

COLETÂNEA DE ARTIGOS JURÍDICOS - I



O PAPEL DO ESTADO-JUIZ EM FACE DO
PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE
NOS CONTRATOS

LITISCONSÓRCIO ATIVO SUPERVENIENTE
E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Marcelo Silva Moreira

COLETÂNEA DE ARTIGOS JURÍDICOS

ÍNDICE

1. O PAPEL DO ESTADO-JUIZ EM FACE DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS.....03
2. LITISCONSÓRCIO ATIVO SUPERVENIENTE E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL17

O PAPEL DO ESTADO-JUIZ EM FACE DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS

Marcelo Silva Moreira

Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Maranhão

Professor Universitário

Pós-graduando em direito civil e direito processual civil pela FGV

e-mail: marcelomsm@uol.com.br

O contrato, fonte da obrigação, tem em seu cerne, como elemento nuclear, indispensável à própria existência, a vontade humana, que sendo livre e soberana, concede a cada um de nós a liberdade de contratar.

A idéia de autonomia da vontade “está estritamente ligada a idéia de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo sem influências externas imperativas.

A liberdade contratual significa, então, a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, liberdade de escolher o seu parceiro contratual, de fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir, liberdade de poder exprimir a sua vontade na forma que desejar, contando sempre com a proteção do direito.”¹

Consiste, assim, a autonomia da vontade, no poder de auto-regulamentação dos interesses próprios, ou seja, no poder que os sujeitos de direito possuem de ditar as regras de seus interesses particulares, em suas recíprocas relações.

Instrumento da movimentação de riquezas numa sociedade, o contrato calçou sua base teórica no liberalismo econômico do século XIX, no sentido de que cada indivíduo dispusesse da maior independência possível para se auto-obrigar nos limites que desejasse, ficando

¹ Cláudia Lima Marques, 2ª ed., RT, p. 36;

apenas vinculado à observância de um princípio inatacável: *pacta sunt servanda*.

Figuram, pois, dentre os princípios donde se origina o contrato o de sua *força obrigatória* e da *autonomia da vontade*. Este, como dito, manifesta-se na liberdade conferida às pessoas de firmar suas avenças livremente e aquele traduz-se na regra de que o contrato faz lei entre as partes, ou seja, uma vez regularmente celebrado, impõe-se o cumprimento de suas cláusulas como se essas fossem preceitos legais imperativos, apresentando, destarte, força vinculante.

O direito, no entanto, não é estanque. As modificações ocorridas na sociedade trouxeram a reboque a necessidade da implementação do equilíbrio contratual. Imposição lógica deste fenômeno foi uma nova teorização dos contratos. Houve, por assim dizer, uma socialização dos mesmos. A lei passou a assumir caráter mitigador da

autonomia da vontade, protegendo determinados interesses, valorizados pela confiança e boa-fé.

É o intervencionismo estatal que, embora não tenha aniquilado o conceito tradicional da autonomia da vontade, passou a limitá-lo. A liberdade dos contraentes sofreu considerável redução, no sentido de que se subordinam, hoje, à prevalência e preponderância do interesse social sobre o particular.

Esse dirigismo contratual justifica-se, no dizer do Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "na convicção de que o Estado tem de intervir na vida do contrato, seja mediante a aplicação de leis de ordem pública, que estabelecem restrições ao princípio da autonomia da vontade em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, instituindo a contenção dos seus efeitos, alterando-os ou mesmo liberando o contratante lesado, por tal arte que logre evitar que por via dele se consume atentado contra a

justiça.” E arremata o mestre civilista: “O que no momento ocorre, e o jurista não pode desprender-se das idéias dominantes no seu tempo, é a redução da liberdade de contratar em benefício do princípio da ordem pública, que na atualidade ganha acendrado esforço, e tanto que JOSSERAND chega mesmo a considerá-lo a “publicação do contrato”. Não se recusa o direito de contratar, e não se nega a liberdade de fazê-lo. O que se pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento de alguns conceitos, como o da *regulamentação legal* do contrato, a fim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas atividades empresariais; a regulamentação dos meios de produção e distribuição e sobretudo a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, com acentuação tônica sobre o princípio da *ordem pública*, que sobreleva ao respeito pela intenção das partes, já que a vontade destas obrigatoriamente tem de submeter-se àquele.”²

² em *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 9ª ed., pp 18/20;

Disto resulta que, aos tradicionais princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade, não mais se destina o sentido absoluto que outrora possuíam, sendo manifestamente aceita, em determinadas situações, a intervenção judicial no conteúdo dos contratos e, por conseguinte, a contenção de sua força obrigatória, isto em virtude do dirigismo contratual (interferência do Estado na vida do contrato) e da existência de normas de ordem pública, que não podem ser derogadas pela vontade das partes, ainda que decorrente de manifestação válida. "O excesso de liberalismo, manifestado pela preeminência do dogma da vontade sobre tudo, cede às exigências da ordem pública, econômica e social, que deve prevalecer sobre o individualismo, funcionando como fatores limitadores da autonomia privada individual, no interesse geral da coletividade".³

³ em *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, Forense Universitária, 4ª ed., p. 286;

Destaque-se que, com isso, não se está a elidir a aplicação do brocardo *pacta sunt servanda*, mas, tão-somente, a conter abusos e excessos que não raras vezes fazem-se veementemente presentes nas relações contratuais.

O germe desta nova maneira de se interpretar os contratos surgiu com a teoria da imprevisão, consubstanciada na cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual presume-se estarem os contratantes adstritos ao rigoroso cumprimento do pacto desde que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração.

Sobre tal instituto leciona ORLANDO GOMES: "Na justificação moderna da relatividade do poder vinculante do contrato, a idéia da imprevisão predomina. Exige-se que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade da prestação não possa ser prevista. Por outras palavras, a imprevisão há de decorrer do fato de

ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias. As modificações por assim dizer normais do estado de fato existente ao tempo da formação do contrato devem ser previstas, pois, constituem, na justa observação de RIPERT, uma das razões que movem o indivíduo a contratar, garantindo-se contra as variações que trariam insegurança às suas relações jurídicas. Quando, por conseguinte, ocorre a agravação da responsabilidade econômica, ainda ao ponto de trazer o contratante muito maior onerosidade, mas que podia ser razoavelmente prevista, não há que se pretender a resolução do contrato ou a alteração do seu conteúdo. Nesses casos, o princípio da força obrigatória do contrato conserva-se intacto. Para ser afastado, previsto é que o acontecimento seja extraordinário e imprevisível. Mas não basta. Necessário ainda que a alteração imprevisível do estado de fato determine a dificuldade de o contratante cumprir a obrigação, por se ter tornado excessivamente onerosa a prestação. A modificação quantitativa da prestação há de ser tão vultosa que, para satisfazê-la, o devedor se sacrificaria economicamente.

Chega-se a falar em impossibilidade. Pretende-se, até, criar a categoria da impossibilidade econômica, ao lado da física e da jurídica, para justificar a resolução do contrato, mas se a equiparação procedesse, estar-se-ia nos domínios da força maior, não cabendo, em consequência, outra construção teórica. A onerosidade excessiva não implica, com efeito, impossibilidade superveniente de cumprir a obrigação, mas apenas dificulta, embora extremamente, o adimplemento. Porque se trata de dificuldade, e não de impossibilidade, decorre importante consequência, qual seja a da necessidade de verificação prévia, que se dispensa nos casos de força maior.

Portanto, quando acontecimentos extraordinários determinam radical alteração do estado de fato contemporâneo à celebração do contrato, acarretando consequências imprevisíveis, das quais decorre excessiva onerosidade no cumprimento da obrigação, o vínculo contratual pode ser resolvido ou, a requerimento do prejudicado, o juiz altera o conteúdo do contrato,

restaurando o equilíbrio desfeito. Em síntese apertada: ocorrendo anormalidade da álea que todo contrato dependente de futuro encerra, pode-se operar sua resolução ou a redução das prestações."⁴

A inadequação do conceito tradicional de contrato com a realidade dos séculos XX e XXI, exacerbou-se, no entanto, com a explosão e fortalecimento das relações de consumo. Exemplo flagrante deste rompimento com a clássica tradição do direito privado em matéria de contrato é o Código de Defesa do Consumidor.

A velha máxima de que *"a parte leu o contrato e concordou com as suas cláusulas, assinando-o de livre e espontânea vontade"* não tem mais o condão de torná-lo intangível.

No que pertine às relações de consumo, a normas genéricas dos artigos 1.080 a 1.091 do Código Civil

⁴ em *Contratos*, Forense, 1989, 12ª ed., pp 41 e 42;

jamais poderão ser lançadas em detrimento da recente lei especial, devendo, em tais casos, quando requerida a revisão judicial do contrato, ser aplicados os preceitos jurídicos que regem as políticas públicas mandatórias da proteção do consumidor, relativizando-se os princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.

Questiona-se, agora, o que vem a ser o livre consentimento originador do vínculo contratual válido: se apenas a manifestação de vontade ou a manifestação de vontade livre de qualquer espécie de coação ou pressão. Em verdade, a autonomia da vontade, nos dias atuais, só se manifesta de modo válido se o consentimento for realmente autônomo, surgido de uma relação que se demonstre, desde o seu nascedouro, até seu término, paritária a partir da situação fática das partes contratantes. É a chamada *teoria da vontade racional*.

A todo momento estamos a contratar. Ao sairmos de nossas casas e pararmos o carro no posto para

o abastecermos de combustível, estamos contratando. Ocorre, no entanto, que em determinadas circunstâncias, o negócio jurídico querido não surte os efeitos desejados. Acentua o maior de nossos tratadistas, PONTES DE MIRANDA, que: "...freqüentemente, nas relações da vida, a pessoa, ao praticar atos jurídicos, não sabe, precisamente, em que *categoria jurídica* entram os efeitos que ela tem por fito e se mantém no plano da descrição econômica. Porém isso não basta para se inferir que se querem os efeitos, e não o negócio jurídico. Não só porque os efeitos, que se hão de produzir, dependem das regras jurídicas cogentes, que os deixem incólumes, e só se pode saber quais são essas regras jurídicas depois que se "classifica" o negócio jurídico, como porque há efeitos não-queridos que se produzem conforme seja o negócio jurídico. A denominação, o *nome*, do negócio jurídico, não importa, - está certo. Mas isso não significa, de modo nenhum, que não importe o negócio jurídico, tal como se delineou o suporte fático. A alusão da vontade aos efeitos somente importa como alusão a conseqüências para se conhecerem as causas: ao querer-

se, está-se a encher o suporte fático do negócio jurídico, que será; e não a descreverem-se efeitos. Essas considerações, que são sumamente importantes para a teoria do negócio jurídico, têm escapado aos maiores juristas que trataram da Parte Geral, sempre preocupados com a *vontade* e os *efeitos* (= vontade dos efeitos), em vez de atentos – *dentro do tempo* – a) à vontade, b) ao suporte fático em que ela entre, c) ao negócio jurídico, e d) aos efeitos. A vontade dos efeitos, o querer tais efeitos, é dado fático; passa-se no plano puramente econômico; nem é possível, nesse plano, outra causação que de vontade a efeitos: o que fica entre eles é o *jurídico*. Daí haver efeitos não-queridos e não se produzirem efeitos que foram queridos. Se atendemos a isso, os efeitos indicam ou indiciam o negócio jurídico de que se trata; a vontade é a vontade do que, dos efeitos, *pode* ser produzido, digamos o máximo deles ou o mais importante; portanto, uma vez que só a figura jurídica é que diz o que é que *pode* produzir-se, a vontade é de negócio jurídico: o que de vontade não se aproveita, porque o efeito querido não se *pode* produzir, é totalmente estranho ao

negócio jurídico, ou agarrado a ele, é marcado, como nulo, ou como anulável, pelas regras jurídicas referentes ao negócio jurídico de que se trata.”⁵

Conclui-se, pois, que o juiz, ao interpretar o contrato, não mais deve formar seu convencimento e tirar sua conclusão a partir da simples manifestação de vontade das partes contratualmente declaradas. Deverá, primeiramente, segundo a nova exegese que se impõe, avaliar os efeitos sociais do pacto, e os reais interesses nele existentes.

⁵ em *Tratado de Direito Privado*, Bookseller, Tomo 3, pp 164/165.

LITISCONSÓRCIO ATIVO SUPERVENIENTE E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Marcelo Silva Moreira

Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Maranhão

Professor Universitário

Pós-graduando em direito civil e direito processual civil pela FGV

e-mail: marcelomsm@uol.com.br

Seria possível, por exemplo, a admissão de litisconsorte ativo num mandado de segurança já impetrado ou mesmo com liminar já concedida? Tal é a indagação, posto que dela resulta diferentes conclusões.

Se se tratar, na hipótese, de litisconsórcio necessário, a resposta é afirmativa. É de sua essência, para que a sentença tenha eficácia, em razão de disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, que a causa seja decidida de maneira uniforme para todos os litisconsortes.

Daí porque, não só se faculta ao litisconsorte seu ingresso na relação jurídica, mas deve o juiz determinar que a parte promova a citação daquele que, a princípio, não acionou a jurisdição, sob pena de extinção do processo (v. art. 47 e parágrafo único, CPC).

Diferente caminho deve ser seguido pelo magistrado caso se trate de litisconsórcio facultativo. Neste, diferentemente daquele, não obstante a comunhão de direitos ou obrigações relativamente à lide, inexistente obrigatoriedade na sua formação.

Assim é que, por exemplo, se a pretensão de várias pessoas derivar do mesmo fundamento de fato ou de direito, possível é a formação do litisconsórcio que, no entanto, deve acontecer, necessariamente, no momento do ajuizamento da ação, não se admitindo sua composição superveniente, por ofensa ao *princípio do juiz natural*.

Antes de enfrentarmos de maneira definitiva a questão, mister se faz tecermos alguns comentários sobre tão importante princípio de natureza constitucional-processual.

A fim de evitar a criação de juízes ou tribunais de exceção para o julgamento de causas individualizadas, erigiu a Carta Magna, nos incisos XXXVII e LIII do seu art. 5º, como corolário do regime democrático, o *princípio do juiz natural*.

Tais dispositivos são, tal como denominados na doutrina constitucional, de caráter bifronte, pois, dirigem-se a dois destinatários distintos. De um lado, limitam os poderes do Estado, impossibilitando-o de instituir juízos *ad hoc*. De outro, assegura a qualquer indivíduo o direito ao processo perante autoridade competente, abstratamente designada na forma de lei anterior.

Vale ressaltar que o princípio em comento encontra supedâneo em outros dois, também previstos expressamente em nossa Constituição Federal: o da legalidade e o da igualdade.

Sobre o assunto, José Celso de Mello Filho leciona: "Juízo natural, também denominado juízo legal, juízo competente ou juízo constitucional, é o órgão abstratamente considerado, cujo poder jurisdicional emana da Constituição. A jurisdição assim atribuída aos magistrados, com base em norma anterior ao fato e segundo critérios gerais, impessoais e apriorísticos, atende à jurisdição assim atribuída aos magistrados, do juízo natural, cuja função maior consiste em viabilizar a ingerência de outros Poderes do Estado, especialmente o Executivo, no exercício da atividade jurisdicional. Esse princípio torna mais efetiva a garantia de liberdade que se reconhece às pessoas. A adoção do juízo natural, em nosso direito, produz as seguintes conseqüências jurídicas: a) ficam vedados os juízos extraordinários, constituídos após os fatos, para o

juízo de determinados casos ou pessoas. Proscrevem-se, destarte, os juízes *ad hoc* e os tribunais de exceção; b) fica subtraído ao controle do Poder Executivo o mecanismo de substituições, convocações e designações de juízes, a ser exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário; c) independência e imparcialidade dos juízes e tribunais são uma decorrência natural do princípio em tela; d) somente os órgãos dotados de poder jurisdicional, previstos pela Constituição, é que se conformam ao princípio do juízo natural; e) esse princípio se estende a outros órgãos fora do âmbito do judiciário, como o Senado Federal, nos casos de *impeachment* do Presidente da República" (*apud* Wolgran Junqueira Ferreira, *Direitos e garantias individuais*, Edipro, p. 306).

Alexandre de Moraes acrescenta que o referido princípio "deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a proibir-se não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não

seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador" (em *Direito Constitucional, Atlas*, 7ª ed., p. 102).

Pode-se concluir da análise dos mencionados escólios que do princípio do juiz natural resultam os seguintes efeitos: **neutralidade e independência do órgão julgador; necessidade de prévia individualização, através de leis gerais, do juízo competente; aplicação de regras específicas para determinação do juiz da causa; observância do procedimento referente à distribuição dos processos.**

Ora, se o órgão julgador deve preexistir ao fato, impossível é se conceber que, ajuizada uma ação e definido o juiz da causa, só posteriormente, aqueles que tem pretensão idêntica à do autor pretendam seu ingresso no feito.

Visualizemos a seguinte situação: Dois juízes, **X e Y**, de igual competência, têm sobre determinado assunto

opiniões diametralmente opostas. **A** propõe contra **B** uma ação. **C** e **D**, que também tem pretensão a deduzir contra **B**, após verificarem que o processo foi distribuído ao juiz **X** (que diferentemente do juiz **Y**, em outros processos, já se manifestara de acordo com o direito que aqueles alegam ter), requerem seu ingresso na lide na qualidade de litisconsortes ativos. Outro caminho não tem o magistrado senão o de indeferir o pedido ante a necessidade de se garantir o juízo natural.

Com efeito, não raras vezes têm nossos tribunais enfrentado o assunto. O Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou em sua jurisprudência o seguinte entendimento:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. FORMAÇÃO APÓS A DISTRIBUIÇÃO DA AÇÃO.

IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. PRECEDENTES.

1. Não é admissível a formação do litisconsórcio ativo facultativo após o ajuizamento da ação, sob pena de violação ao princípio do juiz natural, em face de propiciar ao jurisdicionado a escolha do juiz.

2. "A admissão de litisconsortes ativos facultativos deve ser requerida no momento adequado, sob pena de tumultuar a marcha do processo com a renovação de fase já superada, no caso o pedido de informações." (AGRMS 615-DF, Corte Especial)

3. Recurso provido." (Resp nº 24743/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 14.09.1998, p. 94);

Em outro aresto (Resp. 87641/RS, DJ 06.04.98, p. 75), o Ministro Ari Pargendler, relator do feito, em seu voto, após afirmar que o ingresso superveniente de litisconsorte ativo facultativo afronta a moral jurídica, citando Carlos Alberto Menezes Direito, assere: “Nos termos do art. 1º da Lei 1.533/51, o litisconsórcio é admitido no mandado de segurança. A intervenção do litisconsorte ativo não deve ser autorizada após a prestação das informações pela autoridade coatora. A sua admissão só cabe portanto, antes de estabelecida a relação processual. Todavia, concedida a medida liminar o litisconsórcio deve ser repellido, isto porque a sua admissão ofenderia o princípio da livre distribuição, além de abrir portas para o tumulto processual, com a extensão do benefício, em alguns casos, para centenas de interessados. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, com o voto do relator Ministro Milton Pereira, decidiu que, “distribuído o *mandamus*, decidido liminarmente, e, mais do que isso, renunciado pela parte impetrante o direito à ação, inadmissível o pretendido ingresso do litisconsorte. O litisconsórcio ativo só é admissível na instauração da lide

ou, dependente do caso concreto, no decêndio das informações, evitando ofensa ao princípio da livre distribuição e como óbice à parte de escolher juiz certo para processar e julgar a ação””.

Conclui-se, destarte, que ofende o postulado do juiz natural, assim como o da livre distribuição, o ingresso superveniente à instauração da lide de litisconsorte ativo facultativo.