusão de que as nulidades relativas ou anulabilidades são raras (senão raríssimas) em nosso ordenamento processual civil.

De qualquer modo, nesses raros casos, a inércia do interessado em apontar o vício na primeira oportunidade faz com que ele se convalesça.

Mas não é apenas nessa situação que o vício pode deixar de redundar na decretação de *nulidade* ou *inadmissibilidade* do ato processual.

A regra vigente em nosso sistema processual é a de que as formas sejam livres, excetuando-se os casos em que venham prescritas em lei. Fala-se, então, do *princípio da liberdade das formas*, que teria assento no art. 154 do Código de Processo Civil.

Mesmo quando prescrita e desrespeitada a forma legal, não necessariamente o ato será reconhecido *nulo* ou *inadmissível*. Antes de sancioná-lo e excluí-lo do mundo jurídico, é fundamental que o magistrado reconheça se o ato, a despeito de defeituoso, atingiu sua finalidade (art. 244 do CPC) e se seu vício causou algum prejuízo (art. 249, § 2º do CPC).

Todas essas diretrizes podem ser sintetizadas dentro de um único e mais importante *princípio-síntese*, chamado *princípio da instrumentalidade das formas*, que se baseia na ideia de que as formas processuais só devem excluir a realização do objetivo final do processo (que é a composição completa do litígio com a participação de ambos os litigantes) quando a inadequação formal do ato atentar contra os valores que inspiram o instrumento.

Rigorosamente, esses princípios podem validar mesmo os vícios processuais que estão textualmente cominados com a sanção de nulidade. Destaca-se, em particular, o caso do art. 246, parágrafo único, do Código de Processo Civil, segundo o qual é nulo o processo em que o Ministério Público não interveio, apesar de obrigado a tanto (art. 82 do CPC). À luz do princípio do prejuízo, pode-se deixar de anular sentença proferida em favor do incapaz mesmo se o Ministério Público não atuou como deveria.

Entretanto, mesmo a doutrina mais vanguardista reconhece que há dois campos em que não seria possível cogitar a sanação de vícios pelo princípio da instrumentalidade das formas, ou seja, os *prazos processuais* e as regras de *incompetência absoluta*.

No primeiro caso, os prazos preclusivos constituem o mais importante mecanismo para regramento da marcha e do impulso processual. No segundo caso, as regras de competência absoluta, como se viu, se baseiam na distribuição de jurisdição entre os mais diversos órgãos dela investidos e implementam a garantia constitucional do *juiz natural*.

Quanto aos demais tipos de vício, na maioria dos casos seria possível permitir a emenda do ato processual ou ignorar a inadequação à luz do princípio da instrumentalidade das formas.

A partir da aplicação desses princípios, haveria uma divisão entre atipicidades *relevantes* e *irrelevantes*. A decretação de *nulidade* e de

inadmissibilidade dos atos praticados pelos sujeitos processuais deve se mostrar excepcional, em situações em que for impossível prestigiar os valores fundamentais que inspiram o direito processual civil.

E mesmo que os vícios deixem de ser decretados oportunamente, a coisa julgada tem capacidade de saná-los. Apenas alguns vícios podem sobreviver ao advento da coisa julgada material, quais sejam, aqueles arrolados no art. 485 do Código de Processo Civil (que encerra o rol taxativo de casos de admissão da ação rescisória). E, mesmo assim, esse período de *sobrevivência* termina após o transcurso do prazo decadencial de dois anos.

8.5 Atos juridicamente inexistentes, inválidos, nulos, anuláveis e ineficazes

Um último aspecto merece consideração, no tocante à definição das diversas categorias de vícios processuais.

Essa construção parte do raciocínio corriqueiramente empreendido pela doutrina civilista, consistente em entabular a análise dos atos e negócios jurídicos em três planos distintos: o da existência, o da validade e o da eficácia (sobre o qual fizemos referência anteriormente).

Para que o ato jurídico (incluindo-se aí o ato jurídico *processual*) possa entrar no plano da existência, é necessária a presença de elementos mínimos para sua constituição. No plano dos negócios jurídicos, um dos elementos essenciais para que o ato se repute existente é que seja celebrado por *pessoas sujeitos de direitos e obrigações*. A um contrato firmado entre um cachorro e uma pedra faltaria esse elemento e, portanto, o exame do ato não passaria do plano da existência. Costuma-se reconhecer que a existência de um juiz investido de jurisdição seja um pressuposto de existência, de tal modo que o processo realizado diante do porteiro do fórum é juridicamente inexistente⁶. O que notabiliza o ato juridicamente inexistente é que o seu vício, por ser gravíssimo, jamais se convalida, nem mesmo pela coisa julgada ou pelo princípio da instrumentalidade das formas, e pode ser reconhecido a qualquer tempo e por qualquer meio⁷.

Caso o ato jurídico reúna os elementos mínimos para ser considerado juridicamente existente, sua análise pode passar para o plano da validade, no qual se verifica a presença de determinadas qualidades exigidas pela lei quanto aos elementos de existência. Voltando a um exemplo no campo do direito material, vemos que o contrato celebrado entre absolutamente incapazes desacompanhados de seus pais é existente (pois estão presentes as *pessoas*

sujeitas de direitos, que são elementos mínimos de existência), mas é *inválido* (porque falta a esses elementos uma *qualidade* exigida pela lei, que é a *capacidade jurídica*). No plano processual, podemos extrair exemplo praticamente idêntico: o processo presidido por juiz que, embora investido de jurisdição não ostenta uma qualidade essencial, que é a competência absoluta, é processo *existente*, mas *inválido*. Esse vício em particular só se convalida pelo advento da coisa julgada material; a partir dela, a sentença de mérito proferida por juiz absolutamente incompetente é rescindível no prazo de dois anos (art. 485, II, do CPC).

Finalmente, o ato jurídico (inclusive o processual) que tenha superado os planos da existência e da validade (apresentando os elementos de existência e os requisitos de validade) só produzirá efeito se lograr ultrapassar o plano da eficácia. No plano do direito material, o contrato firmado por dois incapazes, devidamente representados por seus pais, existe e é válido. Todavia, existindo previsão de uma condição ou termo para que o contrato passe a produzir efeitos, ele será ineficaz até o advento desses eventos. Pode-se dizer que o ato praticado *fora do prazo* pela parte é ineficaz. Ele existe e é válido, mas não produz os efeitos programados pela parte.

8.6 Estudo de caso

8.6.1 Histórico dos fatos

Marissol Logística contratou a empresa Solimar Informática, para que essa criasse e lhe fornecesse um sistema computadorizado de rastreamento de sua frota de caminhões. Antes do fim do prazo contratual, Marissol mostrou-se insatisfeita com os serviços prestados, e notificou Solimar declarando rescindido o contrato.

Imediatamente, Marissol ajuizou ação requerendo:

- a) declaração de rescisão contratual, por inadimplemento da Solimar; e
- b) indenização por danos materiais e morais.

Citada pela via postal, Solimar apresentou contestação (no quinto dia após juntada do aviso de recebimento), requerendo, apenas:

- a) reconhecimento de nulidade da citação (por ter sido o aviso de recebimento assinado pelo porteiro do prédio, sem poderes para tanto);

- b) reconhecimento da ausência do comprovante de pagamento das custas iniciais; e
- c) reconhecimento da ausência de procuração ao advogado da autora, o que implica inexistência da petição inicial (art. 37 do CPC).

No décimo quarto dia, após a juntada do aviso de recebimento, Solimar apresentou reconvenção, requerendo:

- a) declaração de rescisão do contrato por culpa da Marissol;
- b) indenização por danos materiais e morais; e
- c) antecipação de tutela para cobrar o valor da última mensalidade contratual, não paga.

Intimada a falar sobre as duas peças, Marissol assim se manifestou:

- a) juntou a procuração ao seu advogado;
- b) alegou inexistência de nulidade de citação, mesmo porque foi ela suprida pelo comparecimento da Solimar aos autos;
- c) alegou que Solimar não impugnou qualquer dos fatos alegados na inicial, de modo que deveriam se aplicar os efeitos da revelia (art. 319 do CPC);
- d) alegou intempestividade da reconvenção, eis que não apresentada simultaneamente à contestação e, ainda que assim não fosse, fora do prazo de quinze dias;
- e) alegou irregularidade da representação processual da Solimar (pois a assinatura existente na procuração é de pessoa estranha ao quadro de diretores da empresa).

O juiz recebe os autos e lança decisão nos seguintes termos: *Não vislumbro nulidades e declaro saneado o feito. Especifiquem as partes as provas que pretendem produzir.*

Marissol requer o julgamento antecipado da lide.

Solimar apresenta embargos de declaração, requerendo que o juiz se pronuncie sobre os seguintes aspectos:

- a) reconhecimento de nulidade da citação;
- b) concessão de liminar na demanda reconvencional.

O juiz profere, então, despacho nos seguintes termos: *a teor do art. 535 do CPC, não cabem embargos declaratórios contra decisão interlocutória e designa audiência de instrução, autorizando que apenas Solimar arrole testemunhas em cinco dias, por considerar que a autora-reconvinda Marissol abriu mão do direito de produzir provas.*

8.6.2 Orientações e questões a serem propostas

O problema proposto, analisado à luz do texto de referência, exige a formulação de quatro diferentes estratégias:

- a) contornar as eventuais inadequações dos atos praticados de cada litigante;
- b) apontar a eventual impossibilidade de corrigir inadequações dos atos praticados pelo adversário;
- c) contornar as eventuais inadequações dos atos praticados pelo juiz; e
- d) apontar a eventual impossibilidade de corrigir inadequações dos atos praticados pelo juiz.

Há três linhas de raciocínio que perpassam todas as questões colocadas e as estratégias a serem formuladas de cada litigante:

- a) Que invalidades apontadas são sanáveis e insanáveis?
- b) Que preclusões houve para as partes (isto é, que inadequações formais de seus atos não podem mais ser corrigidas e atos processuais que não podem mais ser praticados)?
- c) Que preclusões houve para o juiz (isto é, que questões devem se considerar resolvidas de maneira definitiva e imutável)?

No estabelecimento das estratégias deverão ser considerados os seguintes aspectos:

- a) Há inadequações que são passíveis de correção por expressa

disposição de lei. É o caso da *incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes* (art. 13 do CPC), dos defeitos da petição inicial (art. 284 do CPC). Em que outros casos há nulidades passíveis de correção a despeito de expressa autorização legal?

- b) A falta de ordem do juiz para sanar os vícios de representação das partes e da petição inicial gera preclusão para fazê-lo depois? E a decisão que declarou o feito *saneado*?
- c) A invalidade da citação deve ser rejeitada à luz da chamada *teoria da aparência* e da evidência de que a parte teve pleno conhecimento da demanda que lhe foi movida, ou deve ser acolhida, à luz do art. 223, parágrafo único, do Código de Processo Civil?
- d) Sendo nula a citação, e comparecendo o réu voluntariamente ao processo, como deve contar-se o prazo para resposta?
- e) Os prazos para que as partes sanem vícios processuais devem contar-se do momento em que a parte teve ciência inequívoca do vício ou deve haver sempre uma intimação para tanto (nos termos do art. 240 do CPC)?
- f) Aplica-se a preclusão consumativa para a autora, no tocante à correção dos vícios da petição inicial? E a preclusão temporal?
- g) Aplica-se a preclusão consumativa para a ré reconvir? E a preclusão temporal?
- h) A reconvenção, se admissível, faz as vezes da contestação para *tornar controvertidos* os fatos alegados na petição inicial?
- i) O fato de a parte ter aberto mão do direito de produzir provas no momento oportuno, impede que o juiz as colha se a parte requereu posteriormente, de modo tardio, que elas fossem produzidas?
- j) Cabem embargos de declaração contra decisão interlocutória?
- k) Se rejeitados os embargos declaratórios, porquanto considerados incabíveis, eles têm aptidão de interromper o prazo para agravo de instrumento (art. 538 do CPC)?
- l) Considera-se implícita a decisão sobre a regularidade do processo e sobre a concessão de tutela antecipada?

Rigorosamente, não há uma solução correta para cada uma dessas questões. Haverá, sim, a formulação de estratégias de cada litigante para corrigir os problemas que há quanto aos seus respectivos atos processuais, e para impedir a parte contrária de corrigir os vícios que lhe afetam. Da mesma forma, cada

litigante procurará reabrir a discussão judicial sobre determinados temas que lhe interessarem, propugnando que inexistente preclusão para o juiz na espécie.

Na linha do texto de referência, a tendência é a de que se reconheça a ampla possibilidade de que todos os vícios apontados sejam considerados já sanados ou ainda passíveis de o serem. Do mesmo modo que os temas propostos ao juiz (controle da regularidade processual e instrução da causa) sejam considerados a salvo da preclusão, permitindo que, a despeito do manejo do recurso apropriado contra a decisão saneadora, ainda seja possível ao magistrado redecidir tais questões.

REFERÊNCIAS

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *In: Studi in onore di Francesco Carnelutti*. Padova: Cedam, 1950. p. 487-522. 2v.

PASSOS, Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 14, n. 56, p.18, out./dez. 1989.

_____. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

1 Esse rol residual de deveres processuais acaba sendo exíguo, especialmente se comparado com o rol de ônus, e começa pela síntese do art. 14 do nosso Código de Processo Civil, o qual vem completado pelos arts. 17 e 600 do mesmo diploma, que estabelecem condutas tidas pelo ordenamento como transgressoras de deveres processuais e que, portanto, sujeitam o agente às penalidades previstas nos arts. 18 e 601, respectivamente. Acresçam-se a essa lista outros exemplos, esparsos pelo Código, como o contido no art. 195 do Código de Processo Civil (que não se dirige exatamente à parte, mas ao seu advogado, impondo-lhe dever de restituir os autos do processo no prazo legal).

2 O mesmo princípio se aplica aos outros atos processuais praticados pelos litigantes. A petição inicial deve trazer a narrativa dos fatos e fundamentos em que se embasa a demanda (art. 282 do CPC); caso o juiz receba peça que não preencha tais requisitos formais, dará prazo para a emenda (art. 284) e, caso não

haja regularização, extinguirá o processo sem exame do mérito (art. 295, I, c/c o art. 267, I, ambos do CPC). A pessoa jurídica deve se fazer representar no processo de acordo com a norma contida no art. 12, VI, do Código de Processo Civil; se assim não for, a petição inicial ou a contestação apresentadas por tal litigante serão reputadas inadmissíveis, acarretando, respectivamente, a extinção do processo sem apreciação de mérito, ou a decretação da revelia (art. 13, II, do CPC).

3 Podemos arrolar aqui atos realizados em determinadas *fases* do processo em que a necessidade de celeridade é menos intensa (como aqueles procedidos pelo autor antes da citação) ou em situações em que se justifica deixar a marcha processual a cargo do litigante (como para pedir e executar antecipação de tutela, promover e dar andamento ao cumprimento provisório ou definitivo da sentença e nos processos de jurisdição voluntária).

4 Os exemplos que se colhem no Código de Processo Civil são os do art. 117, *caput* (*Não pode suscitar conflito de competência a parte que, no processo, ofereceu exceção de incompetência*) e do art. 503 (*A parte que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita e prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer*).

5 No entanto, *nem sempre* há essa relação entre preclusão à apelação e o advento da coisa julgada: o escoamento do prazo para apelação é *necessário* para que haja a formação da coisa julgada, *mas não suficiente*. É como no caso da sentença sujeita a *reexame necessário*: independentemente da teoria que se adote para explicá-lo, o simples decurso do prazo para apelação gera efeitos, unicamente, para as partes, mas não para a relação jurídica processual, pois a coisa julgada só aparecerá depois de cumprido o que preceitua o art. 475 do Código de Processo Civil.

6 Costumam ainda se enquadrar como pressupostos de existência a *demanda inicial* e a *citação do réu*. No primeiro caso, o processo iniciado de ofício seria juridicamente inexistente. No segundo caso, é mais difícil enxergar a inexistência de todo o processo, sendo mais fácil aceitar a inexistência de todos os atos que se seguiram à omissão do ato citatório.

7 O Código de Processo Civil vigente cuidou de estabelecer duas hipóteses *expressas* de *inexistência* da sentença: a falta ou invalidade de citação e o fato de a sentença ser proferida com base em norma declarada inconstitucional pelo STF, sendo essas ambas as matérias que podem ser alegadas em caso de execução da sentença, independentemente das formalidades e do prazo decadencial da ação rescisória (art. 475-L, I, e § 1º, e art. 741, I e parágrafo único do CPC).

9 SENTENÇA E COISA JULGADA: SEGURANÇA NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

Luis Guilherme Aidar Bondioli

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito – GVlaw; mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP; advogado.

9.1 Apresentação

Para o estudo do tema *sentença e coisa julgada*, foram selecionadas *situações-problema* e temas que procuram colocar em evidência os limites da *res iudicata* e alguns mecanismos disponibilizados pelo ordenamento jurídico para a impugnação dos julgados e de seus efeitos.

9.2 Situação-problema I

9.2.1 Narrativa

Em uma sociedade anônima há vários sócios alinhados em dois grandes grupos antagônicos. É tomada uma deliberação assemblear eivada por nulidade, que prejudica um desses dois grupos e favorece o outro. Os integrantes do grupo prejudicado pela deliberação tencionam ingressar em juízo para o reconhecimento da sua invalidade, e os componentes do grupo por ela favorecido objetivam tomar as medidas necessárias para preservar o ato no cenário fático-jurídico.

Em que condições o grupo de sócios atingido pela deliberação assemblear deve ingressar em juízo para a preservação de seus interesses? Um único sócio do grupo deve fazê-lo? Todos os sócios devem fazê-lo? Quem deve ser inserto no polo passivo da demanda? Apenas a sociedade ou também os

sócios do grupo antagonônico? Como devem se comportar os sócios do grupo antagonônico diante da demanda?

9.2.2 Problematização

Esta *situação-problema* mexe com os conceitos de pluralidade de legitimados para a impugnação de um mesmo ato, de legitimidade *ad causam*, de litisconsórcio, de unidade e indivisibilidade da relação de direito material, de eficácia e autoridade da sentença e de limites subjetivos da coisa julgada.

Trazendo esses conceitos para a situação em comento, não há dúvida de que qualquer sócio tem legitimidade para, isoladamente ou em conjunto, postular em juízo a invalidação de deliberação tomada em assembleia (*litisconsórcio facultativo*). Também é indubitoso que parte legítima para figurar no polo passivo dessa demanda é essencialmente a sociedade. Não é possível falar em litisconsórcio necessário da sociedade e dos demais sócios nesse caso. Todavia, mesmo que um único sócio ajuíze tal demanda em face da sociedade, todos os demais serão atingidos por eventual invalidação da deliberação assemblear (*eficácia da sentença*), em razão do caráter incindível da relação de direito material: a validade do ato requer tratamento uniforme, típica situação de *litisconsórcio unitário*.

Tendo em vista que alguns sócios podem ter ficado de fora dessa demanda, sem ter oportunidade de defender seus interesses em juízo, seria possível fechar as portas do Poder Judiciário para uma nova demanda, agora por eles proposta, buscando resultado oposto ao obtido no primeiro processo (*autoridade da sentença*)? Para evitar futuras investidas judiciais que frustrem o resultado do primeiro processo, que medidas devem tomar os interessados na invalidação da deliberação assemblear? Trazer todos os sócios para o processo? Porém, isso não pode ser prejudicial para eles próprios, por vincular o seu grupo à coisa julgada e eliminar as chances de uma segunda demanda, ajuizada por outro sócio também prejudicado pela deliberação assemblear, que pudesse trazer o resultado eventualmente não obtido na primeira tentativa?

9.2.3 Contextualização

O tema da invalidação judicial de deliberação assemblear é objeto de acalorados debates na doutrina. Ele envolve típico caso de litisconsórcio facultativo unitário, com várias pessoas autorizadas a postular a cassação do ato, sem a exigência de que todos os interessados sejam integrados ao processo e com a perspectiva de um pronunciamento judicial que se irradia de maneira uniforme para a sociedade e para todos os sócios, incluídos ou não no processo¹.

Em conhecida obra, Liebman (2006, p. 98) apresenta a seguinte solução para o problema:

(...) no caso de acolhimento da impugnação de um sócio, é a deliberação anulada para todos, não porque se tenha uma extensão da coisa julgada além dos seus limites subjetivos, mas tão só porque o efeito extintivo da sentença não pode ser parcial, por causa da natureza e estrutura incidível do ato impugnado, que só pode permanecer ou cair por completo. Permanece, todavia, objeto do pronunciamento judicial, somente a ação do sócio que propôs a impugnação, de modo que, no caso de rejeição, não tem a sentença outro conteúdo que o de declarar a inexistência da ação proposta, sem prejudicar nem impedir as ações dos outros sócios que não foram deduzidas em juízo. Por isso, não se pode dizer que o julgado de rejeição é contraditado pela anulação, necessariamente total, que outro sócio venha a obter separadamente, porque a ação acolhida em tal caso é outra, embora tendente ao mesmo resultado. Expõe a lei a deliberação da assembleia *ab origine* à possibilidade de ações de impugnação isoladas de todos os sócios. O exercício vitorioso de uma delas atinge o escopo comum a todas as outras e, por isso, as absorve e consome; ao revés, a rejeição de uma não prejudica as outras, que são todas entre si independentes e devem poder todas tentar a sua sorte.

Tal raciocínio funda-se em premissa que nem sempre se confirma na prática, qual seja, a da comunhão de interesses dos sócios da empresa. Presume Liebman que aos sócios sempre interessaria a invalidação da deliberação assemblear viciada. Daí a sua conclusão no sentido de que, nessas circunstâncias, a improcedência da demanda não obstará futuras demandas ajuizadas por quem não participou do primeiro processo, a fim de alcançar o resultado ainda não obtido; a procedência da demanda tornaria sem sentido novas demandas, pois o objetivo (supostamente) por todos desejado já teria sido alcançado. Todavia, é perfeitamente possível que existam interesses contrapostos entre os sócios da empresa. Basta atentar para a situação retratada neste estudo, que contempla dois grupos antagônicos dentro da mesma sociedade: um interessado na invalidação do ato irregular e outro disposto a defender a sua subsistência. Naturalmente, este grupo teria todo o interesse não só na subsistência do ato societário mas também de eventual sentença que julgasse improcedente demanda voltada à sua invalidação e atestasse a sua validade, fato que desmonta a premissa assumida por Liebman.

A percepção dessa realidade remete às lições de Barbosa Moreira (1971, p. 282, 285, 289):

(...) não parece razoável negar que a inadmissibilidade das ações subsequentes, após a anulação ou a declaração de nulidade do ato por iniciativa de um dos colegitimados, se relacione com a *auctoritas rei iudicatae* adquirida pela sentença do processo anterior. A explicação segundo a qual essa inadmissibilidade decorreria da simples *falta de interesse* revela-se, a um exame atento, insuficiente: ela só serve para as hipóteses em que os outros colegitimados visem ao *mesmo* resultado já obtido pelo primeiro deles. Mas bem pode acontecer que a algum interesse precisamente resultado *contrário*, ou seja, a declaração judicial da *validade* do ato. Ora, em tal caso, só pelo vínculo da coisa julgada se poderá justificar o impedimento a que o juiz de um segundo processo torne a conhecer a da matéria e, eventualmente, profira decisão oposta à outra.

(...)

Tem-se de reconhecer que a *res iudicata* vincula todos os colegitimados, independentemente do teor da sentença, isto é, quer se tenha julgado procedente, quer improcedente, o pedido do primeiro impugnante.

(...)

Um único meio existe de assegurar a uniformidade da solução na hipótese de serem sucessivos os processos: é vincular ao pronunciamento emitido no primeiro deles, e transitado em julgado, os juízes dos eventuais processos subsequentes. Em outras palavras: ampliar a estes a autoridade da coisa julgada que naquele se constituiu.

Em notas à obra de Liebman, Ada Pellegrini (2006, p. 113-14, 234-235) endossa as palavras de Barbosa Moreira e conclui:

(...) hoje, revendo minha posição anterior, manifestada na 3ª edição desta obra, entendo que mesmo a rejeição do pedido de anulação da assembleia faz coisa julgada *erga omnes*.

(...)

Haverá sempre interesses contrapostos no processo e comunhão de interesses de cada grupo de sócios com uma das partes. É certo inexistir, no ordenamento brasileiro, lei que autorize o sócio a pleitear, em nome próprio, direito alheio. No entanto, a escolha do art. 6º do CPC já foi superada pela doutrina que, antes da entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública, entendeu que, nas obrigações indivisíveis, haveria de se dar uma interpretação mais elástica ao dispositivo, para vislumbrar a legitimação à ação coletiva do membro do grupo, em razão de ser o interesse, ao mesmo tempo, próprio e alheio: ninguém duvida, foi acrescentado, da legitimidade de qualquer credor para, sozinho, reclamar em juízo a prestação. Com maior razão, portanto, uma operação simples de hermenêutica seria suficiente para entender ser o sócio que pretende a anulação da assembleia substituto processual dos demais, que se encontram na mesma situação jurídica. Na mesma causa, os sócios interessados na validade da assembleia são substituídos pela parte contrária. Trata-se simplesmente de observar a natureza das coisas e é exatamente à natureza das coisas que devem se adaptar os princípios e até mesmo as garantias constitucionais.

Ocorre que, em matéria de legitimidade extraordinária, é preciso haver disposição legal expressa a seu respeito. Não há margem para manobras de interpretação. E inexistente na lei regra que autorize a substituição no processo dos sócios excluídos do feito por quem dele participa nessas circunstâncias. Observa Scarpinella Bueno (2006, p. 127): “dada a ausência de uma regra de *legitimação extraordinária* – que deve ser *expressa* na lei –, não há como entender que o sócio(s) que age(m) em juízo o faz(em) em nome dos demais”. Assim, sujeitar aqueles sócios à autoridade da sentença significa extensão ilegítima dos *limites subjetivos da coisa julgada* (art. 472 do CPC), a dano das garantias do acesso à justiça, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF). Essas garantias asseguram a toda e qualquer pessoa a prerrogativa de defender seus direitos e interesses em juízo, por meio de um processo *justo e equo*, no qual haja oportunidade de participação na formação do convencimento do órgão julgador (DINAMARCO, 2001, p. 245). E não toleram a indiscutibilidade e a imutabilidade da sentença para quem não foi legitimamente convidado a participar do processo (ABBUD, 2004, p. 856-857).

Nesse cenário, quando uma demanda voltada à invalidação de deliberação assemblear não envolve todos os sócios da empresa, não parece possível fechar as portas do Poder Judiciário para uma segunda demanda que pretenda colocar em discussão novamente a validade de tal deliberação, agora

ajuizada por quem não participou do primeiro processo. E caso haja um conflito entre as sentenças, ou seja, caso cada uma delas aponte para uma conclusão diversa acerca da regularidade do ato societário, prevalece a que for proferida por último. Seguem as pertinentes observações de Eduardo Talamini (2005, p. 103, 102) acerca do tema:

(...) nesse cenário, por um lado, cabe reafirmar a impossibilidade de a coisa julgada atingir aqueles que não tomaram parte no processo. Por outro, e à falta de solução melhor, é de se reconhecer, *de lege lata*, que no conflito entre duas ou mais sentenças que deem diferente tratamento ao ato único e indivisível, prevalece o pronunciamento mais recente.

(...)

Não fosse assim, conferir aos demais sócios o direito de obter sentença em sentido oposto à primeiramente obtida seria inútil – e equivaleria a se lhes estender a coisa julgada gerada no processo alheio.

Cruz e Tucci (2006, p. 256) pondera que a permissão de uma segunda demanda nessas circunstâncias é a saída mais “técnica e consonante com a moderna dogmática do processo civil”, mas adverte que ela “conspira contra a harmonia de julgados”. De fato, o risco da coexistência de julgados contraditórios existe nessas condições. Ele pode ser minimizado ou até eliminado com a integração à primeira demanda de invalidação do maior número possível de sócios ou de todos eles. Com a participação no processo de todos os legitimados à invalidação da deliberação assemblear, a coisa julgada os vincula e impede futuras demandas que tenham por objeto sua validade. Essa é a proposta de Scarpinella Bueno (2006, p. 127). Todavia, há alguns obstáculos a essa integração, como a falta de disposição legal que force alguém a figurar no polo ativo dessa mesma relação, ou seja, que force alguém a demandar nessas condições, e a impossibilidade de inserir no polo passivo da relação jurídica processual quem não seja contrário ao ato societário (EDUARDO TALAMINI, 2005, p. 102-103).

Para encerrar as considerações relacionadas com a primeira das situações trazidas por este estudo, fica sugestão de Eduardo Talamini (2005, p. 103):

(...) *de lege ferenda*, parece adequado estabelecer norma

expressa determinando a citação de todos os colegitimados para que, querendo, optem por ingressar em um dos polos da ação, e para que fiquem, de todo modo, submetidos à coisa julgada gerada nesse processo em que foram citados.

9.2.4 Estratégias

Na situação de deliberação assemblear inválida, os advogados dos sócios interessados na sua invalidação têm de ser cautelosos ao propor a demanda. É possível vislumbrar duas estratégias de atuação nesse caso. A primeira delas consiste em tentar integrar ao processo todos os legitimados para questionar em juízo a validade do ato societário e, assim, vinculá-los à autoridade da sentença, de modo a evitar uma segunda demanda que traga ao Poder Judiciário a mesma causa e frustre o resultado obtido no processo anterior. Os sócios interessados na manutenção do ato inválido seriam colocados no polo passivo da relação jurídica processual, ao lado da sociedade. Os sócios que tencionam sua invalidação ocupariam o polo ativo dessa relação. Para evitar o risco de somente os membros do grupo interessado na cassação do ato se vincularem à coisa julgada, parece conveniente que seu ingresso no feito fique condicionado à efetiva integração de todos os sócios do grupo rival ao processo.

A estratégia de inserção integral dos sócios na relação jurídica processual tem a conveniência de deixar a decisão judicial a salvo de futuras demandas aptas a frustrar sua eficácia. Todavia, isso tem um efeito dúplice: tanto os sócios do grupo interessado na invalidação da deliberação assemblear quanto os sócios defensores da subsistência do ato societário ficam atingidos pela autoridade da coisa julgada. Em razão disso, fica eliminada a chance de uma segunda e idêntica demanda voltada à cassação da deliberação assemblear, eventualmente não obtida no primeiro processo. Ganha-se em segurança jurídica, mas perde-se antídoto contra eventual insucesso.

As portas ficam abertas para essa segunda demanda na outra possível estratégia a ser adotada pelos advogados do grupo interessado na invalidação da deliberação assemblear, qual seja, a de inserir no polo ativo da relação jurídica processual um único sócio e no polo passivo apenas a sociedade. Aqui, eventual improcedência da demanda não vincula nenhum outro sócio, que pode vir a juízo pedir a invalidação não obtida anteriormente. Porém, mais uma vez, isso tem um efeito dúplice: assim como os demais sócios do grupo interessado na cassação do ato societário não ficam vinculados ao fracasso da primeira demanda, o eventual sucesso dessa também não vincula os sócios do grupo rival, que podem vir a juízo pedir o reconhecimento da validade da deliberação assemblear anteriormente

cassada. Preserva-se o antídoto contra eventual fracasso, mas perde-se em segurança jurídica.

Os advogados dos sócios interessados na preservação da deliberação assemblear devem ficar atentos à estratégia traçada pelo grupo rival. Diante de demanda que busca a integração total dos sócios ao processo, devem avaliar a conveniência da vinculação à autoridade da sentença. Caso julguem conveniente essa vinculação, devem garantir que todos os sócios do grupo antagônico também estejam integrados ao processo. No caso de demanda ajuizada por um só sócio contra a sociedade, devem ponderar a pertinência de provocar a integração dos demais sócios ao processo e da viabilidade dessa integração. Ainda nesse caso, optando por acompanhar o processo de fora da relação jurídica processual, devem ficar atentos ao desenrolar do feito, para possíveis medidas, como a interposição de recurso de terceiro prejudicado e a propositura de nova demanda, voltada ao reconhecimento da validade da deliberação assemblear.

9.3 Situação-problema II

9.3.1 Narrativas

9.3.1.1 Narrativa I

No recurso em mandado de segurança n. 16.391, processado perante o Superior Tribunal de Justiça, *Regina Maria Amaral e Silva Nader* sustenta que, encerrado o espólio de seu pai, deveria ter sido ela citada, na condição de litisconsorte necessária, para compor o polo passivo das demandas que *Inácio Toscano Filho* move em face da *Importadora A.B. e Silva Comércio Ltda.* e de seus sócios, tendo em vista que, com a partilha dos bens, lhe coube 7,5% (sete e meio por cento) do capital social da mencionada empresa. Como não foi citada, ela tenciona o trancamento definitivo de ação de exoneração de sociedade com pagamento de haveres movida por *Inácio Toscano Filho*, declarando a nulidade de todo o processo e a insubsistência da sentença nele proferida, bem como a invalidade da decisão final proferida em medida cautelar que decretou a indisponibilidade sobre os bens da *Importadora A.B. e Silva Comércio Ltda.* Pergunta-se: qual medida deve a herdeira tomar para se insurgir contra as decisões tomadas no processo para o qual ela não foi chamada a participar?

9.3.1.2 Narrativa II

O processo cautelar n. 4.276, instaurado perante o Superior Tribunal de Justiça, remete a demanda de dissolução de sociedade movida por *Antonio Monteiro da Silva Filho*, acionista da empresa *Poligran-Polimentos de Granito do Brasil S.A.* Tal demanda foi dirigida contra os demais acionistas (*Construção e Consultoria de Projetos de Obras Ltda. – CCPO, Agropecuária Nativa Ltda. e Antonio Monteiro da Silva*), invocando a ocorrência de prática de atos lesivos pelos réus e pleiteando, como medida antecipatória, o afastamento deles da sociedade, a fim de que se indicasse um preposto para a administração até a ultimização da liquidação. Após a realização de auditoria contábil, que teria revelado inúmeras irregularidades administrativas, e considerando que o diretor presidente (*Antonio José Sarmiento Toledo*) não tem desempenhado suas funções com a cautela necessária, o juiz afastou-o do seu cargo. Qual medida deve o diretor-presidente tomar para reverter seu afastamento?

9.3.2 Problematização

Os casos práticos narrados anteriormente remetem aos remédios disponibilizados pelo ordenamento jurídico para a pessoa que, sem ser parte no processo, é atingida por decisão judicial nele proferida. Fala-se do recurso de terceiro prejudicado (art. 499 do CPC), da ação rescisória (art. 487, II, do CPC), dos embargos de terceiro (arts. 1.046 a 1.054 do CPC), do mandado de segurança e da ação própria. Como fazer uso deles na prática? Como escolher o remédio adequado para cada situação? É possível lançar mão de mais de um desses remédios para combater a decisão judicial prejudicial?

9.3.3 Contextualização

Como se pode imaginar, o terceiro pode se comportar de diferentes formas diante de pronunciamento judicial prejudicial à sua esfera de direitos e interesses. O art. 499, *caput*, do Código de Processo Civil autoriza sua integração ao próprio processo em que proferido tal pronunciamento, pela interposição de recurso na condição de *terceiro prejudicado*. O art. 487, II, do Código de Processo Civil legitima-o para a propositura de ação rescisória. A jurisprudência abre as portas para o uso do mandado de segurança². Além desses três remédios, ficam à disposição do terceiro os embargos previstos no art. 1.046 do Código de Processo Civil para quem tiver sofrido “turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial”. Ainda, como evidencia a *situação-problema I*, pode o terceiro a qualquer tempo se valer de ação própria para a defesa de seus direitos e interesses.

A pessoa atingida por decisão judicial proferida em processo do qual não

é parte conta com certa liberdade para escolher a ferramenta de que lançará mão para debelar os prejuízos causados por tal decisão. A impetração de mandado de segurança independe da interposição de recurso, nos termos da súmula 202 do Superior Tribunal de Justiça: “a impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso”. Aliás, cabe a pessoa optar por uma ou outra via nessas circunstâncias:

(...) ao permitir o recurso de terceiro prejudicado, o art. 499 do CPC outorga direito potestativo, a ser exercido a critério do prejudicado, cuja inércia não gera preclusão. É lícito ao terceiro prejudicado requerer mandado de segurança contra ato judicial, em lugar de interpor, contra ele, o recurso cabível (Superior Tribunal de Justiça, 2002).

Também cabe a ela escolher entre a impetração de mandado de segurança e a oposição de embargos de terceiro: “é lícito ao terceiro prejudicado requerer mandado de segurança contra ato judicial, em lugar de interpor, contra ele, embargos de terceiro” (Superior Tribunal de Justiça, 2007).

A apontada liberdade de escolha encontra seus limites na aptidão e compatibilidade do remédio escolhido com os danos por debelar. E isso depende das nuances do caso concreto, ou, nas palavras de Cruz e Tucci (2006, p. 178), “da situação a ser enfrentada”. O recurso de terceiro prejudicado é regido pelas regras do recurso disponibilizado à parte para a impugnação de uma decisão. Assim, seus pressupostos de cabimento são os mesmos (BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 294). Isso faz com que o prazo para recorrer da decisão judicial, tanto para a parte quanto para o terceiro, tenha início nas condições expressas no art. 506 do Código de Processo Civil. Se o terceiro não estiver acompanhando de perto o processo, é grande a chance de o prazo para a interposição do recurso já ter se esgotado quando ele tiver contato com a decisão por impugnar. Afinal, ele terá geralmente 15 dias para se insurgir contra o pronunciamento judicial pela via recursal (art. 508 do CPC), contados de evento que acontece à sua revelia (art. 506 do CPC). Nas instâncias ordinárias, o recurso do terceiro é apto a provocar ampla rediscussão das questões atreladas à decisão recorrida, mas há o inconveniente do ingresso no procedimento em estágio avançado. Nos recursos para as instâncias extraordinárias, os inconvenientes são maiores, pois a própria rediscussão das questões tem sua amplitude reduzida, em razão dos rigorosos requisitos para a admissão do recurso, extensivos ao terceiro³. Por fim, registre-se que o terceiro deve demonstrar, para a admissão do seu recurso, a existência

de interesse jurídico afetado direta ou indiretamente pela decisão recorrida; *não basta mero prejuízo de fato* (BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 294)⁴.

A ação rescisória tem seu cabimento atrelado ao trânsito em julgado da sentença a ser impugnada (art. 485, *caput* do CPC). Assim, seria até despiendo dizer que ela não é utilizável pelo terceiro antes do fim do processo no qual foi proferida tal sentença, o que pode significar uma danosa demora para a tutela de seus direitos e interesses. Uma vantagem da ação rescisória é o extenso prazo de dois anos para o seu ajuizamento, contado a partir do trânsito em julgado (art. 495 do CPC). Uma desvantagem é a estreiteza da via rescisória, que somente admite debates em torno das taxativas hipóteses arroladas nos incisos do art. 485 do Código de Processo Civil. Não se rescinde a sentença simplesmente para uma melhor reapreciação da causa; é preciso a existência de um vício qualificado para a rescisão do julgado.

O mandado de segurança oferece prazo razoável e suficiente para que o terceiro o impetre: 120 dias, contados da ciência do ato impugnado (Lei do Mandado de Segurança, art. 18). Outro fator que favorece o uso do mandado de segurança nessas condições é o afastamento pela jurisprudência das súmulas 267 e 268 do Supremo Tribunal Federal quando o impetrante é terceiro, isto é, são irrelevantes para o cabimento da impetração a previsão do recurso de terceiro prejudicado e o fato de a decisão impugnada já ter transitado em julgado (NEGRÃO-GOUVÊA, 2007, p. 1.820)⁵. Mais uma vantagem do mandado de segurança é a celeridade procedimental, que possibilita rápida tutela de direitos e interesses. No entanto, é preciso ter em consideração que o mandado de segurança não possibilita a produção de provas, por exigir direito líquido e certo comprovado de plano para a viabilidade da impetração (LMS, art. 1^o). Isso já levou uma série de julgados a trancar a via mandamental, sob o argumento de que, havendo a necessidade de dilação probatória, adequados seriam, no caso, os embargos de terceiro para a tutela do interessado⁶. Todavia, estando a lesão a direito líquido e certo comprovada de plano, o cabimento concorrente de embargos de terceiro e mandado de segurança contra o mesmo pronunciamento judicial deixa nas mãos do interessado a via a ser escolhida. Repise-se: é possível impetrar mandado de segurança contra ato impugnável também por embargos de terceiro (Superior Tribunal de Justiça, 2007), assim como o é nas circunstâncias em que o pronunciamento judicial seja passível de recurso de terceiro prejudicado.

Os embargos de terceiro têm prazo bastante elástico para o seu oferecimento: no processo de conhecimento, enquanto não transitar em julgado a sentença; no processo de execução, “até cinco dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta” (art. 1.048 do CPC). Isso facilita seu oferecimento. O espaço para a produção de

provas (art. 1.053 do CPC) também é um atrativo desse processo incidental. Desvantagem a ser considerada é a de que os embargos de terceiro prestam-se exclusivamente à tutela da posse de bens (art. 1.046, *caput* do CPC). Assim, para a proteção de outros interesses, é preciso valer-se de diferentes mecanismos disponibilizados pelo ordenamento jurídico.

A ação própria não se vincula a prazo, possibilita a proteção de toda sorte de direitos e permite ampla produção de provas. Todavia, ela não conta com a celeridade oferecida por vias como o mandado de segurança. Além disso, há situações em que a ação própria não é viável. É o que se dá com o titular de relação jurídica dependente da que foi discutida no processo (caso do sublocatário diante do contrato existente entre locador e locatário), por falta de legitimidade *ad causam* (EDUARDO TALAMINI, 2005, p. 121-122).

Diante desse leque de opções, cabe ao terceiro avaliar as circunstâncias do caso concreto e, com cautela, escolher o mecanismo que melhor se amolda às peculiaridades da situação por ele vivenciada. Tal escolha é importante, pois *electa una via, non datur regressus ad alteram*, isto é, tendo a pessoa lançado mão de remédio disponibilizado pelo ordenamento jurídico e sendo o *meritum causae* enfrentado pelo Poder Judiciário, fecham-se as portas para novos debates a respeito do tema².

9.3.4 Estratégias

Nos processos aqui referidos, as pessoas afetadas pela decisão judicial conseguiram comparecer ao feito a tempo de lançar mão do recurso de terceiro prejudicado. No primeiro deles, Regina Maria Amaral e Silva Nader, que não participava até então do processo que culminou com a indisponibilidade dos bens da empresa, apresentou apelação. No segundo, o diretor-presidente interpôs agravo de instrumento contra a decisão que o excluiu da empresa que dirigia. Ocorre que, em ambos os casos, o recurso não se prestou a debelar o prejuízo que atingia Regina Maria Amaral e Silva Nader e o diretor-presidente. Tanto foi assim que os dois impetraram mandado de segurança contra o ato que reputavam danoso aos seus direitos e interesses, na tentativa de neutralizar seus efeitos. A resposta do Poder Judiciário foi a mesma nos dois casos: utilizada uma das vias disponibilizadas pelo ordenamento ao interessado (no caso, o recurso de terceiro prejudicado), ficam prejudicadas as demais (no caso, o mandado de segurança).

Isso reforça afirmativa lançada no tópico anterior: o terceiro deve fazer um correto diagnóstico do caso concreto e escolher adequadamente a ferramenta a ser utilizada, para combater os efeitos da decisão judicial que lhe é prejudicial. No caso de Regina Maria Amaral e Silva Nader, sua condição de

litisconsorte necessário é objetivamente demonstrável e não depende de dilação probatória. Ela acabou levada ao Poder Judiciário por recurso que às vezes demora a ser julgado (apelação), quando poderia ter sido trazida pela via mais célere do mandado de segurança. Lembre-se de que, no combate à decisão judicial proferida, sem a presença de litisconsorte necessário no processo, “qualquer via processual compatível com a situação concreta é apta a veicular pretensões contrárias a uma sentença que seja ineficaz para a parte” (DINAMARCO, 1997, p. 308). Caso se estivesse diante de decisão transitada em julgado, Regina Maria Amaral e Silva Nader poderia se valer também de ação rescisória, estribada no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, por violação ao art. 47 do mesmo dispositivo legal (DINAMARCO, 1997, p. 304-306). Registre-se que, atualmente, a lei autoriza a formulação de pedido de medida urgente para a suspensão instantânea da eficácia da decisão rescindenda (art. 489 do CPC). Na medida em que não se discutia turbação nem esbulho na posse de bens do sócio, a via dos embargos de terceiro não era uma opção a ser considerada por Regina Maria Amaral e Silva Nader.

No caso do diretor-presidente afastado, sua pretensão envolvia o exame de fatos complexos, atrelados à sua gestão à frente da empresa. Isso dificilmente comportaria exame na estreita via do mandado de segurança. A interposição de recurso também não parecia solução das mais adequadas, pois era preciso produzir novos elementos que derrubassem as provas dos autos no sentido da má gestão. De embargos de terceiro e ação rescisória não se podia cogitar: não havia turbação, nem esbulho na posse de bens, nem se estava diante de decisão transitada em julgado. Logo, a saída mais adequada parecia ser demanda autônoma, voltada à sua reintegração ao cargo, e fundada na retidão da gerência da empresa. Para a tutela imediata do seu direito, seria conveniente a formulação de pedido de medida urgente nessa demanda, para a instantânea recondução ao cargo.

9.4 Mecanismos de ataque à coisa julgada

9.4.1 Introdução

Este tópico coloca em evidência mecanismos pensados para o ataque à autoridade da sentença, ou seja, para a ulterior impugnação do julgado por quem participou do processo no qual ele se formou. Propositamente, deixa-se de lado a ação rescisória, que é o remédio conatural para a vulneração da coisa julgada e acerca do qual muito já foi dito pela doutrina e pela jurisprudência. Assim, as luzes serão colocadas sobre outros instrumentos igualmente capazes de vulnerar a

sentença transitada em julgado e as condições em que eles podem ser utilizados.

9.4.2 Problematização

As ferramentas criadas para a vulneração da coisa julgada pelos participantes do processo escolhidas para análise neste estudo são a oposição à execução com fundamento na *falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia* (arts. 475-L, I, e 741, I, do CPC), a oposição à execução com lastro em *sentença fundada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal* (arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único do CPC) e a chamada *relativização da coisa julgada*. Em que condições é possível utilizar essas ferramentas? Quais os requisitos para tanto? É possível falar em *relativização da coisa julgada*?

9.4.3 Contextualização

Inicialmente, fala-se de duas especiais hipóteses de oposição à execução. A primeira vem prevista no inciso I dos arts. 475-L e 741 do Código de Processo Civil: *falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia*. A falta de comunicação sobre a existência do processo libera o réu da imutabilidade e da indiscutibilidade da sentença, levando à desconstituição desta. Todavia, é requisito para tanto que o réu em nenhum momento tenha participado do processo, ou seja, que o processo tenha se desenrolado à sua revelia (NEGRÃO-GOUVÊA, 2007, p. 899). Se ele em algum momento se integrou à relação jurídica processual, a nulidade ou a inexistência de citação deixa de ser relevante. Nessas circunstâncias, não é comum a rescisão da sentença proferida em sede de arbitragem com fundamento na regra do inciso I dos arts. 475-L e 741. No caso de execução fundada em título formado em processo arbitral instaurado por compromisso, há inequívoca participação do executado no ato de instituição do processo. Ele sabe da sua existência e tem exata noção do seu objeto. Pode-se dizer que a assinatura do compromisso na presença dos árbitros gera os mesmos efeitos da citação, o que fecha as portas para a rescisão da sentença com fundamento no inciso I dos arts. 475-L e 741. Já em execução amparada por título formado em processo arbitral instaurado com fundamento em cláusula compromissória, é possível a rescisão da sentença arbitral em sede de oposição à execução, tanto nas hipóteses de *cláusula cheia* (Lei de Arbitragem, art. 5º), quando a parte não é devidamente comunicada da instauração da arbitragem, quanto nos casos de *cláusula vazia* (LArb, art. 6º), quando é irregular ou inexistente a citação para a demanda judicial de cumprimento específico (LArb, art. 7º). Logicamente, a rescisão da sentença arbitral nessas circunstâncias depende do fato de o executado não ter em nenhum

momento participado do processo arbitral.

A segunda hipótese de oposição à execução que pode conduzir à vulneração da coisa julgada vem descrita no § 1º do art. 475-L e no parágrafo único do art. 741: *sentença fundada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal*. Em acórdão, o Ministro Teori Zavascki (Superior Tribunal de Justiça, 2005) traz os contornos dessa regra:

(...) o parágrafo único do art. 741 do CPC, buscando solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição, agregou ao sistema de processo um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Sua utilização, contudo, não tem caráter universal, sendo restrita às sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideradas as que (a) aplicaram norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), ou (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional ou, ainda, (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional (2ª parte do dispositivo). Indispensável, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado), mediante (a) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou (b) mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, (c) mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte). Estão fora do âmbito material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g, as que a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado), b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem autoaplicabilidade, c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou autoaplicável, d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.

Nesse acórdão, chama a atenção o entendimento no sentido de que declarações de inconstitucionalidade levadas a efeito pelo Supremo Tribunal Federal em sede de *controle difuso* de constitucionalidade autorizariam a vulneração da sentença transitada em julgado.⁸ Eduardo Talamini (2005, p. 449) pondera que a inconstitucionalidade reconhecida em controle difuso pelo

Supremo Tribunal Federal somente autoriza oposição à execução fundada no § 1º do art. 475-L e no parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil “quando houver – e nos limites em que houver – ‘suspensão da execução’ da lei inconstitucional pelo Senado”, com fundamento no art. 52, X, da Constituição Federal.

Na visão de Theodoro Júnior (2005, p. 57), a existência de prévio pronunciamento da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal não deveria figurar como requisito para a oposição à execução nessas circunstâncias. O jurista mineiro chegou até a sugerir que o dispositivo legal a respeito do tema trouxesse a seguinte redação: “ser a sentença contrária à disposição da Constituição ou estar fundada em lei ou ato normativo inconstitucional”. Sua justificativa:

(...) a inexigibilidade de uma sentença inconstitucional não pode estar condicionada apenas à hipótese de declaração em ação direta julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Esse tipo de nulidade, que é plena, decorre da própria contradição entre o ato sentencial e a ordem constitucional (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 57).

Consigne-se que a mitigação da coisa julgada prevista no § 1º do art. 475-L e no parágrafo único do art. 741 fica na dependência da inexistência de outros fundamentos autonomamente suficientes para dar apoio à sentença. Se, uma vez extirpada a inconstitucionalidade da decisão, subsistirem argumentos que lhe deem sustento, não há espaço para se falar em inexigibilidade do título. Além disso, como é natural, eventual inexigibilidade terá a exata dimensão da inconstitucionalidade. Logo, se houver capítulos da sentença que não tenham relação com a parcela da decisão fulminada pela inconstitucionalidade, sua exequibilidade subsiste.

Outra forma de vulneração da coisa julgada, além das previstas expressamente na lei, vem tomando corpo na doutrina recentemente, com esporádicas manifestações favoráveis na jurisprudência. Trata-se da ideia de *relativização* da coisa julgada. Essa ideia se pauta em situações de colisão *particularmente grave* entre os valores *justiça* e *segurança*, em que aquela deva excepcionalmente prevalecer sobre essa, em prol de valor igualmente caro ao ordenamento jurídico, que à luz das peculiaridades do caso concreto fala mais alto do que a imutabilidade e a indiscutibilidade do julgado. Nesse sentido: Eduardo Talamini (2005, p. 561 e s.), Cândido R. Dinamarco (2002, p. 33 e s.), José Augusto Delgado (2002, p. 77), Theodoro Júnior (2002, p. 123 e s.) e Bruno

Vasconcelos Carrilho Lopes (2004, p. 372 e s.). Tal prevalência se operaria independentemente da apresentação de ação rescisória, bastando a formulação de pretensão voltada à declaração de ineficácia da coisa julgada, quer em demanda especificamente ajuizada para tanto, quer no contexto de outra demanda, em caráter *incidenter tantum*. São adeptos dessa posição: Eduardo Talamini (2005, p. 614 e s.), Dinamarco (2002, p. 69-71), Theodoro Júnior (2002, p. 148 e s.) e Bruno Lopes (2004, p. 395)⁹.

Não foram poucas as vozes que se levantaram contra essa ideia de *relativização*. Dentre os argumentos trazidos contra a tese, destacam-se:

- a falta de apoio na lei para o pretendido elastério às hipóteses de vulneração da coisa julgada, posição defendida por Barbosa Moreira (2005, p. 50-51 e 61) e Nery Junior (2004, p. 512 e 522);
- a sujeição das decisões judiciais a indiscriminados ataques, inclusive contra o próprio pronunciamento encarregado da *relativização*, e a *dano* da segurança nas relações sociais e do escopo jurisdicional de pacificação social, como acham Barbosa Moreira (2005, p. 50), Nery Junior (2004, 507 e 511) e Marinoni (2004, p. 70);
- a inviabilidade da constante repetição da prestação da atividade jurisdicional para uma mesma situação da vida (BARBOSA MOREIRA, 2005, p. 50);
- as dificuldades e a alta dose de subjetivismo e casuismo na identificação das situações *particularmente graves* em que o valor segurança devesse ser deixado de lado, de acordo com Barbosa Moreira (2005, p. 51-52), Ovídio Batista (2004, p. 33-35) e Marinoni (2004, p. 71);
- a necessária prevalência da segurança sobre a justiça, uma vez ultrapassadas todas as oportunidades disponibilizadas pelo legislador para a obtenção desta, conforme Barbosa Moreira (2005, p. 48) e Nery Junior (2004, p. 511);
- a falta de um mecanismo adequado para a efetivação da *relativização*, na medida em que a maioria das propostas para tanto deixam abertas as portas para que um juiz de primeira instância decida em que situações um acórdão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça deva prevalecer no caso concreto (BARBOSA MOREIRA, 2005, p. 58-59).

Nesse cenário, foram raras as vezes em que os tribunais superiores afastaram a *segurança* e a coisa julgada em prol da *justiça*. Tem-se conhecimento de duas ordens de questões que levaram o Superior Tribunal de Justiça (2001) a assim proceder: os avanços científicos em matéria de investigação de paternidade, em prol do estabelecimento da verdade real no que diz respeito ao estado das pessoas, e afrontas aos princípios constitucionais da *moralidade* e da *justa indenização*, de modo a proteger o erário em matéria de desapropriação (Superior Tribunal de Justiça, 2004).

Nenhum dos conhecidos casos de *relativização* da coisa julgada tem aplicação direta às relações empresariais, embora o caso do DNA possa fornecer subsídios para tanto. Aqui, o cerne da questão consiste em “a descoberta científica poder demonstrar a erronia da solução dada anteriormente ao litígio, em época na qual não era possível contar com determinada prova” (BARBOSA MOREIRA, 2005, p. 61). A transposição dessa ideia para outras searas, em que haja significativos valores por proteger, pode possibilitar o uso das brechas abertas pela jurisprudência para a *relativização* da coisa julgada. Em parecer intitulado *Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional*, Paulo Cezar Carneiro (2006, p. 239) dá o seguinte exemplo:

(...) transita em julgado uma sentença que tenha reconhecido que uma determinada fábrica poderia continuar a funcionar, porque a sua atividade não era poluente. Posteriormente, um dado científico com absoluto grau de certeza contradiz a perícia então realizada, que serviu de base para a sentença, sendo certo que a continuação da atividade poluidora poderá causar danos irreversíveis à saúde da população do local onde a fábrica funciona. Nesta hipótese, a garantia da coisa julgada não pode se sobrepor à garantia da própria vida com saúde daqueles moradores, sendo, portanto, possível uma nova apreciação daquela mesma situação de fato.

De todo modo, fica o alerta de que em relações empresariais dificilmente se encontrarão valores tão relevantes aos olhos do ordenamento jurídico, como o estado das pessoas, a moralidade administrativa e a justa indenização para a viabilização da *relativização* da coisa julgada. Além disso, qualquer investida voltada à *relativização* da coisa julgada tem que levar em conta todos os obstáculos levantados pela doutrina contrária a esse mecanismo de vulneração da *res iudicata*.

9.4.4 Estratégias

As ferramentas disponibilizadas para a vulneração da coisa julgada pelas próprias partes têm como nota característica a excepcionalidade. Dos remédios legalmente previstos, a oposição à execução fundada em falta ou nulidade de citação (arts. 475-L, I, e 741, I, do CPC) é de rara utilização prática, na medida em que vinculada a especialíssimos casos em que o réu não foi comunicado da instauração do processo e a ele ficou totalmente alheio. A oposição fundada em afronta à Constituição Federal (arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único do CPC) pode até se fazer um pouco mais presente no dia a dia das relações empresariais (p. ex.: em questões tributárias), mas não perde o caráter excepcional, por somente autorizar a rescisão do julgado portador de inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

A ideia de *relativização* da coisa julgada material, que não conta com previsão expressa em lei, tem caráter ainda mais excepcional. Mesmo os defensores desse mecanismo de quebra da coisa julgada chamam a atenção para essa excepcionalidade, que ganha cores ainda mais fortes quando o tema é *relações empresariais*. Afinal, já se disse que em relações dessa natureza dificilmente estarão em jogo valores que levem o Poder Judiciário a abdicar da coisa julgada para defendê-los. Como se isso não bastasse, é preciso levar em conta, ainda, os inúmeros obstáculos colocados para a aplicação prática dessa ideia pela doutrina que lhe é contrária.

Nesse cenário das ferramentas analisadas, a que tende a se fazer um pouco mais presente no cotidiano das relações empresariais é a oposição à execução atrelada à inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. As demais, como visto, ou serão de rara utilização prática ou não contarão com suporte material para seu uso ou ainda sucumbirão ante os apontados obstáculos. Por isso, é preciso ter em conta que a ação rescisória continuará a ocupar lugar de destaque entre os mecanismos concebidos para a quebra da coisa julgada, quando o tema é *relações empresariais*. E ter atenção para não deixar passar a oportunidade de lançar mão dessa conatural ferramenta de rescisão da sentença, pois dificilmente haverá outras brechas para a vulneração do julgado.

9.5 Conclusão

As *situações-problema* e os temas trazidos neste estudo foram escolhidos por estarem estreitamente vinculados aos institutos *sentença* e *coisa julgada*.

A situação envolvendo litígio em torno da validade de deliberação

assemblear procura colocar em evidência fenômenos comuns aos casos de litisconsórcio unitário e facultativo, quais sejam, a repercussão da sentença na esfera de direitos e interesses de quem não participa do processo e a delimitação da autoridade da coisa julgada nessas circunstâncias. O estudo dessa situação é relevante para a advocacia empresarial, pois é comum deliberações assembleares despertarem discussões a respeito da sua validade e regularidade, motivo pelo qual os advogados precisam estar atentos para as condições que balizam essas discussões. Sobretudo, é preciso atenção com as pessoas legitimadas para a impugnação do ato e sujeitas a eventual decisão judicial a seu respeito, bem como com a sua inserção na relação jurídica processual. Isso é determinante, por exemplo, para evitar surpresas, como a instauração de um segundo processo sobre o mesmo tema, agora iniciado a requerimento de quem não participou da primeira demanda e não está sujeito à imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, fato que deixa as portas abertas para a coexistência de julgados contraditórios e coloca em risco a estabilidade nas relações empresariais. Nesse contexto, procurou-se demonstrar os cuidados que devem cercar a atuação do advogado do autor de demanda voltada à invalidação de deliberação assemblear e do patrono de sócio não incluído no processo ou interessado na defesa dessa deliberação.

O tópico *situação-problema II* procura chamar a atenção para a possibilidade de uma decisão em litígio empresarial atingir prejudicialmente quem não faz parte da relação jurídica processual. Os casos ali retratados mostram ser esse um fenômeno comum, daí a pertinência da sua seleção. E o advogado na área empresarial precisa saber lidar com ele, principalmente no que diz respeito à escolha do mecanismo adequado para combater o prejuízo experimentado pelo seu cliente, que não participa do processo onde foi proferida a decisão prejudicial. Há um arsenal à disposição do advogado: recurso de terceiro prejudicado, ação rescisória, embargos de terceiro, mandado de segurança e ação própria. Cada uma dessas armas tem suas particularidades, que envolvem vantagens e desvantagens, e devem ser sopesadas com o intuito de encontrar as circunstâncias adequadas para o seu uso.

Por fim, as considerações feitas em relação às ferramentas voltadas à vulneração da coisa julgada são importantes para mostrar que, nas causas empresariais, a ação rescisória continua como o instrumento mais importante para a rescisão da sentença. E os advogados não devem deixar passar em branco a oportunidade de lançar mão dela quando tencionarem retirar do cenário jurídico a sentença que é prejudicial a seu cliente e transitou em julgado. Tanto a oposição à execução apta a rescindir o julgado quanto a *relativização* da coisa julgada não encontram campo fértil na seara empresarial, e o que parece mais apto a trazer algum resultado nessas circunstâncias é o mecanismo previsto no § 1º do art. 475-L e no parágrafo único do art. 741.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O conceito de terceiro no processo civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, 2004.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Coisa julgada relativa? **Revista dos Tribunais**, v. 821, p. 29-38, mar. 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada: extensão subjetiva. Litispendência. Ação de nulidade de patente. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Direito processual civil (ensaios e pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. **Revista Forense**, v. 377, p. 43-61, jan./fev. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 226.436, Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, j. 28-6-2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 435.102, Terceira Turma. Relator Ministro Menezes Direito, j. 20-9-2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 554.402, Primeira Turma. Relator Ministro José Delgado, j. 21-9-2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 622.405, Primeira Turma. Relatora Ministra Denise Arruda, j. 14-8-2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 721.808, Primeira Turma. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 1-9-2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 819.850, Primeira Turma. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 1-6-2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 5.301, Primeira Turma. Relator Ministro Garcia Vieira, j. 15-3-95. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 7.087, Quarta Turma. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, j. 24-3-97. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 14.266, Primeira Turma. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 23-4-2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 14.554/PR, Primeira Turma. Relator Ministro Francisco Falcão, j. 28-10-2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%28%22FRANCISCO+FALC%C3O%22>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 15.725, Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 28-6-2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 20.927, Terceira Turma. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 16-5-2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 21.364, Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 11-4-2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 22.741, Terceira Turma. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 18-6-2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22Terceira+Turma%22%29.org.&processo=22741&&b=ACOR&f>>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.095, Quarta Turma. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, j. 15-3-2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.748, Terceira Turma. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 2-8-2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional. Parecer publicado. **Revista Forense**, v. 384, p. 229-241, mar./abr. 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. 1v.

_____. **Litissôrcio**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvido Aires e Notas relativas ao direito brasileiro de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Coisa julgada e justiça das decisões. **Revista de Processo**, n. 116, p. 372-400, jul./ago. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material? **Revista dos Tribunais**, v. 830, p. 55-73, dez. 2004.

NEGRÃO, Theotônio; NEGRÃO-GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A coisa julgada inconstitucional e os

instrumentos processuais para seu controle. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (Código de Processo Civil, art. 741, parágrafo único). **Revista dos Tribunais**, v. 841, p. 56-76, nov. 2005.

ZAVASCKI, Teori. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único, do CPC. **Revista de Processo**, v. 125, p. 79-91, jul. 2005.

1 “Na ação de nulidade de deliberação tomada em assembleia de sociedade anônima, é ré somente a sociedade; não são litisconsortes passivos necessários nem os acionistas, nem os favorecidos pela deliberação (RT 624/76 e *RJTJESP* 109/142)” (NEGRÃO-GOUVÊA, 2007, p. 190).

2 “O terceiro prejudicado por decisão judicial, prolatada em processo do qual não foi parte, pode impetrar mandado de segurança para defender direito violado, mesmo que a decisão tenha transitado em julgado, vez que o processo judicial transcorreu sem o seu conhecimento” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 14.554/PR, Primeira Turma. Relator Ministro Francisco Falcão, j. 28-10-2003. Deram provimento parcial, voto unânime. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%28%22FRANCISCO+FALC%C3O%22 Acesso em: 18 maio 2010). No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 22.741, Terceira Turma. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 18-6-2007. Deram provimento, voto unânime. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22Terceira+Turma%22%29.org.&processo=22741&&b=ACOR&pf> Acesso em: 18 maio 2010; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 7.087, Quarta Turma. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, j. 24-3-97. Deram provimento, voto unânime. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

3 Por exemplo: “Prequestionamento e recurso especial de terceiro prejudicado. Também o terceiro, que se considere juridicamente atingido pela decisão,

haverá de apresentar pedido de declaração, se o tema que pretende versar não houver sido examinado pelo acórdão' (STJ, Terceira Turma, REsp 248.08 9/PR, rel. p. o ac. Min. Eduardo Ribeiro, 6-6-2000, não conheceram, dois votos vencidos, DJU 28-5-2001, p. 158)" (NEGRÃO-GOUVÊA, 2007, p. 2003).

4 Nesse sentido, também a jurisprudência: "O terceiro que possua interesse eminentemente econômico não tem legitimidade para interpor recurso" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 15.725, Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 28-6-2005. Negaram provimento, voto unânime. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010).

5 Ainda sobre o cabimento de mandado de segurança impetrado por terceiro contra decisão transitada em julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 14.554/PR, Primeira Turma. Relator Ministro Francisco Falcão, j. 28-10-2003. Deram provimento parcial, voto unânime. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%28%22FRANCISCO+FALC%C3%22

Acesso em: 18 maio 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 22.741, Terceira Turma. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 18-6-2007. Deram provimento, voto unânime. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%22Terceira+Turma%22%29.org.&processo=22741&&b=ACOR&p>

Acesso em: 18 maio 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 7.087, Quarta Turma. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, j. 24-3-97. Deram provimento, voto unânime. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

6 São exemplos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.095, Quarta Turma. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, j. 15-3-2007. Negaram provimento, voto unânime. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 21.364, Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 11-4-2006. Negaram provimento, voto unânime. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 5.301, Primeira Turma. Relator Ministro Garcia Vieira, j. 15-3-95, Negaram provimento, voto unânime. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

7 Por exemplo: "Não cabe mandado de segurança de terceiro prejudicado que interpôs recurso contra o ato judicial objeto da impetração" (BRASIL. Superior

Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 20.927, Terceira Turma. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 16-5-2006. Negaram provimento, voto unânime. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010). Ainda: “Falta interesse de agir na impetração de mandado de segurança quando o impetrante já opôs embargos de terceiro dirigidos ao ato judicial supostamente coator” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 23.748, Terceira Turma. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 2-8-2007. Negaram provimento, voto unânime. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010).

8 Esse entendimento foi ulteriormente reafirmado com maior ênfase: “Não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, parágrafo único: ‘Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão’), e, no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (art. 741, parágrafo único do CPC; art. 475-L, § 1º, redação da Lei n. 11.232/05)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 819.850, Primeira Turma. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 1-6-2006. Negaram provimento, voto unânime. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010). Em sede doutrinária, conferir Teori Zavasck (2005, p. 87-88).

9 Na jurisprudência, sobre os mecanismos disponibilizados para a relativização da coisa julgada, conferir BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 622.405, Primeira Turma. Relatora Ministra Denise Arruda, j. 14-8-2007. Negaram provimento, dois votos vencidos. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

10 ESTRATÉGIAS NA ESCOLHA E NA UTILIZAÇÃO DE MEIOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EMPRESARIAIS

Rafael Francisco Alves

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito – GVlaw; bacharel e mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo – USP; LL.M. New York University – NYU.

10.1 Introdução

Este capítulo foi concebido para servir como introdução a um curso que tenha como mote a elaboração de estratégias processuais para a advocacia voltada ao direito empresarial. Fala-se em *estratégia* para designar uma perspectiva diferenciada dos meios de composição: a perspectiva que prioriza a análise das soluções jurídicas do ponto de vista de sua funcionalidade para uma das partes (nesse contexto, uma empresa), que inclui o gerenciamento racional e integrado de variáveis como custo e tempo, aliadas a uma preocupação com a qualidade das decisões e de todo o processo compositivo¹. De nada adianta ter um processo eficiente se ele produz resultados insatisfatórios. Pensar estrategicamente os meios de composição de conflitos é pensá-los, portanto, em vista de sua funcionalidade em termos de eficiência e qualidade para uma das partes.

Cabe ressaltar, desde já, que os propósitos deste texto são exclusivamente didáticos, sem quaisquer outras pretensões acadêmicas. Não há nenhuma tese a ser aqui defendida. Procura-se apenas auxiliar os alunos em seu processo de aprendizagem, para que eles mesmos possam apreender informações e desenvolver as habilidades relacionadas com o olhar estratégico dos meios de composição, com vista ao seu aperfeiçoamento profissional.

Nesse sentido, este texto tem como objetivo mais específico a apresentação de algumas estratégias para a escolha e a utilização dos mais diversos meios de composição de conflitos empresariais, o que inclui, além do processo judicial, a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem,

dentre outros tidos como *meios alternativos de solução de conflitos* (em inglês, *Alternative Dispute Resolution* ou simplesmente *ADR*). Na verdade, melhor seria falar simplesmente em meios extrajudiciais de composição, ao lado do processo judicial, para evitar qualquer risco de comparação indevida².

Antes de aprofundar o olhar estratégico sobre o processo judicial em específico, é importante situá-lo em um contexto mais abrangente e refletir estrategicamente sobre a escolha do meio de composição a ser utilizado.

Quando uma empresa procura a assistência de um advogado, ela objetiva, em primeiro lugar, a resolução de seu problema jurídico, não necessariamente o ajuizamento de uma ação judicial. Por isso, a escolha pelo processo judicial deve ser consciente e planejada, não sendo ele a única opção para a composição de conflitos empresariais. Assim, as preocupações dos advogados de empresas não podem mais se resumir ao tradicional dilema *ajuizar ou não a demanda e em que termos fazê-lo*. Hoje, mais do que um litigante, espera-se que o advogado seja um efetivo solucionador de problemas. Em outras palavras, já não basta conhecer os meandros de um processo judicial e as vicissitudes existentes em cada uma de suas etapas; é preciso pensar estrategicamente esse meio de composição e dimensioná-lo no contexto mais amplo das demais técnicas de resolução de conflitos. Sem essa análise referencial, não será possível atender aos reclamos das empresas por uma resolução efetiva de seus problemas. As empresas estão constantemente buscando a alocação mais eficiente de seus recursos e os advogados precisam estar preparados para atender a essa demanda, inclusive, e especialmente, no momento de escolher o meio de composição de conflitos.

Para cumprir os objetivos apresentados, o presente texto foi dividido em três partes: em primeiro lugar, a descrição de uma situação-problema, cuja narrativa, devidamente problematizada e contextualizada, servirá como pano de fundo para as discussões estratégicas subsequentes, que constituem os estágios necessários para uma composição efetiva³: a compreensão adequada do conflito, a identificação da técnica mais adequada para a sua resolução e o manejo adequado da técnica escolhida. Ao final, uma síntese conclusiva.

10.2 Uma situação-problema

10.2.1 Narrativa

Quando se discutem as estratégias envolvidas na escolha e na utilização dos meios de composição de conflitos empresariais, alguns casos paradigmáticos

vêm à mente⁴, sendo um deles o conhecido caso CAOAO vs. Renault⁵. Ele é formado, na verdade, por diversas ações judiciais ajuizadas sucessivamente perante o Poder Judiciário brasileiro, notadamente perante a Justiça Paulista, além de uma arbitragem administrada pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI).

Antes de apresentar algumas dessas fases judiciais e arbitrais, convém expor os fatos que deram origem ao conflito⁶. De 1992 a 1995, a CAOAO foi a representante da Renault francesa no Brasil, sendo responsável pela importação de veículos, revenda e manutenção em agências próprias, além da distribuição para uma rede de concessionárias. Em 1996, o grupo francês, desejando gerenciar diretamente os seus negócios no Brasil, decide se estabelecer no país. Para tanto, já ao final de 1995, notifica a CAOAO para informá-la de que os contratos em vigor não seriam prorrogados, pois a Renault do Brasil Automóveis Ltda., subsidiária que havia sido constituída, assumiria os negócios por sua própria conta e risco a partir de 1º de janeiro de 1996. Diante disso, a CAOAO propôs a renegociação dos termos dos contratos e um novo ajuste foi feito em 27 de janeiro de 1996, consistindo na manutenção parcial da relação anterior, com a compensação de eventuais perdas suportadas pela CAOAO. Em março de 1996, a Renault firmou um protocolo com o Estado do Paraná para a construção de uma fábrica de automóveis, o que, segundo a CAOAO, teria comprometido o cumprimento do ajuste feito em 27 de janeiro. Após diversas ações judiciais, os dois grupos fizeram um acordo para por fim ao conflito, firmando então um instrumento particular de convenção de perícia contábil. Essa perícia, contudo, não chegou a ser realizada. Diante desse quadro, e em virtude da cláusula compromissória que constava do referido instrumento, mesmo sem a realização da perícia, a Renault tomou a iniciativa de dar início a uma arbitragem perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (Paris), arbitragem esta sediada em Nova York. A partir daí, tem início uma série de ações judiciais propostas pelo grupo CAOAO.

A primeira demanda movida pela CAOAO foi uma ação de instituição de arbitragem com o objetivo de firmar compromisso judicial para estabelecer uma nova arbitragem, já que a autora se recusava a se submeter ao procedimento que estava em curso perante a Câmara de Comércio Internacional (CCI) – o grupo CAOAO também ressaltava a importância de se proceder à perícia contábil antes de ser iniciada a arbitragem, nos termos da cláusula de composição. Indeferidas as preliminares apresentadas pela Renault em contestação (carência de ação pela existência de convenção de arbitral, inépcia da inicial, cerceamento de defesa por não haver tempo hábil para o exame da documentação constante da inicial e nulidade da citação da ré), essa interpõe agravo de instrumento (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São

Paulo, 1999)⁷, obtendo liminarmente o efeito suspensivo para paralisar o curso do processo em primeira instância – a CAO A chegou a interpor um agravo regimental contra essa liminar, mas, depois, acabou por desistir do recurso. No julgamento do agravo, todas as preliminares foram novamente afastadas, com exceção da carência de ação por existência de convenção de arbitragem, que foi reconhecida, extinguindo-se, então, o processo sem julgamento do mérito, de acordo com o art. 267, VI e VII, do Código de Processo Civil. Após longa e detalhada argumentação, em que afasta, inclusive, a suposta inconstitucionalidade da Lei n. 9.307, de 1996, questão que, à época, ainda estava sendo debatida no Supremo Tribunal Federal, o relator deixa clara a distinção entre cláusulas compromissórias cheias e vazias e, no primeiro caso, ressalta a desnecessidade do compromisso arbitral para a instauração da arbitragem. Por ser essa, segundo ele, a hipótese do caso em tela, o processo deveria ser extinto sem julgamento do mérito, tal como foi feito, por unanimidade de votos. Esse acórdão ainda foi objeto de um Recurso Especial interposto pela CAO A (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2001)⁸, o qual, todavia, teve negado o seu seguimento por falta de interesse processual, diante do posterior reconhecimento da competência da CCI por parte da recorrente.

Antes, porém, de reconhecer a competência da CCI, a CAO A chegou a mover uma ação de nulidade da convenção de arbitragem e do termo de arbitragem em 28 de julho de 1999. Foi pedida e concedida a antecipação dos efeitos da tutela para suspender a arbitragem que se desenvolvia em Nova York (medida antiarbitragem). Interposto agravo de instrumento pela Renault, o recurso foi provido para revogar a tutela antecipada concedida, sob o fundamento de inexistir verossimilhança das alegações e receio de dano irreparável ou de difícil reparação (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2000).

Prosseguindo a arbitragem, foi proferida uma sentença parcial em Nova York, a qual foi objeto de uma ação declaratória de inexistência ajuizada pela CAO A. Nessa ação, proposta em janeiro de 2003, a CAO A pleiteava, em síntese: (i) a declaração de inexistência jurídica da sentença parcial, (a) porque, quando foi proferida, já estava extinto o processo arbitral por decurso de prazo para a prolação da sentença definitiva e (b) porque tratar-se-ia de uma sentença parcial, figura inexistente na ordem jurídica brasileira; (ii) subsidiariamente, a decretação da nulidade da sentença parcial; (iii) ainda, a decretação de nulidade por violação do direito à prova; (iv) a declaração da extinção do processo arbitral, por decurso de prazo; (v) a declaração de estar extinta a eficácia da cláusula compromissória, em virtude do decurso de prazo; finalmente (vi) a declaração de seu direito de agir em juízo. O pedido de antecipação dos efeitos da tutela para suspender o processo arbitral (medida antiarbitragem) e autorizar

as autoras a ingressarem no juízo estatal foi negado, o que deu causa à interposição de recurso de agravo de instrumento (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2003)⁹. Por unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso, porque (i) o pedido de tutela antecipada seria inócuo, tendo em vista que a determinação de suspensão do procedimento arbitral não seria acolhida pelos árbitros, já que emanada de *jurisdição incompetente*; (ii) faltariam os requisitos de prova inequívoca em convencimento da verossimilhança das alegações da parte, bem como da possibilidade de dano iminente ou de difícil reparação, dada a necessidade de homologação da sentença estrangeira em nosso país; e, por fim, (iii) o juízo de deliberação sobre sentença arbitral estrangeira competiria exclusivamente ao STF¹⁰. Em 10 de março de 2005, a sentença de primeira instância (26ª Vara Cível, Processo n. 11.082/2003), julgando antecipadamente a lide, extinguiu o processo sem resolução do mérito (art. 267, VII, do CPC), prescrevendo:

a espécie foi mesmo do art. 267, VII, do Código de Processo Civil, donde a impossibilidade do conhecimento do tema posto em debate, a despeito da falta de jurisdição para desconstituição de decisão proferida por juízo estrangeiro, daí a extinção do feito sem análise do mérito, mesmo considerando a inadequação da via declaratória para a desconstituição de ato jurídico, coisa cediça na processualística¹¹.

Em sede de apelação (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2006), as autoras, além de reiterarem os argumentos expostos na inicial e indicados acima, pediram a rejeição da preliminar de falta de jurisdição, por tocar à Justiça brasileira a apreciação da causa¹², solicitando ainda a anulação da sentença por falta de motivação. No acórdão, a 25ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso, dizendo, em síntese, que é válida tanto a sentença judicial – porque motivada, ainda que sucintamente – quanto a sentença arbitral, porque o prazo para a sua prolação restou prorrogado tacitamente pelas partes, tendo decaído ainda o direito de alegar eventual nulidade pelo decurso do prazo de 90 dias, além da existência de convenção de arbitragem para ensejar a extinção do processo.

Embora o caso tenha tido outros desdobramentos, para os propósitos do presente texto, basta a narrativa apresentada.

10.2.2 Problematização e contextualização

Não se pretende aqui, de modo algum, discutir o acerto ou o desacerto das estratégias que cada uma das partes adotou nesse caso, mesmo porque isso seria totalmente inapropriado, havendo óbices ético-legais para tal abordagem. A proposta, pelo contrário, é outra: o caso, em toda a sua complexidade, fornece uma série de dados objetivos que devem ser levados em consideração no momento de se pensar em estratégias para a escolha e a utilização dos meios de composição. Assim, ele servirá apenas como pretexto ou pano de fundo para a discussão a ser conduzida.

Mas, afinal, o que pode ser extraído, em termos de estratégias processuais, da descrição que acaba de ser feita? Dividindo-se a análise em dois momentos distintos, seguindo a ordem indicada na introdução, pode-se falar, em primeiro lugar, em estratégias para a escolha dos meios de composição e, em segundo lugar, em estratégias na utilização dos meios escolhidos. No primeiro caso, a descrição feita permite discutir algumas estratégias relacionadas com a escolha entre três alternativas de composição: negociação, arbitragem com perícia técnica e processo judicial. No segundo caso, a descrição feita revela algumas das questões mais complexas que podem ser enfrentadas quando se faz a opção pela técnica da arbitragem: de modo geral, a delicada relação entre a arbitragem e o Poder Judiciário e, de modo mais específico, as vicissitudes que podem surgir no momento da instauração da arbitragem (decorrentes de cláusulas mistas ou escalonadas, contendo uma etapa prévia de perícia contábil, por exemplo) ou mesmo durante o processo arbitral (as medidas antiarbitragem, por exemplo) e ainda após a prolação de uma sentença arbitral (as ações de nulidade, por exemplo).

O caso *CAOA vs. Renault* representa, nesse contexto, um paradigma para a compreensão das diversas hipóteses de coordenação entre a arbitragem e o Poder Judiciário. Na realidade, o caso pode ser tido como um verdadeiro divisor de águas, pelo menos em relação a três principais discussões doutrinárias e jurisprudenciais, que se identificam com cada uma das três ações judiciais movidas: (i) na ação de instituição de arbitragem, a distinção entre cláusula compromissória cheia e cláusula compromissória vazia e a dispensa do compromisso arbitral no primeiro caso; (ii) na ação de nulidade da convenção de arbitragem, a discussão a respeito das medidas antiarbitragem; (iii) e, finalmente, na ação de nulidade da sentença arbitral, a discussão sobre o órgão competente para anular sentença estrangeira.

O propósito deste texto não é aprofundar a análise de cada uma dessas três discussões. Antes, como já dito, o foco é discutir algumas estratégias possíveis para a escolha e a utilização dos meios de composição, tendo como pano de fundo a narrativa apresentada. Pretende-se apenas fornecer algumas balizas de modo a auxiliar o advogado no equacionamento das variáveis existentes, no cálculo dos riscos e no planejamento das decisões envolvidas em

algumas das questões que foram apontadas.

10.3 Estratégias na escolha e na utilização dos meios de composição

10.3.1 A adequada compreensão do conflito

Antes de proceder à análise das estratégias relacionadas com a escolha e a utilização dos meios de composição de conflitos empresariais, é preciso dar um passo atrás e tratar da adequada compreensão do conflito.

Logicamente, o primeiro passo para que se possa falar em uma resolução efetiva de um conflito é conhecer adequadamente esse conflito. Embora seja um exercício tido como simples e intuitivo por muitos advogados, existem, na verdade, importantes técnicas a serem levadas em consideração e que poderão contribuir substancialmente para o correto encaminhamento do problema e de sua resolução. A escolha do meio compositivo mais adequado depende necessariamente do conhecimento que se tem do conflito em questão. Sua resolução será tão mais efetiva quanto maior for a exatidão do diagnóstico feito.

A atividade do advogado nesse momento é essencialmente investigativa. As principais habilidades a serem utilizadas estão relacionadas com a tarefa de coletar e organizar informações, seja por meio de memorandos escritos, seja diretamente com os representantes da empresa. O principal é buscar a descrição mais completa possível da situação-problema. Uma importante advertência é ter o cuidado de não realizar, desde já, o recorte jurídico do problema apresentado. Processar as informações fornecidas em termos jurídicos é também tido como algo intuitivo pelos advogados, mas, ao mesmo tempo, esconde um risco que poderá dificultar a resolução do conflito: o risco de conhecer apenas parte do problema, eventualmente, a parte menos importante para a empresa, o que poderá comprometer por completo a sua efetiva resolução. A capacidade do advogado de compreender o problema em toda a sua integralidade está também relacionada com a sua capacidade de dialogar com profissionais de outras áreas, como economistas, administradores, diretores e empresários. Todos devem ser protagonistas no processo de tomada de decisão referente à resolução efetiva de um problema da empresa. A realidade não é jurídica; é multifacetada¹³.

Aqui entra em cena a parte mais importante da investigação, que deve ser feita pelo advogado: compreender os interesses e os objetivos que estão em jogo¹⁴. Obtida a descrição mais completa possível da situação, o próximo passo é reler as informações coletadas, procurando organizá-las em função dos

interesses da empresa e também de seus objetivos com a forma de resolução do problema. Em outras palavras, como visto no caso *CAOA vs. Renault*, é preciso saber exatamente o que a empresa busca naquele contexto de conflito e o que pretende quanto à forma de resolvê-lo, diferenciando interesses de posições¹⁵. Mais do que isso, é preciso conferir os devidos pesos a cada um dos interesses e objetivos da empresa quanto ao conflito e à forma de sua resolução, pensando no curto, no médio e no longo prazo. Em uma palavra: priorizar. Sem conhecer os objetivos prioritários da empresa em relação aos seus próprios problemas, dificilmente se conseguirá identificar a técnica mais adequada para tratá-los, o que, certamente, comprometerá a eficiência da resolução.

Para auxiliar na tarefa de priorizar os objetivos da empresa em relação à escolha da forma de resolução de um conflito, alguns parâmetros podem ser utilizados. Dentre eles, citados ilustrativamente¹⁶: a rapidez da resolução, a redução dos custos, o sigilo, a preservação da relação empresarial, a neutralidade do julgador (levando-se em consideração, exclusivamente, a sua nacionalidade), o controle sobre o procedimento, a análise técnica feita por um especialista, a extensão dos meios de defesa ou de resistência, a necessidade de medidas de urgência ou coercitivas, a necessidade de produção de provas, a necessidade de decisões vinculantes e definitivas.

É claro que, em última análise, todos esses qualificativos são almejados pelas empresas no momento em que fazem a opção pela forma de resolução de seus conflitos. Mas como não há uma técnica compositiva que atenda a todos simultaneamente, volta-se a insistir na necessidade da priorização. Conforme os objetivos identificados, uma técnica torna-se preferível à outra. Assim, é possível que, diante de uma determinada situação-problema, a empresa prefira a garantia de uma decisão técnica ditada por um especialista à preservação da relação empresarial ou mesmo à redução dos custos. Em outra situação, a empresa pode preferir ter assegurados todos os meios disponíveis para se defender ou para resistir às pretensões da parte contrária, em detrimento da celeridade na resolução. Em outro caso, pode preferir o controle sobre todo o processo de composição e de produção de provas. Por isso, reitere-se que a identificação da técnica mais adequada para a resolução do conflito depende necessariamente do conhecimento adequado desse conflito, o que inclui o conhecimento sobre os interesses e objetivos prioritários da empresa nesse contexto.

Antes de prosseguir, é necessário fazer uma ressalva: o conhecimento dos objetivos prioritários da empresa quanto à resolução de seus conflitos pode ocorrer mesmo antes da eclosão de qualquer conflito. Essa avaliação pré-conflito é tão importante quanto, ou até mesmo mais importante, do que a análise posterior. A bem dizer, a escolha da técnica compositiva ocorre, na maioria dos casos, antes de surgir o conflito, o que é natural, tendo em vista que este

normalmente costuma gerar certa animosidade entre as partes. A escolha das técnicas é feita por meio de cláusulas inseridas nos contratos que tratam do objeto da operação. As cláusulas contratuais são, portanto, os instrumentos para a identificação das técnicas e são redigidas antes de qualquer conflito.

Enfim, mapeados os objetivos prioritários, seja antes do conflito ou após a sua ocorrência, é possível passar à escolha ou à criação da técnica compositiva, conforme os próximos itens.

10.3.2 A identificação da técnica mais adequada para a resolução do conflito

10.3.2.1 Escolha de técnicas compositivas

Não existe uma técnica de composição melhor do que as demais em absoluto. Tudo depende do conflito em questão e dos objetivos das partes, ou seja, pode-se dizer apenas que determinada técnica é a mais adequada para determinado tipo de conflito, conforme os objetivos de cada um dos envolvidos. Ainda assim, a resolução poderá ser inefetiva se a técnica não for manejada apropriadamente – o que demonstra a importância do terceiro estágio, discutido adiante. De nada adianta conhecer os objetivos da empresa e escolher a técnica apropriada se o advogado não souber extrair dessa técnica o máximo de benefício para o seu cliente.

Voltando um passo atrás, a tarefa de identificar a técnica mais apropriada, dentre as diversas existentes, demanda um conhecimento específico sobre cada uma delas. Aqui é importante fazer algumas ressalvas. Primeiro, a escolha também não é feita em termos absolutos, ou seja, nada impede que se faça a opção inicial por um meio de composição, passando-se posteriormente a algum outro se o primeiro restar infrutífero, desde que as eventuais disposições contratuais assim o permitam. Não há um único caminho possível ou uma única resposta correta. Em segundo lugar, a escolha não precisa recair necessariamente sobre as técnicas *puras* (negociação, mediação, conciliação, arbitragem, processo judicial), havendo uma grande diversidade de variações (*high low arbitration, final offer arbitration, baseball arbitration*) e de procedimentos híbridos, que decorrem da possibilidade de combinação daquelas *puras*, incluindo-se a *med-arb*, dentre outros¹⁷. Por tudo isso é que se fala tanto na escolha de técnicas já consagradas quanto na criação de novas técnicas. Dentro dos limites deste texto, as ressalvas se impõem, porque os diversos caminhos possíveis não serão tratados – até por ser tarefa irrealizável – e porque serão discutidas mais detidamente apenas aquelas técnicas puras indicadas anteriormente, sem ignorar a existência de variações e hibridismos.

Também é preciso ter clareza que hoje, no Brasil, poucas são as técnicas

de composição que representam uma opção real e factível à disposição das empresas e de seus advogados. Além do processo judicial, já existe um ambiente bastante seguro para a escolha da arbitragem e da mediação e de algumas combinações entre elas. O restante ainda constitui um universo a ser explorado, especialmente no que diz respeito ao desenvolvimento de variações e à criação de novos meios de composição. Essa engenharia e arquitetura de novas técnicas de composição do conflito são ainda muito incipientes no Brasil, mas tenderão a crescer na mesma proporção em que irá crescer a busca pela eficiência da resolução dos conflitos (a alocação mais eficiente de recursos).

De modo geral, a correspondência entre a técnica de resolução e as especificidades de certos tipos de conflito não é ideia recente. Na esfera judicial, já há algum tempo, o processo é tido como um instrumento para concretizar o direito material¹⁸; um instrumento que, portanto, deve estar sempre sensível às peculiaridades deste direito. Sua existência não se justifica por si só, sendo necessário apenas na medida em que se presta à garantia dos direitos existentes no plano substancial. Para cumprir tal escopo a contento, o procedimento deve se ajustar o máximo possível às peculiaridades de cada tipo de conflito¹⁹. O livro IV do Código de Processo Civil, tratando dos diversos tipos de procedimentos especiais, pode ser tido como uma concretização dessa constatação da íntima relação entre o direito material e o direito processual²⁰. Se, no processo judicial, o procedimento deve se ajustar e se adequar às características de cada situação de direito material, o mesmo deve ocorrer em relação aos demais meios de composição de conflitos.

10.3.2.2 A caracterização das técnicas compositivas

Feitas essas ressalvas, para saber quais seriam as técnicas mais adequadas para determinados tipos de conflitos, conforme os objetivos das partes, é preciso, antes de tudo, conhecê-las em seu modo mais simples (a forma *pura*), o que importa sua devida conceituação e caracterização. Serão discutidos aqui, mais diretamente, o processo judicial e aquelas quatro técnicas já indicadas (negociação, mediação, conciliação e arbitragem), além da referência ao chamado *Dispute Board*, sem prejuízo das possíveis combinações entre as diversas técnicas – algumas dessas combinações já foram citadas e serão novamente mencionadas, quando necessário, com a ressalva já feita de que elas ainda não constituem uma realidade no sistema de Justiça brasileiro.

Começando pela arbitragem, trata-se de uma técnica heterocompositiva extrajudicial²¹ por meio da qual um ou mais terceiros, capazes e de confiança das partes, decidem, com base em uma convenção, um conflito que envolve direitos patrimoniais disponíveis, seguindo um processo informado pelo devido

processo legal e tendo essa decisão a mesma eficácia jurídica de uma sentença judicial, tudo conforme a Lei n. 9.307, de 1996.

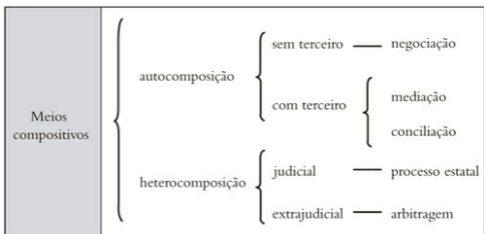
Diz-se que a arbitragem é uma técnica heterocompositiva porque o poder de decisão pertence a um terceiro, estranho ao conflito. Essa é a principal diferença em relação à negociação, à mediação e à conciliação, que são técnicas autocompositivas, de modo que o poder de decisão está a cargo das próprias partes. Isso equivale dizer que, nas técnicas autocompositivas, são as partes que ditam o andamento do procedimento, aceitam ou recusam as possíveis soluções e elaboram, enfim, uma decisão consensual.

Entretanto, a diferença entre as quatro técnicas autocompositivas está em que a negociação consiste na composição direta pelas partes, enquanto a mediação e a conciliação pressupõem a participação de um terceiro, estranho ao conflito. Há intensa discussão entre os autores brasileiros quanto à distinção entre mediação e conciliação²². Segundo alguns, o critério deve ser a postura do terceiro, sendo ele mais ativo no caso da conciliação, formulando propostas, criando opções, eventualmente até pressionando as partes em busca de um acordo²³, enquanto, na mediação, o terceiro atuaria apenas no sentido de investigar os interesses dos envolvidos por meio de perguntas específicas, de modo que eles mesmos possam, a partir disso, compreender o real problema e criar as opções de solução. Outros acreditam que a mediação seria um gênero comum, no qual se incluiria a conciliação, quando aquela é realizada no âmbito processual-legal²⁴, seguindo a terminologia adotada pela legislação brasileira, que se refere apenas à conciliação (sem querer significar com isso que o terceiro deva ter necessariamente uma postura mais ativa). Seja como for, a mediação será sempre uma negociação facilitada por um terceiro²⁵.

Por fim, existem os chamados *Dispute Boards* (Conselhos de Resolução de Disputas), que constituem um mecanismo de gerenciamento dos conflitos que surgem ao longo do tempo em certos tipos de contratos complexos. Esses conselhos podem ter a função de fazer recomendações (*Dispute Review Boards – DRB*) ou de tomar determinadas decisões (*Dispute Adjudication Boards – DAB*) ou ambos (*Combined Dispute Boards – CDB*)²⁶. São compostos, normalmente, por especialistas no objeto do contrato que acompanham a sua execução até o final, podendo ser convocados a qualquer momento para emitir uma recomendação ou decisão referente a determinado problema. As partes podem decidir se tais decisões serão vinculativas ou não e ainda prever algum tipo de mecanismo para a sua revisão, valendo-se, por exemplo, de uma arbitragem ou do próprio Poder Judiciário. Pelo visto, “a função do *board* foi se situando entre a perícia propriamente dita e a decisão arbitral, sendo mais do que a primeira e menos do que a segunda”²⁷. Assim, tais conselhos podem ser classificados tanto

como meios autocompositivos quanto como meios heterocompositivos, dependendo do caráter da decisão a ser proferida (se meramente opinativa ou, então, se vinculativa para as partes).

Para melhor ilustrar o que ficou dito a respeito da distinção entre as diversas técnicas e dos critérios de distinção, convém esboçar uma pequena tabela:



Quadro 1 – Meios compositivos

Dentre os procedimentos híbridos existentes, cabe mencionar aquele que é talvez o mais conhecido, a *med-arb*, ou seja, a combinação de mediação com arbitragem. De acordo com essa técnica, o terceiro atuaria primeiro como mediador e, sendo infrutífera a negociação, passaria, então, a decidir como árbitro. Inúmeras críticas são levantadas contra essa cumulação dos papéis de mediador e de árbitro em uma mesma pessoa²⁸, pois, sabendo as partes que o mediador poderá vir a se tornar árbitro, (1) deixarão elas de expor integralmente os seus reais interesses, o que poderá comprometer a obtenção de um acordo, (2) poderão se sentir compelidas a aceitar um acordo eventualmente proposto pelo mediador, temendo que ele o imponha se e quando se tornar árbitro, o que poderá comprometer o seu cumprimento, e (3) poderão utilizar a mediação apenas como um instrumento ou artifício para convencer o mediador e futuro árbitro de que cada uma delas tem razão e que o interesse de uma deve prevalecer sobre o da outra, o que novamente vai de encontro aos princípios de uma mediação propriamente dita.

Diferentemente dos processos híbridos, existe também a possibilidade de simples somatória de duas técnicas diferentes, aplicadas sucessivamente, com terceiros distintos. Nesse sentido, são muito comuns as chamadas cláusulas

escalonadas, quando as partes convencionam que, surgido o conflito, tentarão primeiro uma mediação e, se essa restar infrutífera, passarão então à arbitragem. Como dito, os terceiros envolvidos são distintos e é exatamente isso que distingue essa opção de um procedimento propriamente híbrido.

Mas é preciso cautela: essas cláusulas escalonadas costumam esconder complicadas situações de impasse. O impasse pode surgir justamente no momento de se passar de uma técnica a outra. Vale dizer: a tentativa da mediação é obrigatória nesses casos? E se uma das partes se recusar a tentar a mediação e desejar ir diretamente à arbitragem? Seria possível? Não seria a mediação uma técnica essencialmente consensual, e não obrigatória? Mas e a ordem que ficou estabelecida na cláusula? Para escapar de todas essas armadilhas, que têm ocorrido com certa frequência, convém ter cuidado ao redigir uma cláusula escalonada, utilizando-se de alguns instrumentos: primeiro, é conveniente estabelecer um prazo para marcar a passagem de uma técnica a outra, dizendo, por exemplo, que haverá uma tentativa de mediação até o prazo máximo de 90 dias, quando então se passará à arbitragem; segundo, seria também conveniente estabelecer uma multa (cláusula penal) para o caso de descumprimento do dever de tentar a autocomposição, como um meio não apenas de compelir a parte resistente ao que foi previamente ajustado mas principalmente de deixar claro que essa parte poderá requerer diretamente a arbitragem, desde que antes pague a multa que foi fixada. Todavia, poderão existir questionamentos acerca da legalidade da estipulação dessa multa e mesmo da caracterização do momento em que ela passa a ser de fato exigível, justamente pela voluntariedade inerente ao processo de mediação. Esses são apenas dois possíveis instrumentos para tentar contornar eventuais situações de impasse em cláusulas escalonadas, as quais constituem, todavia, importantes meios de otimizar a composição de conflitos, quando bem utilizadas.

Na narrativa apresentada do caso *CAOA vs. Renault*, percebe-se que parte dos impasses surgidos decorreu justamente da existência de uma cláusula escalonada. Na verdade, embora a perícia técnica contábil não possa ser tida, a rigor, como uma técnica de resolução de conflitos no sentido próprio do termo, ela era uma etapa a ser realizada antes do início da arbitragem, e seus resultados deveriam ser levados em consideração pelos árbitros. Daí porque é possível falar em escalonamento também aqui. As dificuldades surgiram justamente por conta da discussão a respeito da obrigatoriedade e da necessidade dessa perícia. Esse exemplo prático ilustra muito bem a importância das cautelas que acabaram de ser indicadas para cláusulas escalonadas.

10.3.2.3 A correspondência entre técnicas, tipos de conflitos e objetivos das partes

Devidamente conceituadas as técnicas, cabe agora entender o tipo de conflito para o qual cada uma delas seria mais adequada, conforme os objetivos das partes. Mais uma vez, é preciso dizer que a correspondência que aqui será feita entre técnica, conflito e objetivos das partes é meramente ilustrativa, aproximativa e estimativa, pois não há como discutir um conflito em abstrato: todo caso concreto possui peculiaridades que poderão influenciar decisivamente na escolha do método de composição, o que novamente requer atenção redobrada por parte do advogado.

Com essa ressalva, pode-se dizer, em primeiro lugar, que a negociação constitui sempre o primeiro passo a ser tomado em busca da resolução de qualquer tipo de conflito. A bem dizer, a negociação integra, em maior ou menor escala, todos os demais meios compositivos, mas, em especial, a conciliação e a mediação. Não se pode esquecer de que a arbitragem também está baseada em uma negociação, já que se fundamenta em um contrato (a convenção de arbitragem), quando as partes podem então exercitar livremente a sua autonomia privada (escolha dos árbitros, do direito material e processual aplicável, idioma, local da sentença, prazos etc.).

A mediação, a seu turno, por estar mais voltada a uma atividade investigativa e por respeitar integralmente o tempo e a vontade das partes, tem se mostrado bastante efetiva em conflitos que envolvem um longo relacionamento entre os litigantes e que estão baseados em fortes relações interpessoais, quando desejável a preservação dessas relações no futuro. Como exemplos mais evidentes podem ser citados os casos de direito de família, direito de vizinhança, relação de inquilinato e, no campo empresarial, a sucessão em empresas familiares, as disputas entre sócios de uma empresa etc. Mas a mediação também é indicada para contratos empresariais de longa duração, mesmo que o fator interpessoal não seja determinante. Sempre que houver uma relação empresarial continuada, sendo necessário discutir apenas um aspecto específico de todo o projeto em andamento, a mediação poderá ser de grande valia²⁹. Nesse caso, o processo judicial poderá criar uma animosidade desnecessária e acabar comprometendo por completo toda a relação existente.

No entanto, aqueles que adotam a distinção entre conciliação e mediação a partir da postura tomada pelo terceiro, como antes indicado, dizem que a primeira seria mais apropriada para casos em que não havia um prévio relacionamento entre as partes, quando o conflito instaurado diz respeito mais a questões pontuais, normalmente patrimoniais, como ocorre, por exemplo, em acidentes de trânsito ou em relações de consumo. Para quem não adota a distinção com base na postura do terceiro, essa peculiaridade do conflito (a existência ou inexistência de relação anterior entre as partes) deverá ser levada em conta pelo mediador no momento em que for atuar, ou seja, as técnicas empregadas pelo mediador poderão variar conforme as especificidades do

conflito e mesmo as fases do procedimento poderão ser alteradas, mas sem que isso desfigure o instituto em questão, pois continuará havendo uma mediação, tal como entendida por essa corrente³⁰.

Já a arbitragem, reservada ao âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º da Lei n. 9.307, de 1996), parece ser mais apropriada em disputas empresariais que envolvam questões complexas, demandando a produção de provas técnicas (eventualmente utilizando-se de testemunhas e peritos) e julgadores especializados na matéria controvertida³¹. Além da mediação, é igualmente adequada a utilização da arbitragem em relações continuadas, especialmente quando o conflito envolve questões técnicas, que exigem decisões técnicas.

Nesses casos de relações duradouras, é também bastante comum o uso dos mencionados *Dispute Boards* (Conselhos de Resolução de Disputas), especialmente em determinados tipos de contratos mais complexos, como os relativos a grandes obras de construção civil. A prática demonstra que esse mecanismo muito tem contribuído para uma resolução efetiva dos conflitos que surgem nessas relações continuadas³², devendo ser levado em consideração no momento de se avaliar a adequação das demais técnicas mencionadas. A opção pelo *Board* não é excludente e pode representar uma alternativa complementar às demais técnicas.

Voltando à arbitragem, ela também tem sido utilizada em contratos de concessão, o que não apenas é autorizado pela legislação³³ como foi recentemente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça³⁴. E está prevista, ainda, nas leis federais e estaduais que tratam dos contratos de Parceria Público-Privada (PPP)³⁵.

Por fim, a arbitragem também não está descartada para casos mais simples, como os que envolvem relação de trabalho e de consumo. A despeito da polêmica em torno da arbitrabilidade desses direitos³⁶, eles constituem dois dos campos em que a arbitragem mais tem se desenvolvido atualmente no Brasil. Todavia, é preciso ter maior cautela sempre que a arbitragem envolve pessoas físicas, porque também é maior o risco de desvios e abusos em função do desconhecimento e desinformação da população de modo geral em relação aos conceitos e princípios básicos da arbitragem.

Via de regra, a celeridade, a economia e o sigilo são tidos como as grandes vantagens da arbitragem, da mediação e da conciliação frente aos demais meios de composição – em especial, o processo judicial. Todavia, esses atributos não podem ser vistos em termos absolutos³⁷: o que certamente está por trás de todos eles é a ampla liberdade que as partes possuem na escolha de seus

árbitros e mediadores e na escolha das regras materiais e processuais aplicáveis ao caso. Em duas palavras: autonomia privada. Quando bem utilizada, essa autonomia pode representar ganhos substanciais em termos de eficiência e incrementar a qualidade da decisão, o que constituirá fator determinante no momento de escolher a técnica mais adequada. Mais uma vez, é preciso atentar para os aspectos qualitativos e não apenas para os quantitativos (tempo e recursos financeiros).

O que restaria, então, ao processo judicial? Em primeiro lugar, como já adiantado, toca ao Poder Judiciário o conhecimento de todos os conflitos que envolvem direitos indisponíveis. Trata-se de um controle inafastável, estando as demais técnicas restritas, como visto, ao âmbito da autonomia privada, melhor dizendo, ao âmbito da disponibilidade dos direitos. Em segundo lugar, a opção pelo Poder Judiciário poderá ser também estratégica, e não meramente residual ou impositiva: a escolha do processo judicial será apropriada, por exemplo, quando for necessário dispor amplamente dos meios de defesa para fazer frente às pretensões da parte contrária ou quando for necessário pleitear medidas coercitivas ou cautelares.

10.3.2.4 O convencimento da parte adversa e de seu advogado

Um último aspecto de grande importância no tópico da identificação da técnica mais adequada para a resolução do conflito diz respeito ao convencimento da parte adversa e de seu advogado em relação à utilização da técnica escolhida. Embora possa parecer trivial ou de menor importância, essa questão representa, na verdade, um dos pontos mais cruciais de todo o processo: de nada adiantará o esforço de compreensão do conflito e de escolha da técnica mais adequada para a sua resolução se a parte contrária simplesmente não aceitá-la. Longe de ser um exercício meramente intuitivo, o esforço de convencimento também envolve uma série de habilidades. Com exceção do Poder Judiciário, dada a garantia da inafastabilidade da jurisdição estatal (art. 5^o, XXXV, da CF), todos os demais meios compositivos dependem do consenso entre as partes, já que dizem respeito ao exercício de sua autonomia privada, como foi exposto.

Para se obter o consenso, o princípio básico da tarefa de convencimento é expor ao advogado da parte contrária todas as razões que levaram à escolha de determinada técnica, mostrando como se pode ganhar em termos de eficiência na resolução de conflitos, conforme o que ficou exposto anteriormente. Esse processo de convencimento deve ser levado a efeito preferencialmente antes da eclosão de qualquer conflito, quando a animosidade ainda não tomou conta da relação entre as empresas. As chances de um consenso nesse momento são, obviamente, muito maiores. Os instrumentos adequados para materializar o

consenso nessa etapa pré-conflito são, como já dito, as cláusulas contratuais. Para que tudo isso seja possível, é preciso conhecer muito bem os objetivos prioritários e a política da empresa para a resolução dos seus conflitos, voltando-se, assim, ao primeiro estágio antes indicado.

10.3.3 O manejo adequado da técnica compositiva escolhida

Como já dito e reiterado, a escolha da técnica que, a princípio, seria a mais adequada para determinado conflito não garante, por si só, a eficiência de sua resolução. O sucesso depende também e principalmente da postura das partes e de seus advogados, ou seja, do modo pelo qual a técnica é utilizada ou manejada.

Muito se tem falado, por exemplo, a respeito dos riscos de uma *processualização da arbitragem*, querendo com isso significar que os conceitos e institutos que foram pensados e formulados para o âmbito do processo civil estatal não podem ser simplesmente transpostos sem maiores cautelas para o campo da arbitragem, devido às peculiaridades dessa técnica. Em termos procedimentais, por exemplo, não faz sentido utilizar, na arbitragem, o modelo de procedimento rígido do processo judicial, com fases estanques e momentos preclusivos para as alegações das partes, tudo em benefício de uma suposta segurança e em prejuízo da eficiência do processo, e até mesmo do exercício dos direitos de ação e de defesa.

Em suma, todas as vantagens apregoadas da arbitragem dependem inteiramente de como as próprias partes a veem e a disciplinam, pois, tendo em vista o seu caráter negocial, esta técnica será, via de regra, como as partes desejarem que ela seja. Por exemplo, a celeridade do processo arbitral dependerá das regras que forem escolhidas pelas partes para reger o procedimento (art. 21 da Lei n. 9.307, de 1996), bem como do próprio prazo que for estipulado (art. 23 da Lei n. 9.307, de 1996) e, em última instância, da competência dos árbitros escolhidos na condução do caso. Do mesmo modo, os custos envolvidos também estarão relacionados com determinadas escolhas das partes, como o órgão que será responsável pela administração do procedimento, quando se optar por essa modalidade de arbitragem. Já a qualidade da decisão dependerá da escolha adequada dos árbitros, conforme a correspondência entre as suas especialidades e a matéria controvertida.

A arbitragem é liberdade, mas é preciso saber utilizar essa liberdade, o que deverá ser feito especialmente em relação a quatro aspectos, que podem ser tidos como a base de sustentação de uma arbitragem exitosa. Assim, pode-se dizer que o sucesso da utilização dessa técnica está relacionado com: (1) uma convenção de arbitragem bem redigida, que expresse a vontade das partes de modo inequívoco, (2) árbitros competentes e diligentes, (3) regras

procedimentais claras e simples e (4) advogados que mantenham uma postura condizente com o ambiente de informalidade e flexibilidade característico da arbitragem.

Em relação à negociação, à mediação e à conciliação, essa postura adequada do advogado é ainda mais determinante, tendo em vista que, devido às características dessas técnicas, qualquer tipo de desvio poderá prejudicar sensivelmente a obtenção de uma decisão que satisfaça a todos. Não deve o advogado tentar se sobrepor ao mediador ou conciliador, mas, sim, respeitar o seu papel e auxiliá-los no momento de criar as possíveis soluções ao conflito. Aliás, a escolha desse terceiro, tarefa do advogado, também constitui um dos alicerces para a efetiva resolução do conflito, tendo em vista que os resultados da mediação e da conciliação são sempre diretamente proporcionais à competência que o terceiro possui para conduzir o processo de composição.

Aqui é possível retomar, mais uma vez, a narrativa do caso *CAOA vs. Renault*. Ficou claro que a técnica escolhida para compor o conflito – a arbitragem, antecedida de uma perícia contábil – acabou não sendo utilizada com o grau de autonomia que normalmente se espera dela. Isso porque o recurso ao Poder Judiciário foi tão frequente que acabou comprometendo boa parte das vantagens que a arbitragem poderia propiciar às partes. A excessiva *judicialização da arbitragem* é um fenômeno que deve ser evitado, por representar uma distorção das características e da finalidade do instituto. A arbitragem não sobrevive sem um Poder Judiciário forte, que lhe dê o devido respaldo. Todavia, a interferência do Judiciário deve ocorrer apenas em hipóteses excepcionais, expressamente previstas em lei, e sempre a título de colaboração (ou melhor, coordenação, jamais subordinação). Para garantir que a utilização do Judiciário seja feita apenas de forma colaborativa, e não desmedida, convém investir nas negociações prévias. Quando a convenção de arbitragem é bem negociada, potencializa-se a satisfação dos interesses das partes e diminuem-se as chances de se utilizar indevidamente o Poder Judiciário.

10.4 Conclusão

O conhecido ditado de que *mais vale um mau acordo do que uma boa demanda*, quando transformado em máxima a ser seguida, acaba por marginalizar aquela que deveria ser a principal atividade do advogado, em particular no campo empresarial: pensar estrategicamente os meios compositivos, ou seja, buscar a resolução efetiva de um conflito, tanto em termos quantitativos (tempo e custos) quanto qualitativos (qualidade da decisão). Não há espaço, aqui, para um mau acordo.

O roteiro que foi apresentado, desde a adequada compreensão do conflito, passando pela identificação da técnica compositiva mais adequada para a sua resolução e chegando, enfim, ao manejo adequado da técnica escolhida, constitui apenas uma breve tentativa de esboçar alguns caminhos que poderão ser seguidos por um advogado no momento de lidar com os problemas de uma empresa, em busca de sua resolução efetiva.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A arbitragem e o direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 23-24, 1997, p. 38-40.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOSCO LEE, João. O caso CAO A v. Renault. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 3, 2004, p. 134-143.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 249.255/SP. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, j. 6-12-2001. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, n. 16, 2002, e n. 21, 2003, p. 409-420.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 612.439-RS, Segunda Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Rio Grande do Sul, j. 25-10-2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22JO%3C+OT%3C+DE+NOR> Acesso em: 18 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 249.255/SP. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, j. 6-12-2001. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, n. 21, 2003, p. 409-420.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Arbitragem e juizados especiais: uma miragem? *In*: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 53-71.

_____. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARVER, Todd B.; VONDRA, Albert A. Alternative dispute resolution: why it

doesn't work and why it does. **Harvard Business Review**, may-june, 1994.

COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução de René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: jurisdição e execução**. Análise crítica da Lei n. 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

GALANTER, Marc. Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. **Denver University Law Review**, n. 66, p. XI-XIV, 1989.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Técnicas de negociação. Resolução alternativa de conflitos**: adrs, mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

KUCHAR, Natália. **A mediação e a conciliação no processo civil**: precisões e delimitações conceituais. 2008. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

LEMES, Selma Ferreira. Sentença arbitral estrangeira. Incompetência da Justiça brasileira para anulação. Competência exclusiva do STF para apreciação da validade em homologação. Paraceres publicados na **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 1, n. 1, jan./abr. 2004, Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 171-196.

LEMES, Selma Ferreira. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 113-141.

_____. Arbitragem na concessão de serviços públicos – Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? In: ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando (Coord.). **Novos rumos da arbitragem no Brasil**. São Paulo: Fiuza, 2004, p. 363-387.

_____. Arbitragem na concessão de serviços públicos – Perspectivas. In: AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. 2002. Disponível em: <<http://www.vsites.unb.br/fd/gt/Volume1.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2010.

MAGALHÃES, José Carlos de. Sentença arbitral estrangeira. Incompetência da

Justiça brasileira para anulação. Competência exclusiva do STF para apreciação da validade em homologação. Parceres publicados na **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 1, n. 1, jan./abr. 2004, Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 135-148.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINS, Pedro A. Batista. Sentença arbitral estrangeira. Incompetência da Justiça brasileira para anulação. Competência exclusiva do STF para apreciação da validade em homologação. Parceres publicados na **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 1, n. 1, jan./abr. 2004, Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 149-170.

NASCIMENTO SILVA, Alessandra Gomes. **Técnicas de negociação para advogados**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOLAN-HALEY, Jacqueline M. **Alternative dispute resolution**: in a nutshell. 2. ed. Saint Paul: West Group, 2001.

PIRES, Amom Albemaz. Mediação e conciliação: breves reflexões para uma conceituação adequada. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. 1v., p. 131-152.

RAIFFA, Howard. **The art and science of negotiation**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

SANDER, Frank E. A.; ROZDEICEZ, Lukasz. Matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation-centered approach. **11 Harvard Negotiation Law Review**, 2006. 1v.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 1.000.121-5/SP, 5ª Câmara (Extinto 1ª TAC), Relator Desembargador Alberto Mariz de Oliveira. São Paulo, j. 1-9-2004. Disponível em: <<http://www.esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do>>. Acesso em: 18 maio 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 124.217.4/0, 5ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Rodrigues de Carvalho, j: 16-9-99. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, n. 07, 2000, p. 336-347.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 132.793.4/0, 5ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Rodrigues de Carvalho, j. 3-2-2000. Disponível em: <<http://www.esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/confereCodigo.do>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 285.411-4/0, 3ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Rodrigues de Carvalho, j. 12.06.2003. Disponível em: <<http://www.esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1893104>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão n. 985.413-0/1, 25ª Câmara. Relator Desembargador Antonio Benedito Ribeiro Pinto, j: 20-6-2006. Disponível em: <<http://www.esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3105052>>. Acesso em: 10 ago. 2009.

SZACHNOWICZ, Shirly E. Vogelfang. Processos híbridos: a utilização prática da cláusula med-arb. *In*: WALD, Arnaldo (Coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 1, n. 2, maio/ago. 2004, p. 109-113.

WALD, Arnaldo. A arbitragem contratual e os *Dispute Boards*. *In*: WALD, Arnaldo (Coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 2, n. 6, jul./set. 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 246-250, 2005a.

WALD, Arnaldo. Jurisprudência comentada. Ação de anulação de sentença arbitral estrangeira. Tutela antecipada indeferida. Extinção da ação sem julgamento de mérito. Justiça brasileira incompetente para julgar o feito. *In*: WALD, Arnaldo. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 2, n. 5, 2005, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.159-163, 2005b.

WALD, Arnaldo. A arbitragem e os contratos empresariais complexos. *In*: WALD, Arnaldo (Coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 7, p. 11-20, 2005c.

WALD, Arnaldo. A infraestrutura, as PPPs e a arbitragem. *In*: WALD, Arnaldo (Coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 5, p. 14-28, 2005d.

YOSHIDA, Marcio. A arbitragem em face da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. *In*: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos dos árbitros do Centro de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Argentino-brasileira de São Paulo. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 229-243.

1 A importância de uma análise qualitativa, a complementar àquela quantitativa,

é indicada por Marc Galanter (1989).

2 A expressão “meios alternativos de composição” é capaz de induzir em erro, já que essa *alternatividade* poderia levar a crer que tais meios compositivos seriam apenas subsidiários, a serem utilizados se e quando o processo judicial não funcionasse a contento, como se existisse uma relação de subordinação ou de dependência daqueles a este. Essa constatação não espelha a realidade atual e, por isso, a expressão deve ser evitada.

3 Essa divisão em estágios e os passos para encontrar a técnica mais apropriada para determinado conflito são objeto de discussão entre os autores. A título ilustrativo, há outra divisão em três estágios que consiste em (1) identificar os objetivos das partes, (2) identificar os aspectos facilitadores tanto do caso quanto da técnica indicada, e (3) identificar como certas técnicas podem superar determinados obstáculos, tudo conforme exposto por Frank E. A. Sander e Lukasz Rozdeicez (2006). Embora não se adote aqui exatamente esses três passos, boa parte das ideias ali contidas foi incorporada neste artigo. Ver ainda, neste mesmo texto, a exposição de quatro tentativas de desenvolver uma taxonomia para a escolha da técnica mais apropriada para a resolução de determinada disputa (SANDER e ROZDEICEZ, 2006, p. 3-6).

4 Para o relato de casos ocorridos nos EUA, que também podem servir de mote para uma discussão estratégica, ver Todd B. Carver e Albert A. Vondra (1994, p. 120-130).

5 Na realidade, em cada um dos polos das ações estavam diversas empresas que formavam os grupos CAO A e Renault.

6 Todos os fatos aqui narrados são de domínio público, já que constam dos documentos que instruem as diversas ações judiciais indicadas.

7 Publicado na **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, n. 7, 2000, p. 336-347.

8 Publicado na **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, n. 16, 2002, e n. 21, 2003, p. 409-420.

9 Para uma análise mais profunda desse acórdão, ver comentário de Bosco Lee (2004). Ver também **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, n. 21, 2003, p. 409-420.

10 Julgamento anterior à Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

11 Esta sentença foi comentada por Arnoldo Wald (2005b).

12 Sobre o tema, ver os pareceres de José Carlos de Magalhães, Pedro Batista Martins e Selma Ferreira Lemes, todos publicados na **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 1, 2004, p. 135-196.¹

13 Já dizia, logo na abertura de seu livro, Alessandra G. Nascimento Silva: “aquele que escolhe advogar percebe rapidamente que não basta o conhecimento técnico eminentemente jurídico para o sucesso profissional. Há diversas outras habilidades que, se não desenvolvidas a contento, impedirão o resultado pretendido na profissão” (2002, p. 1).

14 O conhecimento dos interesses das partes envolvidas em um conflito é a base do método de negociação desenvolvido no âmbito da Universidade de Harvard, nos EUA, sendo a negociação a técnica-base para resolver qualquer tipo de conflito. Nesse sentido, ver Roger Fischer, William Ury e Bruce Patton (1994).

15 Para entender a importância da distinção entre interesses e posições no âmbito da negociação, cabe reproduzir as palavras de Roger Fischer, William Ury e Bruce Patton (1994, p. 22-23): “quando os negociadores discutem posições, tendem a fechar-se nelas. Quanto mais você esclarece sua posição e a defende dos ataques, mais se compromete com ela. Quanto mais procura convencer o outro lado da impossibilidade de modificar sua posição inicial, mais difícil se torna fazê-lo. Seu ego se identifica com sua posição. Agora, você tem um interesse renovado em ‘manter as aparências’ – conciliar a ação futura com as posições passadas – o que torna cada vez menos provável que qualquer acordo venha a conciliar com sensatez os interesses originais das partes. (...) À medida que se presta maior atenção às posições, menos atenção é voltada para o atendimento dos interesses subjacentes das partes. O acordo torna-se menos provável. Qualquer acordo obtido pode refletir uma divisão mecânica da diferença entre as posições finais, em vez de uma solução cuidadosamente elaborada para atender aos interesses legítimos das partes. O resultado é, com frequência, um acordo menos satisfatório do que poderia ter sido para cada um dos dois lados”.

16 Para outros parâmetros, ver Frank E. A. Sander e Lukasz Rozdeicez (2006, p. 6-8).

17 Para uma análise mais detida, John W. Cooley (2001, p. 229-248).

18 DINAMARCO, 2003, *passim*.

19 Sobre a relação entre os diversos procedimentos e o direito material, ver José Roberto S. Bedaque (2003, p. 46-48).

20 Sobre a relação entre os procedimentos especiais e o direito material, ver Antonio Carlos Marcato (2005, p. 59-60).

21 Exceção feita à arbitragem prevista no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis (Lei n. 9.099/95), que se tornou praticamente letra morta entre nós, devido à disciplina formalista e antiquada dada ao instituto. Para uma crítica da arbitragem nesse âmbito, ver Carlos Alberto Carmona (1999, p. 53-71).

22 Para um estudo mais aprofundado sobre esse tema, ver a tese de láurea de Natália Kuchar, 2008, *passim*.

23 Como fazem Joel Dias Figueira Júnior (1999, p. 131) e José Maria Rossani Garcez (2002, p. 67).

24 Este é o entendimento de Amom A. Pires (2002, p. 131-152).

25 Como diz Jacqueline Nolan-Haley (2001, p. 61-63): “a mediação é uma extensão do processo de negociação” (tradução livre).

26 Conforme indica Arnaldo Wald em texto publicado na **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 6, 2005, p. 18.

27 Novamente, Arnaldo Wald, no mesmo texto, p. 19.

28 As críticas expostas são agrupadas por Shirly Szacnhowicz (2004, p. 109-113).

29 No mesmo sentido, John Cooley (2001, p. 64).

30 Jacqueline Nolan-Haley (2001, p. 63) chama a atenção para a distinção que tomou corpo nos EUA entre a mediação fundada em direitos e a mediação fundada em interesses, tendo a primeira como base o desfecho que o caso poderá ter se vier a ser proposto perante o Poder Judiciário, o que faz com que as partes barganhem em cima da demanda imediata, sem preocupar-se tanto com o conflito subjacente. Com algumas adaptações, essa seria também, para alguns autores nacionais, a distinção entre mediação (fundada em interesses) e conciliação (fundada em direitos).

31 A este respeito, ver Arnaldo Wald (2005c).

32 Para um relato de casos em que se fez a opção pelos *Dispute Boards*, como ocorreu, por exemplo, na construção do Eurotunnel, ver Arnaldo Wald (2005a, p. 19-23).

33 Vide o art. 23-A acrescentado à Lei n. 8.987/95 pela Lei n. 11.196/2005, publicada em 22-11-2005. Para maior estudo sobre a arbitragem no setor público, verificar as três obras de Selma F. Lemes: (1999); (2002, p. 45-61); e (2004, p. 363-387).

34 Ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 612.439-RS, Segunda Turma Relator Ministro João Otávio de Noronha. Rio Grande do Sul, j. 25-10-2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22JO%3O+OT%3CIVIO+DE+NORCA> Acesso em: 18 maio 2010.

35 Sobre o tema, ver Arnaldo Wald (2005d, p. 14-28).

36 Para maior estudo sobre a utilização da arbitragem na esfera trabalhista, ver Marcio Yoshida (2001, p. 235-239). Sobre a arbitragem no direito do consumidor,

ver Carlos A. Carmona (2004, p. 68); A. Junqueira de Azevedo (1997, p. 38-40) e Selma Lemes (1999, p. 113-141).

37 Já dizia Carlos A. Carmona (1993, p. 71-75).

11 COMO ESCOLHER AS TUTELAS DE URGÊNCIA EM DISPUTAS EMPRESARIAIS?

Rogério Ives Braghittoni

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito – GVlaw; mestre e doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP; advogado em São Paulo como sócio do Escritório Severo Batista, Miklos Vogel, Zanini e Ives Advogados.

11.1 Introdução

O meio empresarial é pleno de situações urgentes, que exigem respostas igualmente ágeis por parte daqueles que se proponham a resolvê-las. São incontáveis as situações envolvendo realização, participação e deliberação em assembleias que podem ser objeto de intervenção jurisdicional urgente; protestos, transferências de valores, preservação e/ou exibição de documentos podem, da mesma maneira, exigir medidas emergenciais, dentre tantas outras hipóteses.

Assim, é preciso que o advogado que atua no ramo empresarial tenha pleno domínio das ferramentas processuais relativas às tutelas de urgência, a fim de estar capacitado para fornecer ao seu cliente o exato serviço que ele precisa, dentro da estratégia adequada. A questão inclui o pleno conhecimento das peculiaridades tanto da tutela antecipada quanto da medida cautelar; mas, muito mais do que isso, passa pela identificação de qual o exato objetivo do cliente, pela definição da estratégia processual, pela estruturação dos elementos de prova e pela elaboração dos argumentos.

É esse tipo de *raciocínio estratégico*, dentro do processo, que se pretende seja aqui exercitado, muito mais do que qualquer elaboração conceitual – que são obviamente importantíssimas, mas estão disponíveis em qualquer bom livro doutrinário sobre a matéria. O raciocínio estratégico em matéria processual, no entanto, só pode ser atingido de um único modo: exercitando-o.

11.2 Caso prático

Acionista minoritário diante de desvalorização fraudulenta das ações:

Através de manobras contábeis e na Bolsa de Valores, o acionista majoritário de um banco de médio porte conseguiu baixar, artificialmente, o valor das ações desse banco. Essas manobras incluíram até mesmo a compra de um banco falido.

Seu cliente informa ainda que o banco, de que é acionista, foi o único, no Brasil inteiro, que obteve prejuízo no ano passado. Todos os demais obtiveram lucros significativos.

O objetivo do acionista majoritário, segundo informa seu cliente, é oferecer esse banco a um preço mais baixo do que o que ele realmente vale e obter, em conluio com o comprador, um preço melhor pela financeira vinculada a esse banco, da qual ele é o acionista único.

Essa manobra, obviamente, causará um enorme dano aos acionistas minoritários, e dará um grande e ilícito lucro a esse acionista majoritário.

11.3 Problematização

A questão, no presente caso, é o que fazer para proteger os interesses dos acionistas minoritários. Especificamente, como utilizar as tutelas de urgência para tentar dar a eles uma proteção efetiva e imediata, em vez de aguardar o prejuízo se consumir (ou se agravar) e só então tentar recuperá-lo – o que, eventualmente, pode até não ser mais possível.

11.4 Contextualização

Visando uma rápida delimitação do objeto de estudo, cumpre tecer algumas considerações sobre a tutela antecipada. A doutrina, para explicá-la, normalmente a compara com a tutela cautelar; confrontando-as, tem-se de fato um bom retrato do instituto. No geral, a doutrina tradicional prefere manter um afastamento nítido entre as duas; a lei também as separa, mas a tendência é que haja uma aproximação cada vez maior. O novo § 7º do art. 273 do Código de Processo Civil é boa demonstração disso e, talvez, no futuro, haja uma disciplina única para os dois institutos, como já ocorre em outros países, cujo exemplo mais característico é a Itália.

Seguindo o ensinamento da doutrina tradicional, pode-se dizer que a

tutela cautelar, ao contrário da antecipatória, pode ser considerada assecurativa. Ela mantém intacta uma determinada situação fático/processual, sendo por isso *um instrumento a serviço do processo*. Com ela não se confunde, portanto, a *tutela antecipada*, que é instrumento de alteração da própria situação material, ao próprio direito questionado, dando (ou tentando dar) soluções adequadas a situações em que se exige urgência.

Como diz Marinoni, “é imprescindível que a tutela não satisfaça a pretensão própria do ‘processo principal’ para que possa adquirir o perfil de cautelar... Ou seja, quando a pretensão é satisfeita, nada é assegurado, e nenhuma função cautelar é cumprida” (1994, p. 77-79). Ou, ainda, a tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, sem realizá-lo. A prestação jurisdicional satisfativa não teria relação com a tutela cautelar; nessa, há sempre *referibilidade* a um direito acautelado. Se não existe essa referibilidade, essa referência ao direito, não há direito acautelado, e aí teremos satisfatividade (MARINONI, 1995, p. 45-46).

Ainda no dizer de Marinoni, em obra específica sobre o tema, a tutela antecipada (ou antecipatória) concede ao autor os efeitos da sentença requerida, dentro de um processo de cognição exauriente, *satisfazendo* o pedido; a cautelar, ao contrário, não pode satisfazer, mas apenas assegurar a viabilidade da realização da sentença que conceda o quanto pleiteado (1994, p. 58).

Dessa forma, a tutela antecipatória se presta a fornecer, ainda que parcialmente, o próprio bem da vida pleiteado na inicial, enquanto a cautelar se mantém à margem do direito material, objetivando apenas resguardar uma situação para que, quando for prolatada a decisão de mérito, essa não seja inócuca.

A tutela antecipada pode ser então brevemente definida, seguindo Nelson Nery Jr. (1977, p. 546), como uma

providência que tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução *lato sensu*, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.

Bedaque tem explicação semelhante, afirmando que a tutela sumária antecipatória, ao contrário da cautelar, realiza antecipadamente o direito da parte; é fruto da visão instrumental do processo, decorrente das necessidades

havidas do direito material – daí poder-se incluí-la nas chamadas *tutelas diferenciadas* (1995, p. 112). Em outro texto, esse mesmo autor demonstra as profundas semelhanças que existem entre a tutela antecipada e a cautelar; ainda que as naturezas de uma e de outra sejam diversas, as regras gerais que as regem seriam praticamente as mesmas (1997, p. 221)¹.

Antônio Cláudio da Costa Machado, em trabalho inteligente e instigador, afirma que a tutela antecipada tem natureza cautelar, na medida em que exige *periculum in mora*, que é elemento típico das cautelares – a tutela é antecipada por conta de *fundado receio* da ocorrência de *dano irreparável ou de difícil reparação* (1996b, p. 218-219). E afirma que ninguém se propôs a justificar a compatibilidade da aceleração do provimento de mérito com o condicionamento típico da cautelaridade (MACHADO, 1996b, p. 221).

Para ele, é inquestionável o caráter cautelar de uma medida que só pode ser concedida quando há perigo; se é o perigo que a justifica, seu objetivo só pode ser exatamente o de afastá-lo, o que é próprio das medidas cautelares. Segundo Machado, o objetivo do legislador foi, provavelmente, o de não dotar o juiz de primeira instância de um poder demasiado, que adviria da norma que lhe permitisse conceder a medida pleiteada com base apenas no *fumus boni iuris* (1996b, p. 225)². Esses mesmos argumentos são defendidos pelo autor em outra obra específica sobre tutela antecipada, com profundidade e rigor científico (MACHADO, 1999, p. 273)³ – a tal ponto que, ainda que seja posição quase isolada na doutrina, é difícil discordar do insigne professor.

Para Marinoni, a questão do tempo também é fundamental na tutela antecipada: ele entende que esse tipo de tutela é uma *técnica de distribuição do ônus do tempo no processo* (1995, p. 15). Isso, segundo ele, não a aproxima da tutela cautelar; apenas faz com que o tempo, que seria um *problema* a ser inicialmente suportado apenas pelo autor, possa ser impingido também ao réu. Há que se lembrar, contudo, que essa tutela atinge o *próprio bem da vida pleiteado* (ainda que provisoriamente), alterando o eixo da relação fática entre os contentores – o que talvez permita afirmar que se trata de algo mais do que um ônus processual, dada a imediata e direta influência que essa tutela produz na situação fática e de direito material. Essa concepção de distribuição de ônus do tempo talvez se adequasse melhor à tutela cautelar, essa, sim, exclusivamente endoprocessual e destinada não a mudar a situação fática relativa ao bem da vida disputado, mas a preservar, no tempo, a eficácia da futura decisão jurisdicional.

Os requisitos para concessão dessa tutela são, no caso do art. 273 do Código de Processo Civil, o *periculum in mora*, traduzido pela expressão “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” ou (alternativamente) “abuso do direito de defesa ou manifesto intuito protelatório do réu”. Esta segunda

hipótese não tem nenhuma ligação com perigo da demora, mas – talvez – simplesmente com *demora*: trata do caso em que o réu, ilegitimamente, retarda o desfecho do processo. Além de um desses requisitos, é preciso que haja simultaneamente *prova inequívoca* que leve o julgador a *se convencer da verossimilhança da alegação*. O § 6º do mesmo artigo inclui nova possibilidade de concessão, que também não tem a ver com urgência, baseado na hipótese de pedido incontroverso.

A escolha dos termos do *caput* pelo legislador certamente não foi muito feliz; prova disso são as numerosas interpretações que os mais representativos doutrinadores emitiram a respeito. Não se trata simplesmente de uma *interpretação difícil*, mas da *justaposição de expressões contraditórias*. O intérprete, obrigado a um malabarismo gnoseológico, é levado a *somar* essas expressões e tirar-lhes *uma média*, como se fora uma operação aritmética. Esse, ao menos, é o posicionamento da maioria da doutrina, que seguiu o esforço de Dinamarco (1995, p. 145) para bem interpretar a nova norma:

aproximadas as locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (*prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança*) chega-se ao conceito de *probabilidade*, portador de maior segurança que a mera *verossimilhança*. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes.

Marinoni também conclui dessa forma, atestando que a conjunção dessas duas expressões tem de ser entendida como prova *suficiente para o surgimento do verossímil* (1995, p. 68), ou seja, prova, sim, mas ainda não aquela que possa declarar definitivamente se há ou não o direito pleiteado. Kazuo Watanabe segue a mesma linha, afirmando que o juízo fundado em prova inequívoca, em prova que *convença bastante*, é mais intenso que o juízo assentado em simples *fumaça* (1996, p. 33-34). Bedaque (1997, p. 236), citando-o, faz-lhe coro.

Também assim Nelson Nery Jr., que explica que do confronto das expressões aparentemente contraditórias deve-se achar um ponto de equilíbrio, atingido com o conceito de probabilidade: mais forte do que mera verossimilhança e do que o mero *fumus boni iuris* das cautelares, mas menos intenso do que prova inequívoca (1977, p. 549). Arruda Alvim, da mesma maneira, extrai fórmula interessante da conjugação das duas expressões: *prova*

inequívoca deve significar simplesmente que o juiz esteja *firmemente convencido da verossimilhança*, que pode se confirmar quando da sentença, esta baseada em prova que gerará *verdade* (e será até comum que isso aconteça) (1996, p. 111).

E. D. Moniz de Aragão (1996, p. 242) destaca que

se se aceita mera verossimilhança não é possível pretender que a prova seja inequívoca. Para compreender o enigma, tem-se de admitir que constitui especial recomendação aos magistrados avaliarem com rigor a verossimilhança. Não devem eles ceder a argumentos frágeis, à simples plausibilidade. Devem exigir mais, devem verificar se há forte probabilidade de o autor ter razão.

Ovídio A. Baptista da Silva diz que a prova da simples verossimilhança nunca poderá ser inequívoca, porque aí o direito seria evidente, e não apenas aparente – o que significaria que seria caso de tutela definitiva, não apenas antecipatória; daí, deve-se interpretar o dispositivo como exigindo prova congruente (1996, p. 137). Humberto Theodoro Júnior segue a mesma linha e afirma que deve se tratar de algo verossímil, algo objetivamente demonstrável, e não de mero receio subjetivo da parte. Essa verossimilhança há de ser baseada em prova mais robusta do que aquela que se exigiria para aferição de mero *fumus boni iuri* (1998, p. 273).

Há, ainda, interessante divergência a respeito de tal decisão dever surgir de direta determinação da lei ou estar subordinada ao arbítrio do juiz. Essa última é a posição de Dinamarco (1996, p. 142-143), para quem a concessão ou não da tutela depende do prudente arbítrio do juiz, a ser exercido com cuidado e motivação em cada caso; além disso, o arbítrio se faz presente também na possibilidade de revogar ou modificar a tutela concedida⁴.

Para Nelson Nery Jr., não há discricionariedade, porque inexiste livre escolha, por via subjetiva, entre dois ou mais caminhos a serem seguidos, mencionados pela lei que confere esse poder discricionário (1977, p. 146). Assim também o considera Kazuo Watanabe, para quem “...a antecipação da tutela é um direito da parte, e não medida dependente da discricionariedade do juiz” (1996, p. 34). Arruda Alvim não diverge, afirmando que a norma se utiliza de conceitos vagos, o que acaba por dar *larga margem de poder* ao magistrado, mas que isso não se confunde com discricionariedade, posto que o núcleo do ato deverá ser um só, pois trata-se de ver se a lei foi interpretada corretamente para aquele caso concreto, mesmo com esses conceitos de difícil interpretação (1996, 109-110). Para Watanabe, discricionariedade, se há, é aquela insculpida nas

medidas de apoio à tutela antecipada prevista para as obrigações de fazer e não fazer, conforme determina o § 5º do art. 461: ali se prevê que o juiz utilize as *medidas necessárias* para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Como não há, nem nessa nem em norma alguma, disciplina do que são essas *medidas necessárias*, acaba-se por concluir que a escolha é discricionária. Uma escolha, claro, bastante limitada e longe de abusos: “não se trata de adoção arbitrária de qualquer medida, e sim apenas de medidas adequadas e necessárias (eis o parâmetro legal) à tutela específica da obrigação ou à obtenção do resultado equivalente” (1996, p. 45).

De qualquer forma, o mais importante aqui é ter presente que tais normas trazem um instituto que tem o declarado objetivo de privilegiar a efetividade. Com a tutela antecipada, passa a ser possível pleitear, dentro dos ditames específicos dessa norma, o próprio bem da vida objeto do processo, antes ainda de exaurida a cognição, com base apenas em juízo de verossimilhança.

11.5 Estratégia

O caso em questão enseja vários caminhos possíveis. Ainda que tenha enunciado muito simples, seu conteúdo é bastante complexo. É importante destacar que, na medida em que se vai discutir *estratégias processuais*, não se deve pensar em soluções *certas* ou *erradas*. O máximo que o pretense orientador do exercício pode tentar traçar são as alternativas com maior ou menor chance de êxito, as que tenham maior ou menor possibilidade de privilegiar a celeridade.

A primeira alternativa que certamente virá à tona é a da propositura de ação de conhecimento, pleiteando o ressarcimento dos danos. Essa ação possivelmente seria a de maior importância no conjunto do caso, mas, de imediato, esbarra em alguns problemas importantes. O maior deles é o *tempo* envolvido e a dificuldade em se pleitear tutela antecipada. É difícil justificar alguma urgência e mais difícil ainda pretender antecipar uma indenização. A prova do dano, e de que se trata de um dano consumado, certamente também seria bem difícil.

É preciso levar em conta, ainda, o art. 117 da Lei das Sociedades Anônimas, que disciplina o abuso de poder por parte do controlador, bem como a Instrução Comissão de Valores Imobiliários – CVM n. 323/2000, que relacionou mais 15 incisos como modalidades de exercício abusivo do poder de controle de companhia aberta –, tendo em vista que a relação estabelecida em lei é exemplificativa, e não taxativa.

A petição inicial precisaria, necessariamente, ter uma explanação completa e sólida a respeito do conteúdo dessas normas e de sua aplicação nesse caso prático.

Em termos estratégicos, é preciso pensar sempre em como será a manifestação da parte adversa. Tal ação certamente enfrentaria a alegação de que as ações baixaram devido ao movimento normal do mercado, em que é comum que as ações baixem e subam, periodicamente. Mesmo diante do fato de que o banco em tela é o único do Brasil a ter prejuízo, a questão de como provar as manobras para baixar as ações é algo a ser seriamente pensado.

A questão do valor da causa também é de extrema importância. A parte adversa pode tentar elevá-la a extremos, colocando-a no mesmo patamar do valor do banco inteiro, a fim de inviabilizar a ação⁵.

Ainda assim, certamente é uma alternativa válida.

Também é possível o caminho de pleitear a destituição do administrador. Essas manobras mencionadas certamente passaram pela atuação desse administrador, e seu afastamento poderia ser pedido em juízo. Será importante, aqui, tentar caracterizar bem, na petição inicial, alguma das situações previstas nos arts. 153 a 158 da Lei das Sociedades Anônimas, a fim de demonstrar a má gestão do administrador.

Aqui entra a questão de qual seria o mecanismo processual para fazê-lo. Se esse for o objeto da ação principal, o caso seria de tutela antecipada, como visto no tópico anterior. Se for, ao contrário, um pedido assecuratório para evitar novos prejuízos e requerer a compensação dos já ocorridos por meio de ação de indenização, o caso seria de ação cautelar.

É preciso lembrar, todavia, que o afastamento do administrador pode não surtir efeitos significativos para o cliente: isso não vai desfazer os prejuízos já ocorridos e talvez não evite prejuízos futuros. Sem alguma atitude contra o próprio controlador, é possível que ele simplesmente nomeie outro administrador tão *dócil* quanto o anterior, que se mantenha efetuando exatamente as mesmas políticas, a mando do acionista majoritário.

Uma possibilidade colateral é a de produção antecipada de provas, em sede cautelar, com vista a provar os desmandos do administrador.

Outra alternativa seria uma ação de obrigação de não fazer, com pedido de tutela antecipada, *requerendo a proibição de venda do banco*, enquanto não forem recuperados os prejuízos. Essa ação pode obrigar o controlador a fazer um acordo com os minoritários.

11.6 Conclusão

A escolha do caso partiu de uma situação real, em que um problema aparentemente simples, mas envolvendo grandes valores, demonstrou ser um verdadeiro desafio em estratégia processual. Com ampla gama de alternativas, esse caso real, como muitos dos encontrados no dia a dia do Direito Comercial, exige planejamento apurado da estratégia e conhecimento profundo das regras e meandros processuais, especialmente em relação à questão das tutelas de urgência.

REFERÊNCIAS

Leitura Obrigatória

ALVIM, Angélica Arruda. Princípios constitucionais do processo. **Revista de Processo**, ano 19, n. 74, p. 20, abr./jun. 1994.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Alterações no Código de Processo Civil: tutela antecipada, perícia. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, n. 65, p. 45, 1992.

BRAGHITTONI, R. Ives. **O princípio do contraditório no processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

_____. **Recurso extraordinário**. São Paulo: Atlas, 2007.

CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do processo de execução. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Processo civil, evolução: 20 anos de vigência**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. O princípio da igualdade

processual. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 19, p. 39-44, dez. 1981/dez. 1982.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Direito processual civil**. São Paulo: Bushatski, 1975.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. 3v.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade**. São Paulo: Saraiva, 1978.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil interpretada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Tutela antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

_____. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do art. 273, I, do CPC. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Tutela antecipada: uma interpretação do art. 273 do CPC, na redação conferida pela Lei Federal n. 8.952, de 13.12.1994. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **A antecipação da tutela na reforma do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Novas linhas de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. A consagração da tutela antecipatória na reforma do CPC. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela

preventiva. *In: Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1980.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil interpretado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

PEREIRA, Luiz Fernando C. **Medidas urgentes no direito societário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ovídio Batista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

Leitura Complementar

ALVIM, J. E. Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. A antecipação de tutela na reforma processual. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Tutela antecipatória. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Reforma do Código de Processo Civil (Coord.)*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Tutela específica e tutela assecuratória das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **The judicial process in comparative perspective**. Tradução de Jack Jacob. Suffolk: Claredon Press (Oxford University Press), 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 1v.

_____. **Processo cautelar**. 4. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1980.

_____. As inovações no Código de Processo Civil, em matéria de processo de conhecimento. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

WANBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. Tutela antecipatória, tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil). In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

1 Sobre o assunto, verificar especificamente p. 228 e s.

2 E arremata o professor: “... à falta de outra maneira de limitar o poder atribuído aos juízes, o texto que se converteu em lei condicionou a antecipação a um requisito de nítida índole cautelar, o que contaminou completamente a figura prevista pelo inciso I do art. 273 de cautelaridade” (p. 230).

3 O autor dedica um capítulo inteiro de sua obra a esse ponto (Capítulo 1, Terceira Parte).

4 Tratando da questão da discricionariedade em liminares de âmbito cautelar, ver a explanação de Betina Rizzato Lara em **Liminares no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 104 e s. Da discricionariedade na liminar do mandado de segurança, *idem*, p. 132 e s. Em ações possessórias, *idem*, p. 169-170. Em ação civil pública e Código de Defesa do Consumidor, *idem*, p. 185-186. Em São Paulo, a lei que disciplina o recolhimento de custas tem, atualmente, um teto que evitaria esse problema.

12 COMO LIDAR COM OS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL?

Susana Henriques da Costa

Professora do programa de educação continuada e especialização em Direito – GVlaw; professora doutora de Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP; promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

12.1 Introdução

O objetivo do curso de *Processo Civil e Advocacia Empresarial* do Programa de Especialização e Educação Continuada do GVlaw é ensinar os operadores do direito, principalmente advogados, a pensar e planejar a sua atuação em juízo, tendo em vista os objetivos que pretendem alcançar em um determinado processo e as técnicas processuais disponibilizadas pelo ordenamento jurídico.

Dentro desse contexto, este artigo pretende pensar e discutir os chamados pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional, ou seja, os requisitos cujo preenchimento mostra-se necessário para a concessão da tutela jurisdicional. Esses pressupostos abrangem as condições da ação e os chamados pressupostos processuais.

Sem eles, a decisão do juiz se limitará a declarar a existência de irregularidade na relação jurídica de direito processual ou a inexistência/impossibilidade de exercício do direito de ação, sem resolver o mérito do processo e, portanto, sem definir a crise de direito material posta à sua apreciação com a demanda. Essa sentença, exatamente por não implicar um julgamento de mérito, em princípio, não faz coisa julgada material.

Embora os requisitos de admissibilidade de julgamento do mérito tenham sido idealizados com base em preocupação com o aprimoramento técnico e científico do direito processual, certo é que eles desempenham um papel importante na busca pela efetividade dentro da dinâmica do modelo processual vigente. Isso porque, como se verá a seguir, a exigência dos

pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito visa garantir que a tutela jurisdicional produza um resultado justo, útil e eficaz¹.

Todavia, como natural em Direito, existem uma série de discussões e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que permitem à parte também fazer uso dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito de forma estratégica, de acordo com os objetivos que pretende. É isso que se tentará demonstrar no decorrer deste texto.

A forma utilizada para o desenvolvimento de um pensamento estratégico a respeito dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito, dentro da linha metodológica do curso de *Processo Civil e Advocacia Empresarial*, será o estudo de casos.

12.2 A efetividade do processo e as estratégias processuais

Antes de iniciar um debate sobre casos, ainda, é necessário fazer algumas ponderações sobre a ideia de efetividade do processo e da técnica processual e os seus reflexos em relação às estratégias processuais traçadas pelas partes.

A efetividade do processo tem sido invocada como uma das finalidades, senão a finalidade principal do processualista moderno. Apesar da dificuldade de conceituação precisa², a ideia de efetividade leva em conta considerações sobre economia, ou seja, sobre a adequação entre meios e fins³. Em outros termos, será efetivo o processo que alcançar os melhores resultados, tendo em vista os recursos disponíveis (técnicas processuais) e os objetivos do sistema (escopos do processo).

Segundo a doutrina, a efetividade dos mecanismos de solução de conflitos pode ser avaliada com base em dois argumentos: (i) *de produção* e (ii) *de qualidade*. Sob o enfoque dos *argumentos de produção*, a efetividade de determinado mecanismo de solução de conflitos será medida de acordo com a sua capacidade de alcançar o melhor resultado, com o menor gasto de recursos (economia interna). A avaliação da efetividade do processo, nessa perspectiva, deve considerar a forma como determinado modelo processual lida, por exemplo, com questões referentes ao custo e ao tempo de duração (SALLES, 2003, p. 50)⁴.

A análise da efetividade dos mecanismos de solução de conflitos, contudo, também deve passar pela análise de *argumentos de qualidade*⁵. Esses argumentos consideram situações concretas e comparam os diferentes resultados

obtidos por um determinado mecanismo de solução de conflitos. Mais efetivo será o sistema que produzir resultados mais adequados e satisfatórios, na proteção dos valores abarcados pelo ordenamento jurídico. O processo, por esse enfoque, pode ser avaliado tomando-se por base, por exemplo, a sua aptidão para a solução de litígios complexos e multidisciplinares ou a postura adotada pelo magistrado, com o incentivo a uma atividade participativa das partes na busca de soluções conciliatórias, bem como na instrução do processo⁶.

Cabe ressaltar que a ideia de efetividade do processo normalmente faz sentido e se coaduna com as expectativas da parte que tem razão ou, quando muito, com as expectativas da parte que, apesar de não ter razão, tem o intuito de resolver rápida e satisfatoriamente o litígio.

Contudo, um processo justo e célere não interessa à parte que, ciente do fato de que não se encontra amparada pelo ordenamento jurídico, vê no processo uma forma de protelar o cumprimento de determinada norma por ela violada. Para essa parte, quanto mais inefetivo o processo, melhor, pois protelada será sua duração e, por consequência, atrasada será a prolação da sentença. A sentença, por seu turno, não necessariamente corresponderá à realidade dos fatos e poderá, eventualmente, não aplicar a lei de forma adequada ao caso concreto, em injusto benefício à parte recalcitrante.

Mas não somente à parte que age de forma protelatória e eticamente questionável interessa um processo não efetivo. Muitas vezes o tempo do processo pode ser utilizado como uma estratégia para a consecução de um acordo interessante para o réu ou mesmo para o autor, naqueles casos em que tenha havido a antecipação da tutela. Isso não necessariamente significa que essas partes não sejam detentoras do direito material discutido nos autos ou estejam se utilizando do processo de forma ilegítima. Ao contrário, muitas vezes as partes se utilizam estrategicamente das *regras do jogo* como forma de criar outros meios de garantir a proteção de direitos de fatos existentes. O tempo do processo, nesse sentido, pode ser utilizado pela parte em situação de vantagem como meio de coerção para que a parte contrária lhe reconheça e garanta a satisfação do seu direito.

A efetividade do processo, portanto, nem sempre será de interesse da parte e, muitas vezes, ao criar estratégias para sua atuação processual, o operador do Direito atentará justamente contra esse postulado. Pensar o processo de forma estratégica, portanto, não necessariamente significa pensar o processo de forma efetiva. É claro que há limites para a atuação da parte, limites estes que, além de éticos, são jurídicos e se encontram descritos nas regras que estabelecem os atos de litigância de má-fé e os atos atentatórios à dignidade da justiça. Os abusos deverão ser coibidos em nome do interesse maior da sociedade na boa administração da justiça.

Para pensar estrategicamente os institutos processuais, porém, é preciso preliminarmente entender seus conceitos e sua funcionalidade dentro do sistema processual para, somente assim, tornar viável seu manuseio em prol do interesse que se procura defender. Por esse motivo, antes da apreciação das situações problemas trazidas para análise, será exposto, de maneira extremamente sucinta, o papel que cada um dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito desempenha no sistema processual vigente.

12.3 As condições da ação

12.3.1 Conceito

As condições da ação constituem técnica processual, ligadas ao direito de ação. Há, por um lado, (i) quem sustente que as condições da ação são requisitos para a existência do direito de ação; há, por outro, (ii) quem sustente que são requisitos para o exercício do direito de ação; e há, por fim, (iii) quem sustente que são meros requisitos para o exame do mérito⁷.

Independentemente do posicionamento que se adote, não se pode negar que as condições da ação constituem categoria processual que, tomando por base alguns elementos da crise de direito material, ou seja, da situação substancial objeto do processo, busca afastar de plano a continuidade de um procedimento inapto a gerar qualquer resultado útil (interesse de agir e legitimidade *ad causam*) ou um procedimento que contenha pretensão manifestamente contrária à lei ou à Constituição Federal (impossibilidade jurídica do pedido). Seu objeto de análise, portanto, ao contrário do que, como se verá a seguir, ocorre com os pressupostos processuais, não é relação jurídica de direito *processual*, mas, sim, relação jurídica de direito *material*.

De qualquer sorte, a exigência das condições da ação busca dar maior efetividade ao processo. A existência da categoria das condições da ação legitima-se em considerações tanto de *economia interna* do processo, pois elas têm aptidão para extinguir de plano uma relação jurídica de direito processual fadada ao insucesso, quanto à *qualidade* do provimento jurisdicional, pois procuram assegurar-lhe um resultado útil, passível de produção de efeitos para fora do processo.

Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 296), nesse sentido, ensina que são razões de natureza *ético-econômicas* que fundamentam as condições da ação.

Não seria eticamente legítimo sujeitar o adversário aos vínculos de um processo e ao desconforto que ele causa, quando se antevê que a tutela jurisdicional pedida pelo autor não lhe será útil ou que, por afrontar certos preceitos superiores, jamais poderá ser concedida. Nem seria *economicamente legítimo* impor ao adversário despesas para se defender e ao Estado o desperdício de atividades, nessa situação (grifos do autor)⁸.

12.3.2 Análise do caso

Pensemos no seguinte caso: *Determinada associação de acionistas e adquirentes de linhas telefônicas propõe ação civil pública em face de uma empresa concessionária de serviços de telefonia, alegando que determinados moradores de um conjunto residencial adquiriram, em condomínio, assinaturas telefônicas da empresa ré por meio de adesão a plano de expansão de serviços telefônicos. Sustentam, todavia, que não houve a correspondente retribuição de ações a que faziam jus. Pleiteiam, portanto, além do cumprimento de obrigações contratuais pactuadas com a ré, a indenização ao valor equivalente às ações sonegadas, acrescido de danos emergentes e lucros cessantes. A sentença de primeiro grau extinguiu o processo sem julgamento do mérito por entender incabível a propositura de demanda coletiva fundada no Código de Defesa do Consumidor versando sobre matéria societária*⁹.

Pergunta-se: é interessante recorrer dessa decisão?

Uma primeira ponderação a ser feita pelo operador do Direito nesse ponto é saber se é possível, em vez de recorrer, optar pela repropositura da demanda. Em princípio, como já salientado no início do texto, a sentença de carência, por não ser uma sentença de mérito, não faz coisa julgada material, mas somente coisa julgada formal. Nada impediria, portanto, a repropositura da demanda, idêntica a anterior, pois não apreciada a relação jurídica de direito material pela demanda anteriormente proposta.

Esse é, aliás, o texto expresso do art. 268 do Código de Processo Civil (CPC), que dispõe:

Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

Todavia, há posicionamento doutrinário e jurisprudencial forte que, ao

interpretar o art. 268 do Código de Processo Civil, entende que demanda extinta por carência de ação não pode ser reproposta sem o saneamento do vício, ou seja, sem o preenchimento da condição da ação faltante¹⁰.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEMANDA ANTERIOR JULGADA EXTINTA SEM CONHECIMENTO DO MÉRITO, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. REPRODUÇÃO INTEGRAL DA MESMA AÇÃO ANTERIOR. INADMISSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 268 DO CPC. É inadmissível, no caso, a repropositura automática da ação, ainda que o processo anterior tenha sido declarado extinto sem conhecimento do mérito. Recurso especial não conhecido (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 191934, Quarta Turma. Relator Ministro Barros Monteiro, 4-12-2000. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%28%22BARROS+MONTEIRO> Acesso em: 23 fev. 2010)¹¹.

Há de se reconhecer, todavia, que, ao se exigir o preenchimento da condição da ação faltante na demanda inicialmente extinta, está-se a impor ao autor a necessidade de ajuizar demanda nova, diferente substancialmente da demanda originária. De fato, justamente porque as condições da ação são aferidas na relação jurídica de direito material, o seu preenchimento implicará alteração da demanda original, com a modificação das partes, pedido ou causa de pedir. Para fins de repropositura, portanto, em quase nada se difere a sentença de carência de ação da sentença de improcedência. Também nessa última, em consequência da coisa julgada material, é obstada a rediscussão da mesma demanda. Nada impede, contudo, a propositura de demanda diversa da já anteriormente julgada.

Assim, no momento de definir sobre a interposição ou não de recurso em face da decisão de carência de ação proferida pelo juiz de primeiro grau, no caso já referido, deverá o advogado ponderar sobre a possibilidade ou não de a repropositura da demanda, tomando por base a probabilidade de aplicação do entendimento de que se torna imperativo o preenchimento da condição da ação faltante¹².

No caso em tela, preencher a condição da ação faltante equivaleria a uma mudança estrutural na demanda que ou não poderia se fundar na aplicação

do Código de Defesa do Consumidor, ou, ainda, não poderia ser tratada de maneira coletiva, mas, sim, individualizada. A viabilidade dessa mudança na estrutura da demanda e sua potencial efetividade na consecução dos resultados que se buscam também devem ser pensadas no momento de se definir sobre a impugnação recursal da decisão prolatada.

Caso se decida pela interposição do recurso, é necessário pensar qual a melhor alegação a ser realizada nas razões de apelação. Nesse ponto, é importante salientar a existência de pelo menos dois posicionamentos divergentes, que contam com a adesão de parte considerável da doutrina e da jurisprudência, o que faz das condições da ação um campo fértil para o surgimento de dúvidas e divergências e, por consequência, exige do operador do Direito certo planejamento.

Resumidamente, são duas as posições de maior relevo¹³ existentes sobre o tema: a teoria eclética de Liebman e a teoria assertista. A teoria eclética de Liebman, que inspirou Buzaid quando da elaboração do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, entende que as condições da ação, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir, serão sempre questões preliminares à análise do mérito, independentemente do grau de cognição necessário para a sua verificação em um determinado caso concreto. Constituem elas categoria processual autônoma, cognoscível de ofício em qualquer fase processual e grau de jurisdição. Assim, uma condição da ação é uma condição da ação, seja quando verificada na petição inicial, mediante cognição sumária, seja ao final, na sentença, após uma análise exauriente do mérito da demanda¹⁴. Da mesma forma, caso ausente uma condição da ação, a sentença será de carência, qualquer que seja o momento processual ou a cognição já realizada¹⁵.

A posição assertista, por seu turno, entende que a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir somente constituem condições da ação se sua verificação se der *in statu assertionis*, ou seja, à luz do descrito pelo autor na sua petição inicial, por via de uma cognição sumária¹⁶. A pedra de toque da teoria assertista é o grau de cognição necessário para verificar a presença da condição da ação. Em outros termos, se da simples leitura da inicial, ou seja, sem a necessidade de se verificar a fundo os fatos nela narrados, já se conclui que a demanda não preenche as condições da ação, será o caso de extinção do processo sem a resolução do mérito, por carência de ação. Entretanto, se a ausência da condição da ação somente vier à tona após a instrução processual e a realização de uma cognição exauriente, a sentença que a reconhece será de improcedência, e não de carência de ação, e transitará materialmente em julgado, resolvendo definitivamente a crise de direito

materia¹⁷

A divergência principal entre as duas teorias diz respeito à sentença que reconhece a ausência de uma condição da ação quando prolatada após cognição exauriente. Para os ecléticos, essa é uma sentença de carência de ação; para os assertistas, trata-se de sentença de improcedência da demanda.

Assim, no caso antes relatado, poderá o apelante, dentro da sua conveniência, alegar não somente ser juridicamente possível sua pretensão mas também sustentar que aquilo que se chamou na sentença de primeiro grau de sentença de carência configura verdadeira sentença de mérito. Em outros termos: com base na existência das duas teorias divergentes sobre as condições da ação, pode o operador do direito, verificadas as características do caso concreto, sustentar que uma sentença de carência de ação (fundada em cognição exauriente) na verdade é uma sentença de improcedência, ou seja, é uma *falsa* sentença de carência. Sendo sentença de mérito, caso reconhecido o *error in iudicando*, pode o tribunal julgar o mérito da demanda sem necessidade remeter os autos novamente ao primeiro grau. Essa alegação é interessante nos casos em que não estiverem presentes os requisitos para a aplicação do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, pois, caso acatada, implicará a decisão de mérito da causa pela segunda instância e, se houver trânsito em julgado, de forma definitiva.

Presentes os requisitos, porém, a melhor forma de se pugnar pelo julgamento imediato da causa pelo tribunal é requerer a aplicação ao caso concreto do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada (...)

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento (Incluído pela Lei n. 10.352, de 2001).

Claramente, o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil busca conferir maior celeridade e efetividade à tutela jurisdicional. Nesse sentido, embora maculando indiretamente o princípio do duplo grau de jurisdição, permite que, após o reconhecimento de *error in procedendo* do órgão *a quo*, o tribunal venha a julgar o mérito da demanda, em vez de devolver o processo ao primeiro grau para nova prolação de sentença. Para tanto, devem estar presentes os requisitos

previstos pela lei, ou seja, que a causa verse questão exclusivamente de direito e/ou esteja em condições de imediato julgamento. No caso em tela, é possível alegar que a questão já se encontra documentalmente comprovada e, portanto, é sustentável a aplicação do referido dispositivo legal, sem a necessidade de remessa dos autos ao primeiro grau para dilação probatória¹⁸.

Cumprido, nesse ponto, salientar que, ao recorrer de sentença de carência, estará sempre o apelante sujeito à aplicação do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, com a substituição da decisão de primeiro grau pelo julgamento do mérito. Há de se atentar sempre, todavia, para o fato de que o exame do mérito pelo tribunal não significa necessariamente a prolação de julgamento favorável. O art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil configura verdadeira hipótese de *reformatio in pejus*, legalmente instituída. Assim, deve o advogado estar ciente do risco de estar trocando uma sentença de carência de ação, eventualmente, por uma sentença de improcedência. Esse risco deve ser ponderado e, se possível, minimizado pelo apelante em suas razões. Por exemplo, deve o apelante sustentar a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica deduzida em juízo, pois ela não teria natureza unicamente societária, de forma a tentar evitar, nesse sentido, uma sentença de mérito desfavorável.

Mantida a sentença de primeiro grau pelo Tribunal, devem ser refeitas as mesmas ponderações com relação à possibilidade de repropositura da demanda, realizadas quando da interposição do recurso de apelação, para se tomar a decisão sobre a interposição ou não de recurso a Tribunal Superior. Deve sempre ser levado em conta o entendimento jurisprudencial que impede a propositura de demanda idêntica à anterior, exigindo o preenchimento da condição da ação faltante.

Além disso, deve-se ponderar sobre as vantagens da interposição de recurso especial ou extraordinário, que geralmente possuem um filtro de admissibilidade severo e, muitas vezes, sequer são admitidos. Considerações em relação ao custo e ao tempo de julgamento desses recursos também devem ser estimadas de forma a definir, no caso concreto, qual a melhor estratégia.

Importante questão diz respeito à possibilidade de aplicação do previsto pelo art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil aos recursos interpostos nos Tribunais Superiores. Embora o art. 515 esteja inserido no capítulo que trata do recurso de apelação, a doutrina o considera aplicável aos demais recursos previstos pela legislação processual¹⁹. Assim, por exemplo, a regra de que a interposição do recurso devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada é aplicável a todos os recursos. Sustentável, portanto, a tese de que possa ser julgado imediatamente o mérito do recurso especial ou extraordinário, caso afastada decisão de carência.

Mas o argumento de aplicabilidade do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil aos Tribunais Superiores deve transpor, ainda, outras barreiras: a do impedimento da análise de questões de fato e a do prequestionamento. Realmente, por serem tribunais que visam à uniformização da jurisprudência, e não meros órgãos revisores, estão o STJ e o STF impedidos de novamente analisar os fatos da demanda ou mesmo matérias não prequestionadas. Sua apreciação se limita à verificação de alegação de descumprimento de preceito da legislação federal ou da Carta Magna²⁰. Parece razoável, nesse sentido, sustentar que, ainda que admitida a aplicação do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil em recursos dirigidos a Tribunais Superiores, essa estaria restrita aos casos que tratassem de matéria exclusivamente de direito que tenha sido anteriormente questionada.

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu pela admissibilidade da aplicação do art. 515, § 3º em casos excepcionais, mas a maioria dos julgados é pela inaplicabilidade. São exemplos de decisões nos dois sentidos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. CRUZADOS BLOQUEADOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. BTNF. CARÊNCIA DA AÇÃO AFASTADA. APRECIÇÃO DO MÉRITO. ART. 515, § 3º, DO CPC. 1. Não há omissão do julgado se o Tribunal a quo aprecia suficientemente todas as questões postas em discussão nos autos para formação do seu convencimento. 2. É cabível a discussão, em sede de mandado de segurança, sobre a determinação do índice aplicável à correção dos cruzados novos bloqueados em cadernetas de poupança, por ocasião do Plano Collor. 3. Aplica-se o BTNF como índice de correção monetária dos saldos de cruzados novos bloqueados, a teor do disposto no art. 6º, § 2º, da Lei 8.024/90 (ERESP 169.940/SC, Corte Especial). 4. Afastada a carência da ação pela inadequação da via eleita, não há empecilo a que esta Corte aprecie o mérito da controvérsia, que versa sobre matéria eminentemente de direito (cálculo da correção das cadernetas de poupança das contas à disposição do BACEN), evitando determinar o retorno dos autos à origem, em respeito aos princípios da efetividade do processo e da economia processual, conforme previsão do § 3º, art. 515, do CPC, acrescentado pela Lei 10.352/2001, que possibilita ao Tribunal julgar, desde logo, todas as questões de direito discutidas no processo, ainda que não tenha sido apreciada em sua íntegra pela instância de origem. 5. Recurso especial desprovido (Superior Tribunal de Justiça.

Recurso Especial n. 523904, Primeira Turma. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 24-11-2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%28%22TEORI+ALBINO+ZA> Acesso em: 23 fev. 2010) (grifos nossos).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PRESO POLÍTICO TORTURADO – PROSSEGUIMENTO NO EXAME DO MÉRITO DA CAUSA: IMPOSSIBILIDADE – ART 515, § 3º, DO CPC: INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. 1. Decisão do STJ que nega provimento a recurso especial, confirmando a decisão do Tribunal de origem que anulou sentença que decretava a prescrição. 2. O STJ, ao examinar recurso especial, não está autorizado a prosseguir no julgamento do mérito da causa, mesmo se tratando de questão meramente de direito. Inaplicabilidade do art. 515, § 3º, do CPC. 3. Inexistência de omissão. 4. Embargos de declaração rejeitados (Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 524889, Segunda Turma. Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 22-5-2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%28%22ELIANA+CALMON%22%29.min.%29+E+%28%22>> Acesso em: 23 fev. 2010) (grifos nossos).

Embora não se configure entendimento majoritário do STJ, a existência de decisão permitindo a aplicação do art. 515, § 3º do Código de Processo Civil aos recursos especiais já é suficiente para trazer ao operador do Direito a reflexão sobre os riscos da interposição do referido recurso, em face de uma sentença de carência. As mesmas ponderações antes delineadas sobre a possibilidade de uma *reformatio in pejus* devem ser levadas em conta, e uma pesquisa jurisprudencial sobre o entendimento do tribunal sobre a questão de mérito tratada nos autos se mostra essencial antes da tomada de qualquer decisão.

Por fim, cabe perquirir: caso transitada em julgado a sentença de carência de ação, qual a melhor estratégia a ser adotada pela associação autora?

Como já visto anteriormente, há entendimento jurisprudencial que sustenta que a sentença de carência, embora extinga o processo sem a resolução do mérito, não admite a propositura da mesma demanda, exigindo o preenchimento da condição da ação faltante. O operador do Direito, em face desse entendimento, pode ficar sem via processual de reexame da decisão que declara a carência de ação, já definitivamente julgada. A única saída é alegar o

cabimento de ação rescisória²¹.

A construção que viabiliza essa possibilidade é simples e já foi anteriormente mencionada: a ação rescisória, segundo o art. 485 do Código de Processo Civil, somente é cabível nos casos em que a sentença seja de mérito. A sentença de carência não é sentença de mérito e, portanto, em princípio, não pode ser atacada por via da rescisória. Contudo, se a decisão de carência tiver sido prolatada após a cognição exauriente da relação jurídica de direito material, será sempre possível alegar que houve erro na denominação da sentença e que o que se chamou de sentença de carência é, na verdade, uma sentença de improcedência.

Lembre-se de que a verificação da presença das condições da ação sempre tomará por base a relação jurídica de direito material e que, assim, na maior parte das vezes, será viável o argumento de que aquilo que se entendeu ser impossibilidade jurídica do pedido, ilegitimidade *ad causam* e falta de interesse de agir (principalmente na modalidade necessidade) era, na verdade, negativa da viabilidade da pretensão do autor. Não se tratava de carência de ação, mas, sim, de improcedência. Sendo sentença de improcedência e, portanto, de mérito, é cabível, em tese, a ação rescisória, desde que preenchidos os demais requisitos exigidos pelo Código de Processo Civil.

Note-se, por fim, a esse respeito, o surgimento de posicionamento jurisprudencial ainda excepcional que sustenta o cabimento de ação rescisória em face da sentença de carência de ação, independentemente da discussão sobre ser essa sentença de mérito ou não²².

12.4 Os pressupostos processuais

12.4.1 Conceito

Os pressupostos processuais, entendidos em seu sentido amplo²³, são os requisitos necessários para a existência e a validade da relação jurídica de direito processual. Visam assegurar regularidade da dialética estabelecida entre as partes no processo e, em última análise, o próprio devido processo legal, com as garantias a ele inerentes (ampla defesa, contraditório, juiz natural etc.).

Conforme ensina Bedaque (2005, p. 180), a existência dos pressupostos processuais decorre da:

necessidade de conferir ordem ao processo, permitindo que seus sujeitos possam participar ativamente e influir no resultado. A técnica é importante para possibilitar que a relação jurídica processual desenvolva-se de forma adequada, sem tumultos, a fim de que as partes sejam tratadas com igualdade, observando-se rigorosamente o contraditório. O procedimento legal está diretamente relacionado com o monopólio da atividade jurisdicional pelo Estado e com o escopo de conferir às partes instrumento dotado de garantias necessárias à correta solução do litígio.

Dentro da dinâmica interna do processo, os pressupostos processuais servem como filtro que impede o prosseguimento de um processo formalmente inviável (BEDAQUE, 2005, p. 180-181). Além disso, eles procuram assegurar justiça e legitimidade ao provimento proferido pelo magistrado, que decorrerá da correta observância dos princípios processuais constitucionais. Estão, portanto, ligados a preocupações relativas à *economia interna do processo* e à *qualidade* do provimento jurisdicional. Buscam, inegavelmente, aumentar a efetividade do processo.

12.4.2 Análise de caso

Pensemos no seguinte caso: *uma empresa fornecedora de produtos farmacêuticos propõe uma demanda em face de uma empresa de cartões de crédito requerendo a condenação da ré ao ressarcimento de determinada quantia paga por cartão de crédito por cliente da autora. Sustenta a autora a aplicação do CDC à relação existente entre as partes, por ser a farmácia destinatária final do produto oferecido pela ré. Havendo relação de consumo, a autora sustenta, ainda, a nulidade por abusividade da cláusula de foro de eleição prevista em contrato e propõe a demanda no foro do domicílio do réu, que coincide com o foro do seu domicílio. A ré é citada e excepciona a competência. A petição de exceção, todavia, não veio assinada. O juiz decreta de sua incompetência e remete o processo para a Comarca prevista pelo foro de eleição.*

Qual a melhor atitude a ser tomada pela autora?

A questão no caso concreto gira em torno da definição do foro competente e da perquirição sobre a natureza jurídica da competência tratada. A competência é um pressuposto processual de validade do processo.

Ora, o art. 94 do Código de Processo Civil disciplina que a regra geral é que a demanda seja proposta no foro de domicílio do réu. Essa competência é relativa e pode ser alterada por acordo entre as partes, por meio da eleição de

foro, nos termos do art. 111 do mesmo Código de Processo Civil. A incompetência relativa, regra geral, não pode ser reconhecida de ofício pelo juiz e exige a arguição por via da exceção ritual de incompetência. Caso não excepcionada, haverá a prorrogação da competência do juízo que, inicialmente incompetente para o julgamento do processo, passa a ser, para tanto, competente. Há o saneamento do vício inicial pela inércia do réu, pois se presume tenha ele aberto mão de prerrogativa que a norma fixou no seu próprio interesse²⁴.

Por enquanto, portanto, verifica-se que a questão da determinação da competência no caso antes descrito se coloca de forma simples: sendo a competência territorial e relativa, a eleição de foro afasta a competência fixada em lei. Deveria a demanda descrita no caso concreto ter sido proposta no foro previsto no contrato, e não no domicílio da autora. A ré tomou a providência prevista em lei e excepcionou a competência do magistrado, requerendo a remessa dos autos ao juízo competente.

A questão de a exceção de incompetência ter sido oposta sem a assinatura do advogado não serve para afastar de plano o seu conhecimento pelo magistrado. Nesse sentido, deveria ser dada a oportunidade para a excipiente regularizar a petição, assinando-a. Realmente, o art. 244 do Código de Processo Civil dispõe que o juiz considerará válido um ato eivado de nulidade por não observância da forma se este ato, apesar de irregular, atingir sua finalidade. No mesmo sentido é o art. 249, § 1º do Código de Processo Civil.

Em princípio, a doutrina entendia que os arts. 241 e 249, § 1º do Código de Processo Civil somente se aplicavam às nulidades relativas, pois as nulidades absolutas não seriam passíveis de saneamento ou convalidação²⁵. Houve, contudo, o surgimento de novo entendimento no sentido de que, independentemente da natureza da nulidade, ou seja, seja a nulidade absoluta, seja a nulidade relativa, haverá sempre a possibilidade do seu saneamento com a convalidação do ato, caso esse atinja a sua finalidade²⁶. Como já visto, a existência dos pressupostos processuais no sistema baseia-se na necessidade de preservação de vários princípios processuais constitucionais, tais como a ampla defesa, o contraditório e a igualdade entre as partes. Assim, há quem sustente que, caso não atingido o princípio constitucional que fundamenta a própria existência da norma que previu determinada forma, a nulidade resultante do seu desrespeito, independentemente da natureza relativa ou absoluta, poderá ser convalidada. Não há nulidade, sem prejuízo ao valor que fundamenta a razão de ser da norma.

Com base nesse novo tratamento dado às nulidades, que encontrou guarida na jurisprudência²⁷, é possível à ré, com base na ideia de efetividade do processo, e, caso o juiz de ofício não o faça, requerer lhe seja concedida a

possibilidade de convalidar ato nulo, pela ausência de assinatura do advogado, justamente pela ausência de prejuízo causado pela prévia irregularidade (art. 250, CPC).

Ocorre que, se numa visão superficial do problema, a definição do foro competente para o julgamento da demanda descrita no caso concreto parece fácil, após uma análise mais aprofundada, percebe-se que a questão se mostra mais complexa. Isso porque existe entendimento jurisprudencial que sustenta que a eleição de foro em contratos envolvendo relações de consumo, naqueles casos em que prejudique o exercício do direito de defesa pelo consumidor, implica a nulidade da cláusula e permite que o juiz decrete de ofício sua incompetência, enviando o processo para o foro competente.

Nesse sentido já decidiu o STJ:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CIVIL. CARTA PRECATÓRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. ABUSIVIDADE. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. PRECEDENTES. 1. Em se tratando de relação de consumo, tendo em vista o princípio da facilitação de defesa do consumidor, não prevalece o foro contratual de eleição, por ser considerada cláusula abusiva, devendo a ação ser proposta no domicílio do réu, podendo o juiz reconhecer a sua incompetência *ex officio*. 2. Pode o juiz deprecado, sendo absolutamente competente para o conhecimento e julgamento da causa, recusar o cumprimento de carta precatória em defesa de sua própria competência. 3. Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito da Vara Cível de Cruz Alta – RS, o suscitante (Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 48647, 2ª Seção. Relator Ministro Fernando Gonçalves, 5-12-2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 fev. 2010).

Na verdade, o entendimento jurisprudencial acima exposto se baseia na conjugação de três artigos do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam:

Art. 1º do CDC: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social (...);”;

Art. 51, IV, do CDC: “São consideradas nulas cláusulas contratuais que coloquem o consumidor em situação de desvantagem exagerada”;

Art. 6º, VIII, do CDC: “É direito do consumidor ter sua defesa facilitada no processo”.

Com base nos arts. 51, IV, e 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, entende-se que a cláusula contratual que prejudica a defesa pelo consumidor de seus direitos em juízo é abusiva e, conseqüentemente, nula de pleno direito, podendo ser assim decretada pelo juiz. Além disso, o art. 1º do Código de Defesa do Consumidor determina que as normas contidas no Código que defendam os direitos do consumidor são normas de ordem pública. Como a competência absoluta, regra geral, decorre de normas fixadas com base em razões de ordem pública, a incompetência do juiz em caso de demandas ajuizadas em foros de eleição fundados em cláusulas abusivas seria uma incompetência absoluta, passível de reconhecimento de ofício pelo magistrado, com remessa dos autos ao juízo competente.

No caso em tela, portanto, pode-se sustentar a competência absoluta do foro do domicílio do réu, caso se entenda que a cláusula que definiu o foro de eleição era abusiva. Nesse caso, é possível sustentar que a decisão do juiz, ao remeter os autos ao juízo eleito em contrato, é equivocada.

Outro argumento que pode ser utilizado pela autora para defender que o juiz para onde o processo foi encaminhado deva declarar sua incompetência de ofício advém da atual redação do art. 112, parágrafo único, do Código de Processo Civil: “a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu”.

Para a aplicação do dispositivo supraindicado é necessário verificar se se trata de foro de eleição inserido em contrato de adesão. Em caso afirmativo, a autora poderá alegar a incompetência do juízo para o qual os autos foram remetidos. O magistrado daquele foro provavelmente reconhecerá sua incompetência, ante a preempriedade do texto legal.

Mas qual será o melhor mecanismo a ser utilizado pela parte para tal finalidade: interpor agravo de instrumento contra a decisão que reconheceu a incompetência do juízo onde a demanda foi proposta ou suscitar a incompetência perante o juiz para onde os autos foram remetidos? Deve a autora ponderar vários aspectos quando da escolha. Primeiro, o agravo de instrumento corre o risco de reforçar eventual argumento da parte contrária de que a competência seria relativa, pois preferiu a agravante vir ao tribunal em vez de se dirigir ao juiz

de primeiro grau para onde os autos foram remetidos, que poderia perfeitamente reconhecer sua incompetência caso ela fosse absoluta.

A alegação perante o juiz de primeiro grau, por seu turno, também traz inconvenientes. Por um lado, pode enfraquecer o argumento de que o processamento do feito perante o foro eleito prejudique a defesa da autora, pois ela foi capaz de vir até ele para sustentar a incompetência absoluta (caso, é claro, não se trate de petição protocolada via protocolo integrado). Além disso, por outro lado, caso o juiz para onde os autos foram remetidos reconheça a sua incompetência, será o caso de suscitar a instauração de conflito de competência, o que poderá gerar demora na concessão do provimento jurisdicional, em prejuízo do interesse da autora.

12.5 Conclusão

De todo o exposto, o que se pode concluir é que os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito foram introduzidos no sistema como técnicas processuais teleologicamente voltadas para a busca da efetividade do processo.

Todavia, conforme visto nos casos discutidos, os pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional, se utilizados de forma pensada e estratégica, tornam-se importantes instrumentos das partes para busca dos fins por elas desejados. Assim, é possível e, certas vezes, imperativo pensar os pressupostos processuais e as condições da ação racionalmente e, a partir daí, traçar estratégias que permitam o manuseio dessas técnicas processuais em prol da efetividade do resultado almejado pela parte.

REFERÊNCIAS

Leitura básica

BEDAQUE, José Roberto. **Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização – Diretrizes para aplicação da técnica processual e superação dos óbices aos escopos do processo.** Tese (Concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

_____. Pressupostos processuais e condições da ação. **Revista Justitia**, São

Paulo, v. 156, p. 48-66, out./dez. 1991.

COSTA, Susana Henriques da. **Condições da ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista de Processo**, n. 77, ano. 20, p. 168-176, jan./mar. 1995.

_____. **Temas de direito processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NERY JÚNIOR, Nelson. Condições da ação. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 64, p. 33-38, out./dez. 1991.

SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil de interesse público. *In*: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral Santos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 2v.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

Leitura Complementar

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 3v.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. 2v.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 58, p. 07-32, abr./jun. 1990.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. A metodologia no exame do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 72, p. 334-346, out./dez. 1993.

GALANTER, Marc. Introduction: compared to what? Assessing the quality of dispute processing. **Denver University Law Review**, n. 66, issue 3, p. 11-14, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal**. São Paulo: Bushatsky, 1977.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953.

MANDRIOLI, Crisanto. **Corso di diritto processuale civile**.

3. ed. Torino: Grappichelli, 1994. 1v.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório**. São Paulo: Malheiros, 2005.

1 Para Cândido Rangel Dinamarco, a exigência dos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito é “projeção da garantia constitucional d o *due process of law* e significa que o Estado só se dispõe a dar tutela jurisdicional quando o processo apresentar suficientes mostras de ter sido realizado de modo seguro para todos. Tal é o *processo justo e equo*, indicado na doutrina mais moderna como precedente indispensável de toda tutela jurisdicional” (**Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, 2v., p. 616).

2 Barbosa Moreira sustenta que a ideia de efetividade comporta “dose inevitável de fluidez”. Para sua aferição, deve-se apurar (i) a existência de instrumentos de tutela adequados a todas as espécies de direitos reconhecidas pelo ordenamento jurídico; (ii) a possibilidade de utilização desses instrumentos por quaisquer sujeitos, ainda que indeterminados ou indetermináveis; (iii) a possibilidade de reconstrução dos fatos, de forma que o convencimento do juiz se forme conforme o realmente ocorrido; (iv) a garantia de que o resultado do processo “assegura à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus”; (v) a viabilidade da consecução desse resultado ideal com o menor dispêndio de recursos possíveis (Efetividade do processo e técnica processual. **Revista de Processo**, n. 77, ano 20, p. 168-176, jan./mar. 1995, p. 168).

3 Para Cândido Rangel Dinamarco, a conceito de efetividade do processo é iluminado pela visão de seus objetivos. Nesse sentido, efetividade do processo constitui expressão resumida da ideia de que “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude os seus escopos institucionais” (grifo do autor) (**A instrumentalidade do**

processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 270-271).

4 No mesmo sentido, Marc Galanter (Introduction: compared to what? Assessing the quality of dispute processing. **Denver University Law Review**, n. 66, issue 3, p. 11-14, 1989, p. 12).

5 Segundo Marc Galanter, a maior parte das discussões sobre a superioridade de determinado mecanismo de solução de conflitos gira em torno dos argumentos de produção. Essa postura, todavia, segundo o autor, é duplamente equivocada. Primeiro, regra geral, há problemas na mensuração desses fatores, o que torna questionável qualquer conclusão sobre esses argumentos. Além disso, nem sempre aquilo que é mais barato ou mais rápido é necessariamente o resultado mais desejável (Introduction: compared to what? Assessing the quality of dispute processing. **Denver University Law Review**, n. 66, issue 3, p. 11-14, 1989, p. 13).

6 Nas palavras de Carlos Alberto de Salles: “A consideração da efetividade da tutela jurisdicional (...) impõe a formulação de um juízo sobre a *adequação* do procedimento e do provimento jurisdicional a uma determinada situação de fato, tomando em consideração não só seus objetos imediatos (prestação de tutela à parte reclamante), mas também àqueles mediatos (relacionados com os valores e objetivos do ordenamento jurídico), o que apenas será factível a partir de uma visão externa do processo, isto é, não restrita a seus próprios pressupostos” (Processo civil de interesse público. *In*: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo civil e interesse público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 51).

7 Sobre o tema, ver Kazuo Watanabe (**Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 76 e s.) e Susana Henriques da Costa (**Condições da ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 35 e s.).

8 Para Bedaque, as condições da ação são requisitos cujo preenchimento é necessário para que se possa aferir se o processo, como instrumento, é apto a alcançar o resultado desejado. Por ser assertista, entende que as condições da ação devem ser buscadas nos fatos descritos na petição inicial. Caso inexistentes, o processo não poderá “proporcionar *resultado útil*”, sendo “melhor extingui-lo o quanto antes, evitando a perda de tempo e o desperdício de energia” (**Efetividade do processo e técnica processual**: tentativa de compatibilização – Diretrizes para aplicação da técnica processual e superação dos óbices aos escopos do processo. Tese (Concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 232).

9 Caso extraído do precedente julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n. 600.784, Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 1-6-2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29

Acesso em: 23 fev. 2010.

10 Nesse sentido, Nelson Nery Júnior (Condições da ação. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 64, p. 33-38, out./dez. 1991, p. 38). Para Theotônio Negrão, “nem sempre (o autor poderá intentar nova ação). No caso do n. VI do art. 267, se a extinção do processo se fundar em impossibilidade jurídica do pedido, poderá ser proposta nova ação, porém não a mesma” (**Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 265). Em sentido contrário, ver Flávio Luiz Yarshell (**Ação rescisória**: juízos rescindente e rescisório. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 161-164).

11 No mesmo sentido: “*Processo civil. Ação civil pública. Extinção do processo por ausência de condição da ação. Trânsito em julgado. Renovação do pedido. Ação idêntica. Inviabilidade. Art. 268, CPC. Exegese. Doutrina. Precedentes. Recurso desacolhido. I – A extinção do processo por descabimento da ação civil pública, na espécie, por falta de condição de ação, obsta a que o autor intente de novo a ação. II – Segundo boa doutrina, se o autor se limita a re-propor ação da qual fora julgado carente estará ofendendo a coisa julgada, dado que, consoante comanda o art.471, CPC, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas*” (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 103584, Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 13-8-2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%28%22S%C1LVIO+DE+FIGUEIREDO Acesso em: 23 fev. 2010) e Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 45935, Terceira Turma. Relator Ministro Nilson Naves, 31-10-1994. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%28%22NILSON+NAVES%22%29.mi Acesso em: 23 fev. 2010).

12 Caso tentada a repropositura, o réu já beneficiado por uma sentença de carência anterior deverá valer-se da interpretação jurisprudencial já referida e, caso reproposta a mesma demanda já anteriormente extinta (em especial nos casos em que tenha havido mudança de magistrado no juízo), deverá alegar a impossibilidade de novo julgamento da causa, se não houver o preenchimento da condição da ação faltante. Se aceita a alegação da defesa, afastada será a possibilidade de que, numa nova análise dos fatos, o órgão jurisdicional altere seu posicionamento anterior e entenda que estão presentes as condições da ação e que o processo comporta julgamento pelo mérito, julgamento esse que, eventualmente, pode vir a prejudicar o réu.

13 Há outra posição defendida por parte da doutrina, mas ainda sem respaldo na jurisprudência, que entende que as condições da ação são sempre questões de mérito e que, portanto, a carência de ação levaria sempre a uma decisão sobre o

objeto do processo. Nesse sentido, ver Adroaldo Furtado Fabrício (Extinção do processo e mérito da causa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 58, p. 07-32, abr./jun. 1990), Calmon de Passos (**Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 3v.) e Susana Henriques da Costa (**Condições da ação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005). Galeno Lacerda endossa esse entendimento: “decidir, portanto, a respeito da existência das condições da ação, no que concerne à possibilidade jurídica e à legitimação para a causa, é julgar matéria relativa ao mérito do pedido, a seus fundamentos de direito. Constituem elas requisitos indispensáveis à fundamentação jurídica da pretensão” (**Despacho saneador**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1953, p. 88).

14 Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “*PROCESSUAL CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. LEGITIMIDADE. EXAME DE OFÍCIO. ARTIGO 267, VI, § 3º, DO CPC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. INOCORRÊNCIA. 1. O controle das condições da ação pode ser encetado pelo juiz ex officio, desde a análise da petição inicial, até o momento que antecede o julgamento de mérito. Não obstante, compete ao réu, na primeira oportunidade que dispõe para falar nos autos, suscitar a preliminar de carência de ação (art. 301, inciso X, do CPC). 2. Os embargos de declaração manejados com notório propósito de prequestionamento não podem ser tidos como protelatórios. Precedentes da Corte. 3. Súmula 98/STJ. 4. Recurso provido*” (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 418497, Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux, 28-10-2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.%29+Acesso em: 23 fev. 2010>). Também: Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Ação Recisória n. 1819, Primeira

Seção. Relator Ministro Luiz Fux, 30-9-2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.%29+E+%28%22Primeira+Secao%29+Acesso em: 23 fev. 2010>> e Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 199471, Primeira Turma. Relator Ministro Garcia Vieira, 21-6-1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28%28%22GARCIA+VIEIRA%22%29.min.%29+E+%28%22Primeira+Acesso em: 23 fev. 2010>>).

15 Sustentam a teoria eclética Ada Pellegrini Grinover (e outros. **Teoria geral do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995) e Cândido Rangel Dinamarco, para quem “não basta que o demandante descreva formalmente uma situação em que estejam presentes as condições da ação. É preciso que elas existam realmente. Uma condição da ação é sempre uma *condição da ação* e por falta dela o

processo dever ser extinto sem o julgamento do mérito, quer o autor já descreva uma situação em que ela falte, quer dissimule a situação e só mais tarde os fatos revelem ao juiz a realidade. Seja ao despachar a petição inicial, ou no julgamento conforme o estado do processo (arts. 329-331) ou em qualquer outro momento intermediário do procedimento – ou mesmo, afinal, no momento de proferir a sentença – o juiz é proibido de julgar o mérito quando se convence de que a condição falta (...) a circunstância puramente ocasional de o juiz não haver extinto o processo de imediato não transmuda as coisas. A única consequência prática é que processo terá durado mais” (**Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, 2v., p. 313-314).

16 Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPORTAÇÃO DE MERLUZA. ISENÇÃO DE ICMS. ACORDO DO GATT. MATÉRIA FÁTICA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7 DO STJ. 1. Havendo controvérsia a respeito dos fatos afirmados na *petição inicial*, há de ser extinto, sem julgamento de mérito, o processo de mandado de segurança, por ser o impetrante carecedor da ação. 2. A decisão recorrida, ao entender pela inadmissibilidade da ação mandamental, com base no argumento de que o desate do direito invocado pela impetrante depende de fato não esclarecido nos autos, o que fez foi reconhecer a manifesta ausência de uma das *condições da ação*, qual seja, o interesse de agir, traduzido, na espécie, pela impropriedade da via eleita. 3. Não cabe ao STJ, em sede de recurso especial, revisar matéria fática. Aplicação da Súmula n. 7 da Corte. 4. Recurso especial não conhecido” (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 209304, Segunda Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha, 4-4-2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 fev. 2010). Ver, ainda, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 2496, Segunda Turma. Relator Ministro Adhemar Maciel, 9-6-1997. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 fev. 2010; e Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 572906, Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux, 28-6-2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 fev. 2010.

17 Sobre o assertismo, ver Kazuo Watanabe (**Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000); Joel Dias Figueira Júnior (A metodologia no exame do trinômio processual: pressupostos processuais, condições da ação e mérito da causa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 72, p. 334-346, out./dez. 1993); Bedaque (Pressupostos processuais e condições da ação. **Revista Justitia**, São Paulo, v. 156, p. 48-66, out./dez. 1991); e Mandrioli (**Corso di diritto processuale civile**. 3. ed. Torino: Grappichelli, 1994, 1v.). Barbosa Moreira, ao discorrer sobre a legitimidade da ação, expõe a ideia do assertismo nos seguintes termos: “O exame da legitimidade, pois – como o de qualquer das ‘condições da

ação” –, tem de ser feito *com abstração* das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res in iudicium deducta*. Significa isso que o órgão judicial, ao apreciar a legitimidade das partes, considera tal relação jurídica *in statu assertionis*, ou seja, *à vista do que se afirmou*.

Tem ele de raciocinar como quem admita, por hipótese, e em caráter provisório, a veracidade da narrativa deixando para a ocasião própria (o juízo de mérito) a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória” (**Temas de direito processual**, p. 200).

18 Cândido Rangel Dinamarco bem esclarece que os requisitos estipulados pelo legislado não são cumulativos, pois o que importa para a aferição da possibilidade de aplicação do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil é o fato do processo se encontrar “*já suficientemente instruído para o julgamento do mérito*”, ou seja, “*quando toda a instrução processual já estiver exaurida ou quando, nos termos dos incs. I e II do art. 330, for admissível o julgamento antecipado do mérito*” (**Nova era do processo civil**, p. 165-166).

19 Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**, p. 173.

20 Nesse sentido a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça: “A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL” (Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt>. Acesso em: 23 fev. 2010) e Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal: “PARA SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO CABE RECURSO EXTRAORDINÁRIO” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 23 fev. 2010).

21 Ver decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “*RESCISÓRIA – Acórdão que julgou o autor carecedor da ação – Admissibilidade – Equiparação desta decisão à sentença de mérito – Ação que não pode ser renovada se o acórdão for mantido – Ação procedente. É certo que a sentença de carência pode ser questionada face ao artigo 485 do Código de Processo Civil referindo-se como rescindível somente à sentença de mérito. Todavia, tem-se registrado jurisprudência que considera tais sentenças rescindíveis tendo em vista que a matéria não poderia ser renovada e estava-se diante de decisão definitiva*” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Rescisória n. 161.130-2, São Paulo. Relator Desembargador Bueno Magano, 9-2-93. Disponível em: <http://www.tj.sp.jus.br/PortalTJ2/Paginas/Pesquisas/Segunda_Instancia/Por_numero>. Acesso em: 23 fev. 2010). Também já decidiu o STJ: “(...) *Apelação – Exame de*

Mérito. O exame de mérito, em segundo grau, condiciona-se a que o haja sido em primeiro. Para verificar se o foi, há que se pesquisar se decidida a pretensão formulada na inicial. Isso tendo ocorrido, não importa que a sentença, equivocadamente, haja afirmado que o autor era carecedor de ação. Legitimação para a causa – Mérito. Afirmando o autor ser titular da relação jurídica, nela fundando seu pedido, a sentença que o negue, recusando, em consequência, sua pretensão, terá decidido a lide, julgado o mérito. Nada importa se considere que outro o credor. Releva para o processo unicamente a lide nele deduzida. Superada a questão em segundo grau, devem os juízes do recurso prosseguir no exame da causa, pois não se trata de sentença simplesmente terminativa” (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 44920, Terceira Turma. Relator Ministro Nilson Naves, 15-8-1994. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 fev. 2010). Também: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 194863, Terceira Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 17-5-1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 fev. 2010.

22 Superior Tribunal de Justiça. Ação Rescisória n. 336, 2ª Seção. Relator Ministro Aldir Passarinho Jr., 24-4-2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 fev. 2010.

23 Existem dois posicionamentos com relação aos pressupostos processuais: um ampliativo e outro restritivo. Moacyr Amaral Santos sustenta a posição ampliativa. Para ele, pressupostos processuais subdividem-se em objetivos e subjetivos. Os pressupostos subjetivos são aqueles relativos às pessoas que atuam no processo: (a) juiz investido de jurisdição, competente, não suspeito ou impedido; (b) partes capazes (capacidade de ser parte, capacidade processual e capacidade postulatória); e (c) órgãos auxiliares (Ministério Público, testemunhas e peritos) exercendo suas funções de forma regular. Os pressupostos objetivos, por sua vez, subdividem-se em negativos ou extrínsecos e positivos ou intrínsecos. É preciso que os pressupostos negativos (fatos impeditivos) não se verifiquem para que o processo tenha um desenvolvimento regular. Os pressupostos positivos, por sua vez, devem estar presentes para que exista a regularidade da relação jurídica processual, pois eles são responsáveis pela subordinação do procedimento à lei (**Primeiras linhas de direito processual civil**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 1v, p. 324). Segundo a posição restritiva, os pressupostos processuais se limitam àqueles elementos essenciais para a formação da relação jurídica processual. Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco, que adotam a posição restritiva, entendem que “são pressupostos processuais: a) uma *demanda regularmente formulada* (CPC, art. 2º; CPP, art. 24); b) a *capacidade de quem a formula*; c) a *investidura* do destinatário da demanda, ou seja, a qualidade de juiz” (**Teoria geral do processo**. 11. ed. São

Paulo: Malheiros, 1995, p. 290).

24 É permitido ao autor, portanto, dentro das regras do sistema, optar por propor a demanda em juízo relativamente incompetente, caso pelas circunstâncias do caso concreto (proximidade territorial, entendimento do magistrado etc.) esse juízo lhe pareça estrategicamente mais conveniente. Ao assim agir, o autor estará criando para o réu o ônus de arguir a incompetência do juízo. Se a exceção não for oposta, o autor terá alcançado o seu intuito de ver julgada a causa no local de sua preferência.

25 Moacyr Amaral Santos entende que a nulidade absoluta se distingue da nulidade relativa, pois estas são sempre sanáveis, enquanto aquelas somente podem ser sanadas quando a lei assim autorizar (**Primeiras linhas de direito processual civil**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 65).

26 Segundo Bedaque, o que importa em termos de nulidades “é o resultado do ato, sendo a forma instrumento destinado a alcançá-lo. Sua atipicidade – isto é, a não correspondência entre o que ocorre concretamente e o modelo legal abstrato – passa a ser fenômeno irrelevante se, não obstante isso, o resultado se verificar. A instrumentalidade da forma é mero reflexo interno da visão instrumentalista do processo. Estas ideias devem nortear a compreensão dos arts. 154, 244, 249 e 250 do CPC. Por isso, no estudo das nulidades importa muito mais a preocupação com a possível eficácia de um ato viciado que a busca de critérios seguros para determinação do tipo de nulidade, se relativa ou absoluta. Se adotada essa perspectiva, e estabelecida a premissa de que é possível desconsiderar qualquer tipo de vício, independentemente de sua gravidade, desde que atingida a finalidade desejada com a forma, reduz-se substancialmente a importância da distinção entre essas duas espécies de nulidades” (**Efetividade do processo e técnica processual**: tentativa de compatibilização – Diretrizes para aplicação da técnica processual e superação dos óbices aos escopos do processo. Tese (Concurso para o cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 426-428).

27 Já decidiu o STJ que nulidade absoluta e cominada da não intervenção do Ministério Público (art. 246, CPC) no processo é sanável se não gerar prejuízo: *“PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CUMULADA COM PARTILHA DE BENS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INTIMAÇÃO PESSOAL DAS PARTES. DISPENSA. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO. PODERES ESPECIAIS. APRESENTAÇÃO DE MEMORIAIS. ORDEM. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NULIDADE. PREJUÍZO INEXISTENTE. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO SEGUNDO GRAU. AUSÊNCIA DE*

MANIFESTAÇÃO NO PRIMEIRO GRAU. IRREGULARIDADE SANÁVEL. ÔNUS DA PROVA. ART. 333-I, CPC. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO. I – Incorre negativa de prestação jurisdicional quando examinadas todas as questões controvertidas. II – Intimado pessoalmente o patrono dos réus, que possuía poderes especiais inclusive para receber intimações, da designação de audiência de instrução e julgamento, incorre nulidade pela ausência de intimação pessoal da parte. III – Não há no art. 454, § 3º, CPC, imposição para que a parte autora necessariamente apresente seu memorial em primeiro lugar. Ademais, a decretação de nulidade, no sistema processual brasileiro, deve atender à demonstração de prejuízo, o que não ocorreu, na espécie. IV – A intervenção do Ministério Público em segundo grau de jurisdição, sem arguir nulidade nem prejuízo, supre a falta de intervenção do Parquet na primeira instância, não acarretando a nulidade do processo. V – Assentado pelas instâncias ordinárias que a autora se desincumbiu do seu ônus probandi incorre violação do art. 333-I, CPC. Entender diversamente encontra óbice no enunciado n. 7 da súmula/STJ” (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 439955, Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 25-2-2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 fev. 2010) (grifos nossos). No mesmo sentido, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 241813, Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4-2-2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 fev. 2010; e Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 257544, Quarta Turma. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 16-10-2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 fev. 2010.