



ANO 1 - NÚMERO 1 - AGOSTO 2016

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR





ANO 1 - NÚMERO 1 - AGOSTO 2016

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR



EXPEDIENTE:

Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR

A Revista Jurídica da Escola Superior da advocacia do Paraná tem por objetivo publicar a produção intelectual doutrinária de interesse prático do Advogado.

Periodicidade: quadrimestral.

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná

Diretoria OAB/PR – Gestão 2016-2018

Jose Augusto Araújo de Noronha (Presidente)

Airton Martins Molina (Vice-Presidente)

Marilena Indira Winter (Secretário-Geral)

Alexandre Hellender de Quadros (Secretário-Geral Adjunto)

Fabiano Augusto Piazza Baracat (Tesoureiro)

Escola Superior de Advocacia

Graciela I. Marins (Coordenadora Geral da ESA-PR)

Coordenadores Científicos

Fernando Previdi Motta

Graciela I. Marins

Conselho Editorial

Alexandre Barbosa da Silva

Carlos Eduardo Manfredini Hapner

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Claudionor Siqueira Benite

Daniel Ferreira

Eduardo Talamini

João Bosco Lee

José Affonso Dallegrave Neto

Leila Cuellar

Lucia Maria Beloni Correa Dias

Marilena I. Winter

Rafael Munhoz de Mello

Rogéria Dotti

Sandro Gilbert Martins

Editor e Revisor

Ernani Buchmann

Diagramação

André Bichels

Impressão

Exklusiva

Endereço postal

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná

Escola Superior de Advocacia

Rua Brasilino Moura, 253 – Ahú

80.540-340 – Curitiba - Paraná

Distribuição:

Gratuita

Catálogo da Publicação na Fonte
Bibliotecária: Rosilaine Ap. Pereira CRB-9/1448
Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná

R454 Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR
[Recurso Eletrônico] / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção
do Paraná; Escola Superior de Advocacia. v.1, n.1 (2016) -- Curitiba:
OABPR, 2016.
325 p.

Quadrimestral

Endereço eletrônico <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>

ISSN: 2525-6483 (Versão eletrônica)

1. Direito. 2. Artigos jurídicos. I. Escola Superior de Advocacia
(ESA). II. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná

CDD: 340

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Índice

PALAVRA DO PRESIDENTE	8
APRESENTAÇÃO	10
DOCTRINA	13
Saneamento e organização do processo José Manoel de Arruda Alvim Netto	14
O pregão e a questão do “objeto comum” Marçal Justen Filho	53
O assento do advogado nos tribunais René Ariel Dotti	78
Ética da advocacia Paulo Lôbo	95
Honorários de sucumbência recursal Cássio Lisandro Telles	124

Sistema e princípios constitucionais tributários Betina Treiger Grupenmacher	151
Breves reflexões sobre o interesse de agir na tutela inibitória trabalhista Estêvão Mallet	215
Guarda exercida pelos pais: um instituto vazio, inútil e perigoso José Fernando Simão	248
O menosprezado capital social Alfredo de Assis Gonçalves Neto	282
JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE	303
Aplicação subsidiária do novo CPC ao processo do trabalho Alberto de Paula Machado	304

PALAVRA DO PRESIDENTE

Um novo marco científico

A publicação do primeiro número da Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB Paraná é resultado de um sonho e do trabalho que o transformou em realidade.

Quando nos primeiros meses do ano discuti o assunto com a diretoria e a coordenação da ESA, a ideia era fazermos uma edição *on line*, a ser disponibilizada de maneira gratuita para os advogados.

O projeto evoluiu, tomando tal corpo que optamos por publicar esta primeira edição também em versão impressa. O resultado está nas mais de 300 páginas que compõem este volume.

Sem dúvida, temos uma seleção de nomes de grande envergadura a abrilhantar a Revista. De Alfredo de Assis Gonçalves Neto a René Ariel Dotti – cito em ordem alfabética – desfilam por aqui expoentes do universo jurídico

brasileiro, demonstrando a competência dos coordenadores científicos e do Conselho Editorial, capazes de aglutinar tantos talentos.

A Revista da ESA será um espaço para a discussão de temas doutrinários e jurisprudenciais, todos fundamentais para o aprimoramento dos advogados, nesta época em que a atualização profissional torna-se um princípio ético para o exercício eficaz da advocacia.

A Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná cumpre assim mais um capítulo na função de contribuir para a classe e para o desenvolvimento da sociedade.

Em nome da diretoria, agradeço os responsáveis pelo magnífico trabalho realizado, com a certeza de que a nossa Revista está à altura da grande tradição jurídica paranaense, motivo de orgulho para todos nós.

José Augusto Araújo de Noronha

Presidente da OAB/PR

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que apresentamos a 1ª edição da Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR.

Atendendo ao grande propósito da ESA-PR, de contribuir para o aprimoramento cultural da classe jurídica, acreditamos que mais um objetivo foi alcançado com a concretização deste projeto.

A Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia do Paraná tem por objetivo publicar a produção intelectual doutrinária de interesse prático do Advogado e, em sua estrutura atual, está constituída de duas partes: uma de artigos jurídicos, outra com análise de precedentes jurisprudenciais.

Esta edição contou com a participação de juristas de renome em nosso país e no exterior, a quem fazemos um agradecimento especial. O sumário bem retrata a contribuição de alto nível à ciência jurídica e à Advocacia.

Também os nossos agradecimentos ao Presidente José Augusto Araújo de Noronha, ao Conselho Editorial da Revista, colaboradores da OAB-PR, em especial ao grupo de trabalho da ESA-PR e todos aqueles que contribuíram, de forma direta e indireta, para a concretização dessa obra.

Importante destacar que a criação desta Revista foi possível devido à existência de um ambiente extremamente estruturado e promissor para a criação e desenvolvimento de projetos voltados à Advocacia, fruto do trabalho histórico desenvolvido por todos aqueles que dedicaram seus esforços para o engrandecimento da Ordem. Foi a contribuição de Presidentes, Diretores, Conselheiros, Advogados e demais pessoas de visão que permitiu a existência de uma OAB-PR de vanguarda, especialmente forte na capacitação jurídica do Advogado.

A revista será disponibilizada essencialmente em formato eletrônico, podendo ser encontrada nos portais da internet da OAB-PR e da ESA-PR e oferecerá acesso livre ao seu conteúdo para uso privado, fins acadêmicos, magistério jurídico e, especialmente, para uso profissional do advogado.

Agora a OAB-PR passa a contar com uma Revista totalmente voltada à Advocacia, com periodicidade quadrimestral e foco na disponibilização de doutrina jurídica especializada, de interesse prático-teórico do advogado.

A Coordenação Científica espera que esta obra seja útil não só a todos os Advogados, mas também aos operadores de Direito em geral, como instrumento complementar de aprimoramento profissional, atualização e reflexão crítica da nobre arte das Ciências Jurídicas.

Fernando Previdi Motta

Graciela I. Marins

Coordenação Científica

DOCTRINA

SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

José Manoel de Arruda Alvim Netto

Professor Livre Docente e Titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil, direitos coletivos, Direito Civil e Direito Público (Administrativo e Tributário)

A Fase de Saneamento e organização do processo

O Saneamento é a fase do processo que tem início ao final da fase postulatória e precede a fase de instrução. É composto, conforme a situação concreta ou “conforme o caso” (art. 347, *caput*), pelas alternativas das Providências Preliminares, do Julgamento conforme o Estado do Processo e do Saneamento propriamente dito.

O que se objetiva com essa fase é: a) integralizar o contraditório iniciado na fase postulatória – o que se dá, em grande medida, com as providências preliminares –; b) verificar as possibilidades de extinção prematura do processo, com ou sem resolução de mérito – o que ocorre

se houver julgamento conforme o Estado do Processo – e, ainda, c) organizar o processo e sanar as irregularidades existentes, preparando-o para a instrução – saneamento propriamente dito.

A preparação para a instrução também compõe o saneamento e consiste em: a) estabelecer as questões que serão objeto de prova, b) definir a distribuição do ônus da prova, quando for o caso de sua flexibilização ou de convenção a respeito e c) abrir oportunidade às partes para requererem e justificarem os meios de prova que pretendem produzir.

As Providências Preliminares

Após o prazo para a contestação, tenha ou não o réu apresentado resposta, o juiz pode determinar, conforme o caso, uma série de providências para o fim de integralizar o contraditório. Essas providências preliminares estão arroladas de forma exemplificativa e não exaustiva nos arts. 347 a 353 do CPC/15.

Tais providências preliminares têm em mira a manutenção do processo “sob o efetivo crivo do contraditório”, e colimam, por exemplo, impedir que o juiz sentencie o processo sem que eventualmente o autor seja ouvido a respeito de determinado fato impeditivo do pedido do autor que possa ter sido levantado pelo réu.¹

1 Eduardo Arruda Alvim, *Direito processual civil*. 5ª ed.. São Paulo: RT, 2013, p. 505.

Com efeito, entre as possíveis situações que podem ocorrer no momento das providências preliminares está a alegação pelo réu, em contestação, de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Diante de tal alegação, terá o autor um prazo de 15 dias para manifestar-se sobre a contestação (art. 350 do CPC/15) e produzir provas. O mesmo ocorre quando o réu oferece defesa processual (art. 351 do CPC/15). A doutrina convencionou denominar *réplica* esta manifestação do autor sobre a contestação.

Ficando a contestação do réu confinada tão somente à insurgência contra os fatos deduzidos pelo autor, ou tão somente contra as consequências jurídicas pedidas por este, mas sendo acompanhada de prova documental, é de se ensejar ao autor a oportunidade de manifestar-se com fundamento no art. 437, § 1º, do CPC/15, cuja inobservância acarreta nulidade do decidido. Esse entendimento, consolidado na jurisprudência à luz do CPC/73,² sempre nos pareceu correto.³ Com efeito, se o juiz, admitindo a produção de documentos novos, profere sentença sem dar oportunidade à parte contrária de sobre eles se manifestar, não há como considerar válida a decisão. A jurisprudência ressalva, todavia, as hipóteses em que o conteúdo do documento

2 Cf. STJ, 2ª T., REsp 1086322/SC, Rel. Min. Humberto Martins, j. 18.6.2009, DJe 1.7.2009.

3 Na doutrina: Arruda Alvim. A nulidade da sentença por infração ao art. 398 do CPC. Revista de Processo [RePro] 3/214, ano I. São Paulo, Ed. RT, jul.-set./1976; Moacyr Amaral Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986. vol. IV, p. 254.

não teve influência sobre a decisão,⁴ algo que, a depender das circunstâncias, pode ser extremamente complexo de se avaliar. Esse entendimento, todavia está em consonância com a busca da prestação jurisdicional célere e eficaz, sem prejuízo de ser adotado com cautela.

Outra providência preliminar que pode ser tomada pelo juiz consiste na decretação ou não dos efeitos da revelia, quando o réu tenha deixado de oferecer contestação. Sendo a hipótese de incidência do efeito material da revelia, que é a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, o juiz poderá julgar antecipadamente o mérito da causa, passando ao julgamento conforme o estado do processo (art. 355 do CPC/15). Se, por alguma razão, não for o caso de aplicação desta presunção, deverá o autor demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, e o processo passará então para a fase instrutória, podendo o réu intervir nos termos do art. 349 do CPC/15. Tal possibilidade já era aceita pela jurisprudência à luz dos Códigos de 1939 e 1973, consolidada na súmula 231 do STF: “O revel, em processo cível, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno”. Essas provas destinam-se a combater o(s) fato(s) constitutivo(s) alegados pelo autor e não são destinadas a provar direito do réu, pois este não contestou.

4 STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 655.928/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 3.9.2015, *DJe* 11.9.2015; Corte Especial, EAREsp 144.733/SC, Rel. Min. Humberto Martins, j. 6.8.2014, *DJe* 15.8.2014.

Ainda em sede de providências preliminares – em verdade, no curso de todo o processo e, sobretudo, na fase de saneamento –, deverá o juiz determinar a correção de vícios e irregularidades eventualmente existentes no processo (v. g. determinar a regularização da capacidade postulatória se verificar algum defeito na procuração outorgada ao advogado de uma das partes), a fim de evitar a prática de atos inúteis ou inválidos.

Como dito, as providências preliminares não estão previstas no Código de forma exaustiva e, tampouco, na ordem cronológica que devem ocorrer. Sua utilização, bem como a adoção de outras providências não previstas expressamente na fase de saneamento, dependerá das circunstâncias e das necessidades do processo. O que importa é que o juiz seja orientado pelos objetivos de complementar o contraditório e sanar os vícios existentes.

As providências preliminares visam a expungir do processo os vícios que este possa apresentar; para tanto, o juiz, após o transcurso do prazo para resposta, quando houver irregularidades ou nulidades sanáveis, mandará supri-las, fixando para a parte interessada prazo não superior a 30 dias (art. 352 do CPC/15).

Após as providências preliminares, terá lugar o julgamento conforme o estado do processo.

O Julgamento conforme o estado do processo

O CPC/15 – tal como fazia o CPC de 1973 – denomina de “julgamento conforme o estado do processo” as possibilidades de pronunciamento do juiz na fase de saneamento, algumas delas acarretando a extinção prematura do processo.

As decisões proferidas no julgamento conforme o estado do processo podem se enquadrar nas seguintes categorias: a) sentenças terminativas (não resolutivas de mérito); b) decisões interlocutórias que extinguem parte do processo; c) sentenças definitivas (resolutivas de mérito) decorrentes de composição entre as partes; d) decisões interlocutórias que homologam composição parcial; e) sentenças definitivas que reconhecem a prescrição ou a decadência; f) decisões interlocutórias que reconhecem a prescrição ou a decadência quanto a parcela do pedido; g) sentenças definitivas decorrentes do julgamento antecipado do mérito; h) decisões interlocutórias que resolvem parcialmente o mérito em julgamento antecipado parcial de mérito, e i) decisão saneadora.

a) A extinção do processo sem resolução de mérito - sentenças terminativas

As sentenças terminativas são aquelas proferidas em qualquer das hipóteses do art. 485 do CPC/15 ou em qualquer das hipóteses esparsamente previstas como causas obstativas do conhecimento do mérito e consequente extinção do processo. São proferidas quando se verifique um

vício processual insanável ou quando a correção do vício não tenha sido promovida pelo autor no momento ou prazo devidos. São situações anômalas, pois o objetivo da jurisdição é a resolução do mérito da causa. Porém, como se sabe, pode o juiz, por medida de economia processual, extinguir o processo que não reúna as condições e pressupostos mínimos à resolução do mérito. E a fase de saneamento é um dos momentos adequados para fazer esta verificação, impedindo-se a dilação probatória inútil e desnecessária. O nosso atual CPC/15 dispõe, em 10 incisos, no art. 485, sobre as hipóteses em que caberá o encerramento do processo, sem resolução de mérito.

O inciso I do art. 485

A primeira hipótese de encerramento do processo, sem que haja um pronunciamento judicial sobre o mérito, vem disciplinada no art. 485, I. O processo será encerrado sem resolução do mérito quando o juiz indeferir a petição inicial.

Na realidade, neste dispositivo, o processo vem considerado como *relação bilateral* (não abrangendo o réu), uma vez que ainda não existe em relação ao réu, pois somente se triangularizará com a *citação inicial válida*, o que não se realizou havendo indeferimento da petição inicial.

A petição inicial poderá ser indeferida nas hipóteses contempladas nos arts. 321, parágrafo único, e 330 do CPC/15, quais sejam, por não preencher seus requisitos

legais, ou apresentar defeitos ou irregularidades *não sanadas*, que dificultem o julgamento final (art. 321). Nas hipóteses dos arts. 319 e 320, devem ser corrigidos os defeitos ou as irregularidades pelo autor (art. 321), e só se inócurre tal hipótese incidirá o art. 321, parágrafo único.

De outra parte, são hipóteses de indeferimento da petição inicial a inépcia, a falta de interesse processual, a manifesta ilegitimidade da parte, o não atendimento às prescrições dos arts. 106 e 321.

Em todos esses casos, o juiz procederá *ex officio*, uma vez que ainda não foi citado o réu.

Da decisão de indeferimento da petição inicial, bem como de todas as demais sentenças terminativas, caberá apelação, sendo facultado ao juiz, em cinco dias, retratar-se de sua decisão (art. 331, *caput*, do CPC/15). Não se retratando o juiz, da decisão de indeferimento será determinada a citação do réu para responder ao recurso do autor (art. 331, § 1º, do CPC/15).

O inciso II do art. 485

Apesar de o andamento do processo dever ser ordenado pelo juiz de ofício (art. 2º, 2.ª parte, do CPC/15), muitas vezes o processo permanece parado aguardando alguma providência das partes, e os incisos II e III do art. 485 são indicativos de que o *impulso oficial* não é absoluto. Outras vezes, as próprias partes poderão convencionar a suspensão do processo (art. 313, II, do CPC/15). Em

qualquer dos dois casos (arts. 485, II, e 313, II), o processo não poderá ficar paralisado indefinidamente. Constatando tal paralisação, na hipótese de acordo entre as partes, quando esta ultrapassar seis meses, proceder-se-á na forma do § 5º do art. 313; na hipótese do inciso II do art. 485, quando por negligência das partes o processo ficar parado por mais de um ano, o juiz intimará as partes para, em 5 dias, cumprirem as providências de que o processo está carente. Caso não o façam o juiz declarará extinto o processo sem resolução do mérito, condenando as partes, proporcionalmente, nas custas (art. 485, §§ 1.º e 2.º).⁵

No caso do art. 313, II, do CPC/15, findo o prazo da suspensão, aplicado o art. 313, § 3.º, é possível – conforme a hipótese – que venha a ser aplicado o inciso III do art. 485 do CPC/15, ou, então, se não incidente a regra do inciso III, poderá vir a ser aplicado o inciso II do mesmo art. 485.

O inciso III do art. 485

O inciso III contempla a hipótese de negligência tão somente do autor encarregado de promover algum ato ou realizar alguma diligência, a respeito da qual se tenha

⁵ Uma vez que ambas as partes são, nesse caso, consideradas negligentes pelo abandono do processo, não há que se falar em sucumbência. Nesse sentido, à luz do CPC/73: “Decorrendo a extinção do processo de negligência de ambas as partes (art. 267, II), as custas são rateadas entre elas e não há condenação em honorários de advogado (STJ, REsp 435.681/ES, 3.ª T., j. 19.10.2010, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 26.10.2010).

omitido. Neste caso, ainda, deverá o juiz dar-lhe 5 dias para realizar a diligência, para, somente após este prazo, extinguir o processo, condenando-o nas custas e honorários de advogado e nas despesas (art. 485, §§ 1º e 2º, do CPC/15).

Justifica-se a intimação pessoal à parte, conforme reza o § 1.º do art. 485 – *insuficiente, para a extinção do processo, a mera intimação ao seu advogado* –, pelo fato de que, *verificando-se efetiva omissão*, tudo indica que a intimação ao advogado seria inócua, *uma vez que por sua inércia é que terá havido a omissão*. Ou seja: porque a parte não pode ser surpreendida pela inércia de seu advogado, a intimação às partes, nesta hipótese do inciso III, bem como na do inciso II, ambos do art. 485, é indispensável e deverá ser feita pessoalmente à parte (art. 485, § 1.º).⁶

No caso de a parte não ser localizada, há decisões no sentido de que a intimação poderá ser realizada por meio de editais.⁷ Do contrário, perpetuar-se-ia a omissão e a pendência do processo, sem andamento. Não obstante tais decisões, em razão do quanto consta no art. 274, parágrafo único do CPC/15, parece não mais se justificar a intimação por meio de editais, exatamente devido à presunção legal lá consignada, ou seja, caso as partes não atualizem seus endereços, presumem-se válidas as intimações e quaisquer

6 Este também é o entendimento predominante no STJ à luz do CPC/73 (art. 267, incisos II e III): STJ, 2ª T, REsp 1463974/PR, Rel. Min. Humberto Martins, j. 11.11.2014, *DJe* 21.11.2014; 3ª T., AgRg no AREsp 339.302/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 20.8.2013, *DJe* 5.9.2013.

7 STJ, 2ª T., REsp 1148785/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 23.11.2010, *DJe* 2.12.2010.

comunicações dirigidas ao endereço declinado no processo.

Um dos problemas mais importantes que se coloca é o referente à possibilidade ou não de o juiz, de ofício, extinguir o processo, verificando a inércia só do autor.⁸

Parece-nos que o juiz não poderá decretar a extinção de ofício, *em face da caracterização da hipótese do inciso III do art. 485*, pois, caso assim procedesse, seria bastante fácil ao autor burlar a exigência de aceitação, pelo réu, para desistir da ação, bastando-lhe, para conseguir a desistência a que se opõe o réu, abandonar o processo.⁹ Ademais disto, agindo diligentemente o juiz – o que há de ser suposto na interpretação e aplicação da lei processual –, não haveria oportunidade para a incidência da regra do inciso II do art. 485. Ainda, o inciso III do art. 485 tem claramente caráter de apuração, *dependente de manifestação do réu*. Critique-se, apenas, a ordem do CPC/15, pois os incisos II e III parecem estar dispostos na ordem inversa do que

8 Antônio Carlos de Araújo Cintra, Abandono de causa no novo Código de Processo Civil [de 73], por *Revista Forense* 254/171; José de Moura Rocha, O abandono no novo processo civil brasileiro, *Revista Forense* 268/59.

9 V. neste sentido: José de Albuquerque Rocha, Extinção do processo, *Revista de Processo [RePro]* 2/327. Assim já decidiu o STJ. Cf. REsp 40.210-7/RJ, rel. Min. Costa Lima, DJ 07.03.1994, em Sálvio de Figueiredo Teixeira, op. cit., p. 224, e REsp 20.408-6/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 01.06.1992 (op. cit., p. 223), em que se anota, a respeito, que é “inadmissível presumir-se desinteresse do réu no prosseguimento do feito”.

indicaria a lógica. O mesmo ocorria com o CPC/73 (art. 267, incisos II e III).

Nesse sentido, foi editada a Súmula 240 do STJ, segundo a qual “a extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu”.

O inciso IV do art. 485

Faltando os requisitos de constituição e desenvolvimento válido do processo, o juiz deverá extingui-lo sem resolução do mérito. Na primeira hipótese, faltando os requisitos de constituição do processo, na realidade o processo não existe, não é senão aparência; na segunda, existe o processo, mas ele não é válido.

Nestas hipóteses, deverá o juiz conhecê-las de ofício, independentemente de manifestação do réu e em qualquer grau de jurisdição. Entretanto, o réu, quando comparecer ao processo, deverá alegá-las, sob pena de ser condenado nas custas a que seu retardamento der causa (art. 485, § 6º, do CPC/15). A oportunidade primeira de o réu falar sobre a ausência de tais pressupostos é na contestação, alegando-a antes de entrar no mérito, como preliminar.

Sendo extinto o processo sem resolução de mérito, pelo ulterior desaparecimento do objeto do processo, em decorrência de fato superveniente, cada parte arcará com as despesas que realizou, ou relativas aos atos que requereu no processo, dado inexistir vencido ou vencedor.¹⁰

¹⁰ “À luz do princípio da causalidade, extinto o processo sem julgamento

O inciso V do art. 485

O inciso V enumera três hipóteses, que, uma vez ocorrentes, fazem com que se extinga o processo: a *perempção*, a *litispêndência* e a *coisa julgada*.

Toda vez que ocorre a extinção do processo, ocorre a *perempção* deste, inconfundível com a *perempção da ação* (art. 486, § 3º, do CPC/15). Entretanto, sabemos que, mesmo extinto ou perempto o processo, a parte poderá voltar a peticionar sobre o mesmo objeto, em outro processo. Se o autor, todavia, der causa a três extinções do processo por inércia, o que ficará perempto será o próprio direito de ação, pois não mais poderá pedir providência jurisdicional acerca daquele direito (art. 486, § 3º, do CPC/15).

Outra causa enumerada no inciso V é a *litispêndência* [aqui entendida a expressão como duplicidade de processos pendentes com a mesma lide e pessoas]. Esta se constitui na existência de dois processos, com as mesmas partes a mesma causa de pedir e a mesma lide, simultaneamente produzindo efeitos, o que contraria a economia e a certeza judiciárias. Nesta hipótese, o segundo processo, qual seja, aquele em que se deu a citação cronologicamente posterior, deverá ser extinto sem resolução de mérito.¹¹

do mérito, decorrente de perda de objeto superveniente ao ajuizamento da ação, a parte que deu causa à extinção do feito deverá suportar o pagamento dos honorários advocatícios.” (STJ, 1ª T., REsp 1055175/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. 8.9.2009, DJe 8.10.2009.

11 Amplamente sobre o tema, v. Arruda Alvim, *Ensaio sobre a litispêndência no direito processual civil*, 1970 (trabalho que foi publicado também como *Direito processual civil: teoria geral do processo de conheci-*

Por fim, a *coisa julgada*, na hipótese sob exame, é a existência de um processo com lide idêntica a de outro pela mesma causa de pedir entre as mesmas partes; entretanto, diferentemente da litispendência, já terá sua decisão final *de mérito* transitado em julgado.

Em todas essas hipóteses, a parte deverá alegar quer a ocorrência da perempção, quer a de litispendência, ou mesmo a de coisa julgada, sob pena de responder pelas custas, a que seu retardamento der causa, mas deverá o juiz conhecer de tais questões *ex officio*, sem qualquer manifestação da parte interessada, e, conforme o caso, poderá fazer incidir o art. 80 do CPC/15.

O inciso VI do art. 485

O inciso VI estabelece como causa de extinção do processo a ausência de legitimidade ou de interesse processual. O inciso I do mesmo art. 485 também estabelece ocorrer a extinção do processo, sem resolução do mérito, com o indeferimento da petição inicial, e entre as causas de indeferimento da petição inicial encontra-se a ausência de qualquer das condições da ação (como, aliás, se vê expressamente no art. 330 e § 1º). Estaria sendo a lei redundante?

Não, pois, no inciso I, trata-se de um exame que deve ser feito, *à luz da evidência*, liminarmente, e, no inciso VI,

mento. São Paulo: Ed. RT, 1972, vol. 2.

de um exame que há de ser feito a qualquer tempo, devendo o réu, ao constatar a inexistência do interesse de agir ou a ilegitimidade da parte, alegar esses vícios, podendo, porém, o juiz conhecê-los (art. 485, § 3º, do CPC/15). “*ex officio*”

Há mesmo coincidência ontológico-jurídica entre os fundamentos do inciso VI do art. 485 e os do art. 295, *caput*, III do CPC 73. A *função jurídica* do art. 330 é permitir decisão *in limine litis*, em face da evidência, mas não criadora de preclusão (inibitória, portanto) de que, posteriormente, se decida contrariamente ao deferimento liminar da petição inicial, este sim *consumado*, até mesmo pela natureza das coisas.

É importante notar o cuidado do legislador ao redigir o Novo Código de Processo Civil, nesse ponto. O art. 485, VI, do CPC/15, dispõe que o mérito não será julgado quando o órgão jurisdicional “verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual”. Com isso, está-se explicitamente retirando a “possibilidade jurídica do pedido” como uma condição da ação, ou, ainda, estar-se-ia mesmo segundo alguns superando e abandonando a categoria “condições da ação”, enquanto classificação do fenômeno processual, dentro da teoria da ação.¹²

12 Sobre o tema, repetindo o que parte da doutrina já afirmava há alguns anos, v. Fredie Didier Jr. Será o fim da categoria “condições da ação”? Um elogio ao projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, vol. 197, jul/2011, p. 256.

O inciso VII do art. 485

O inciso VII determina que é causa de extinção do processo, sem resolução de mérito, a existência de *convenção de arbitragem* ou o reconhecimento, pelo juízo arbitral, da própria competência.

Convenção de arbitragem, segundo o art. 3º da mesma Lei, é tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral.

O *compromisso arbitral* é a convenção pela qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial (Lei 9.307/96, art. 9.º, *caput*), enquanto a cláusula compromissória, como diz o art. 4.º, *caput*, deste mesmo diploma legal, “é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

Válida, diante dos conceitos empregados pela lei, portanto, a distinção que já fazíamos, doutrinariamente, de que o *compromisso arbitral* é realidade distinta da *cláusula compromissória*. O compromisso é um negócio jurídico de direito material, significativo de uma renúncia à atividade jurisdicional do Estado (Lei 9.307/96, art. 9.º); já a cláusula compromissória, diferentemente, é uma cláusula (*propriamente dita*), ou parte acessória de um contrato, isto é, uma *obrigação*, significativa de que esta cláusula tem a virtude de obstar a que se recorra ao Poder Judiciário (Lei 9.307/96, art. 4.º), sendo certo, de todo

modo, que a lei brasileira acabou por criar mecanismos para que, compulsoriamente, seja instituída a arbitragem na hipótese de *descumprimento* desta cláusula compromissória por um dos contratantes (v. Lei 9.307/96, arts. 6º e 7º).

O compromisso, como se afirmou, implica renúncia à atividade estatal. No entanto, há que ser corretamente entendida a validade e a *eficácia* dessa renúncia. Assim, sendo esse compromisso *precedente* ao processo, a cuja lide se refira, *concretamente*, um e outro, se não for alegado *como preliminar de contestação*, no prazo de 15 dias (art. 337, X, que, com a Lei 9.307/1996, também se refere, amplamente, ao gênero “convenção de arbitragem”), tal significará que a aludida renúncia (à atividade estatal) não virá a produzir efeitos. Essa conclusão é explicitada no art. 337, § 6º, do CPC/15.¹³

A parte final do inciso VII do art. 485 do CPC/15, que determina a extinção do processo sem resolução do mérito quando “o juízo arbitral reconhecer sua competência”, está diretamente relacionada ao disposto no art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.307/96. Esse dispositivo estabelece a competência do árbitro para decidir sobre a existência, validade e eficácia da cláusula compromissória e do contrato que contenha esta cláusula e, conseqüentemente, a competência do árbitro para decidir sobre o próprio cabimen-

13 “§ 6º A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.”

to da via arbitral.¹⁴

14 Paulo Cezar Pinheiro Carneiro bem analisou este ponto: “O juízo arbitral é o local adequado para nele se discutirem as questões relativas à nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral). (...) Nem se diga que esta sistemática ofenderia ao princípio previsto no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, pois a nova Lei não afasta a possibilidade de se discutir, em sede judicial, tais questões. Aqui, a opção do legislador foi a de privilegiar e prestigiar o juízo arbitral para dirimir, no primeiro momento e com exclusividade, estas questões, evitando o absoluto descrédito que poderia gerar, para a instituição de arbitragem e para seu próprio procedimento, uma ação judicial para discutir a validade da convenção” (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Aspectos processuais da Nova Lei de Arbitragem, in Paulo Borba Casella et al. (coords.), *Arbitragem: A Nova Lei Brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*, São Paulo: LTR, 1999, p. 144). Carlos Alberto Carmona comunga do mesmo entendimento: “Caberá, portanto, ao árbitro decidir se o ato das partes que estabelece sua própria competência tem ou não eficácia. Se o árbitro decidir pela nulidade da convenção de arbitragem, proferirá sentença terminativa (o laudo, portanto, terá conteúdo meramente processual)” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: Um Comentário à Lei 9.307/1996**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 37). O Superior Tribunal de Justiça analisa o art. 8.º sob idêntica perspectiva: “A câmara arbitral é competente para decidir a respeito de sua própria competência para a causa, conforme o princípio da Kompetenz-Kompetenz que informa o procedimento arbitral. Precedente” (STJ, MC 13274/SP, j. 20.09.2007, decisão da Min. Nancy Andrighi): “16. Deveras, uma vez convenionado pelas partes cláusula arbitral, será um árbitro o juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência. 17. Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do Kompetenz-Kompetenz, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência” (STJ, AgRg no MS 11308/DF, j. 14.08.2006, rel. Min. Luiz Fux).

O inciso VIII do art. 485

O CPC/15 coloca entre as causas de extinção do processo sem resolução do mérito a *desistência da ação*, por parte do autor. Neste caso, o autor abre mão do seu direito de ação *atual*, mas não do seu direito material alegado (= pretensão material), que poderá tentar fazer valer extrajudicialmente, ou, mesmo, repropor a ação, nos moldes do art. 486.¹⁵

A possibilidade de desistência da ação, sem audiência do réu, encontra seu termo final no *momento em que oferecida a contestação*, após o que só poderá o autor desistir da ação com o consentimento do réu (art. 485, § 4.º).

15 A contraposição entre renúncia ao direito material e desistência da ação pode ser verificada na jurisprudência do STJ, donde se extrai o seguinte: “A desistência da ação é instituto de natureza eminentemente processual, que possibilita a extinção do processo, sem julgamento do mérito, até a prolação da sentença. Após a citação, o pedido somente pode ser deferido com a anuência do réu ou, a critério do magistrado, se a parte contrária deixar de anuir sem motivo justificado. A demanda poderá ser proposta novamente e, se existirem depósitos judiciais, estes poderão ser levantados pela parte autora. Antes da citação o autor somente responde pelas despesas processuais e, tendo sido a mesma efetuada, deve arcar com os honorários do advogado do réu”. (...) A renúncia é ato privativo do autor, que pode ser exercido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, independentemente da anuência da parte contrária, ensejando a extinção do feito com julgamento do mérito, o que impede a propositura de qualquer outra ação sobre o mesmo direito. É instituto de natureza material, cujos efeitos equivalem aos da improcedência da ação e, às avessas, ao reconhecimento do pedido pelo réu. (...)” (STJ, REsp 555.139/CE, 2.ª T., j. 12.05.2005, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 13.6.2005, p. 240).

O réu, todavia, não se pode opor injustificadamente à desistência manifestada pelo autor.¹⁶

Nas hipóteses de desistência da ação, incumbe ao autor, naturalmente, arcar com as despesas processuais e, no caso de o réu ter comparecido nos autos por meio de advogado devidamente constituído, serão devidos pelo autor honorários advocatícios.¹⁷

O inciso IX do art. 485

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

O inciso X do art. 485

Finalmente, o Código genericamente estabelece que se extingue o processo sem resolução do mérito *nos demais casos nele previstos*. Trata-se de hipóteses disciplinadas aqui e ali no CPC, todas ensejadoras do encerramento do processo, sem que se conheça do mérito da causa. Den-

16 Esse o entendimento consagrado à luz do CPC/73: “Desistência da ação após decorrido o prazo para resposta (§ 4º do artigo 267 do CPC). Consoante cediço nesta Corte, após o oferecimento da resposta, o autor não pode desistir da ação sem o consentimento do réu, devendo eventual recusa, contudo, ser devidamente fundamentada, não bastando a simples discordância, a fim de se afastar inaceitável abuso de direito. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ.” (STJ, 4ª T., AgRg no REsp 1520422/DF, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 23.6.2015, DJe 1.07.2015.

17 STJ, 4.ª T., REsp 111.966/MG,., j. 15.02.2000, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 10.04.2000, p. 92.

tre elas, apontemos a hipótese do parágrafo único do art. 115, parágrafo único, do CPC/15.¹⁸

As consequências comuns aos diversos casos de encerramento do processo sem resolução de mérito

Nas dez hipóteses expressamente disciplinadas pelo art. 485 do CPC/15, bem como nas demais por este esparsamente previstas como causas obstativas do conhecimento do mérito e conseqüente extinção de processo, vislumbramos algumas consequências comuns, entre elas:

a) A extinção do processo não impede que a ação seja novamente proposta (art. 486 do CPC/15). Se a extinção for devida ao acolhimento de alegação de litispendência, ao indeferimento da petição inicial, ao reconhecimento da ausência de pressupostos processuais, da legitimidade ou do interesse processual, bem como ao reconhecimento da existência de convenção de arbitragem, a propositura da nova ação depende, nos termos do Código, da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito (art. 486, § 1º), o que no caso da litispendência (duplicidade de causas iguais, com as mesmas partes) dependeria da extinção do processo que serviu de base à objeção de litispendência.

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

Deve-se ponderar, contudo, que dificilmente haverá como sanar alguns desses vícios - de que são exemplos a coisa julgada, a ilegitimidade e a falta de interesse processual - , sem alterar os elementos da ação.¹⁹ Nesse caso, não haverá, propriamente, *nova propositura*, mas a propositura de *ação nova*, diversa da anterior, porque modificado(s) algum(ns) de seus elementos. Contudo, sempre será possível ajuizar a mesma ação, acompanhada de esclarecimentos, correções e/ou provas que permitam sanar o vício do processo anterior - como se dá, exemplificativamente, com a regularização da capacidade de *estar em juízo* – aplicando-se o disposto no art. 486, § 1º, do CPC/15.

No caso específico da litispendência, por exemplo e como já acenamos, consoante já explica Eduardo Arruda Alvim, a regra geral é a da impossibilidade de propor novamente uma ação que tenha sido extinta por já existir processo pendente que veicule causa idêntica. Todavia, caso a primitiva ação que ensejou a extinção da segunda venha a ser extinta sem resolução de mérito, “nada obsta que o pedido seja renovado numa terceira ação, desde que, claro, sanado o vício que havia levado à extinção daquela primeira ação sem resolução do mérito”.²⁰

19 A esse propósito, já vínhamos afirmando, no item 122-B da Primeira Parte de nosso *Manual de direito processual civil* (v. a 16ª ed.. São Paulo: RT, 2013), a dificuldade de repositura da ação em caso de extinção do processo por ilegitimidade *ad causam*.

20 Eduardo Arruda Alvim, *Direito processual civil*. 5ª ed.. São Paulo: RT, 2013, p. 677.

A previsão de regularização do vício que tenha ensejado a sentença terminativa não vinha expressa no CPC/73 (art. 268), mas a doutrina e a jurisprudência já eram assentes no sentido de que a “repropositura” autorizada pelo Código não era “automática”,²¹ dependia de sanação do defeito que tivesse ensejado e extinção do processo sem resolução de mérito. A previsão do art. 486, § 1º, do CPC/15, veio consolidar essa exigência.

b) A segunda consequência da extinção do processo com base em qualquer das hipóteses do art. 485 do CPC/15 é de que deve arcar com as custas e despesas processuais a parte que deu causa à extinção do processo, ou as duas, proporcionalmente, quando ambas concorreram para a sua extinção.

b) Das decisões interlocutórias que extinguem parte do processo

Em algumas situações, as hipóteses do art. 485 atingem apenas parte da relação processual. É o que ocorre, por exemplo, se um dos litisconsortes passivos é parte ilegítima, caso em que o juiz proferirá uma decisão que reconheça tal vício. O mesmo se dá se o autor desiste apenas de parte da ação proposta, prosseguindo o processo relativamente ao conteúdo restante da ação.

Nesses casos, justamente por não ter havido extinção do processo, a decisão é interlocutória e, por força do art.

21 Exemplificativamente: STJ, 4ª T., REsp 1215189/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, j. 2.12.2010, DJe 1.2.2011.

354, parágrafo único, do CPC/15, passível de agravo de instrumento.

Cuida-se de decisão interlocutória cujo conteúdo pode ser enquadrado em qualquer das hipóteses dos incisos do art. 485 do CPC, sem que tenha o condão, porém, de extinguir o processo.

c) Das sentenças resolutivas de mérito (definitivas) decorrentes de composição das partes

Nem toda sentença resolutiva de mérito importa na solução da lide em substituição à vontade das partes (jurisdição) pela autoridade estatal. Há a hipótese de sentenças definitivas decorrentes de composição entre as partes. Nesse caso, não é o juiz, sujeito imparcial e alheio à relação jurídica material, que impõe às partes a solução alcançada.

A sentença judicial se pode limitar a homologar alguma das hipóteses de autocomposição (arts. 354 e 487, III, do CPC/15): reconhecimento da procedência do pedido pelo réu; renúncia ao direito sobre que se funda a ação pelo autor e transação das partes.

Na sistemática do CPC/15, a autocomposição está valorizada e encorajada (vide, a propósito, o art 3º, §§ 1º e 2º, do CPC/15), sempre que tal método se revele o mais adequado à solução do conflito em questão.

Obviamente a renúncia, o reconhecimento do pedido e a transação podem ocorrer em qualquer fase do processo, mas o momento do saneamento é especialmente oportuno,

em virtude do encerramento da fase postulatória. Com os argumentos iniciais já expostos, as partes já podem, em certa medida, antever quais serão os pontos fortes e fracos das posições que sustentam. Ainda, já é possível prever os possíveis desgastes da fase instrutória, o que, por vezes, serve de estímulo à celebração de acordo.

Cabe ao magistrado, aos advogados e demais profissionais envolvidos na causa alertar as partes para as vantagens de uma solução autocompositiva nessa fase do processo.

d) Das decisões interlocutórias que homologam composição das partes relativamente a parcela do mérito

A consciência de que a via adjudicatória nem sempre conduz à solução adequada dos conflitos autoriza, também, a celebração, no curso do processo, de autocomposição referente a apenas parcela do mérito, quando, então, a decisão homologatória será de natureza interlocutória.

e) Das decisões definitivas que reconhecem a prescrição ou a decadência

As sentenças que reconhecem a prescrição ou a decadência (arts. 354 e 487, II, do CPC/15) correspondem a hipóteses mais específicas de improcedência do pedido. São, portanto, resolutivas de mérito.

Podem ser proferidas ainda na fase de saneamento quando a verificação dessa situação não dependa de provas. E é o que frequentemente ocorre com a prescrição e

a decadência, em que basta a verificação do decurso dos prazos legais desta natureza.

f) Das decisões interlocutórias que reconhecem a prescrição ou a decadência quanto a parcela do pedido

Quando o reconhecimento da prescrição ou da decadência disser respeito apenas a um dos dos pedidos, estar-se-á diante de decisão de natureza interlocutória, porquanto o processo prosseguirá quanto ao restante.

A fase de saneamento é oportuna para a constatação de tal circunstância, evitando-se a instrução probatória quanto à parcela do pedido atingida pela prescrição.

g) Das sentenças definitivas decorrentes do julgamento antecipado do mérito

As sentenças definitivas decorrentes do julgamento antecipado do mérito têm lugar em duas hipóteses distintas: *a)* quando não houver necessidade de produção de outras provas (art. 355, I, do CPC/15); *b)* quando ocorrer a revelia e o *efeito da revelia, sem que haja requerimento de prova pelo revel, na forma do art. 349*²² (arts. 355, II, e 344 do CPC/15).

²² “Art. 346. Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção.”

O julgamento antecipado do mérito é determinado pela desnecessidade ou irrelevância da audiência para produção de provas. Este entendimento vem claro na interpretação do inciso V do art. 357 do CPC/15, ao se referir à designação da audiência de instrução e julgamento, *se necessária*. Esta expressão, parece-nos, diz com a necessidade de produção de provas em audiência *de instrução e julgamento*. Assim sendo, deve-se ter o julgamento antecipado porque a questão de mérito se resume na aplicação da lei ao caso concreto, já definido pela ausência de qualquer controvérsia em torno dos fatos ou, então, porque, apesar da existência de questões de fato que dependam de prova, essa prova não é oral e nem há prova pericial a ser realizada em audiência de instrução, por ter sido exclusivamente prova documental, por exemplo.

Em suma, no caso do inciso I do art. 355 do CPC/15, a desnecessidade de prova ocorrerá quando as alegações forem insuscetíveis de prova (porque incontroversas, por exemplo) ou, ainda, por já terem sido produzidas todas as provas admissíveis. Nesse sentido, não pode o juiz proceder ao julgamento antecipado do mérito com base nas provas existentes, se houver alguma possibilidade de se produzir prova oral ou pericial sobre fatos relevantes. Em casos tais, o indeferimento de prova que tenha aptidão para, em tese, influir no convencimento do juiz, com o posterior julgamento antecipado de mérito, corresponderia a

verdadeira violação ao direito à prova.^{23 - 24}

Já entendíamos, à luz do CPC/73 (art. 330), que o julgamento antecipado da lide deveria ser acompanhado das cautelas necessárias no que diz respeito à verificação da completude da instrução probatória, a fim de evitar prejuízos às partes e até cerceamento ao direito de defesa. Em muitas hipóteses, a jurisprudência considera nula a sentença proferida em sede de julgamento antecipado,

23 *Cf.*, nesse sentido: Arruda Alvim, Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão pro judicato em matéria de prova. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord). *Ativismo e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 97-110; Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. *Novo curso de direito processual civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2015, pp. 226-227; Clarissa Diniz Guedes; Stela Tanure Leal. “O cerceamento do acesso à prova devido à confusão entre planos de admissibilidade e valoração do material probatório”. *Revista de Processo* 240, Jan- 2015, p. 15-40; Lisandra Demari. “Juízo de relevância da prova”. *Prova Judiciária: Estudos sobre o novo direito probatório*. Coordenado por Danilo Knijnik. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; Sérgio Mattos. O juiz é destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio? In: MITIDIERO, Daniel e AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord). *Processo civil. Estudos em homenagem a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 447-458.

24 V. Arruda Alvim. *Manual de direito processual civil*. 16ª ed. São Paulo: RT, 2013, Segunda Parte, item 173, pp. 951 e ss.. Já entendíamos, à luz do CPC/73 (art. 330), que o julgamento antecipado da lide deveria ser acompanhado das cautelas necessárias no que diz respeito à verificação da completude da instrução probatória, a fim de evitar prejuízos às partes e até cerceamento ao direito de defesa.

pelo fato de as partes terem requerido a produção de provas admissíveis.²⁵ Mais grave ainda é a situação em que, tendo indeferido a prova - admissível - requerida pela parte autora, o juiz julga o pedido improcedente por insuficiência de provas.²⁶

Também já se anulou julgamento em ocasião em que a parte, embora tenha requerido julgamento antecipado da lide, formulou também pedido subsidiário, no sentido de que, acaso se reputassem insuficientes as provas dos autos, fosse realizada a prova oral em audiência. No caso, o juiz de primeiro grau, entendendo pela suficiência das provas constantes nos autos, julgara antecipadamente a lide, em

25 “Processo civil. Provas. Cerceamento. O julgamento antecipado da lide sem que a instrução seja a mais ampla possível cerceia indevidamente a atividade probatória da parte. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 487.955/MG, 3.^a T., j. 08.02.2008, rel. Min. Ari Pargendler, *DJe* 09.4.2008). E, em outra hipótese, em que o Tribunal entendeu essencial a produção de prova pericial indeferida pelo juízo de primeiro grau: “Julgamento antecipado da lide, desconsiderando o pedido de produção de provas, inclusive a pericial, sob o argumento de que as teses e provas apresentadas seriam suficientes para a completa definição dos limites dos pedidos e seus efetivos contornos (...)” (STJ, 3.^a T., REsp 1546147/SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 6.10.2015, *DJe* 19.10.2015).

26 “O Superior Tribunal de Justiça, em interpretação do disposto nos arts. 330, I, e 333, I, do Código de Processo Civil [CPC 73], já decidiu que há cerceamento de defesa quando o tribunal julga improcedente o pedido por ausência de provas cuja produção, no entanto, foi indeferida no curso do processo.” (STJ, 3.^a T., REsp 1502989/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 13.10.2015, *DJe* 19.10.2015). Assim, também: STJ, 4.^a T., AgRg no AgRg no AREsp 646.263/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 17.9.2015, *DJe* 25.9.2015.

favor do autor; porém, em sede de apelação, a sentença foi reformada, julgando-se improcedente o pedido por serem insuficientes as provas dos fatos constitutivos de direito. Interposto recurso especial contra o acórdão da apelação, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, como o autor havia formulado pedido subsidiário de produção de provas, com a respectiva especificação dos meios de prova, o julgamento de improcedência pelo Tribunal cerceara o direito à ampla defesa, fazendo-se necessário o retorno dos autos à origem para proceder à dilação probatória.²⁷

Há outras hipóteses em que o julgamento antecipado toma como premissa básica questão cronologicamente anterior ou até mesmo questão prejudicial ao exame dos demais aspectos da lide. É o caso, por exemplo, de julgamento antecipado da ação de cobrança de aluguéis fundado no reconhecimento da inexistência de contrato de locação, tendo em vista a prova documental ou, ainda, do julgamento antecipado de ação indenizatória por responsabilidade civil embasado na prova documental de inocorrência dos fatos constitutivos narrados na inicial. Em ambas as hipóteses, se o Tribunal competente para o julgamento da apelação entender, quando do julgamento do recurso, que os fundamentos da sentença estariam equivocados (*i.e.*, entender pela existência de contrato de locação, no caso da ação de cobrança ou pela ocorrência dos fatos constitutivos que embasaram a ação indenizatória), e, se os demais aspectos da

27 STJ, REsp 50.467/SP, 3.^a T., j. 12.09.1994, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 17.10.1994, p. 27.893; RDTJRJ, vol. 21, p. 16; REVFOR, vol. 330, p. 306.

lide demandarem dilação probatória (para verificar, por exemplo, se houve pagamento da dívida, no caso da ação de cobrança de aluguéis, ou se houve culpa ou dolo do agente, na hipótese de ação de responsabilidade civil), deverá o Tribunal determinar a remessa dos autos ao juízo de origem para que sejam produzidas provas quanto aos aspectos remanescentes da lide, sob pena de cerceamento de defesa. Isso porque, em casos tais, a convicção do juiz da desnecessidade de produção de provas, está atrelada ao fundamento utilizado na sentença, de sorte que, modificado aquele fundamento, é possível que as questões subsequentes da lide não sejam eminentemente de direito e que, sendo controvertidas, demandem produção de provas.

Por outro lado, sendo o caso, o juiz *deve* julgar antecipadamente o mérito, razão pela qual, inclusive, já se anulou decisão que determinara a produção desnecessária de prova pericial, quando se tratava de questão eminentemente de direito. Por entender ser o julgamento antecipado da lide uma *necessidade*, o Superior Tribunal de Justiça confirmou integralmente o acórdão que anulara a decisão interlocutória de primeiro grau, tendo em vista a desnecessidade da prova designada e a imprescindibilidade do julgamento antecipado.²⁸

Já o julgamento antecipado amparado no inciso II do art. 355 do CPC/15 depende não apenas da ocorrência da revelia, mas da verificação de seu efeito material (*i.e.*, apli-

28 STJ, 1.^a T., REsp 797.184/DF, j. 25.03.2008, rel. Min. Luiz Fux, DJe 09.04.2008.

cabilidade, ao caso concreto, da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor) e da inexistência de comparecimento posterior do réu, acompanhada de pedido de produção de provas (art. 346 do CPC/15).

Assim, se é fato que, por força do art. 344 do CPC/15, a revelia faz com que os fatos deduzidos pelo autor sejam tidos como verdadeiros, devem-se ressaltar as causas excludentes previstas no Código (art. 354) ou decorrentes da própria natureza dos fatos, ou de circunstâncias da própria narração do acontecer histórico. Caso não se apliquem tais ressalvas, o julgamento antecipado deve ocorrer porque não existe mais controvérsia em torno dos fatos, bastando unicamente ao juiz fazer com que a lei seja aplicada aos mesmos, e, mais uma vez, encontra aplicação o princípio de que o juiz conhece o direito.

Da sentença proferida com julgamento antecipado do mérito caberá o recurso de apelação, pois trata-se de decisão que põe fim ao processo.

h) Das decisões interlocutórias decorrentes do julgamento antecipado parcial de mérito

Inovação do CPC/15 é a hipótese de julgamento antecipado parcial de mérito que, no CPC/73, encontrava-se, de alguma forma, regulamentada, porém sob a veste de tutela antecipatória da parte incontroversa do pedido ou do pedido incontroverso, ainda que fosse decisão de mérito (art. 273, § 6º, do CPC/73).

Essa hipótese, conforme já se defendia,²⁹ representa a possibilidade de cisão do ato decisório, independentemente da forma como prevista no CPC/73. Trata-se de verdadeira quebra do princípio da unicidade da resolução de mérito, em favor do julgamento imediato e célere das questões que se encontrem maduras.

Corretamente, o art. 356 do CPC/15 tratou da questão como julgamento parcial de mérito, que terá lugar quando um ou mais pedidos formulados ou parcela deles: a) mostrar-se incontroverso; b) estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355 do CPC/15 (que trata do julgamento antecipado do mérito).

Embora tenha o conteúdo de sentença, a decisão que julga parcialmente o mérito não visa a extinguir o processo, sendo decisão interlocutória passível de agravo de instrumento, nos termos do art. 356, § 5º, do CPC/15. O CPC/15 toma posição, nesse ponto, sobre as discussões sobre a natureza da decisão parcial de mérito, dispondo que o julgamento parcial é impugnável por agravo de instrumento (art. 356, § 5.º), por mais que certa corrente doutrinária defendesse uma “apelação por instrumento”,³⁰ como híbrido recursal aplicável à espécie.

29 Arruda de Arruda Alvim. Manual de direito processual civil. 16ª ed. São Paulo: RT, 2013, Segunda Parte, item 148.

30 Discordando da possibilidade de “apelação por instrumento”, e abordando as diversas posições da doutrina, v. Teresa Arruda Alvim Wambier, *O agravo e o conceito de sentença*. O AGRAVO E O CONCEITO DE SENTENÇA. *DOCTRINAS ESSENCIAIS DE PROCESSO CIVIL*, VOL. 6. SÃO PAULO: ED. RT, OUT/2011, P. 495.

Sendo condenatória a decisão parcial de mérito, a parte do processo que tenha sido decidida mediante julgamento antecipado se sujeita à liquidação e à execução provisórias. Uma vez transitada em julgado referida decisão, tem-se a formação da coisa julgada material e a possibilidade de execução definitiva, independentemente do prosseguimento da fase de conhecimento do processo relativamente ao restante do mérito.

i) Da decisão de saneamento e organização do processo

Por fim, a última possibilidade de julgamento conforme o estado do processo é o saneamento propriamente dito, que tem lugar quando, não sendo cabível nenhuma das hipóteses do art. 357 do CPC/15, com ou sem resolução de mérito, será o caso de o juiz proferir a decisão de saneamento e organização do processo, por escrito ou mediante o saneamento compartilhado, conforme a complexidade da causa (art. 357, § 3º do CPC/15).

Também no caso de a decisão amparada nas hipóteses do art. 357 do CPC/15 não extinguir o processo, porque relativa a apenas parcela do processo, deverá o juiz proceder ao saneamento e organização do processo, numa das formas sobreditas.

Na decisão de saneamento e organização do processo são resolvidas as questões processuais pendentes, se houver. É desta regularização que trata o saneamento propriamente dito, mas há diversos outros objetivos que devem

ser atingidos nesta fase, visando, precipuamente, a preparar o processo para a fase instrutória e para a sentença.

Por isso, na decisão saneadora também são delimitadas, de pronto, as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando o juiz os meios de prova admitidos à luz dos requerimentos das partes. Ademais, é definida a distribuição do ônus da prova, se for o caso (art. 373, § 1º, do CPC/15), observado o art. 357, III c/c o art. 373 do CPC/15 e, ainda, são delimitadas as questões de direito relevantes para a decisão do mérito – o que se faz em observância ao contraditório preventivo. Será, também, designada a audiência de instrução e julgamento, se necessária a produção de prova oral (arts. 357, V e 361, *caput*, do CPC/15).

Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a quinze dias para que as partes apresentem rol de testemunhas (art. 357, § 4º do CPC/15). Se for determinada a realização de prova pericial, o juiz nomeará de pronto perito especializado no objeto da perícia, estabelecendo, desde logo, o calendário para sua realização (art. 357, § 8º do CPC/15).

Note-se que a delimitação das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV do art. 357 do CPC/15 pode ser feita de maneira consensual pelas partes. Uma vez homologada tal delimitação, o acordo vincula as partes e o juiz. Trata-se de forte tendência do CPC/15 à ad-

missão de convenções que versem questões processuais, a exemplo do que se extrai do art. 190, *caput*: “*Versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo*”.³¹

Uma vez realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável (art. 357, § 1º do CPC/15).

Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para a realização do saneamento em cooperação com as partes (art. 357, §3º do CPC/15), oportunidade em que as convidará a integrar ou esclarecer suas alegações. Isto é um reflexo do princípio que está no art. 378 (dever de colaborar, a que todos estão sujeitos, especialmente as partes). Nesse caso, o rol de testemunhas já deverá ter sido trazido pelas partes na própria audiência (art. 357, § 5º do CPC/15).

31 Sobre o tema, consulte-se: GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 4, 2011, pp. 722 e ss.; SCHENK, Leonardo Faria. O Julgamento Conforme o Estado do Processo no Novo Código de Processo Civil. Primeiras Impressões. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil*, Vol. XIV, pp. 263 e ss., disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14540/11013>; CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais entre publicismo e privatismo. Tese (livre-docência). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

O contato direto entre o juiz e as partes na audiência destinada ao saneamento, para efeito de sanear as irregularidades processuais e delinearem-se os aspectos fáticos relevantes e controvertidos, bem como para estabelecer os meios de prova pertinentes à demonstração das alegações das partes, já foi apontado pela doutrina como fator de desestímulo à interposição de recursos contra as decisões interlocutórias proferidas nesta fase. O argumento é no sentido de que o diálogo entre o juiz e as partes facilitaria a compreensão das questões expostas, de forma a viabilizar-lhes uma solução adequada e satisfatória, porque construída num processo de colaboração.³² Nessa linha, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero entendiam, à luz do CPC/73, ser mais adequado que “a atividade de organização do processo (sanação de vícios processuais e preparação da prova) ocorra oralmente, em que as partes e o juiz possam dialogar e participar ativamente na definição

32 Luiz Rodrigues Wambier, A nova audiência preliminar (art. 331 do CPC [CPC 73]), *Revista de Processo [RePro]* 80/31; *id.*, A audiência preliminar como fator de otimização do processo (O saneamento compartilhado e a probabilidade de redução da atividade recursal das partes), *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, vol. 1, n. 2, out. 2006, p. 100-107; *id.* e Rita de Cássia Correa de Vasconcelos, A eliminação da audiência preliminar no Projeto de Novo Código de Processo Civil - a disciplina prevista no “Relatório-Geral Barradas,” In: Alexandre Freire, Bruno Dantas e outros (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*, vol. III, Salvador: Juspodivm, 2014, p. 41-44; Fredie Didier Jr., *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Juspodivm, 2015, vol. I, pp. 531 e ss., Paulo Hoffman, *Saneamento Compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, *passim*.

destas questões”.³³

De fato, a audiência é um momento importante que, se bem conduzido pelo juiz, cria espaço para um contato mais direto do magistrado com as partes e seus procuradores, justamente naquela “delicada fase do saneamento, em que, com a verificação da ausência de vícios processuais relevantes, ou com sua correção, se definem os limites dentro dos quais deve permanecer a discussão no processo, mediante a fixação dos pontos sobre os quais incidirá a atividade probatória”.³⁴ Trata-se, ainda, do momento ideal para a realização do contraditório preventivo, permitindo ao juiz dialogar com as partes acerca das questões de direito relevantes para a solução da causa.

Registre-se, por fim, que o saneamento tem a natureza de uma decisão interlocutória, e como tal há que ser fundamentada (v. art. 93, IX, da CF, reportando-se, genericamente, a todas as decisões emanadas do Poder Judiciário).

O saneamento e organização do processo tem a natureza de uma decisão meramente interlocutória e, no sistema do CPC/15, é impugnável, como regra, em sede de

33 *O projeto de CPC – crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 121. Além dos autores citados na nota precedente, são defensores fervorosos da oralidade no saneamento os professores Cândido Rangel Dinamarco (*A reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 119 e ss.) e Leonardo Greco (*O saneamento do processo e o Novo Código de Processo Civil*, *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. VIII. Jul-dez de 2011, disponível em http://www.redp.com.br/edicao_08.htm, p. 566 e ss.).

34 Luiz Rodrigues Wambier, *A nova audiência preliminar* (art. 331 do CPC [CPC 73]), *cit.*.

preliminar de apelação, a ser interposta após a prolação da sentença (art. 1.009, §1º, do CPC/15); e/ou em contrarrazões. Todavia, a depender do conteúdo da decisão, poderá ser cabível agravo de instrumento, se a lei assim dispuser expressamente. É o que ocorre, por exemplo, com a decisão relativa ao ônus da prova (art. 1.015, XI, do CPC/15).

O PREGÃO E A QUESTÃO DO “OBJETO COMUM”

Marçal Justen Filho

Mestre e Doutor em Direito Público pela
PUC/SP

1. Considerações gerais sobre o pregão

O pregão foi uma modalidade licitatória que inovou as licitações e contratações administrativas. Foi introduzido originalmente pela MP 2.026, de 2000³⁵. Era reservado exclusivamente para licitações no âmbito da União. Depois de uma experiência satisfatória, a Lei 10.520/2001 admitiu a utilização generalizada dessa modalidade por parte da Administração Pública de todas as órbitas federativas. No entanto, o pregão foi destinado apenas para as contratações versando sobre objeto comum – conceito que sempre despertou longas controvérsias.

O presente estudo defende o entendimento de que o conceito de objeto comum não é estático, mas comporta variações dinâmicas ao longo do tempo, que refletem as

35 Lembre-se que a figura do pregão foi desenvolvida no âmbito das contratações da ANATEL, antes de ser adotada legislativamente para utilização mais ampla no âmbito da Administração Pública federal.

inovações do mercado privado e a experiência da própria Administração Pública. Mais ainda, a determinação da característica do objeto (comum ou não comum) deve ser examinada em vista da natureza da necessidade administrativa a ser satisfeita.

1.1. As características diferenciais do pregão

O pregão representou uma significativa inovação no modelo licitatório tradicionalmente adotado no Brasil, que se refletia nas modalidades da Lei 8.666.

Em termos simples, o pregão é uma licitação de tipo menor preço, caracterizada pela apresentação inicial de propostas, a que se sucedem lances de valor decrescente. Concluída a disputa, ocorre o exame dos documentos de habilitação apenas em relação ao licitante que formulou o lance vencedor.

O pregão propicia relevantes vantagens em face das modalidades de licitação da Lei 8.666. A Administração pode obter um menor preço porque o pregão comporta uma fase de lances decrescentes posterior à apresentação das propostas. Além disso, o procedimento do pregão é muito mais rápido e eficiente.

1.2. A questão do “objeto comum”

Ocorre que o pregão foi reservado apenas para contratações que versem sobre “objetos comuns”, definidos no parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520 como “*aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser*

objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

Ou seja, a disciplina legal restringiu a utilização do pregão para certas hipóteses, delimitando a margem de autonomia de escolha da autoridade pública.

1.3. O cunho “experimental” da inovação legislativa

A restrição à utilização do pregão se relaciona com o próprio cunho inovador da figura do pregão. O rompimento com uma longa tradição conduziu o legislador a adotar um posicionamento muito cauteloso.

A primeira evidência desse posicionamento foi a restrição do uso do pregão apenas à esfera federal. Tanto na versão inicial da Medida Provisória 2.026 como na MP 2.182-18 (que, posteriormente, foi convertida na Lei 10.520), o pregão somente podia ser adotado no âmbito da União.

Apenas depois de desenvolvida uma razoável experiência com o pregão é que se produziu a sua difusão para as demais órbitas federativas. Tal se deu por meio da Lei 10.520.

1.4. A inaplicabilidade para obras e serviços de engenharia

Por outro lado, foi vedada a adoção do pregão para obras e serviços de engenharia. Essa orientação relaciona-se diretamente com a restrição ao objeto comum.

Essa orientação derivou de razões de diversa natureza. Uma delas residia na avaliação pragmática de que uma nova modalidade licitatória não seria aprovada se a sua aplicação abrangesse inclusive o setor de obras de engenharia.

2. As características do pregão e o “objeto comum”

De todo o modo, a compreensão do conceito de “objeto comum” envolve a indispensável avaliação sobre as características do pregão.

2.1. O julgamento posterior da habilitação

Uma das particularidades do pregão reside no julgamento dos documentos de habilitação em etapa posterior à definição da proposta mais vantajosa.

Essa sistemática dá oportunidade à participação de licitantes destituídos de condições de executar satisfatoriamente o objeto. Diversamente se passa no modelo tradicional da Lei 8.666, em que somente são apreciadas as propostas dos licitantes que tiveram a sua habilitação aprovada.

Isso significa a elevação da margem de insegurança da Administração. O modelo licitatório tradicional da Lei 8.666 se alicerça no pressuposto de que a determinação do valor da oferta realizada pelo licitante pode afetar o rigor na avaliação dos requisitos de habilitação.

2.2. A redução progressiva das ofertas

Por outro lado, o pregão orienta a redução progressiva dos valores ofertados pelos licitantes. Isso amplia o risco de problemas de qualidade na execução do objeto contratual. No pregão, surge o risco de que o licitante, interessado em obter a contratação, promova reduções tão intensas na sua proposta original que a tornem inexequível.

2.3. A inviabilidade de julgamento de técnica e preço

Ademais, o pregão é uma licitação de tipo menor preço. Isso significa que a seleção da proposta mais vantajosa não compreende, quando adotado o pregão, avaliação da vantajosidade crescente das propostas.

Seria um profundo equívoco – praticado com frequência – supor que o pregão não comporta avaliação da qualidade da proposta. No pregão, é indispensável estabelecer padrões de qualidade mínima, cuja infração acarrete a desclassificação da proposta. Aliás, a difusão da exigência de amostras é uma comprovação de que requisitos de qualidade são avaliados no âmbito do pregão.

A diferença reside em que o pregão não permite uma avaliação da variação da qualidade das propostas como critério conjugado com o preço ofertado. Na época da introdução do pregão, a avaliação conjugada entre técnica e preço somente poderia ser promovida no âmbito de uma licitação da Lei 8.666.

2.4. A solução do “objeto comum”

A restrição da utilização do pregão em contratos versando sobre objeto comum se inseriu nessas circunstâncias. Para limitar o risco da participação de licitantes não qualificados ou de prestações não satisfatórias, foi estabelecido que o pregão seria reservado para os objetos comuns.

O objeto comum seria aquele suficientemente conhecido e difundido no mercado, com variações compreendidas em padronizações objetivas e apto a ser executado por um fornecedor com qualificações mínimas. Isso permitiria reduzir os riscos gerados pela ausência de avaliação prévia dos requisitos de habilitação.

3. A questão do “objeto de prateleira” e o problema dos serviços

O pregão pode ser utilizado não apenas para contratos de compra. Também se admite o seu uso para serviços, desde que “comuns”. Ocorre que a concepção de objetos prontos e acabados, disponíveis no mercado, é muito mais compatível com as compras.

3.1. A variação inevitável da configuração de um serviço

Todo e qualquer serviço é resultado da aplicação do esforço humano numa atividade de fazer. Isso significa que a prestação objeto do contrato de prestação de serviços não se encontra pronta e acabada em momento anterior à con-

tratação.

Um exemplo permite compreender a variação. Suponha-se a contratação de um artista para pintar um quadro no futuro. Configura-se uma prestação de serviço. Mas se considere que o pintor já tenha produzido anteriormente o quadro, que é adquirido por um interessado. Nesse caso, há um contrato de compra e venda. Ou seja, o serviço sempre pressupõe que a prestação objeto da contratação será produzida mediante uma atuação do contratado em momento posterior à formalização da avença.

3.2. A ausência de “serviços de prateleira”

Portanto e rigorosamente, não existem serviços “de prateleira” - expressão utilizada para indicar uma prestação previamente executada por um fornecedor, que se traduz num objeto pronto e acabado, que pode ser transferido de modo imediato à posse do credor. Ressalvadas exceções, o serviço sempre envolve o resultado da atuação humana em momento posterior à formalização do contrato.

3.3. A irrelevância da variação subjetiva

Consideradas as características do serviço, pode-se aludir a um objeto comum nos casos em que a qualificação diferenciada da atuação do fornecedor é relativamente irrelevante. São aquelas hipóteses em que a execução da prestação segundo os padrões usuais configura-se como potencialmente apta a satisfazer as necessidades do tomador do serviço.

4. A generalização do modelo do pregão

A acumulação de experiência propiciada pelo uso do pregão foi relevante para a generalização do modelo licitatório correspondente.

4.1. As inovações da Lei de PPP

A primeira manifestação da difusão do modelo do pregão ocorreu no âmbito da Lei 11.079/2014, que dispôs sobre parcerias público-privadas. Foi prevista tanto a possibilidade de inversão das fases (art. 13) como admitida a sucessão de lances (art. 12, inc. III, “b”).

4.2. A alteração da Lei 8.987

O modelo do pregão também influenciou a reforma do modelo licitatório das concessões. A Lei 11.196/2005 introduziu um art. 18-A na Lei 8.987/1995. Esse dispositivo admitiu a possibilidade de que o julgamento das propostas antecederesse a análise da habilitação. Ademais, o dispositivo também permitiu a adoção de lances sucessivos formulados pelos interessados em disputar o objeto.

4.3. A Lei do RDC

A Lei 12.462/2011 dispôs sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. No seu âmbito, o modelo do pregão passou a ser utilizado amplamente para todo e qualquer objeto, inclusive obras e serviços de engenharia.

4.4. Síntese

Portanto, o direito brasileiro passou a admitir que o modelo do pregão seja utilizado para a contratação de qualquer espécie de objeto – inclusive para obras e serviços de engenharia. Mesmo aqueles que não se configurem como “comuns” podem ser objeto de licitação seguindo a sistemática do pregão³⁶. Foi reconhecido que esse modelo não acarreta, de modo necessário, lesão aos interesses públicos.

A circunstância de que a Lei 10.520 continua a vigorar com a sua redação original não acarreta, por outro lado, o congelamento do conceito de “objeto comum”. A evolução da disciplina jurídica produziu reflexos sobre o próprio conceito de objeto comum.

5. O deslocamento do núcleo conceitual

As ponderações anteriores influenciaram o signatário a adotar um conceito de objeto comum que se funda não apenas na dimensão objetiva da prestação. Envolve também uma avaliação sobre a dimensão subjetiva do interesse da Administração, concretamente considerado.

³⁶ Antes da edição da Lei do RDC, o TCU já havia consolidado o entendimento pela possibilidade de utilização do pregão para as contratações de serviços de engenharia, no entanto, isso só era aplicável aos ditos “serviços comuns”, tal como dispõe a Súmula 257/2010: “*O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei 10.520/2002*”.

5.1. A orientação originalmente adotada pelo signatário

Para o signatário, o conceito de objeto comum é uma decorrência de um interesse estatal que pode ser satisfeito mediante um objeto padrão, tal como disponível no mercado ou como executado usualmente³⁷.

Nessa circunstância, o Estado não necessita de um produto dotado de características diferenciadas, que sejam “incomuns” e demandem a confecção de um produto dotado de peculiaridades.

5.2. A razão de ser da restrição a “objeto comum”

É imperioso ter em vista que a restrição do uso do pregão apenas para bem ou serviço “comum” não se vincula ao universo de licitantes nem à ampliação da competição.

A razão da restrição consiste em que o pregão é um procedimento orientado a conferir celeridade ao certame e à obtenção do preço mais reduzido possível para a Administração. Como decorrência, o procedimento do pregão não prevê o exame minucioso e detalhado nem das características do objeto ofertado nem da habilitação técnica do licitante.

³⁷ Para um aprofundamento do tema, consulte-se JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão. Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. 6. ed., São Paulo: Dialética, 2013.

Portanto, a contratação de objetos que necessitem ser concebidos segundo peculiaridades específicas gera problemas não previstos no procedimento do pregão.

Em última análise, o uso do pregão para um objeto não comum cria o risco de que a Administração contrate um sujeito inidôneo ou adquira um produto não satisfatório. Mais precisamente, a adoção do pregão para satisfazer uma necessidade diferenciada não é impossível. Mas acarreta dificuldades práticas, que podem conduzir a uma disputa dotada de elevado grau de complexidade.

6. O conceito “evolutivo” de “objeto comum”

Essas circunstâncias explicam a natureza evolutiva do conceito de objeto comum. Ao longo do tempo, o conteúdo e a abrangência de objeto comum foram variando, inclusive para permitir a sua utilização para objetos dotados de elevado grau de complexidade.

6.1. A redução da dimensão restritiva

As interpretações quanto ao conceito de objeto comum, adotadas por ocasião da introdução da figura do pregão no direito brasileiro, eram muito mais restritivas do que aquelas que passaram a prevalecer posteriormente.

6.1.1. A configuração original do conceito

Nos momentos iniciais, considerava-se como objeto comum apenas o produto pronto e acabado, que pudesse ser encontrado disponível no mercado. Aludia-se, en-

tão, a produtos “de prateleira”. Sob esse prisma, o uso de pregão para serviços era muito mais problemático, eis que a prestação de fazer envolve uma inafastável margem de inovação decorrente da atuação do particular contratado.

6.1.2. A ampliação para produtos sob encomenda padronizada

A experiência positiva propiciada pelo pregão conduziu à sua utilização também para produtos dotados de complexidade muito mais elevada. Superou-se a concepção dos produtos “de prateleira”. Também passou a se admitir a contratação versando sobre objetos fabricados sob encomenda, desde que dotados de grau suficiente de padronização.

O exemplo mais evidente dessa variação envolve a aquisição de aeronaves com características determinadas por encomenda do interessado. Nesse sentido, lembre-se a jurisprudência do TCU:

“(…) é fato que o pregão é cada vez mais utilizado para as contratações de bens e serviços pelo Poder Público, pelas vantagens intrínsecas do modelo. Nesse sentido, observo que o autor do mencionado voto, Ministro Marcus Vileça, assinalou que pregões para a aquisição de aeronaves já foram realizados por outros órgãos, cujos bons resultados demonstraram a viabilidade do procedimento. Naquela oportunidade discutia-se o Pregão Presencial nº 21/2006, ... para aquisição de 28 aeronaves, dentre elas 16 helicópteros.

Desse modo, entendo que possam ser acolhidas as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis e considerar regular a realização do Pregão nº 540/2004” (Acórdão 157/2008, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro).

“(…) devo registrar que a modalidade pregão tem sido empregada por várias unidades da federação para aquisição de aeronaves, com sucesso. Existe informação nos autos de pelo menos dois pregões para aquisição de helicópteros similares aos da Categoria 1 do edital da ... em que houve importante disputa de preço.” (Acórdão 2.406/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça).

Lembre-se que uma aeronave produzida sob encomenda não se configura como um produto “de prateleira”. Em tais hipóteses, o objeto deve ser fabricado (ou, pelo menos, montado) segundo especificações indicadas pelo interessado. A aeronave apresentará as utilidades especificadas previamente, que poderão ser muito variadas. Mas o pregão é uma solução plenamente admissível porque as variações são delimitadas e seguem padrões predeterminados.

6.2. A dupla dinamicidade do conceito de objeto comum

As considerações anteriores impõem o reconhecimento da existência de uma dupla dimensão de dinamicidade do conceito de objeto comum.

6.2.1. A dimensão objetiva propriamente dita

O atributo de bem comum não é uma característica intrínseca, nem imutável dos bens, considerados em si mesmos. A evolução das atividades empresariais tende a ampliar a abrangência dos bens comuns. Portanto, há uma tendência expansiva da abrangência do conceito de objeto comum relativamente aos próprios objetos.

6.2.2. A dimensão subjetiva da Administração

Mas também existe uma variação relativamente ao enfoque da Administração, a quem incumbe definir se as suas necessidades serão atendidas mediante prestações diferenciadas ou por meio de soluções padronizadas.

Um exemplo extraído da realidade da vida privada facilita a compreensão do fenômeno. A aquisição de vestuário pode ser satisfeita mediante bens comuns ou por via de bens não comuns. O sujeito que adquire uma roupa pronta, em uma loja de departamentos, escolhe por um bem comum. No entanto, há aqueles que escolhem uma roupa sob medida, que é concebida e executada segundo padrões diferenciados.

Algo similar pode ocorrer com a Administração Pública. Há hipóteses em que a Administração recorre ao mercado, adquirindo um objeto padronizado e disponível. Em outros casos, haverá a contratação de uma solução específica e diferenciada.

6.3. O posicionamento doutrinário

As considerações anteriores foram apontadas de modo genérico pela doutrina. JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES assinala que o conceito de bem ou serviço comum é dinâmico porque “... *depende de o mercado ser capaz de identificar especificações usuais*”.³⁸

No mesmo sentido, LUCAS ROCHA FURTADO adverte que “*o conceito do que seja comum vem-se modificando com o tempo, mesmo porque se trata de termo indeterminado que, a bem do interesse público, deve ser interpretado caso a caso.*”³⁹

DIOGENES GASPARINI afirmava que “... *a noção de comum não está na estrutura simples do bem; nem a estrutura complexa é razão suficiente para retirar do bem sua qualificação de bem comum.*”⁴⁰

No mesmo sentido, VERA MONTEIRO defende “*uma interpretação mais ampla do parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520, nele incluindo bens e serviços com metodologia de produção e execução conhecida pelo mercado, sejam eles com ou sem complexidade tecnológica, feitos ou não sob encomenda*”⁴¹.

38 *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*, 5.ed. Belo Horizonte, Fórum, 2013, p. 346.

39 *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 5. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 350.

40 *Pregão Presencial*. In: GASPARINI, Diogenes (Coord.). *Pregão Presencial e Eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 40.

41 *Licitação na Modalidade Pregão*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 89.

6.4. *A orientação do TCU*

A jurisprudência do TCU é semelhante. Reconhece que “*A utilização da modalidade pregão é possível, nos termos da Lei nº 10.520/2002, sempre que o objeto da contratação for padronizável e disponível no mercado, independentemente da sua complexidade*” (Acórdão 2.172/2008, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes). Em outro julgado, consignou-se que “*O conceito de serviço comum não está necessariamente ligado a sua complexidade*” (Acórdão 1.287/2008, Plenário, rel. Min. André Luís de Carvalho).

7. A margem de autonomia para optar pelo pregão

Por todas essas razões, existe uma margem de autonomia discricionária para a Administração realizar a escolha da modalidade do pregão. Cabe à Administração a faculdade de optar pelo pregão ou por uma das modalidades da Lei 8.666, tomando em vista tanto a dimensão objetiva das características do mercado como também as suas próprias necessidades.

7.1. A ausência de paralelo com a disputa da Lei 8.666

É essencial afastar, nesse ponto, um paralelo quanto à modalidade cabível no âmbito específico da Lei 8.666.

As modalidades previstas na Lei 8.666 diferenciaram-se entre si por atributos de amplitude de acesso, toman-

do por base critérios essencialmente aritméticos do valor estimado da contratação. As três modalidades referidas diferenciam-se entre si por características procedimentais e envolvem variações relacionadas à amplitude de acesso. Como decorrência, a opção por uma modalidade mais restritiva pode afetar o universo de licitantes. Adotar a tomada de preços num caso em que seria cabível a concorrência acarreta uma restrição indevida da participação de interessados.

Diversamente se passa no tocante ao pregão, que não impõe restrições ao universo de possíveis interessados.

7.2. A irrelevância do valor da contratação

O pregão é uma modalidade de licitação cujo cabimento não se vincula ao valor dos bens ou serviços pretendidos. O valor da contratação não é fator que caracteriza o objeto comum referido pelo art. 1º da Lei 10.520.

No sistema da Lei 8.666, a definição do cabimento da modalidade licitatória depende fundamentalmente do valor da contratação - tal como se evidencia no art. 23.⁴² A distinção entre as modalidades de licitação previstas na Lei 8.666 relaciona-se com a extensão dos requisitos de habilitação exigidos e ao objeto ofertado.

Já o cabimento do pregão não se relaciona com o valor da contratação. Configura-se outro modelo. O critério

⁴² “Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: ...”

de utilização do pregão é *qualitativo* e não *quantitativo*. A qualificação do objeto como comum não depende do seu valor, mas da padronização. Portanto, o pregão pode versar tanto sobre bens de pequeno valor quanto sobre contratações de grande vulto.⁴³

Nesse sentido, o próprio Decreto Federal 3.555 (no art. 1º do Anexo I) esclarece que o pregão se destina “à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado”.

7.3. O universo de licitantes e a escolha do pregão

A existência de uma pluralidade de agentes econômicos em condição de executar o objeto não determina a modalidade licitatória cabível. A participação no pregão não é reservada apenas aos sujeitos previamente cadastrados, nem se cogita da realização de convite por parte da Administração. Qualquer sujeito pode participar do pregão.

No pregão, até é possível que a natureza comum do objeto resulte numa quantidade maior de interessados. Mas isso será uma mera casualidade.

Um objeto comum pode apresentar, em determinadas circunstâncias, um único fornecedor – o que redundaria na contratação direta por inexigibilidade. Em

⁴³ O TCU reconhece que, tratando-se de objeto comum, a adoção do pregão “*deve ser prioritária e é aplicável a qualquer valor estimado de contratação*” (Acórdão 1.547/2004, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).

outras situações, um objeto claramente não comum pode envolver disputa por dezenas de potenciais interessados.

Por isso, VERA MONTEIRO aponta que “*a análise do cabimento do pregão não leva em conta se o universo de fornecedores é pequeno ou grande...*”.⁴⁴

Ou seja, não há relação direta e necessária entre o universo de licitantes e a adoção do pregão. Não existe regra legal no sentido de que, havendo muitos interessados, seria cabível o pregão e de que, havendo poucos, seria vedada a sua adoção.

7.4. A difusão do uso do pregão: a orientação pacífica

Ao longo dos últimos anos, o pregão tem sido adotado como modalidade preferencial para as contratações públicas.⁴⁵

8. A adoção do pregão como solução preferencial

Generalizou-se interpretação mais abrangente quanto à caracterização de bem ou serviço comum. Admite-se o uso do pregão inclusive para a aquisição de objetos dota

⁴⁴ *Licitação na modalidade de pregão*, cit., p. 93.

⁴⁵ A afirmação é ilustrada por dados apresentados por VERA MONTEIRO. Segundo a autora, “*dados do Ministério do Planejamento indicam que 40% das contratações feitas pela Administração Pública envolvem os tais bens e serviços comuns*”, pelo que se afastam das demais modalidades” (*Licitação na modalidade pregão*, cit., p. 84).

dos de complexidade técnica. Afasta-se a incidência do pregão apenas para a contratação de bens fabricados em vista de peculiaridades relevantes.

8.1. O pregão como instrumento de redução de preços

A Administração tem optado pelo pregão especialmente em vista da perspectiva de competição ampla, visando a redução dos preços desembolsados.

O pregão propicia a diminuição de gastos, o que induz a Administração a optar por essa modalidade licitatória.

8.2. A aceitação de soluções destituídas de sofisticação excepcional

A opção pelo pregão reflete o entendimento administrativo da desnecessidade de uma prestação dotada de sofisticação diferenciada. A Administração reputa que a prestação desenvolvida segundo os padrões usuais se configura como satisfatória. Isso decorre, inclusive, de uma atenção especial às limitações dos recursos públicos.

8.3. A ausência de lesão ao interesse público

Todas as considerações anteriores conduzem à conclusão de que a opção pelo pregão não acarreta potencial lesão ao interesse público.

9. Os efeitos da adoção “indevida” do pregão

A escolha pelo pregão, em hipóteses distintas daquelas previstas na legislação, não é apta a gerar, de modo necessário, efeitos nocivos aos interesses coletivos. Considere-se a hipótese de contratação versando sobre prestação dotada de características diferenciadas, que sejam incompatíveis com a ideia de objeto comum. Suponha-se que a Administração decida valer-se do pregão como modalidade licitatória. Daí não se segue a automática invalidade do certame e da contratação decorrente.

9.1. Ainda a ausência de restrição sobre o universo de licitantes

O primeiro ponto reside em que a utilização do pregão, numa hipótese de objeto não comum, é insuscetível de violar o princípio da isonomia. Assim se passa porque o pregão não acarreta a redução do universo de participantes.

Por outro lado, também não existe risco de potencial elevação dos preços desembolsados pelo poder público. O uso do pregão não acarreta uma contratação com valores superiores aos que seriam obtidos por meio de outra modalidade licitatória. Aliás, o potencial efeito do pregão é precisamente o oposto. A utilização do pregão acarreta, como regra, uma contratação com valores inferiores aos que seriam obtidos por meio de uma modalidade da Lei 8.666.

9.2. Os riscos da adoção “indevida” do pregão

A escolha do pregão para a contratação de um objeto dotado de elevado grau de especialidade pode gerar duas ordens de problemas, ambas relacionadas com a preocupação em obter uma contratação no mais reduzido espaço de tempo.

9.2.1. A seleção de contratado destituído dos requisitos necessários

O primeiro é a seleção de proposta de licitante destituído de condições necessárias para a execução do contrato. É evidente que nenhuma modalidade de licitação é apta a excluir, de modo absoluto, o risco de contratação com um particular inadequado.

Mas o pregão propicia um risco mais elevado no tocante a essa possibilidade. Assim se passa porque, no pregão, a avaliação dos requisitos de habilitação ocorre apenas depois de obtida a proposta mais vantajosa. Isso acarreta a redução do rigor na avaliação dos requisitos quanto à idoneidade do licitante.

9.2.2. A aceitação de proposta destituída das condições necessárias

O segundo problema é a seleção de uma proposta destituída dos atributos de qualidade necessários à satisfação das necessidades da Administração. A orientação à obtenção do menor preço possível, mediante um procedimento de lances de valor sucessivamente reduzido,

pode conduzir à vitória de licitante que oferta produto inservível.

9.2.3. O problema do caso concreto

Ou seja, a escolha “indevida” do pregão não acarreta danos necessários à Administração Pública. Apenas amplia riscos que, embora existam em toda e qualquer licitação, são minorados em outras modalidade licitatórias.

Adotar pregão para contratar um objeto dotado de elevada complexidade não configura, de modo automático, uma nulidade. No entanto, pode ampliar a responsabilidade dos agentes titulares da competência para determinar a modalidade licitatória cabível.

Em alguns casos, adotar outra modalidade licitatória pode reduzir o risco de insucesso do certame. Portanto, a escolha do pregão, em tais casos, exigirá especial atenção e controle rigoroso pelas autoridades competentes.

9.3. A obtenção da melhor contratação possível

Mas é perfeitamente possível que a utilização do pregão, mesmo em hipóteses de objeto não comum, propicie a melhor contratação possível para a Administração.

Assim se passará quando os licitantes forem titulares dos requisitos de habilitação pertinentes à execução do objeto e a proposta apresentada for dotada de virtudes qualitativas que permitam a plena satisfação dos interesses da Administração. Em tais hipóteses, o pregão propiciará a contratação adequada mediante valores inferiores aos que

seriam obtidos em virtude da utilização da Lei 8.666.

10. Conclusão: o uso generalizado do modelo do pregão

Qualquer dúvida sobre as considerações anteriores é afastada pela própria evolução do direito positivo brasileiro, objeto de referência anterior. Ao longo do tempo, o modelo do pregão passou a ser utilizado para contratações extremamente complexas, tal como concessões de serviço público comuns e parcerias público-privadas. Depois, verificou-se a consagração da modelagem na Lei do RDC.

No direito positivo brasileiro, o modelo do pregão foi consagrado para utilização ampla e indiscriminada, independentemente da existência de um objeto comum – tal como entendido no passado e ainda previsto na legislação que rege essa modalidade.

Por todas razões, não é cabível afirmar que a utilização do pregão acarretaria, de modo inafastável, a nulidade da contratação. Não existem critérios aritméticos para determinar o cabimento do pregão. É perfeitamente possível a utilização do pregão para contratação de objetos muito complexos, dotados de especificidades próprias e produzidos sob encomenda.

O problema fundamental, em tais casos, passou a residir na execução do contrato. É indispensável que o particular contratado execute o contrato de modo adequado e satisfatório. Mas essa é uma exigência que se verifica em

toda e qualquer contratação administrativa, independentemente da modalidade licitatória que tiver sido adotada.

11. Referências bibliográficas

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*, 5.ed. Belo Horizonte, Fórum, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 5. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GASPARINI, Diogenes. Pregão Presencial. In: GASPARINI, Diogenes (Coord.). *Pregão Presencial e Eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão. Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*, 6. ed., São Paulo: Dialética, 2013.

MONTEIRO, Vera. *Licitação na modalidade de pregão*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

O ASSENTO DO ADVOGADO NOS TRIBUNAIS

René Ariel Dotti

Advogado e Professor Titular de Direito Penal. Corredator dos projetos que se converteram na Lei nº 7.209/1984 (nova Parte Geral) e Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados (2007). Medalha Santo Ivo - Patrono dos Advogados, conferida pelo IAB (2011). Comenda do Mérito Judiciário do Estado do Paraná, concedida pelo TJ-PR (2015). Redator do anteprojeto sobre o procedimento do Júri (Lei nº 11.689/2008). Autor do Curso de Direito Penal - Parte Geral, 5ª ed., Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2013.

Resumo: De acordo com o Estatuto da Advocacia e OAB, o Advogado tem o direito de *“falar, sentado ou em pé, em juízo, tribunal ou órgãos de deliberação coletiva da Administração Pública ou do poder judiciário”* (art. 7º, XII). No entanto, ele não dispõe de assento em instalações das sessões de julgamento, enquan-

to que o Ministério Público, sim. O Advogado é “*indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*” (CF, art. 133), porém, nesse ponto não tem sido tratado com isonomia. O texto revela aspectos práticos e cotidianos dessa comum discriminação ao Advogado, indicando um precedente memorável a respeito.

Palavras-chave: Advogado; Direitos; Falar sentado; Ministério Público; Isonomia; Discriminação.

Sumário: 1. A previsão legal. 2. Razões justificadoras do assento. 3. Um caso específico. 4. A questão chega ao STF e ao CNJ. 5. O princípio constitucional da isonomia. 6. Um valioso e intemorato precedente. 7. Tratamento discriminatório em relação ao Advogado. 8. Um notável texto de resistência

1. A previsão legal

O Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/1994) estabelece, entre os direitos do Advogado, “*falar, sentado ou em pé, em juízo, tribunal ou órgãos de deliberação coletiva da Administração Pública ou do poder judiciário*” (art. 7º, XII).

Trata-se de disposição cogente que não poderia ser ignorada pelas cortes judiciárias de nosso país, a começar pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, simplesmente porque a tribuna reservada para a sustentação oral pelo causídico não dispõe de um assento para acomodá-lo, enquanto ocorre o julgamento oral da causa, compreendendo o relatório, a sustentação, os votos e a proclamação. Tratamento completamente diverso é deferido ao Ministério Público, que tem o privilégio de sentar ao lado e ombro a ombro com o magistrado que preside a sessão.

2. Razões justificadoras do assento

Não se trata de uma *reivindicação corporativa*, porque o profissional de nossa categoria já está acostumado a falar em pé, como homenagem ao tribunal e mesmo porque não tem uma cadeira ao seu dispor. No entanto, não deve renunciar à necessidade do assento, por mais de uma razão: **(a)** o Advogado integra a composição das câmaras, turmas e outras formas de colegiado em todos os processos onde há litígio e procedimentos consensuais nos quais comparece fisicamente ou por meio de petição escrita que compõe os autos; **(b)** a Constituição declara que, “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*” (art. 5º LV); **(c)** o Advogado cumpre uma das funções essenciais da Justiça, ao lado do Ministério Público, da Advocacia

Pública e da Defensoria Pública e está declarado, na Carta Política, como “*indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*” (art. 133).

3. Um caso específico

Um assunto aparentemente despido de relevo prático chegou à maior Corte Judiciária do país. O então Juiz titular da 7ª Vara Criminal da Justiça Federal de São Paulo **Ali Mazloum** ingressou com uma Reclamação (nº 12011) no Supremo Tribunal Federal para que fosse dado tratamento isonômico entre acusação e defesa nas audiências criminais realizadas no âmbito da Justiça Federal brasileira.⁴⁶

No pedido, o sensível, lúcido e intemorato magistrado investe contra decisão liminar de uma Desembargadora Federal que manteve dispositivo legal, porém, flagrantemente inconstitucional e dissonante da praxe forense, para que o agente do Ministério Público permaneça sentado “ombro a ombro” com o Juiz durante a realização das audiências.

46 Como se verá no curso do presente artigo, o princípio do *equilíbrio de armas* no processo penal deve também valer para as audiências na Justiça Estadual e na Federal. A cadeira onde senta o agente do Ministério Público não pode estar em plano mais elevado que a cadeira reservada ao defensor. Para o réu ou a testemunha que participa do ato, a visão da figura do Promotor ou Procurador de Justiça, ao lado Magistrado, traduz uma dúvida fundada para o leigo: ele é **auxiliar** do Juiz ou é um **outro juiz** para o caso?

A questão tem o seu ponto fulcral na regra do art. 18, I, *a* da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, declarando ser uma das prerrogativas institucionais dos membros do Ministério Público da União, “*sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem*”.

Na Reclamação, **Ali Mazloum** argumenta que, para garantir tratamento igualitário entre os representantes do Ministério Público Federal (MPF) e da Defensoria Pública (DPU) ou da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), foi editada a Portaria 41/2010. A norma, de caráter jurisdicional, pretende dar efetividade à Lei Orgânica da Defensoria Pública (LC 80/1994 e LC 132/2009). Assim, segundo explica o magistrado, como não havia espaço físico na sala de audiência para acomodar ao lado do Juiz também o representante da defesa em uma audiência, a exemplo do que ocorria com o representante do Ministério Público, ficou determinado o assento de todos “no mesmo plano, e colocou-se o assento do MPF ao lado do assento reservado à defesa (DPU e OAB), à mesa destinada às partes.”

O Ministério Público Federal contestou na Justiça a validade da portaria, alegando que ela violou o referido diploma. Ao analisar a ação proposta pelo MPF contra a Portaria 41/2010, a juíza relatora do caso, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3), concedeu liminar suspendendo a determinação. Contra esta decisão, o Juiz **Ali Mazloum** acionou o Supremo Tribunal Federal.

No referido procedimento, o seu ilustre autor salienta que ainda não havia sido notificado da decisão e que está impedido de exercer a sua jurisdição em sua plenitude em face da liminar. E que compete ao juiz natural “*assegurar a paridade de tratamento entre acusação e defesa*”. Em sua avaliação, houve equívoco na interpretação do dispositivo estatutário do Ministério Público da União, além da divergência com precedente da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal constante do Recurso de Mandado de Segurança (RMS), nº 21884. Prestando um testemunho altamente qualificado pela sua experiência, o Doutor **Mazloum** afirma ser “*perceptível a reação diferenciada de testemunhas quando indagadas pelo acusador, sentado no alto e ao lado do juiz, e depois pelo Advogado, sentado no canto mais baixo da sala ao lado do réu. É preciso colocar em pé de igualdade, formal e material, acusação e defesa*”.

4. A questão chega ao STF e ao CNJ

O assunto está em discussão no Supremo Tribunal Federal⁴⁷ e no Conselho Nacional de Justiça, havendo possibilidade de decisões divergentes entre os dois órgãos. Daí porque o pedido de concessão liminar na Reclamação para, desde logo, solucionar a eventual controvérsia em relação a todos os membros da magistratura federal. E, no mérito, pede que seja declarado inconstitucional o artigo 18, I, *a*, da LC 75/93 e mantido o teor da Portaria 41/2010 da 7ª Vara Federal Criminal de São Paulo como modelo válido para toda a magistratura “*com vistas a assegurar paridade de tratamento entre acusação e defesa durante as audiências criminais*”.

A iniciativa da Reclamação tem ampla justificação como se poderá verificar pelo art. 4º, § 7º, da Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei nº 80/1994) que estabelece:

47 STF, Rcl 12011 MC, Rel. Min. CARMEN LÚCIA. A OAB, a Defensoria Pública da União, a Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais – ANADEF e a Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP ingressaram nos autos na condição de Terceiro Interessado, ou como *Amicus Curiae*. O pedido liminar foi indeferido em 05/03/2012 (DJe 12/03/2012). O Parecer da Procuradoria Geral da República, de 20.03.2014, é pelo não provimento da reclamação. A causa aguarda julgamento desde então. No Conselho Nacional de Justiça, houve discussão similar por iniciativa do MPDFT (Procedimento de Controle Administrativo nº 0001023-25.2011.2.00.0000). A liminar foi deferida para acolher o pedido ministerial de reorganização das cadeiras em salas de audiência do Distrito Federal, conforme o modelo tradicional. Em 11.10.2013, proferiu-se decisão monocrática extinguindo o PCA, por perda de objeto, ao fundamento de que a palavra final quanto ao tema deveria ser dada pelo Supremo na Rcl 12011. (Pesquisa atualizada feita pelo Advogado **Luís Otávio Sales**, em 20.06.2016).

“aos membros da Defensoria Pública é garantido sentar-se no mesmo plano do Ministério Público”. O ponto de partida é o princípio da igualdade entre a acusação e a defesa durante a prática de atos judiciais realizados na presença de ambos os representantes das partes.

5. O princípio constitucional da isonomia

No início do presente artigo está dito que o assunto é “*aparentemente despido de relevo prático*”. Mas, à luz do princípio constitucional de igualdade de todos perante a lei (art. 5º, *caput* e inc. I), e de sua consequência lógica da isonomia processual e a sua transparência pública, o tema assume notável amplitude científica. Em uma de suas lições, **Lauria Tucci** e **Cruz e Tucci** observam, com absoluta razão, que um dos conseqüentários do *due process of law* firma-se no denominado “princípio da isonomia processual, determinante do *tratamento prioritário dos sujeitos parciais do processo*”.⁴⁸

Em meu entendimento, a questão deve ser resolvida com base nos princípios constitucionais que asseguram o *equilíbrio de armas* entre os representantes das partes em litígio. A paridade não se esgota, vale enfatizar, nas iguais possibilidades oferecidas à acusação e à defesa para

48 LAURIA TUCCI, Rogério. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*, São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 37. (Os destaques em itálico são do original).

o cumprimento de sua função (prazos, limitação quanto à prova, etc.), mas, também, deve considerar outros aspectos e, entre eles, à postura física do procurador junto ao presidente da audiência de modo a sugerir a impressão de quebra de outro princípio fundamental no processo penal democrático: a imparcialidade do Juiz.

A decisão que revogou a Portaria fundou-se no já referido art. 18, I, *a*, da LC nº 75/1993. Essa regra mostra um preciosismo aristocrático no exercício do poder e incompatível com princípios que na Constituição Federal de 1988 distinguem o Ministério Público como instituição defensora do regime democrático e de interesses sociais, além de outros relevantes bens e valores da comunidade. A imposição de sentar “*ombro a ombro*” com o juiz durante a audiência, assim como ocorre na praxe forense, revela-se autoritária e discriminatória em relação à figura, também institucionalizada, do Advogado que é “indispensável à administração da justiça” (CF, art. 133) e que, no seu ministério privado, “presta serviço público e exerce função social” (Lei nº 8.906/1994. Estatuto da Advocacia e da OAB).

Essa arquitetura de constrangimento funcional vai mais longe. Ela dissimula a real posição que devem ostentar as partes em um processo conduzido pelos princípios e regras do Estado Democrático de Direito. Perante a testemunha, o ofendido, o perito e o acusado, a posição física do órgão do MP, ombreando com a cadeira do magistrado que dirige a audiência aparenta uma superioridade funcio-

nal hierárquica perante o defensor que tem o seu lugar no mesmo nível em que estão sentados esses participantes da ação penal.

6. Um valioso e intemorato precedente

A iniciativa do Juiz **Mazloum** junto ao Pretório Excelso ganha extraordinária repercussão acadêmica e profissional, ao tempo em que o Juiz de Direito Substituto da 1ª Vara Criminal e Juizados Especiais Criminais do Foro Regional de Restinga (Porto Alegre/RS), **Mauro Caum Gonçalves**, nos autos do Procedimento administrativo nº 02/2011, atendeu, em 19 de julho, o pedido da Defensoria Pública para remanejar os móveis da sala de audiências. A pretensão deferida se fundou no § 7º do art. 4º da Lei Complementar nº 80/1994, que reza: “*Aos membros da Defensoria Pública é garantido sentar-se no mesmo plano do Ministério Público*”. É oportuna a transcrição de algumas passagens desse notável precedente:

“Assim, ao atribuir ao Parquet, privativamente, a ação penal pública (art. 129, inciso I), a Lei Fundamental, parece, quis estabelecer a imprescindibilidade de sua atuação para o processo e, conseqüentemente, evitar o embricamento das funções dos sujeitos processuais. Com efeito, no processo penal, deve haver as figuras do ‘acusador’ e do ‘jugador’; e elas devem ser bem delimitadas, separadas, de modo que um com o outro não se confunda. Pois bem.

“A atual situação cênica dos móveis da sala de audiência, por estar o assento destinado ao órgão do MP imediatamente do lado do julgador, vai de encontro a essa necessária diferenciação. Com efeito, ‘visualmente’, isso transmite a um observador - que ignora os regramentos positivos e consuetudinários - a ‘impressão’ de, senão identidade, de proximidade das atribuições. Tal ‘ilação’ é, certamente, facilitada pela circunstância de o servidor auxiliar-escrevente do Magistrado sentar em posição equivalente (imediatamente do lado esquerdo), e os Advogados e Defensores Públicos (assistentes da acusação ao lado direito; defensores, ao lado esquerdo) não, ficando, além de mais afastados, perpendicularmente ao Juiz. Isso sem contar o fato de que, inexplicavelmente (melhor seria dizer indevidamente) que a poltrona destinada ao órgão do Parquet é, de praxe (inclusive, nesta Vara), muito mais “luxuosa” que a destinada aos Advogados e Defensores Públicos. “Nada justifica que assim seja. (...) Pelo exposto, ACOELHO o requerimento administrativo formulado pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul e DETERMINO a alteração do mobiliário da sala de audiências, de modo que seja removido o assento ora destinado ao órgão do Ministério Público, que deverá, quando comparecer às solenidades aprazadas pelo Juízo, tomar lugar nos remanescentes que se situam “à direita” (e não ao lado) do Julgador. Intimem-se o órgão do Ministério Público e da Defensoria Pública que atualmente têm atribuição para officiar perante esta Vara Criminal - autorizado extração livres de cópias. Remetam-se cópias

do pedido inicial e desta decisão: 1) ao Presidente do Tribunal de Justiça; 2) ao Corregedor-Geral de Justiça; 3) ao Presidente da Comissão de Direitos Humanos do TJ; 4) ao Presidente da OAB/RS; 5) ao Diretor de Valorização Profissional da OAB/RS; 6) ao Presidente da AJURIS - Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul; e 7) ao Presidente da AMB - Associação dos Magistrados do Brasil, em Brasília. E encaminhe-se cópia integral do expediente para o Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Procedam-se às diligências necessárias à reorganização dos móveis, inclusive com ciência ao Estenotipista”.

7. Tratamento discriminatório em relação ao Advogado

Mas o *desequilíbrio de armas* não se revela apenas na arquitetura e nos móveis da sala de audiência e do auditório de julgamento. Ele também é discriminatório pelo tratamento verbal dispensado a uma das partes. É oportuno lembrar o teor de alguns despachos: “*Vista ao ilustre representante do Ministério Público*”; “*Vista à douta Procuradoria da Justiça*”; “*Defiro o bem fundamentado requerimento do parquet*”.

Essas e outras expressões equivalentes são utilizadas por alguns Juizes e Desembargadores e caracterizam o tratamento desigual entre as partes nos processos judiciais. Além da proximidade pessoal e de estarem sentados “ombro a ombro”, Magistrado e membro do Ministério Públi-

co aparecem ostensivamente como atores principais da representação processual enquanto o defensor, com assento em plano físico inferior, é relegado à condição de mero coadjuvante. O que consola o advogado nesses momentos e nessa localização da arquitetura forense é estar, democraticamente, ao lado de testemunhas, de ofendidos e de acusados. E, também, compreender que a tradição forense em nosso país, desde o Império até os dias atuais, apesar do cenário de um Estado Democrático de Direito, continua, via de regra, desconsiderando o princípio constitucional da isonomia que deve funcionar no processo.

Lamentavelmente, para muitos juízes que descumprem deveres institucionais de relacionamento, o Advogado não é o procurador de inúmeros interesses privados. Eles não o respeitam como “*indispensável à administração da justiça*” e muito menos como representante de uma maior ou menor parcela de cidadãos que lhes confiam a defesa de seus direitos e interesses. Nesse ponto, ofendem a regra legal de que, em seu ministério privado, o Advogado exerce função pública.

E o que pensar e dizer de muitos magistrados que afrontam a lei para, de maneira humilhante, mandar ao procurador o recado de que não pode recebê-lo por esse ou aquele motivo? O pior, porém, é quando o servidor recita a ordem imperial: “*o juiz não recebe advogado*”.

É certo que muitos, inúmeros Juízes, Desembargadores e Ministros são elegantes na relação funcional

com o Advogado e todas as pessoas com as quais devem tratar. Nesse momento, vigora a Lei Orgânica da Magistratura Nacional com várias regras de urbanidade e respeito. Muitos colegas, especialmente os mais jovens, confessam, humilhados, que foram destratados por essa ou por aquela autoridade judiciária. E me perguntam o que devem fazer. Nada, eu lhes respondo. A não ser assumir, no corpo e na alma, a opressão do preconceito por conta da qual a nossa classe já está com o *couro curtido*.

Além de assumir uma resistência no *estilo Gandhi*, o Advogado deve impor a sua autoridade moral e a legitimidade de sua atuação no interesse social, nunca se esquecendo dos instrumentos legais de que dispõe para enfrentar todo tipo de grosseria, ilegalidade e abuso, por ação ou omissão, contra si ou seu cliente.

E, com o passar dos anos da militância, entre as figuras que permanecem na boa memória do causídico estão a dos magistrados afáveis, fiéis aos seus deveres e cumpridores de sua missão. Quanto aos outros, o tempo se encarrega de fazê-los desaparecer. A lápide de seus túmulos ou a legenda das urnas com suas cinzas deveria ter esta última sentença: “*O homem, esse cadáver adiado que todos nós somos*” (Fernando Pessoa, 1888-1935).

8. Um notável texto de resistência

O tema em análise foi magistralmente desenvolvido pelo exímio criminalista, **Leite Fernandes**, em texto espe-

cífico que é reproduzido, *ipsis litteris*:

“Os julgamentos criminais e cíveis nos Tribunais costumam ser demorados. Há ocasiões em que os votos dos Ministros e Desembargadores Federais são longos, demorando-se, às vezes, duas ou mais horas para obtenção do fecho. Quando há sustentação oral, cria-se constrangedora situação, com relevo para as Turmas dos Tribunais Regionais Federais, dos plenários e de seus correspondentes no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Na verdade, o mobiliário de tais repartições da Justiça deve ter sido planejado por arquitetos, marceneiros ou decoradores sem a mínima ligação com o Direito, faltando, durante a fabricação, um fiscal atento às prerrogativas do Advogado.

“Bastava, entretanto, atenção ao artigo 7.º, números VII, IX, X e XII da Lei número 8.906, de 04 de julho de 1994, para saber que os planejadores daquelas edificações cometeram equívoco palmar, porque construíram a tribuna do Advogado e se esqueceram de que tais profissionais devem sentar-se em algum lugar, precisando, fazê-lo, evidentemente, junto à tribuna de defesa, na medida em que a sustentação não esgota a atividade do procurador da parte, podendo o mesmo interferir, se e quando o requerer, nos debates havidos entre os magistrados. Há ocasiões, aliás, em que profissionais antigos ficam valentemente em pé dentro da tribuna, numa espécie de castigo, encostando-se às laterais quando o cansaço lhes retira a energia. No meio tempo, o acusador oficiante, membro do

Ministério Público, tem cômodo assento ao lado do presidente da Turma, ou do próprio Tribunal, manifestando-se sentado, embora uns poucos, habituados ao júri, se levantem para a verbalização.

“As extravagâncias referidas não fazem bem algum à denominada igualdade abstrata das partes, havendo magistrados, inclusive, desconhecedores da prerrogativa, assegurada ao Advogado, de falar sentado e de estar sentado durante os julgamentos. “Deve existir, por força da própria lei, uma cadeira dentro da tribuna. Os Advogados não costumam usar tal prerrogativa, porque habituados à manutenção do corpo espigado, mas, se o quiserem, têm direito a tanto. O desconhecimento da circunstância chegou ao ponto de as tribunas de defesa terem sido construídas de forma a não aceitar as dimensões de um assento mais amplo. Dir-se-á que a reivindicação é inadequada, porque complica desnecessariamente a relação entre os Advogados e o Poder Judiciário. “Quem o disser incorrerá em erro profundo, pois o de nivelamento entre acusação e defesa, embora simbólico, pode ter reflexos na atividade concreta do contraditório, um obrigado a falar em pé por ausência de cadeira e o outro manifestando-se na comodidade da poltrona estofada.

“Já houve hipótese, inclusive, que o Advogado, pressionado por sapatos apertados, pelo calor de uma tarde de verão ou pelos pés já maltratados por autêntica vilegiatura pelos caminhos de Compostela, tirar os sapatos enquanto aguardando as profundas manifestações, protegido pela parte

fronteira da tribuna de defesa. Melhor será que os tribunais, refletindo sobre o tema, se aprestem a regularizar o defeito existente. É certo, por outro lado, que o presidente da Seção de São Paulo da OAB já terá sentido na própria carne – ou nos próprios pés – os efeitos da restrição. Não fica bem que o *battonier* seja obrigado a ficar em pé depois das sustentações orais, sendo sua a obrigação, é certo, de criar o incidente que, se por ele não for gerado, há de sê-lo por um velho cavaleiro andante. No fim das contas, se e quando for difícil aos tribunais a encomenda dos assentos, tudo ligado, até mesmo, a eventual necessidade de licitação, tal dificuldade não terá o presidente da OAB, valendo, para tanto, a contribuição, com extrema boa vontade, dos Advogados paulistas e brasileiros. As cadeiras não precisarão ser almofadadas. Basta o tampo de madeira dura, lembrando as dificuldades, no momento presente, de manutenção de igualdade das partes na competência penal.”⁴⁹

49 LEITE FERNANDES, Paulo Sérgio. “O Advogado e o direito de falar sentado”, artigo publicado na revista eletrônica *Âmbito Jurídico*, Rio Grande (RS), VII, n. 17, maio 2004. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3798>. Acesso em 17.06. 2016.

ÉTICA DA ADVOCACIA

Paulo Lôbo

Advogado. Doutor em Direito pela USP. Professor Emérito da UFAL. Ex-Conselheiro do CFOAB e do CNJ

Resumo: A ética do advogado observa regras próprias, que decorrem da experiência acumulada durante séculos de fixação de condutas profissionais consideradas adequadas, além das peculiaridades do exercício da profissão em cada País. No Brasil, desde a organização da OAB, que recebeu delegação legal para tal fim, os códigos de ética e disciplina da advocacia, cuja última versão foi aprovada em 2015, procuraram ser contemporâneos às concepções gerais dominantes de conduta profissional, estabelecendo os deveres positivos e negativos deontológicos para os advogados.

Palavras chaves: advogado, ética do advogado, ética profissional

Abstract: The attorney ethics observes own rules, which stem from the experience gained during centuries of professional

conduct considered appropriate, in addition to the peculiarities of the exercise of the profession in each country. In Brazil, since the organization of the Bar Association, which received the legal delegation for this purpose, codes of ethics and discipline, which latest version was adopted in 2015, sought to be contemporary to the general conceptions of professional conduct, establishing the positive and negative ethical duties for the attorneys.

Keywords: attorney, attorney ethics, professional ethics

Os princípios gerais

A ética profissional é parte da ética geral, entendida como ciência da conduta. Nosso campo de atenção é o da objetivação da ética profissional, que se denomina *deontologia* jurídica, ou estudo dos deveres dos profissionais do direito, especialmente dos advogados, porque de todas as profissões jurídicas a advocacia é talvez a única que nasceu rigidamente presa a deveres éticos. A deontologia, termo criado por Jeremias Bentham (1748-1832), com sentido utilitarista, ao lado da diceologia (estudo dos direitos profissionais), integra o todo da ética. Para Jacques Hamelin e André Damien (1975, p. 1), o termo teria aparecido pela primeira vez em 1874, em artigo de Janet, ao menos na

França. A etimologia da palavra esclarece seu sentido: *deontos* significa o dever de fazer; *logos* significa discurso sobre essa matéria.

A ética profissional não parte de valores absolutos ou atemporais, mas consagra aqueles que são extraídos do senso comum profissional, como modelares para a reta conduta do advogado. Diz Goffredo Telles Junior (1988, p. 236) que “uma ordem ética é sempre expressão de um processo histórico. Ela é, em verdade, uma construção do mundo da cultura. Em concreto, cada ordem ética é a atualização objetiva e a vivência daquilo que a comunidade, por convicção generalizada, resolveu qualificar de ético e de normal”.

São tópicos ou *topoi* na expressão aristotélica, ou seja, lugares-comuns que se captam objetivamente nas condutas qualificadas como corretas, adequadas ou exemplares; não se confundem com juízos subjetivos de valor.

Quando a ética profissional passa a ser objeto de regulamentação legal, os *topoi* convertem-se em normas jurídicas definidas, obrigando a todos os profissionais. No caso da advocacia brasileira, a ética profissional foi objeto de detalhada normatização, destinada aos deveres dos advogados, no Estatuto anterior e no Código de Ética Profissional, este datado de 25 de junho de 1934. O Estatuto da Advocacia e da OAB de 1994 (Lei n. 8.906/1994) preferiu concentrar toda a matéria no Código de Ética e Disciplina, editado pelo CFOAB em 1995 e revisto em 2015.

No capítulo da Ética do Advogado, o Estatuto da Advocacia e da OAB enuncia princípios gerais, balizando a regulamentação contida no Código de Ética e Disciplina.

A ética profissional impõe-se ao advogado em todas as circunstâncias e vicissitudes de sua vida profissional e pessoal que possam repercutir no conceito público e na dignidade da advocacia. Os deveres éticos consignados no Código não são recomendações de bom comportamento, mas sim normas jurídicas dotadas de obrigatoriedade que devem ser cumpridas com rigor, sob pena de cometimento de infração disciplinar punível com a sanção de censura (art. 36 do Estatuto da Advocacia e da OAB) se outra mais grave não for aplicável. Portanto, as regras deontológicas são regras providas de força normativa; a lei (o Estatuto da Advocacia e da OAB), o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina e os provimentos são suas fontes positivas, às quais se agregam, como fontes secundárias, a tradição, a interpretação jurisprudencial e administrativa, a doutrina, os costumes profissionais. A aplicação da deontologia profissional deve levar em conta a superação da exclusividade da oposição cliente-adversário por uma nova lógica que inclua o papel crescente do advogado em atuação preventiva e extrajudicial, como conselheiro, assessor e formulador de atos, projetos e programas de natureza jurídica. Ao advogado que elabora um ato jurídico ou orienta empresa ou consumidor em relação de consumo, por exemplo, não se aplicam as regras deontológicas tradicionais de duelo pretoriano, sendo muito mais adequados

os deveres de rigorosa lealdade, de sigilo, de qualidade do trabalho, de ética da responsabilidade, de independência técnica.

O primeiro comando do Estatuto da Advocacia e da OAB dirige-se à conduta pessoal do advogado. Onde quer que resida e se relacione, deve proceder de forma a merecer o respeito de todos, porque seu comportamento contribui para o prestígio ou desprestígio da classe. Não é demais lembrar as virtudes éticas que Aristóteles sintetizou na *Ética a Nicômaco*, a saber, a coragem, a temperança, a liberalidade, a magnanimidade, a mansidão, a franqueza, enfim, a justiça, que é a maior de todas. Ou então os famosos preceitos de Ulpiano: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

Mas, certamente, a que mais fortalece o prestígio da profissão é a intransigente probidade, ou honestidade (*honeste vivere*), como bastião indômito às tentações que passam todos os dias e todas as horas em frente ao advogado, como advertiu Eduardo Couture (1990, p. 17). A honestidade é o valor magno da ética da advocacia; sem ela, a conduta profissional resta profundamente comprometida. O advogado lida frequentemente, em razão de seu ofício, com interesses econômicos de seus clientes, que nele depositam sua confiança, e, por seus conhecimentos técnicos, acha-se em condição de superioridade em relação à pessoa que solicita seus serviços.

Na advocacia, o resultado perseguido, em cada causa, não pode justificar a adoção de quaisquer meios, pois ela não é balcão de negócios ou arena de tráfico de influência ou corrupção, incorrendo em violação do dever de honestidade todo aquele que assim procede. Invertendo-se antigo aforismo, o advogado não apenas deve parecer honesto, mas ser honesto, como imperativo interior de conduta. No dizer de Manuel Santaella López, “um profissional, destinado ao serviço dos demais, há de ser, antes de tudo, uma pessoa honesta. A probidade vem a constituir, desta forma, um compêndio das principais virtudes morais. Supõe uma consciência moral bem formada e informada dos princípios éticos e da normativa especificamente deontológica” (1995, p. 19). Nessa mesma linha de grandeza ética, Adolfo Parry adverte que “o talento sem a probidade é o mais funesto presente da natureza e a probidade sem o talento não basta porque, mesmo com a melhor intenção, cometem-se frequentemente males irreparáveis” (Langaro, 1992, p. 42).

O Código de Responsabilidade Profissional da ordem dos advogados dos Estados Unidos (*American Bar Association Model Code of Professional Responsibility*) enuncia em seu preâmbulo que todo advogado deve descobrir em sua consciência os *standards* mínimos de conduta, mas, em última análise, é o desejo pelo respeito e confiança dos membros de sua profissão e da sociedade a que ele serve que deve provê-lo do incentivo para o máximo grau possível de conduta ética.

Os deveres de decoro, urbanidade e polidez são obrigatórios para o advogado, inclusive nas referências processuais à parte adversa; competitividade não é sinônimo de agressão. Viola o dever de urbanidade o advogado que imputa à parte contrária conduta criminosa, não sendo admissível a exceção da verdade. Porém, não viola o dever de urbanidade o advogado que faz críticas pessoais a colega, em mensagem eletrônica, durante disputa eleitoral na OAB, pois o requisito indispensável é a relação com o exercício da profissão (CFOAB, Rec. 2010.08.02389-05/SCA – TTU).

Por fim, o dever de permanente qualificação, para bem cumprir seu compromisso social. A incompetência, infelizmente, pode causar tantos prejuízos sociais e individuais quanto a própria desonestidade, sendo alguns irre recuperáveis.

O advogado não dispõe do poder do juiz e dos meios de coação da polícia. Sua força deve residir na palavra e na autoridade moral que ostente, nunca no poder econômico seu ou de seu cliente ou na alimentação da venalidade humana.

A independência como prerrogativa e como dever ético

A independência é um dos mais caros pressupostos da advocacia. Sem ela não há rigorosamente advocacia. Qualquer pessoa apenas confiará na justiça se contar

com a assistência de um defensor independente. A independência do advogado não se limita a sua atividade judicial; é também essencial à atividade extrajudicial de consultoria e assessoria, assim como importante fator de preservação do Estado de Direito, do governo submetido a leis, da contenção do abuso da autoridade e da limitação do poder econômico, porque foi instituída no interesse de todos os cidadãos, da sociedade e do próprio Estado. Uma antiga decisão da Suprema Corte norte-americana, que afastou a equiparação do advogado a funcionário público, proclamou: “O público tem quase tanto interesse na independência dos advogados quanto na dos juízes” (Cheatham, 1965, p. 66).

A independência do advogado está estreitamente ligada à independência da Ordem, que não se vincula nem se subordina a qualquer poder estatal, econômico ou político. É grande e permanente a luta dos advogados, em todo o mundo, para preservar sua independência diante das arremetidas autoritárias frequentes dos donos do poder. O XXV Congresso da União Internacional dos Advogados, reunido em Madrid, em 1973, foi dedicado à independência do advogado, e suas conclusões continuam presentes quando afirmam “que não existe Justiça digna desse nome sem o concurso de advogados independentes; que a independência do advogado condiciona sua liberdade imprescritível, e que o dever fundamental dos povos é mantê-la em sua plenitude”. O art. 3º do Código Internacional de Deontologia Forense da *International Bar*

Association estabelece que o advogado “deverá conservar sua independência no cumprimento de seu dever profissional”, evitando qualquer negócio ou ocupação que possam afetar sua independência.

A independência do advogado é condição necessária para o regular funcionamento do Estado de Direito.

Por tais razões, é uma decorrência natural que os advogados tenham estado sempre na linha de frente das lutas emancipatórias e libertárias da humanidade e do Estado Democrático de Direito. Não é por acaso que os advogados sempre sofreram a intolerância dos déspotas de todos os matizes. É simbólica a reação irada de Napoleão Bonaparte, referida por Rui Barbosa (s.d., p. 63), quando lhe apresentaram o decreto de constituição da Ordem dos Advogados (que terminou por assinar em 1811) anos após as perseguições sofridas pelos profissionais com o golpe que o entronizou no poder: “Os advogados são facciosos, artífices de crimes e traições. Enquanto eu tiver uma espada à cinta, não firmarei nunca tal decreto. Quero que se possa cortar a língua ao advogado, se dela usar contra o Governo”.

Na defesa dos interesses sob seu patrocínio, o advogado nunca deve fazer concessões que afetem sua independência, inclusive em face do próprio cliente. Na escolha dos meios jurídicos e na condução de seu trabalho profissional, o advogado nunca deve permitir que haja tutela direta ou indireta do cliente, de terceiro ou do magistrado. É

sua, inteira e indelegável, a responsabilidade pela direção técnica da causa ou da questão.

Além da independência técnica, o advogado deve preservar sua independência política e de consciência, jamais permitindo que os interesses do cliente confundam-se com os seus. O advogado não é e nunca pode ser o substituto da parte; é o patrono. Por outro lado, em momento algum deve ele deixar-se levar pelas emoções, sentimentos e impulsos do cliente, que deverão ser retidos à porta de seu escritório.

A ética do advogado é a ética da parcialidade, ao contrário da ética do juiz, que é a da isenção. Contudo, não pode o advogado cobrir com o manto ético qualquer interesse do cliente, cabendo-lhe recusar o patrocínio que viole sua independência ou a ética profissional. Não há justificativa ética, salvo no campo da defesa criminal, para a cegueira dos valores diante da defesa de interesses sabidamente aéticos ou de origem ilícita. A recusa, nesses casos, é um imperativo que engrandece o advogado.

Disse Couture (1990, p. 37) que o dia de prova para o advogado é aquele em que se lhe propõe um caso injusto, economicamente vantajoso, e que bastará a promoção para alarmar o demandado e resultar em lucrativa transação. Nenhum advogado é plenamente tal se não souber rechaçar esse caso, sem aparato ou alardes.

O Código de Ética e Disciplina estabelece que o advogado deve abster-se de patrocinar causa contrária à

validade de ato jurídico em que tenha colaborado ou intervindo de qualquer maneira e, ainda, quando tenha sido convidado pela parte contrária que lhe revelou segredos.

Quanto à defesa criminal, a tradição da advocacia é de nunca recusá-la. O Código de Ética e Disciplina determina de forma incisiva que é direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado.

Disse Rui Barbosa (1994, p. 25), em famoso trecho de sua carta-resposta a Evaristo de Moraes: “Tratando-se de um acusado em matéria criminal, não há causa em absoluto *indigna de defesa*. Ainda quando o crime seja de todos o mais nefando, resta verificar a prova: e ainda quando a prova inicial seja decisiva, falta, não só apurá-la no cadinho dos debates judiciais, senão também vigiar pela regularidade estrita do processo nas suas mínimas formas. Cada uma delas constitui uma garantia, maior ou menor, da liquidação da verdade, cujo interesse em todas deve acatar rigorosamente”.

Guarda idêntica etiologia a regra estatutária que determina ao advogado que não prejudique o exercício da profissão, por receio de desagradar magistrado ou qualquer autoridade ou de incorrer em impopularidade. O magistrado não é seu superior. Amesquinha a profissão, infringindo a ética, o advogado que se comporta com temor reverencial perante magistrado ou outra autoridade, porque não representa interesses próprios, mas sim do cliente. Tam-

bém não se admite que aja com petulância, impertinência ou prepotência. No patrocínio da causa deve portar-se com altivez e dignidade, matizada pela serenidade, equilíbrio e urbanidade.

A opinião pública nem sempre está do lado da verdade; comumente deixa-se levar por impulsos irrefletidos e pelas comoções do momento ou pela manipulação das informações. A impopularidade pode ser o preço a pagar pelo advogado na defesa do cliente, quando está convencido de que é merecedor de justiça. A história da advocacia está cheia desses exemplos grandiosos, como a do advogado francês Labori, que perdeu quase toda sua clientela ao promover a defesa de Dreyfus (militar acusado de traição contra a França), previamente condenado pelo povo e cuja inocência mais adiante se provou. Durante o julgamento do ditador iraquiano Saddam Hussein, em 2005, assim respondeu Khamees Hamid Al-Ubaidi, um dos advogados que o defenderam, após o assassinato de outro colega, que integrava a equipe de defesa, sobre se deixaria o caso, ante o risco de ser também morto: “Eu o deixo na mão de Deus. Meu trabalho exige que eu defenda qualquer acusado, razão por que não posso recuar” (*Time*, 7 nov. 2005, p. 17).

Responsabilidade do advogado por danos ao cliente

Além da responsabilidade disciplinar, o advogado responde civilmente pelos danos que causar ao cliente, em

virtude de dolo ou culpa. As Ordenações Filipinas, Livro 1, Título XLVIII, 10, já determinavam que “se as partes por negligência, culpa, ou ignorância de seus Procuradores receberem em seus feitos alguma perda, lhes seja satisfeito pelos bens deles”. Lembra Yves Avril (1981, p. 213) que a responsabilidade é a contrapartida da liberdade e da independência do advogado.

No direito positivo brasileiro são as seguintes as normas gerais de regência da responsabilidade civil do advogado:

a) Art. 133 da Constituição Federal, que estabelece a inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão. É norma de exoneração de responsabilidade, não podendo os danos daí decorrentes ser indenizados, salvo no caso de calúnia ou desacato. Essa peculiar imunidade é imprescindível ao exercício da profissão, que lida com a contradição de interesses e os conflitos humanos.

b) Art. 186 do Código Civil, regra básica da responsabilidade civil subjetiva, aplicável aos profissionais liberais.

c) Art. 32 da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia), que responsabiliza o advogado pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

d) Art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, que abre importante exceção ao sistema de

responsabilidade objetiva, ao determinar a verificação da culpa, no caso dos profissionais liberais. Forte corrente, na doutrina e na jurisprudência dos tribunais, entende inaplicável ao advogado a legislação de proteção ao consumidor; nesse sentido, a Súmula 02/2011 do CFOAB, segundo a qual a “Lei n. 8.906/94 esgota toda a matéria, descabendo a aplicação subsidiária do CDC”.

Tendo em vista o desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil nos últimos anos, a responsabilidade civil do advogado assenta-se nos seguintes elementos:

- a) o ato (ou omissão) de atividade profissional;
- b) o dano material ou moral;
- c) o nexo de causalidade entre o ato e o dano;
- d) a culpa ou dolo do advogado;
- e) a imputação da responsabilidade civil ao advogado.

O advogado exerce atividade, entendida como complexo de atos teleologicamente ordenados, com caráter de permanência. A atividade obriga e qualifica como culposa a responsabilidade pelo dano decorrente de qualquer de seus atos de exercício.

A imputação da responsabilidade é direta ao advogado que praticou o ato de sua atividade causador do dano, não podendo ser estendida à sociedade de advogados de que participe.

Cabe ao advogado provar, além das hipóteses comuns

de exclusão de responsabilidade, que não agiu com culpa (em sentido amplo, inclui o dolo). Se o profissional liberal provar que não se houve com imprudência, negligência, imperícia ou dolo, a responsabilidade não lhe poderá ser imputada.

O advogado tem obrigação de prudência (*obligation de prudence*). Incorre em responsabilidade civil o advogado que, imprudentemente, não segue as recomendações do seu cliente nem lhe pede instruções para segui-las. Na hipótese de consulta jurídica, de acordo com Moitinho de Almeida, o conselho insuficiente deve ser equiparado à ausência de conselho, sendo também imputável ao advogado a responsabilidade civil (1985, p. 18). É exceção à regra de não cabimento de responsabilidade civil em razão de exercício de consultoria jurídica, consagrada no STF: “O parecer meramente consultivo não possui caráter vinculante e não justifica, portanto, a responsabilização do advogado que o assina” (MS 30.892).

Sobre opinião jurídica emitida em processo de licitação, o CFOAB editou a Súmula n. 05/2012/COP, enunciando que não pode ser responsabilizado, civil ou criminalmente, o advogado que, no regular exercício do seu mister, emite parecer técnico opinando sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação pelo Poder Público. Também deliberou o CFOAB (Ementa n. 032/2014/COP) em autorizar sua Diretoria para que intervenha como assistente de todo advogado que venha a responder processo administrativo ou judicial por força de sua atuação como

parecerista, de modo a evitar a criminalização da atividade de advocacia pública.

A perda da ação, por decisão judicial, não implica responsabilidade civil do advogado, salvo se a ele possa ser imputado dolo ou culpa. Mas a perda negligente de prazo gera responsabilidade civil por danos morais e materiais, em virtude da teoria da perda de chance (STJ, REsp 1.079.185).

Tem-se decidido que o advogado que age com comprovada imperícia, impedindo que seu cliente consiga uma posição mais vantajosa no processo, pode ser responsabilizado com base na teoria da perda de uma chance. O TJRS condenou um advogado a pagar danos morais por ter prejudicado seu cliente. O erro da estratégia jurídica levou à prescrição do direito que estava sendo buscado, deixando o reclamante sem receber verbas rescisórias (Ap. 0447341-64.2011.8.21.7000).

Não caracteriza responsabilidade do advogado, defensor dativo, o fato de não haver apresentado embargos divergentes no tribunal, se atuou eficientemente em todos os atos do processo criminal, inclusive por ocasião do julgamento da apelação, conforme decidiu o STF (*RT*, 719:536).

Considera-se nula a cláusula de irresponsabilidade no contrato de prestação de serviços de advocacia. Não se pode excluir responsabilidade por atos próprios.

A lide temerária

Ocorre a lide temerária quando o advogado coligar-se com o cliente para lesar a parte contrária, sendo solidariamente responsável pelos danos que causar. A lide temerária funciona como meio indevido de pressão e intimidação, estando destituída de qualquer fundamentação legal, consistindo em instrumentalização abusiva do acesso à justiça, para fins impróprios ou ilícitos.

A lide temerária, no entanto, não se presume, nem pode a condenação decorrente ser decretada pelo juiz na mesma ação. Tampouco basta a prova da temeridade, que pode ser resultado da inexperiência ou da simples culpa do advogado. Para responsabilizar o advogado é imprescindível a prova do dolo. Caracterizando-se a lide temerária, pode a parte prejudicada ingressar em juízo com ação própria de responsabilidade civil contra o advogado que, coligado com o cliente, causou-lhe danos materiais ou morais, ante a evidência do dolo. A competência para a ação própria de responsabilidade civil é da justiça comum, ainda que a lide temerária tenha outra origem, como a Justiça do Trabalho.

O dolo, entendido como intenção maliciosa de causar prejuízo a outrem, é espécie do gênero culpa, no campo da responsabilidade civil. Aproxima-se da culpa grave. O dolo é qualificado em caso de lide temerária. É gravíssima infração à ética profissional. Ao contrário da culpa, onde o dano terá de ser indenizado na dimensão exata do prejuízo causado pelo advogado, o dolo em lide temerária acarreta

um *plus* ao advogado, porque é obrigado solidário juntamente com o cliente, inclusive naquilo que apenas a este aproveitou indevidamente.

As regras deontológicas

A necessidade em se regulamentar a ética profissional, mediante códigos de conduta rigorosos, vem de longa data. Como toda atividade humana, a advocacia conheceu e conhece seus momentos de indignidade cometidos pelos maus profissionais. A lei Cíntia (de 204 a.C.), em Roma, puniu os advogados com impedimento para receber remuneração em virtude do procedimento reprovável de muitos práticos. Ordenanças dos reis espanhóis, em 1495, foram editadas para “evitar a malícia e tirania dos advogados que usam mal de seus ofícios”.

A Lei n. 8.906/1994 evitou a duplicidade de tratamento legal dos deveres éticos, remetendo-os inteiramente ao Código de Ética e Disciplina, editado pelo CFOAB. A duplicidade de tratamento dos deveres éticos, havida entre o anterior Estatuto da Advocacia e da OAB e o Código, foi a principal razão para o quase desconhecimento do antigo Código de Ética Profissional no seio dos advogados, com parca aplicação pela própria OAB.

As regras deontológicas do Código de Ética e Disciplina dizem respeito à retidão de conduta pessoal e profissional, às relações com o cliente, com o colega, com os agentes políticos, as autoridades, os servidores públicos

e os terceiros; ao sigilo profissional; à publicidade; aos honorários profissionais; ao dever de urbanidade; à advocacia *pro bono*; ao exercício de cargos e funções na OAB e na representação da classe. Outras matérias são pertinentes, notadamente quanto ao sigilo profissional, à independência, aos honorários, à divulgação de atividade de advocacia, à renúncia ao mandato judicial, à imunidade profissional, aos símbolos privativos, à idoneidade moral, à atividade de estagiário, ao domicílio profissional, às sociedades de advogados, ao advogado empregado.

Cada caso é um caso, na modulação razoável dos deveres de conduta profissional, como se pode depreender das seguintes decisões do CFOAB, aplicando o Código de Ética: a) Não fere a ética o advogado que, “depondo perante a Seccional, refere acusação feita por seu cliente a outro advogado, mormente quando este, por força do aludido fato, vem a ser réu em ação penal” (Proc. 1.252/93/SC); b) “Não deve o advogado aceitar procuração de quem já tenha advogado constituído, e tampouco procuração para revogação do mandato, sem anuência do anterior procurador ou sem a sua inequívoca notificação a este dos motivos apresentados como justos a tanto pelo constituinte” (Proc. 1.521/94/SC); c) Não fere o dever de urbanidade o advogado que, na defesa dos direitos de seu constituinte, “lança em petição palavras e expressões firmes que refletem o comportamento da parte contrária” (Proc. 1.461/94/SC); d) Fere o dever de urbanidade a cobrança efetuada pelo advogado em correspondência redigida com termos

intimidativos e ameaçadores (Proc. 1.523/94/SC).

As regras de deontologia devem estar internalizadas no cotidiano profissional dos advogados. Por essa razão, exige-se seu estudo na formação prática do estudante de direito, especialmente no estágio, e para o conteúdo do Exame de Ordem. Em última instância, ao profissional inspirado nos princípios éticos, especialmente os da probidade, da dignidade e do decoro, o Código de Ética resulta desnecessário; mas é grande sua importância na orientação da conduta a ser seguida.

De maneira geral, os códigos de deontologia profissional apelam à consciência dos profissionais para fazerem de seus enunciados as diretrizes voluntárias de suas condutas. Não é catálogo de más condutas. É orientação de boas condutas ou boas práticas profissionais. Tem natureza de autorregulamentação, confiada pelo legislador à prudência da categoria profissional. Assim é, por exemplo, o Código Internacional de Deontologia Forense da *International Bar Association*. O Código de Ética e Disciplina brasileiro não apenas cumpre esse papel tradicional como assume a natureza de autênticas normas jurídicas, cuja infração acarreta a aplicação da sanção disciplinar de censura (art. 36, II, da Lei n. 8.906/94).

É regra geral deontológica a vedação de oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, inculcação ou captação de clientela. Impõe-se ao advogado o emprego de linguagem escorreita e polida,

sendo-lhe vedado o uso de expressões intimidatórias que possam constranger e ameaçar o destinatário, especialmente em serviço de cobrança.

O Código tem funções abrangentes, porque, além de absorver o conjunto dos deveres éticos, cuida dos procedimentos disciplinares necessários para sua plena efetividade. As normas gerais sobre o processo disciplinar, em virtude de serem entendidas como de reserva legal, foram previstas no Estatuto. Os ritos e procedimentos, no entanto, foram destinados ao Código de Ética e Disciplina para permitir sua adaptação às mudanças que se façam necessárias.

Seu guardião é o Tribunal de Ética e Disciplina, instalado em todos os Conselhos Seccionais, com atribuições ampliadas. Cabiam-lhe, pelo anterior Estatuto, objetivos mais modestos de promoção da ética profissional e de órgão de consulta, nesta matéria, do Conselho Seccional. Na vigência da Lei n. 8.906/94 é órgão indispensável do Conselho, porque atribuído de competência para julgar todos os processos disciplinares contra os inscritos na OAB.

O Código de Ética e Disciplina alcança o advogado no foro, na rua, em seu escritório, enfim, em todos os espaços públicos onde seu comportamento possa repercutir no prestígio ou desprestígio da advocacia.

O Código de Ética e Disciplina também alcança a conduta do advogado como membro de órgão da OAB ou como representante da classe em órgãos colegiados, como

o CNJ e o CNMP. Considera-se utilização de influência indevida, vedada pelo Código, a atuação de diretores e conselheiros da OAB, de dirigentes da Caixa de Assistência e de membros do TED, perante órgãos da OAB, na defesa de partes interessadas em processos ou no oferecimento de pareceres em seu favor, exceto se for em causa própria.

Na aplicação do Código devem ser observados os limites estabelecidos pelas garantias constitucionais dos direitos da personalidade, especialmente a intimidade e a vida privada, para que não se converta em instrumento abusivo de conduta.

Os limites da publicidade da advocacia

O Código de Ética e Disciplina define os limites da publicidade, que deve primar pela discrição e sobriedade, com finalidade exclusivamente informativa, estando vedada a utilização de meios promocionais típicos de atividade mercantil.

É vedada a veiculação por rádio e televisão ou espaços públicos, podendo ser utilizados os demais meios de imprensa, como revistas, ou aqueles cujo acesso depende do próprio interessado, como ocorre com a Internet, inclusive mediante sítio eletrônico próprio, em qualquer hipótese observados os limites de conteúdo, que deve ser exclusivamente informativo. Na publicidade profissional, nos cartões e material de escritório podem estar contidos o nome do advogado ou o da sociedade de advogados, seu

número de inscrição, seus títulos acadêmicos regularmente obtidos em instituições de ensino superior (mestre, doutor, por exemplo), seus títulos honoríficos, suas especialidades desenvolvidas na área jurídica, sua condição de membro de entidades científicas e culturais, seus endereços profissionais e horários de expediente, seus números de telefone e demais meios de comunicação, como *e-mail*, página eletrônica, além dos idiomas em que o cliente pode ser atendido. Todavia é vedada a menção a cargos, empregos ou funções ocupados pelo advogado ou que tenha ocupado.

O Código avança no sentido de admitir a publicidade como direito do advogado, o que interessa especialmente aos mais novos. Porém a publicidade tem o escopo de ilustrar, educar e informar, não podendo ser usada para a autopromoção. A publicidade há de ser ostensiva, veraz e clara, não se admitindo a utilização de expedientes que configurem formas subliminares de *merchandising*, como a publicação de artigos jurídicos sem finalidade científica e com intuito não assumido de promoção profissional, ou a inserção de referências ao advogado ou a seu escritório em reportagens, notas sociais ou mensagens nos meios de comunicação.

A publicidade não pode adotar a ética empresarial. Nos Estados Unidos, o conflito é patente entre os mandamentos deontológicos da American Bar Association e a Suprema Corte, que, em decisão de 1977, entendeu que a publicidade dos profissionais está constitucionalmente protegida pela Primeira Emenda. Para os deontólogos

americanos a publicidade é vista como a manifestação de mercantilismo, estranha à quieta dignidade da profissão. Mas, para os advogados que promovem assistência judiciária (*legal-aid lawyers*), a publicidade é essencial para viabilizar economicamente suas atividades (Seron, 1993, p. 403).

No Brasil, assume contornos próprios mais adequados a uma profissão que deseja preservar-se em dignidade e respeito popular. O serviço profissional não é uma mercadoria que se ofereça à aquisição dos consumidores. No Brasil, a advocacia é serviço público, ainda quando exercido de modo privado, por força da Constituição e da Lei n. 8.906/94.

É vedado ao advogado utilizar-se dos meios comuns de publicidade empresarial e a regra de ouro é discrição e moderação, divulgando apenas as informações necessárias de sua identificação, podendo fazer referência a títulos acadêmicos conferidos por instituições universitárias, a associações culturais e científicas, aos ramos do direito em que atua, aos horários de atendimento e aos meios de comunicação. Estes são os dados que pode conter a publicidade, conforme enuncia o Código de Ética e Disciplina. O Código Internacional de Ética do Advogado, da *International Bar Association*, estabelece regra muito rigorosa a respeito (regra 8): “É contrário à dignidade do advogado recorrer a anúncio”. O anúncio não pode conter fotografias, ilustrações, cores, figuras ou desenhos incompatíveis com a sobriedade da advocacia. Proíbem-se igualmente

referências a valores de serviços, tabelas, formas de pagamentos e estrutura da sede profissional, ou o uso do brasão da República, ou do nome e símbolos da OAB.

A divulgação não pode ser feita em rádio, televisão ou em propaganda de rua, tais como cartazes ou *outdoors*. “Quando o advogado faz publicidade jornalística com o fito de captar e adquirir clientela, infringe o Art. 7º, do Código de Ética e Disciplina profissional, eis que o simples anúncio com tal finalidade já configura prática vedada, não sendo necessário efetivamente ter angariado clientes e interpostas ações em nome destes” (CFOAB, Ementa 008/2007/2ª T – SCA).

O anúncio do escritório ou da sociedade de advogados poderá ser veiculado em jornais, revistas, catálogos telefônicos, *folders* de eventos jurídicos ou outras publicações do gênero, bem como em sítios da internet, sendo vedado fazê-lo por meio de mensagens dirigidas a telefones celulares, publicidade na televisão ou no cinema, nem podendo ser a mensagem publicitária transmitida por outro veículo próprio da publicidade empresarial.

Formas indiretas, tais como programas de consulta em rádios e televisão, artigos pagos na imprensa, veiculação frequente de sua imagem e nome nos meios de comunicação social, *marketing* ou *merchandising* são atitudes que ferem a ética profissional. É proibida a publicidade sob forma de opinião sobre matérias jurídicas, salvo quando afirmada de modo geral ou em tese ou como trabalho

doutrinário, e em nenhuma hipótese quando esteja patrocinando interesse concreto a respeito. A participação do advogado na imprensa, para que não incida em sanção disciplinar, deve ater-se exclusivamente a objetivos instrutivos, educacionais e doutrinários, sem qualquer intuito de promoção pessoal.

A influência dos meios de comunicação social passou a ser uma tentação aos advogados que buscam promover-se profissionalmente sob a aparência de esclarecimentos e reportagens desinteressadas. O Código de Ética e Disciplina, ao lado dos códigos deontológicos de outros países, procurou encontrar o ponto de equilíbrio entre a participação episódica do advogado nos meios de comunicação em matérias de cunho jurídico, sem intuito promocional e visando ao interesse geral, e aquela habitual, em que se presume a promoção indevida, vedando a habitualidade de respostas a consultas, o debate sobre causas sob o patrocínio de outro colega, o comprometimento da dignidade da profissão, a divulgação da lista de clientes e de demandas, a insinuação para reportagens e declarações públicas sobre questões jurídicas, neste caso com intuito de captação de clientela, e o debate sensacionalista.

Como consequência, o advogado que se manifestar sobre determinado tema jurídico nos meios de comunicação fica impedido eticamente de patrocinar novas causas a ele relacionadas. Nas causas sob seu patrocínio deve limitar-se a se referir em tese a aspectos que não violem o sigilo profissional.

Questão controvertida é a que se refere à mala direta. Ou se admite ou se proíbe ou se limita. Depois de longos debates havidos no CFOAB, optou-se pela terceira alternativa, ou seja, a mala direta é admissível apenas para comunicar a clientes e colegas a instalação do escritório ou mudança de endereço. O Código de Ética e Disciplina de 2015 foi mais longe, ao admitir que a publicidade pela internet ou outros meios eletrônicos e pela telefonia pode ser utilizada para envio de mensagens, desde que para destinatários certos e que não impliquem oferecimento de serviços ou importem captação de clientela, direta ou indireta.

A Internet, a *web* e outros meios eletrônicos de comunicação favorecem violações das regras deontológicas sobre publicidade da advocacia, nas quais se enquadram as seguintes condutas: a) envio habitual de boletins informativos, que encobrem o intuito de divulgação do escritório ou sociedade de advogados; b) oferta de patrocínio ou assessoria jurídica em página da Internet; c) estampa de relações de clientes; d) utilização de *e-mail* ou página da Internet para envio de mensagem eletrônica voltada à captação de clientela; e) divulgação de páginas da Internet com artigos jurídicos e opiniões virtuais, com intuito de captação de clientela, salvo em revistas jurídicas eletrônicas; f) prestação de consultas a clientes eventuais, mediante pagamento, inclusive com cartão de crédito.

Referências bibliográficas:

ALMEIDA, P. Moitinho de. *Responsabilidade civil dos advogados*. Coimbra: Coimbra Ed., 1985.

AVRIL, Yves. *La responsabilité de l'avocat*. Paris: Dalloz, 1981.

BARBOSA, Rui. *Antologia de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d.

_____. *O dever do advogado*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1994.

CHEATHAM, E. E., *Problemas do advogado nos Estados Unidos*. Trad. José Carlos Teixeira Rocha. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

COUTURE, Eduardo J. *Mandamientos del abogado*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

HAMELIN, Jacques & DAMIEN, André. *Nouvel abregé des regles de la profession d'avocat*. Paris: Dalloz, 1975.

LANGARO, Luiz Lima. *Curso de deontologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1992.

LÓPEZ, Manuel Santaella. *Ética de las profesiones jurídicas*. Madrid: Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1995.

SERON, Carroll. New strategies for getting clients: urban and suburban lawyers' views. *Law & Society*, 27:399-418, 1993.

TELLES Junior, Goffredo. *Ética*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA RECURSAL

Cássio Lisandro Telles

O autor é advogado inscrito na OABPR sob n. 15.225, Conselheiro Federal da OAB, pelo estado do Paraná, vice presidente da comissão nacional de prerrogativas, vice presidente da OAB-PR no período 2013/2015, bacharel em Direito pela Unicuritiba, em 1987, bacharel em ciências econômicas pela UFPR em 1986, pós graduado em processo civil pela UFPR.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a novidade instituída no parágrafo 11, do artigo 85, do CPC, que são os honorários de sucumbência recursal. O dispositivo menciona que referidos honorários servirão para remunerar o trabalho adicional do advogado, falando em majoração. Há situações peculiares, que demandam uma interpretação mais aprofundada do instituto, como nos casos em que o recorrente é o vencedor, que não foi condenado em 1º. Grau, por ter decaído de parte mínima, mas oferta re-

curso em busca do aumento da condenação, o caso do recurso que não recebe contrarrazões e os casos de reforma total e parcial da sentença.

Palavras-chave: Honorários recursais – Sucumbência recursal – Novo Código de Processo Civil.

Introdução

O advento do novo CPC trouxe nova disciplina aos honorários advocatícios de sucumbência, definindo com mais clareza as hipóteses de incidência e os critérios para seu arbitramento.

Lutas históricas da advocacia, como a fixação em percentual mínimo de 10%, o fim da compensação, o reconhecimento do caráter alimentar equiparado aos rendimentos salariais e a preferência no recebimento em concurso de credores, são novidades previstas na nova legislação, que conferem maior dignidade à profissão.

Por outro lado, a essência da fixação dos honorários de sucumbência não sofreu alterações, porquanto permanecem os princípios da causalidade e o da proporcionalidade.

Assim, de acordo com o princípio da causalidade, aquele que deu causa ao ajuizamento da ação e foi derrotado na sentença, deverá arcar com os honorários do patrono

da parte contrária, sendo que na hipótese de vitória apenas parcial, os honorários serão fixados de forma proporcional.

Interessante inovação veio prevista no parágrafo 11, do artigo 85, que passou a prever os honorários de sucumbência recursal.

Efetivamente, trata-se de novidade na legislação brasileira, porquanto até a edição do novo CPC os honorários da fase de conhecimento eram fixados uma única vez, não ficando sujeitos à majoração, caso a demanda tramitasse em outros graus recursais.

No entanto, a redação do parágrafo 11, do art. 85, não é capaz de exaurir, a partir de uma simples leitura e interpretação gramatical, todas as questões advindas do novo instituto, havendo algumas dúvidas quanto ao alcance de sua aplicação.

Nesse estudo, além de analisarmos o novo instituto, procuraremos incitar o leitor a algumas reflexões sobre o cabimento e alcance dos honorários sucumbenciais recursais, no intuito de provocar um debate inicial a respeito desses aspectos que a simples leitura do texto legal não é capaz de dar resposta direta e objetiva.

Honorários de sucumbência – justificativas e fundamentos

A doutrina assinala diversos fundamentos para a existência dos honorários sucumbenciais, havendo con-

senso no sentido de que aquele que propõe uma demanda, ou que responde por ela, e vem a ser derrotado, deve pagar os custos do processo, aí incluídos os honorários advocatícios. Para alguns isso é um ônus processual, para outros uma sanção. O fundamental é que há consenso de que aquele que é derrotado na lide, deve pagar honorários ao advogado da parte contrária, pertencendo ao advogado tais honorários, salvo ajuste em contrário com seu cliente.

Bruno Vasconcelos Carilho Lopes considera que os honorários de sucumbência se constituem em sanção “sui generis”, sem caráter punitivo, assinalando: “*Considerar a condenação em honorários como o resultado da imposição de uma sanção não significa conferir a essa condenação natureza punitiva. São sanções todas as medidas inseridas no ordenamento jurídico com o objetivo de reforçar a observância de suas normas, “attraverso il meccanismo della risposta o della reazione che lo stesso sistema normativo istituisce a favore dell’osservante e a sfavore dell’inosservante” Bobbio, “Sanzione”, n. 12, p. 537. (...) É o caso dos honorários advocatícios, pois a sanção prevista no art. 20 do Código de Processo Civil tem cunho indenizatório, com o pagamento de quantia para remunerar o trabalho do advogado da parte adversa àquela que deu causa ao processo*”.⁵⁰

50 Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho Honorários advocatícios no processo civil / Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. — São Paulo : Saraiva, 2008, pág. 19)

Portanto, para esse autor, a imposição da verba honorária ao perdedor da causa é uma sanção de cunho indenizatório, que objetiva remunerar o trabalho do advogado do vencedor. Aquele que deu causa ao ajuizamento da ação deve responder por essa sanção, que não tem caráter punitivo.

Alexandre Freitas Câmara também conclui que a responsabilidade pelos honorários sucumbenciais deve ser atribuída àquele que deu causa ao processo: *“A rigor, porém, a regra aplicável é a da causalidade, de que a sucumbência é, tão somente, o retrato daquilo que costumadamente acontece (id quod plerumque accidit). É que, na verdade, a obrigação de arcar com o custo econômico do processo, pagando as despesas processuais e os honorários advocatícios, deve recair sobre aquele que deu causa ao processo (e que, na maioria das vezes – mas nem sempre – sai vencido)”*.⁵¹

Para Vicente Grego Filho, *“os honorários de advogado têm natureza indenizatória e são aditados à condenação ou, não havendo condenação, constituem condenação própria e autônoma”*.⁵²

51 Câmara, Alexandre Freitas O novo processo civil brasileiro / Alexandre Freitas Câmara. – São Paulo: Atlas, 2015, p.68.

52 Grecco Filho, Vicente, Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 2003, 17ª. ed., pág. 111.

Honorários recursais – a nova disciplina

Os honorários recursais aplicar-se-ão sempre que houver recurso contra a decisão na qual foram fixados originariamente, podendo ser elevados até o limite de 20%.

O texto legal diz que os honorários fixados anteriormente serão majorados pelo Tribunal, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, sendo vedado no cômputo geral dos honorários devidos ao vencedor ultrapassar o percentual de 20%.

Assim, pela redação do texto legal, conclui-se que os honorários recursais são ligados diretamente ao trabalho adicional que o advogado precisa realizar, quando há recurso e necessita atuar de maneira complementar aos trabalhos realizados na instância anterior. Algo como ocorre nos honorários contratuais, onde o advogado estipula junto ao seu cliente honorários advocatícios para o 1º. Grau, para o recurso ao Tribunal de 2º. Grau, e honorários para os recursos ao Tribunais Superiores. Inegavelmente, a cada instância que o processo passa, exige-se do advogado maior trabalho e, portanto, é justo que seja remunerado adicionalmente.

É o que se reconhece agora, no novo CPC, com os honorários de sucumbência recursal, ou seja, os honorários, no processo de conhecimento não serão fixados uma única vez. Havendo recurso, poderá ocorrer majoração, até que a soma de todas as fixações atinja 20%.

Do ponto de vista prático, quer parecer que os magistrados dificilmente fixarão honorários de 20% já no primeiro grau. Ora, sendo esse o limite máximo que os honorários sucumbenciais poderiam atingir, é razoável pensar que não serão fixados os honorários máximos quando a causa tramitou apenas em 1º. Grau. Então essa é uma primeira consequência, que acreditamos que a nova disciplina trará, os juízes tenderão a não fixar mais honorários máximos no 1º. Grau.

No entanto, essa novidade processual consistente em aumento dos honorários a cada instância também não deverá levar o magistrado de 1º. Grau a fixar os honorários sempre em 10% , patamar mínimo previsto no novo CPC. Esse patamar mínimo deve ser reservado às causas mais simples, de maneira que o magistrado de 1º. Grau deverá continuar examinando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, para fixar o percentual de honorários de 1º. Grau, partindo do patamar mínimo de 10%, para causas de menor complexidade.

A majoração dos honorários, por outro lado, será feita na instância seguinte, levando em conta trabalho adicional realizado pelo advogado. Portanto, o Tribunal também irá analisar o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Uma nova valoração será realizada no Tribunal,

acrescendo-se ao percentual fixado em 1º. Grau, um novo percentual remuneratório do serviço em 2º. Grau e nos graus superiores.

Esta parece ser a justificativa principal que levou o legislador a criar os honorários recursais, remunerar o trabalho adicional do advogado perante os Tribunais, nos recursos.

A partir dessa constatação, deve ser repelida a tese de que os honorários sucumbenciais teriam sua justificativa na penalização contra o recorrente, por ter lançado mão do duplo grau de jurisdição e não ter saído vitorioso, gerando atraso na efetivação da tutela jurisdicional. Assim, os honorários de sucumbência recursal não podem ser compreendidos como uma pena contra quem recorre e perde, eles são, na verdade, uma remuneração devida ao vencedor, por conta do princípio da sucumbência e devido ao trabalho adicional que lhe foi exigido.

Mas ainda que não tenham esses honorários recursais o caráter de punição contra quem recorre sem ter razão, é inegável que eles funcionarão no sentido de exigir uma maior reflexão sobre a viabilidade ou não do recurso, posto que, em caso de improvimento, poderá advir maiores custos ao cliente.

Em interessante artigo publicado na Revista de Informação Legislativa do Senado, sobre a sucumbência recursal, Márcia Carla Ribeiro e Diego Caetano da Silva Campos, anotam os custos que os recursos protelatórios

trazem para a Poder Judiciário e os prejuízos para a própria sociedade, destacando que a sucumbência recursal terá a finalidade de desencorajar os recursos infundados, na medida em que significará um acréscimo nos custos da demanda para a parte perdedora:

“Essa estratégia dominante de interposição de recursos (recorrer em todas as hipóteses de inconformismo) produz reflexos diretos sobre a atuação do Poder Judiciário. Induz ao aumento do número de recursos a serem julgados pelos tribunais de segunda instância e pelos tribunais superiores, o que implica maior morosidade, necessidade de elevação dos gastos com a máquina judiciária (estrutura e pessoal) e tendência de decréscimo da qualidade das decisões, em face da redução do tempo disponível para reflexão sobre os temas. Tais reflexos afastam atributos importantes para a economia, especialmente no que diz respeito à solução dos conflitos de maneira célere e ágil. E diante da insatisfatória prestação jurisdicional, o efeito econômico reflexo é a redução dos investimentos na esfera econômica, na medida em que, sendo o Poder Judiciário o órgão do Estado encarregado de conferir estabilidade ao ordenamento jurídico, se sua resposta às violações não são apresentadas com rapidez e celeridade, gera-se um elemento de instabilidade e insegurança institucional, aumento dos riscos, dos custos de transação e, conseqüentemente, diminuição potencial dos investimentos. Conforme ensinam Cooter e Ulen (2010, p. 95-98), se o ambiente institucional – com destaque para o Poder Judiciário –

não traz a pronta resposta às transgressões, a tendência é que os recursos que poderiam ser investidos na atividade produtiva sejam realocados para suprir a ineficiência das instituições, pois os custos para garantir a proteção dos direitos (de propriedade, contratual etc.) aumentam nessas condições.

(...)

A ideia é que o sistema jurídico processual induza a uma maior prudência da parte no manejo de seus recursos, mediante o aumento das despesas atreladas ao fracasso em sede recursal. Assim, valendo-se do sistema normativo, o Direito pode criar uma estrutura de incentivo que provoque na parte vencida (e em seu advogado), a necessidade de uma análise de risco após a prolação de uma sentença desfavorável, na qual se avaliem probabilidades de êxito em sede de recurso, para verificar se elas são compatíveis com o risco de aumento do montante a ser pago à parte recorrente.”⁵³

Essa conotação dos honorários recursais como desencorajador de recursos protelatórios, foi anotada no relatório do Deputado Paulo Teixeira, quando mencionou a fala do Min. Fux, na conferência de debates do anteprojeto do novo CPC, realizada no Rio de Janeiro, em novembro de 2011, com as seguintes considerações: “Exprime admiração quanto à instituição de honorários de sucum-

⁵³ Sucumbência recursal no Novo CPC Uma análise econômica, Marcia Carla Pereira Ribeiro, Diego Caetano da Silva Campos, Revista de Informação Legislativa, Ano 50 Número 199 jul./set. 2013 – pág. 50/51

bência na fase recursal, porquanto tal característica será um meio dissuasório de possíveis aventuras jurídicas que impedem a célere prestação jurisdicional;”⁵⁴

E o próprio Deputado Paulo Teixeira, em seu voto sobre o projeto de lei, na condição de relator geral na Câmara dos Deputados, destacou essa conotação dos honorários recursais, assinalando: “Quanto ao § 11, o direito ao recurso é aspecto do direito fundamental ao contraditório. É razoável se criar a sucumbência recursal, como forma de se evitar recursos abusivos.”⁵⁵

Mas ao lado dessa observação de que os honorários recursais objetivam desestimular recursos abusivos, o Deputado Paulo Teixeira também lembrou que eles guardam relação com o trabalho adicional realizado pelo advogado: “Além disso, no mérito, a instituição de honorários recursais é louvável porque se em função de recurso (ou recursos) do vencido o advogado do vencedor tem trabalho adicional no tribunal, nada mais justo do que prever a remuneração suplementar para a hipótese de novo insucesso por parte do vencido. O objetivo da regra é, essencialmente, remunerar o advogado pelo trabalho

54 <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>, pág. 163

55 <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>, pág. 209

adicional.”⁵⁶(pág. 361)

Portanto, uma boa forma de compreender a natureza dos honorários de sucumbência recursal é conjugar essas duas finalidades: eles servem para remunerar o trabalho adicional do advogado do vencedor e também para desestimular recursos protelatórios (embora sua fixação não seja prevista apenas para os recursos protelatórios). Essa parece ter sido a vontade do legislador ao criar essa nova figura jurídica no CPC.

É muito importante definir essa natureza dos honorários de sucumbência recursal, porque a partir daí será possível equacionar algumas questões intrigantes sobre as hipóteses de incidência.

Inegavelmente, a possibilidade de serem arbitrados novos honorários por conta do julgamento do recurso, fará com que a parte reflita sobre a conveniência de recorrer, posto que isso poderá significar um aumento na sua condenação.

E aí o papel do advogado no sentido de orientar seu cliente sobre os riscos do recurso e suas consequências será vital, sendo dever do profissional prestar esses esclarecimentos a seu cliente, mesmo que ele não peça, sob pena de vir a responder pela majoração, por falta de observação do dever de informar, previsto no Código de Ética da Advoca-

⁵⁶ <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>, pág. 361

cia. Interessante será até mesmo obter do cliente um consentimento expresso para a interposição do recurso, com afirmação de ter sido orientado sobre os riscos do improviamento do recurso, especialmente quanto à possibilidade de majoração dos honorários.

Estabelecidas essas premissas, sobre os honorários recursais, algumas questões peculiares devem ser analisadas.

Honorários devidos ao vencedor da causa ou do recurso

Esse é o primeiro interessante questionamento: os honorários de sucumbência recursal serão devidos ao vencedor da causa, ou ao vencedor do recurso.

A distinção tem razão de ser, pois imagine-se a situação daquele que venceu em primeiro grau, mas considera que a condenação imposta ao adversário deveria ser maior. Pense-se numa ação de danos morais, na qual o vencedor considera que tais danos foram fixados abaixo do que era justo.

O vencedor da ação, nessa hipótese, a princípio, terá arbitrada em seu favor a verba sucumbencial em 1º grau, nada cabendo ao advogado do vencido. Mas se houver recurso do vencedor e o Tribunal negar provimento, haveria aí uma hipótese de sucumbência recursal capaz de impor ao recorrente o dever de pagar honorários ao patrono da parte contrária, mesmo tendo sido vencedor na demanda?

A indagação serve também para aqueles casos em que o recorrente vence em primeiro grau a maior parte dos seus pedidos, e nada é fixado em favor do advogado do requerido a título de honorários sucumbenciais, porque o juiz considera que o autor decaiu de parte mínima de seu pedido (parágrafo único do artigo 86). Se o autor recorrer dessa parte mínima, na qual foi derrotado em 1º. Grau, e não obtiver êxito no recurso, o patrono do requerido deverá receber honorários de sucumbência recursal?

Observe-se que a redação do parágrafo 11, do artigo 85, diz que os honorários serão **majorados** em relação àquilo que foi fixado anteriormente. Assim, por uma interpretação literal a conclusão que se chega é que se o vencedor da ação, não foi condenado a pagar honorários em primeiro grau, caso venha a recorrer e não obtenha sucesso, não poderá ser condenado a pagar honorários recursais. Uma interpretação gramatical, poderia conduzir a essa conclusão, se não houve fixação de honorários em 1º. Grau, não há que se falar em majoração.

Mas o que intriga nessas situações é o fato de que o advogado da parte contrária terá trabalhado mais do que trabalhou em 1º. Grau. Se os honorários de sucumbência recursal foram concebidos para remunerar o serviço profissional do advogado que tem que laborar em 2º. Grau, então parece justo que mesmo o advogado da parte vencida, que não recorre, teria direito a perceber honorários de sucumbência recursal, caso o recurso interposto pelo autor não obtenha sucesso.

Haveria, assim, uma sucumbência pelo julgamento da causa em 1º. Grau e uma sucumbência pelo julgamento do recurso.

Todavia, analisando a questão pelo enfoque tradicional da sucumbência, que atribui ao derrotado o dever de pagar as despesas processuais e os honorários advocatícios, porque deu causa ao ajuizamento da ação, fica difícil justificar que aquele que vai a Juízo, por conta de uma pretensão resistida, e que vence a causa, tenha que pagar honorários à parte contrária, mesmo tendo direito na sua pretensão de direito material.

Quer nos parecer, assim, que a redação do parágrafo 11, do artigo 85, quando disse que os honorários serão “majorados” em relação àqueles fixados na instância anterior, está limitando a possibilidade de aumento apenas em favor do advogado do vencedor da causa. Portanto, quando o vencedor da causa recorrer, por qualquer motivo, ainda que seu recurso seja improvido, não poderá o Tribunal estipular honorários em favor do vencedor do recurso. O legislador não criou essa figura de honorários para o vencedor do recurso. Os honorários continuam sendo de sucumbência, devidos ao vencedor da causa, conforme estabelece o caput do artigo 85. Para haver sucumbência recursal, há necessidade de ter sido definida, no grau anterior, sucumbência na causa contra aquele que recorre. Se não houve condenação em honorários no primeiro grau, contra o recorrente, seja porque sua sucumbência foi mínima, seja porque seus pedidos foram atendidos, não há porque fixar

honorários de sucumbência recursal, lembrando que o dispositivo legal fala em majoração, o que pressupõe fixação de honorários na instância anterior.

Reforma da sentença - a inversão da sucumbência

Pensemos agora na situação do provimento total do recurso, onde a consequência inicial será a inversão dos honorários de sucumbência, fixados em 1º. Grau.

Poderá o Tribunal além de inverter os ônus sucumbenciais, ainda majorar os honorários do vencedor?

Se olharmos a questão pela remuneração do trabalho do advogado em 2º. Grau, a resposta será afirmativa, pois, inegavelmente, o profissional teve que ingressar com o recurso, laborou mais, em razão da derrota sofrida pelo cliente, em 1º. Grau, e por isso, seria justo que fosse remunerado. Ora, se o novo CPC teve em mente estabelecer honorários advocatícios graduais, é evidente que não tendo sido atingido o patamar máximo de 20% no grau inferior de jurisdição, caberia a elevação, por conta do trabalho adicional exigido do advogado do vencedor.

No entanto, uma outra posição poderá ser defendida: se olharmos os honorários recursais sob a ótica do desencorajamento à interposição dos recursos infundados, facilmente chegaremos à conclusão de que o vencido no recurso, no caso de reforma total da sentença de 1º. Grau, não poderia sofrer a imposição de honorários de sucumbência recursal, porquanto não foi o responsável pela remessa da

análise da causa ao grau superior. O recorrido estava satisfeito com a sentença, dela não recorreu. A ida dos autos ao Tribunal foi provocada pela parte contrária, que perdeu a demanda. Logo, poderia se pensar que o vencedor em 1º. Grau, não tendo dado causa a esse novo trabalho realizado pelo advogado do vencido, não poderia ser responsabilizado. De fato, se pensássemos que a sucumbência recursal tem por justificativa a penalização daquele que avia recurso infundado, forçoso seria concluir que apenas aquele que recorre e é derrotado, poderia sofrer a imposição de novos honorários.

Essa disciplina, por exemplo, vem sendo adotada nos Juizados Especiais (art. 55, da lei 9.099/95), onde apenas aquele que recorre e não obtém sucesso é que recebe a imposição do ônus de pagar honorários à parte contrária. Se recorre, obtém provimento, mas foi vencido em 1º. Grau, não há imposição de honorários contra a parte contrária, que não recorreu.

Note-se como é importante definir a exata justificativa dos honorários recursais: são eles devidos apenas em razão do novo trabalho realizado pelo advogado na instância recursal, ou se justificam pelo acesso à instância superior sem obter sucesso? Se adotarmos a primeira justificativa, obviamente sempre que houver recurso e este for provido, caberá a majoração dos honorários fixados no grau inferior. Porém, se optarmos pela segunda justificativa, a conclusão será de que somente pagará honorários recursais aquele que recorrer e não obtiver sucesso.

Neste caso, quando do recurso formulado pela parte vencida, sem que a parte vencedora tenha provocado a reanálise pela instância recursal, havendo o provimento, ocorreria simples inversão do ônus da sucumbência, sem majoração dos honorários.

Poderia se dizer que o acórdão substitui a sentença, e assim a inversão dos ônus de sucumbência fixados em 1º. Grau, já seria suficiente.

A nós, porém, quer parecer que há algo mais a ser considerado. A reforma da sentença de mérito, dando ganho de causa ao recorrente, implica sim, na automática inversão dos ônus de sucumbência. Mas, com essa nova decisão, quem passa a ter o dever de arcar com os custos do processo é aquele que havia vencido a demanda em 1º. Grau. Assim, se há um novo trabalho, agora realizado em grau recursal, e se há, na lei, honorários previstos para esse novo trabalho, pouco importa que o recurso não tenha sido apresentado pelo vencedor em 1º. Grau. Ele terá que arcar com os custos desse novo trabalho. Essa análise sobre quem deu causa à sucumbência não deve ser feita sob a ótica exclusiva do recurso (quem recorreu), mas sim do ponto de vista do processo como um todo (quem deu causa ao ajuizamento da ação). Sob esse prisma, ainda que o recorrente seja a parte vencida no grau inferior, a conclusão será, caso seu recurso seja provido, que a parte contrária não tinha razão em sua demanda, isto é, não deveria ter desencadeado a movimentação do serviço judiciário, em busca da tutela pretendida, ou deveria ter observado o ordenamento legal

e evitado o ajuizamento da demanda. E nessa situação, se a demanda teve que chegar a um grau superior de jurisdição, para que isso fosse reconhecida, evidentemente aquele que deu causa à demanda, e que não teve seu direito reconhecido, deverá remunerar os honorários do advogado da outra parte, inclusive o trabalho adicional necessário para modificar entendimento equivocado de grau inferior de jurisdição.

Nesse sentido o Enunciado 243 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “No caso de provimento do recurso de apelação, o tribunal redistribuirá os honorários fixados em primeiro grau e arbitrará os honorários de sucumbência recursal”.

Portanto, mesmo no caso de recurso provido, além da inversão dos honorários de sucumbência, fixados no grau inferior, o Tribunal deverá majorar tais honorários, remunerando o trabalho adicional do advogado da parte que foi vencedora na demanda. O juiz, quando fixou os honorários em 1º. Grau, levou em conta tão somente o trabalho que os advogados realizaram até aquele momento. Quando o processo foi elevado ao grau superior, novo trabalho foi exigido dos advogados, logo, em qualquer caso, ainda que se trate de reforma total da decisão recorrida, o Tribunal deve, além de inverter os ônus da sucumbência de 1º. Grau, também fixar novos honorários.

O provimento parcial do recurso

Outra situação que merece reflexão é a do provimento parcial do recurso: imaginemos que o recorrente foi vencido em diversos pontos do pedido, apresentando recurso contra todos.

Em grau de recurso, obtém sucesso em um ou alguns dos pontos dos quais recorreu, e o improvimento em outros.

Em obtendo sucesso em parte do recurso, com a modificação da decisão recorrida, a primeira consequência, será a revisão dos honorários de sucumbência fixados no grau inferior. O Tribunal terá que fazer uma redistribuição dos honorários sucumbenciais fixados na decisão recorrida, caso o provimento do recurso represente mudança significativa no resultado da causa, utilizando o critério da proporcionalidade (art. 86). Evidentemente, se mesmo com o provimento parcial, a parte vencedora tenha decaído de parte mínima de seu pedido, poderá vir a ser aplicada a regra do parágrafo único do artigo 86.

Mas a questão que agora se coloca, para além da modificação dos honorários fixados no Juízo inferior é como agirá o Tribunal diante do provimento apenas parcial do recurso. A parte recorreu de vários pontos, mas venceu apenas um, ou alguns, sucumbindo nos demais.

Quer parecer que será o caso de fixar sucumbências recursais recíprocas, guardada a proporcionalidade na vitória e derrota de cada um.

Seguindo a mesma linha de raciocínio do tópico anterior, o sucesso parcial do recurso deverá implicar em distribuição proporcional dos ônus de sucumbência do grau anterior, e fixação de novos honorários pelo recurso, seguindo a mesma proporcionalidade. Assim, o recorrente, vitorioso em parte de seu recurso, fará jus aos honorários recursais sobre essa parte, em acréscimo aos honorários da instância inferior, mas também terá que pagar honorários sobre a parte da qual decaiu, em adição àqueles fixados no grau anterior de jurisdição.

Honorários recursais – improvemento do recurso - parte que não apresenta contrarrazões

Se a parte não apresenta contrarrazões, poderá a instância superior impor novos ônus sucumbenciais ao recorrente derrotado?

Essa é outra questão que exige o enfrentamento dos fundamentos da sucumbência recursal: é ela uma penalização contra aquele que recorre de forma abusiva, e que deveria ter avaliado todos os riscos desse recurso, ficando por isso responsável por novos honorários na instância recursal, ou tem por fundamento a necessidade de remunerar o advogado do vencedor, pelo trabalho adicional que teve que desempenhar em grau recursal?

Se a opção for pela segunda justificativa, fácil será concluir que não cabe a majoração dos honorários do 1º. Grau, ou grau imediatamente anterior, quando a par-

te vencedora no recurso, não apresentar contrarrazões. Evidentemente se o advogado não ofertou contrarrazões, não fez trabalho algum no recurso e por isso nada haveria para ser remunerado.

Mas se enxergarmos a sucumbência recursal pela ótica do desencorajamento dos recursos protelatórios ou infundados, ou seja, também como uma norma de política judiciária que objetiva dar efetividade às decisões recorridas, atuando como espécie de sanção a quem recorre e não tem êxito, então, mesmo sem contrarrazões, mesmo sem atuação em 2º. Grau, o advogado da parte vencedora no recurso terá direito a novos honorários sucumbenciais.

A solução, em nosso modo de pensar, está em não deixar de lado a análise do elemento objetivo constante do parágrafo 11, do artigo 85, do NCPC, ao estabelecer a regra de que o juiz, para majorar os honorários, levará em conta “*o trabalho adicional realizado em grau recursal*”. Ora, se não houve contrarrazões e nenhum outro trabalho realizado pelo advogado do recorrido, evidentemente não se justifica o aumento dos honorários.

Quer parecer, neste caso, que as duas fundamentações para os honorários recursais devem andar juntas: é necessário que haja um trabalho adicional do advogado que receberá honorários recursais e que também seja analisada a causalidade na fixação dessa sucumbência.

- Recursos na fase de cumprimento de sentença

Na fase de cumprimento de sentença, diz o parágrafo primeiro do artigo 523, do NCPC que, transcorrido o prazo para o pagamento voluntário, o débito será acrescido, além da multa de 10%, também de honorários advocatícios de 10%.

O NCPC adotou também para essa fase o critério de nova remuneração ao advogado da parte vencedora, que terá que praticar novos atos em busca da efetividade da decisão favorável a seu cliente. Da mesma forma, pode-se enxergar nessa nova fixação de honorários um critério de política judiciária, a fim de estimular o vencido a adimplir voluntariamente a obrigação imposta pela sentença.

Pela redação do parágrafo 1º., do artigo 523, é inquestionável que os honorários serão de 10%, nem mais, nem menos.

Mas uma questão também inquietante é a de se saber se em caso de recurso, durante o cumprimento de sentença contra a decisão que rejeita a impugnação, se aplica a possibilidade de majoração prevista no parágrafo 11, do artigo 85.

Note-se que a redação daquele dispositivo não excluiu a fase do cumprimento de sentença. A orientação geral constante do texto legal é a de que *“o tribunal, ao julgar o recurso, majorará os honorários fixados anteriormente, levando em conta o trabalho o trabalho adicional*

realizado em grau recursal.”

Ainda que ao final do parágrafo tenha constado a vedação de se ultrapassar os limites previstos nos parágrafos 2º. e 3º. para a fase de conhecimento, quer parecer que isso não vem a significar que a majoração será possível tão somente em referida fase.

Exatamente pela ótica do legislador no sentido de que a majoração dos honorários, além de remunerar o trabalho do profissional em grau recursal, também tem por objetivo reduzir o número de recursos, desencorajando aqueles que são meramente protelatórios, se justificaria a majoração para a fase de cumprimento de sentença.

Note-se, o advogado do vencedor trabalhará mais, em razão do recurso apresentado, e também, de alguma forma, esse recurso poderá impedir a efetividade da decisão alvo do pedido de cumprimento. Por conseguinte, seguindo a mesma linha geral de possibilidade de majoração dos honorários em caso de recurso, pensamos que seja possível também na fase de cumprimento de sentença, notadamente quando haja recurso do vencido contra decisão que julga a impugnação ao cumprimento de sentença, a majoração dos honorários previsto no par. primeiro do artigo 523, limitada a 20%.

Conclusão

A regra da sucumbência recursal é bem vinda. Sua incidência se justifica quer pelo trabalho adicional exigido do

advogado que precisa atuar em cada nova instância, quer como fator de desencorajamento de recursos protelatórios.

No entanto, a incidência dos honorários de sucumbência recursal não pode ser vista como uma penalidade contra quem exerce o direito ao duplo grau de jurisdição. Por isso, ainda deve se ter em conta, na fixação dos honorários recursais o princípio da causalidade, visto sob o enfoque total da causa, e não apenas do recurso. Indispensável, também, será que o advogado, para fazer jus aos honorários recursais, tenha, efetivamente trabalhado no recurso.

A simples leitura do parágrafo 11, do artigo 85, do NCPC não conduz a uma interpretação capaz de resolver todas as situações, mas é fundamental observar as expressões “*majorará os honorários fixados anteriormente*” e “*levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal*”. Ambas levam à conclusão de que será preciso uma fixação anterior de honorários (ainda que contrária ao recorrente vencedor) e que o advogado terá que ter trabalhado para fazer jus aos honorários adicionais.

Por fim, cabe ressaltar que o fato de os honorários, segundo previsão do artigo 85, situarem-se entre o percentual mínimo de 10 e máximo de 20%, não significa que em primeiro grau o juiz sempre deverá adotar o piso mínimo e reservar a elevação a partir de 10 até 20% para as instâncias superiores. O magistrado deverá continuar utilizando-se da regra dos incisos do par. 2º, do art. 85, avaliando o grau de

zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, utilizando amplamente o intervalo entre 10 e 20% para arbitrar os honorários de sucumbência.

Referências

Lopes, Bruno Vasconcelos Carrilho Honorários advocatícios no processo civil / Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes. — São Paulo : Saraiva, 2008, pág. 19.

Câmara, Alexandre Freitas O novo processo civil brasileiro / Alexandre Freitas Câmara. – São Paulo: Atlas, 2015, p.68.

Grecco Filho, Vicente, Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 2003, 17^a. ed., pág. 111.

Ribeiro, Marcia Carla Pereira e Diego Caetano da Silva Campos, Sucumbência Recursal no Novo CPC - uma análise econômica, Revista de Informação Legislativa, Ano 50 Número 199 jul./set. 2013 – pág. 50/51.

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>, pág. 163

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>, pág. 209

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>, pág. 361

SISTEMA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

Betina Treiger Grupenmacher

Advogada. Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, onde é professora de Direito Tributário.

1. Sistema constitucional tributário

Buscando alcançar a racionalidade ínsita às entidades lógicas, é necessário distinguir os termos “ordenamento”, “direito positivo” e “sistema”. Segundo leciona Paulo de Barros Carvalho, “Sistema é o discurso da Ciência do Direito, mas sistema também é o domínio finito, mas indeterminável do direito posto”,⁵⁷ adverte ainda que “as normas jurídicas formam um sistema na medida em que se relacionam de várias maneiras, segundo um princípio unificador. Trata-se do direito posto, que aparece no mundo integrado numa camada de linguagem prescritiva”.⁵⁸

57 CARVALHO, P. de B. *Direito Tributário Linguagem e Método*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008. p. 213.

58 Idem.

Sistema jurídico, segundo ensina o autor, pode referir tanto o sistema da Ciência do Direito como o do direito positivo, embora em ambos sua natureza seja bastante distinta. “São dois corpos de linguagem, dois discursos linguísticos, cada qual portador de um tipo de organização lógica e de funções semânticas e pragmáticas diversas”.⁵⁹

As disposições que integram o sistema jurídico estão distribuídas de forma hierarquizada e homogênea e a Constituição Federal ocupa o ápice desta pirâmide. Acima da Constituição Federal e atuando como seu fundamento de validade, está a Norma Hipotética Fundamental, assim designada pelo mestre da escola de Viena,⁶⁰ o que nos permite concluir que, no Sistema Constitucional Brasileiro, há hierarquia entre os instrumentos introdutórios de normas jurídicas, o que não ocorre, destarte, em relação às pessoas políticas de direito público em um estado federativo, como é o brasileiro.

O princípio federativo se encontra preconizado no artigo 1º da Constituição Federal, o qual destaca ser o Brasil uma República Federativa, formada pela união indissolúvel de Estados, Municípios e do Distrito Federal.

59 CARVALHO, P. de B. *Curso de Direito Tributário*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33

60 KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. MACHADO, J. B. (Trad.). 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 387.

Conforme leciona Roque Antônio Carrazza, “(...) cada Federação tem uma fisionomia própria: a que lhe imprime o ordenamento jurídico local”.⁶¹

Verifica-se, a partir da interpretação do artigo 1º da Constituição Federal e dos demais que organizam o Estado, que a forma federativa é resultante da descentralização político-administrativa das funções estatais.

Tais premissas nos permitem afirmar que, em face da isonomia inerente às pessoas políticas de direito público, quais sejam União, Estados-Membro, Municípios e Distrito Federal, própria dos estados federativos, inexistente hierarquia entre suas normas, ou seja, não há precedência ou prevalência das normas federais sobre as estaduais e distritais e destas sobre as municipais, o que há, conforme exposto, é uma hierarquia entre as espécies normativas, tal qual previsto no artigo 59 da Constituição da República.

O sistema harmônico e racional de normas constitucionais tributárias integra o chamado Sistema Constitucional Tributário, o qual é um subsistema que congrega proposições normativas com amplitude global.

A Constituição Federal Brasileira, em matéria tributária, é tão rígida como analítica, disciplinando-a em dezessete artigos, nos quais atribui competências às pessoas políticas de direito público para instituir tributos, define as espécies tributárias e estabelece os princípios e as

61 CARRAZZA, R. A. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 126.

imunidades, fazendo-o com o escopo de limitar o exercício da respectiva competência.

Dado o perfil do Sistema Constitucional Tributário, Geraldo Ataliba afirmava que “Direito Tributário no Brasil é Direito Constitucional”.

2. Competência tributária e capacidade tributária ativa

2.1. Competência tributária

No Brasil, o exercício da competência tributária é prerrogativa do Poder Legislativo, que pode instituir tributos, por meio de lei ordinária ou complementar – esta última, nas hipóteses de empréstimo compulsório e impostos da competência residual da União.

Na dicção de Paulo de Barros Carvalho:

No plexo das faculdades legislativas que o constituinte estabeleceu, figura a de editar normas que disciplinem a matéria tributária, desde a que contemple o próprio fenômeno da incidência até aquelas que dispõem a propósito de uma imensa gama de providências, circundando o núcleo da regra-matriz e que tornam possível a realização concreta dos direitos subjetivos de que é titular o sujeito ativo, bem como dos deveres cometidos ao sujeito passivo.

A competência tributária, em síntese, é uma das parcelas entre as prerrogativas legiferantes de que são portadoras as pessoas políticas,

consubstanciada na possibilidade de legislar para a produção de normas jurídicas sobre tributos.⁶²

Em consonância com a lição do referido mestre, a competência tributária integra o rol das prerrogativas de índole legislativa atribuídas às pessoas políticas de direito público em matéria tributária e possui características que lhes são próprias, quais sejam: a irrenunciabilidade, a ineducabilidade e a indelegabilidade.

Referindo a lição de Roque Antonio Carrazza, quanto às características da competência tributária, Paulo de Barros Carvalho estabelece ressalvas no sentido de registrar que a privatividade, a facultatividade e a alterabilidade não seriam, segundo sua compreensão, características da competência tributária.⁶³

No que concerne à privatividade, registra que só se pode admitir tal atributo em relação à competência impositiva da União, fundamentando tal entendimento na compreensão de que, no eventual exercício da *competência extraordinária*,⁶⁴ a União pode criar e cobrar tributos que são da competência dos Estados-Membros e Municípios, circunstância esta que de *per se* não afasta a privatividade como uma das características da competência tributária.

62 CARVALHO, P. de B. *Curso de Direito Tributário*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 269-270.

63 Idem. p. 273.

64 Art. 154. A União poderá instituir: II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

Quanto à facultatividade, a doutrina⁶⁵ diverge sobre a possibilidade de ser ou não arrolada como uma das características da competência tributária.

Paulo de Barros Carvalho manifesta-se no sentido da impossibilidade de se afirmar categoricamente que a facultatividade integra o rol das características da competência tributária, e fundamenta tal entendimento na vedação constitucional, dirigida aos Estados-Membros, de concessão de incentivos e benefícios fiscais, sem aprovação unânime no âmbito do CONFAZ,⁶⁶ e bem assim na exigência de que criem por lei o referido imposto. No entanto, conquanto não arrole a facultatividade como característica da competência tributária pelo motivo exposto, reconhece que, à exceção da hipótese descrita, que a competência tributária é facultativa, exemplificando tal entendimento com imposto sobre grandes fortunas – que até hoje não foi criado pela União – e com os impostos municipais, quando

65 Segundo leciona Roque Antonio Carrazza, são seis as características da competência tributária, facultatividade, privatividade, inalterabilidade, incaducabilidade, irreunciabilidade. Quanto à facultatividade entende o autor que, não havendo mecanismos eficientes que obriguem o legislativo a legislar, também em relação ao ICMS, é possível falar-se em facultatividade da competência tributária, razão pela qual a arrola entre as características da competência tributária (*Curso de direito Constitucional Tributário*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 653 e ss.).

66 Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) XII - cabe à lei complementar: g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

não criados pelos Municípios, muitos dos quais se contentam com a participação na receita dos ICMS.

Entende-se que, embora como regra geral, a competência seja de fato facultativa, a exceção em relação ao ICMS é bastante em si mesma para impedir que a facultatividade seja arrolada como uma das características da competência tributária.⁶⁷

Divergências doutrinárias a parte, no que concerne especificamente ao ICMS, há concordância dos autores de que a competência tributária é facultativa, pois as pessoas políticas podem ou não, por seus respectivos Poderes Legislativos, atendendo a razões de conveniência e oportunidade, exercê-las, editando as normas-padrão de incidência dos tributos de sua competência.

A opção de criar ou não tributos é uma decisão discricionária dos titulares da atividade legislativa. Trata-se de uma opção política.

67 Merecem referência as palavras do destacado mestre: “Falando pela via ordinária, os titulares da competência para instituir o ICMS não podem deixar de fazê-lo e, além disso, terão que seguir os termos estritos que as leis complementares e as resoluções do Senado prescrevem, por virtude de mandamentos constitucionais” (CARVALHO, P. B. *Curso de Direito Tributário*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 278).

Sendo o exercício da competência tributária uma prerrogativa legislativa, e inexistindo mecanismos eficientes na Constituição Federal que obriguem o Legislativo a legislar, inclusive instituindo tributos, a facultatividade é ilação a que se chega a partir da interpretação sistemática das normas constitucionais e, por esta razão, não se pode afirmar, em relação ao exercício da competência tributária, que a inércia do legislador caracteriza omissão inconstitucional. Efetivamente, exceto no que concerne ao ICMS em que o não exercício da competência tributária representa uma forma de exoneração tributária e, conseqüentemente, de um benefício fiscal, não há, em relação à competência tributária um “dever” de legislar, ou seja, não há imposição constitucional de legislar.

Observa José Joaquim Gomes Canotilho que:

(...) a omissão legislativa inconstitucional significa que o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela Constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo “não fazer”, trata-se, sim, pois, apenas de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado.⁶⁸

Portanto, exceto no que concerne ao ICMS, a Constituição Federal não obriga as pessoas políticas de direito público interno, titulares das competências

68 CANOTILHO, J. J. G. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 331.

impositivas, a legislar instituindo concretamente tributos. Ao revés, estabelece explicitamente no artigo 145 *caput* que União, Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal, “*poderão*” instituir os tributos nele arrolados, quais sejam, impostos, taxas e contribuição de melhoria.⁶⁹

Neste dispositivo, o legislador constituinte utilizou, intencionalmente, o termo “*poderão*”, pois pretendeu atribuir uma faculdade ao legislador infraconstitucional. Se, por outro lado, sua intenção fosse a de estabelecer o dever absoluto de instituir os tributos referidos, teria certamente empregado o termo “*deverão*”. Não o fez, no entanto. Preferiu a atribuição de uma prerrogativa à imposição de um dever. O modal deôntico⁷⁰ empregado no artigo 145 da Constituição Federal foi certamente o de “*permitir*”, não o de “*obrigar*”.

69 Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos; II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

70 Paulo de Barros Carvalho, a respeito, ensina que: “É propriedade das normas em geral e das proposições jurídico-normativas em particular expressaram-se por intermédio do conectivo *dever-ser*, o que nos leva a denominar *deôntico* o sistema do direito positivo. Umas como outras, portanto, exibem o *dever-ser* modalizado em *permitido*, *obrigatório* ou *proibido*, com o que se exaure a possibilidade normativa da conduta. Qualquer comportamento caberá sempre num dos três modais deônticos, não havendo lugar para uma quarta alternativa (lei deôntica do quarto excluído)” (CARVALHO, P. de B. *Curso de Direito Tributário*. 13^a ed., revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 137).

Assim, em face da competência extraordinária exclusiva da União, a privatividade é característica exclusiva do ente federal, argumento este que autoriza o reconhecimento de que a privatividade não pode ser elencada genericamente entre as características da competência tributária.

Por outro lado, além da exclusividade da União para exercer a *competência extraordinária* para instituir impostos em caso de guerra externa ou sua iminência, também apenas a União possui *competência residual* para instituir outros impostos além dos arrolados no artigo 153 da Constituição Federal.

Segundo autorização contida no artigo 154, inciso I,⁷¹ do texto constitucional, apenas a União poderá instituir outros impostos além daqueles insertos na sua competência impositiva, desde que sejam não cumulativos, não possuam fato gerador ou base de cálculo próprios de outros impostos previstos na Lei Maior e observada a condição de que se faça por lei complementar.

Embora a competência residual seja importante prerrogativa da União, já que amplia sensivelmente suas possibilidades arrecadatórias, cômico de que o exercício de tal faculdade poderia incrementar a carga tributária em prejuízo do sujeito passivo da obrigação tributária, o legislador constituinte impôs requisitos a serem obser-

71 Art. 154. A União poderá instituir: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição; (...).

vados concomitantemente, quando do exercício da competência em questão, quais sejam: a criação do imposto por lei complementar; a vedação de que tenha fato gerador ou base de cálculo próprios de outros impostos, previstos na Constituição Federal; e a não cumulatividade.

Finalmente, quanto à inalterabilidade, embora, de fato, as competências tributárias não possam ser alteradas, reduzidas ou ampliadas, pelas próprias pessoas políticas titulares do seu exercício, o legislador constituinte poderá fazê-lo no exercício do Poder Constituinte derivado, o que, aliás, com não rara frequência, acontece no Brasil.

2.2 Capacidade tributária ativa

Editada a lei instituidora do tributo e operado o fenômeno da incidência, surge, ao sujeito ativo da relação jurídico-tributária – União, Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal –, o direito subjetivo de exigir a prestação tributária. Tal prerrogativa arrecadatória é a chamada capacidade tributária ativa e é ínsita ao plexo de atividades exercidas pelas respectivas administrações fazendárias.

Em relação à prerrogativa dos ocupantes do polo ativo da relação jurídico-tributária, importa destacar que a cobrança de tributos pode visar distintos propósitos, são as conhecidas funções *fiscal* e *extrafiscal* da tributação.

A tributação tem como objetivo fundamental o abastecimento e a manutenção dos cofres públicos, com vistas a viabilizar o financiamento das instituições democráticas

e a consecução dos desideratos e incumbências atribuídos ao Estado pelo texto constitucional.

Não se discute que a sociedade deve pagar tributos para fazer frente aos gastos inerentes ao Estado Democrático de Direito, pois os serviços e as obras públicas têm elevados custos e aqueles que deles se beneficiam devem arcar com as respectivas despesas, inclusive as decorrentes da observância dos direitos e das garantias fundamentais, cujo respeito também demanda elevados custos.

Os tributos cujas cobranças visam ao financiamento do Estado no cumprimento de suas funções institucionais são os *tributos fiscais*. Noutro giro semântico, trata-se da *fiscalidade*, referida em linhas anteriores. Por outro lado, há tributos cuja cobrança, embora, em última análise, também se prestem a abastecer os cofres públicos, buscam precipuamente atuar regulando alguma situação social, econômica ou política. Tratam-se dos tributos regulatórios, qualificados como *extrafiscais*.

Acreditamos que alguns tributos, embora persigam objetivos distintos daqueles atinentes ao abastecimento dos cofres públicos, sempre, em maior ou menor intensidade, resultarão em ingresso de recursos nos cofres públicos, o que nos permite afirmar, na linha do que defende Paulo de Barros Carvalho, que há tributos vocacionados à *fiscalidade* e outros à *extrafiscalidade*. No entanto, em hipótese alguma poderão ser adjetivados como exclusivamente *fiscais* ou *extrafiscais*.

São do citado mestre as seguintes palavras:

Há tributos que se prestam, admiravelmente, para a introdução de expedientes extrafiscais. Outros, no entanto, inclinam-se mais ao setor da fiscalidade. Não existe, porém, entidade tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão só a fiscalidade, ou, unicamente, a extrafiscalidade. Os dois objetivos convivem, harmônicos, na mesma figura impositiva, sendo apenas lícito verificar que, por vezes, um predomina sobre outro.⁷²

Finalmente, no que concerne ainda à capacidade tributária ativa, hipóteses há em que a titularidade do direito subjetivo de exigir a prestação é delegada a terceiros, que arrecadam os respectivos recursos e os aplicam às suas finalidades. Trata-se da *parafiscalidade*. Assim, embora a competência tributária seja indelegável e irrenunciável, a capacidade tributária ativa pode ser delegada às pessoas políticas de direito público e às de direito privado que desempenhem atividades de interesse público.

O exemplo mais conhecido de parafiscalidade no sistema brasileiro foi o das contribuições sociais previdenciárias ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, que as arrecadava e aplicava às suas finalidades. Com a criação da Receita Federal do Brasil – RFB, referidas contribuições perderam a condição de parafiscais, pois passaram a ser diretamente arrecadas pela União.

72 CARVALHO, P. de B. *Curso de Direito Tributário*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 291.

No sistema tributário brasileiro, há, no entanto, outros exemplos de parafiscalidade, como as anuidades pagas por advogados para a Ordem dos Advogados do Brasil ou, ainda, do ITR quando arrecadado pelos Municípios, na hipótese do convênio previsto na Lei nº 11.250 de 27/12/2005.⁷³

Em linha de conclusão, é relevante destacar que o ente parafiscal se distingue do mero agente arrecadador. Este atua cobrando o tributo, o que se dá, inclusive, por previsão legal, mas não aplica os recursos arrecadados, ao revés, entrega-o ao sujeito ativo da relação jurídico-tributária que atribuirá a destinação constitucional ao produto da arrecadação; aquele arrecada o tributo aplicando-o às próprias finalidades.

73 Art. 1º. A União, por intermédio da Secretaria da Receita Federal, para fins do disposto no inciso III do § 4º do art. 153 da Constituição Federal, poderá celebrar convênios com o Distrito Federal e os Municípios que assim optarem, visando a delegar as atribuições de fiscalização, inclusive a de lançamento dos créditos tributários, e de cobrança do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, de que trata o inciso VI do art. 153 da Constituição Federal, sem prejuízo da competência supletiva da Secretaria da Receita Federal. § 1º Para fins do disposto no *caput* deste artigo, deverá ser observada a legislação federal de regência do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural. § 2º A opção de que trata o *caput* deste artigo não poderá implicar redução do imposto ou qualquer outra forma de renúncia fiscal. § 3º (Vide MP nº 656, de 7 de outubro de 2014)

Art. 2º. A Secretaria da Receita Federal baixará ato estabelecendo os requisitos e as condições necessárias à celebração dos convênios de que trata o art. 1º desta Lei. (Vide MP nº 656, de 7 de outubro de 2014).

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

3. Princípios constitucionais tributários

O legislador constituinte, ao tempo que atribuiu o poder de instituir tributos às pessoas políticas de direito público, fazendo-o no âmbito do Sistema Constitucional Tributário, limitou o exercício de tal prerrogativa ao estabelecer os princípios e as imunidades. Quanto aos princípios, o Sistema contempla princípios explícitos e implícitos. São explícitos, os princípios da legalidade, isonomia, capacidade contributiva, vedação da cobrança de tributos com efeito de confisco, irretroatividade, anterioridade, anterioridade nonagesimal, limitação aos tráfegos de bens e pessoas por meio de tributos, uniformidade tributária e não cumulatividade. São implícitos, os princípios da segurança jurídica do contribuinte, da justiça tributária, da tipicidade e da vinculabilidade da tributação.

Ao refletir sobre os princípios constitucionais tributários, Paulo de Barros Carvalho reconhece a existência de “princípios-valor” e de “princípios limites-objetivos”, empreendendo a seguinte classificação:

Assim, nessa breve reflexão semântica, já divisamos quatro usos distintos: a) como norma jurídica de posição privilegiada portadora de valor expressivo; b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente de estruturas normativas; d) como o limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta

a estrutura da norma. Nos dois primeiros temos “princípio” como “norma”; enquanto nos dois últimos temos “princípio” como “valor” ou como “critério objetivo”.⁷⁴

Da lição aqui colacionada, infere-se que o Sistema Constitucional contempla normas despidas de carga valorativa, ou com carga valorativa incipiente e outras que assumem posição privilegiada no Sistema Constitucional Tributário, possuindo alta carga de valores. As primeiras veiculam regras e as demais princípios.

Segundo leciona Jesus Gonzáles Perez: “Os princípios jurídicos constituem a base do ordenamento jurídico, a parte permanente e eterna do Direito e, também, o fato constante e imutável que determina a evolução jurídica, são as ideias fundamentais informadoras da organização jurídica da Nação”.⁷⁵

Preponderantemente, a doutrina se posiciona no sentido de que os princípios constitucionais gerais, e assim também os tributários, têm todos eficácia plena e aplicabilidade imediata, pois, por serem vetores para soluções interpretativas, não seria plausível que não fossem dotados de plena eficácia. Por outro lado, também fundamenta tal posição doutrinária o fato de que os princípios constitucionais tributários veiculam direitos e garantias funda

74 CARVALHO, P. de B. *Op.cit.* p. 192.

75 PEREZ, J. G. *El principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983. p. 45-46.

mentais, o que é, inclusive, o marco teórico da doutrina *neoconstitucionalista*, que prega a plena efetivação dos referidos direitos e garantias.

Não pensamos que todos os princípios constitucionais tributários tenham eficácia plena. Quanto aos princípios-valor, como já nos manifestamos anteriormente, “por serem, alguns princípios constitucionais, vagos e indeterminados, devem ser concretizados pelo legislador ou pelo juiz, obedecidos os limites e a vinculação decorrente do próprio Texto Constitucional”.⁷⁶

Não se trata de neutralizar a eficácia dos princípios-valor, mas de reconhecer que possuem eficácia reduzida, contrariamente aos princípios limites-objetivos, dotados de alto grau de eficácia.

3.1. Princípio da legalidade

Como referimos em passagem anterior do presente estudo, a prerrogativa de instituir tributos é disciplinada e limitada por um rol de disposições constitucionais. Entre tais limitações, figura aquela que veda o seu exercício por meio de instrumentos introdutórios de normas jurídicas, que não a lei em sentido estrito. Tal exigência se deve, fundamentalmente, ao fato de que o Sistema contempla mecanismos para que a sociedade, por seus legisladores democraticamente eleitos, manifeste a sua anuência na

⁷⁶ GRUPENMACHER, B. T. *Eficácia e Aplicabilidade das Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. São Paulo: Resenha Tributária, 1997. p. 47.

cobrança e majoração de tributos, razão pela qual, a lei, referida no artigo 150, inciso I,⁷⁷ da Constituição Federal, é aquela editada pelo Poder Legislativo, no âmbito do qual devem ser observadas todas as etapas regulares de tramitação. Tal procedimento, quando observado, atribui legitimidade à instituição e ao aumento de tributos, segundo as exigências de um Estado Democrático de Direito, como é o nosso.

Destacamos que o princípio da legalidade há de ser observado, igualmente, para a redução da carga tributária, pela concessão de qualquer incentivo ou benefício fiscal, segundo preceitua o artigo 150, § 6º, do texto constitucional,⁷⁸ o que se mostra necessário diante do fato de que são hipóteses de renúncia fiscal comprometedoras do orçamento público.

A lei é o instrumento pelo qual o povo manifesta a sua vontade. É por meio dela que os legisladores, representantes da vontade popular, introduzem normas primárias que disciplinam o relacionamento dos membros de uma sociedade, sempre tendo como objetivo precípua, o bem

77 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem que lei o estabeleça.

78 Art. 150. (...) § 6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no artigo 155, § 2º, XII, "g". (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

comum.

A lei, no Estado de Direito, deve ser geral, abstrata e igual para todos aqueles que se encontram em situação jurídica equivalente.

No Brasil, por força do preceituado na Constituição, no artigo 5º, inciso II, só a lei pode compelir as pessoas a fazerem ou deixarem de fazer algo.

A convivência dos homens em uma mesma sociedade, só se torna viável se houver leis que restrinjam a liberdade individual. No entanto, no Estado de Direito, tais restrições só podem ser impostas por leis que tenham caráter geral e igualitário.

O legislador constituinte consignou de forma explícita, entre as limitações constitucionais ao poder de tributar (artigo 150, inciso I), o princípio da estrita legalidade tributária.

Em nosso sistema tributário não é admissível que o dever de pagar tributos não tenha sido instituído por lei em sentido estrito, ou seja, pelo instrumento primário introdutor de normas jurídicas. É o chamado *princípio da estrita legalidade tributária*.

Inferimos do princípio da estrita legalidade tributária, que o sujeito passivo tem duas garantias em relação à atuação da administração fazendária. Em primeiro lugar, todo e qualquer tributo só poder ser criado por lei ordinária ou complementar. Em segundo, devem existir mecanis-

mos administrativos e judiciais revisores da legalidade da tributação.

Em matéria tributária, o princípio da legalidade, como afirma Ferreiro Lapatza, trata de garantir que a imposição tributária seja feita por lei que atenda à igualdade e à generalidade, dirigida ao interesse de todos, e não por contratos que objetivem a defesa de interesse das partes que neles intervêm. Só a lei pode, tendo em vista os vários interesses em jogo, garantir o interesse geral. Os tributos, enquanto afetam todos os membros da comunidade, só podem ser estabelecidos por lei.⁷⁹

Não apenas a instituição do tributo deve se dar por meio de lei, mas também somente a lei pode criar deveres instrumentais e descrever infrações tributárias, cominando-lhes as respectivas sanções.

Só a lei – tomada na acepção técnico-jurídica de ato do Poder Legislativo, decretado em obediência aos trâmites e formalidades exigidas pela Constituição – é dado criar ou aumentar tributos.⁸⁰

A doutrina jurídica tradicional tem se referido ao termo “lei” expresso no texto do artigo 150, inciso II, da Constituição Federal, como sendo lei em sentido formal e em

79 LAPATZA, F. J. J. Principio da Legalidade y da Reserva de Ley. In: *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 50, p. 13.

80 CARRAZA, R. A. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 250.

sentido material.⁸¹

Assim, a palavra “lei” abrange tanto a ordinária como a complementar. Ambas são leis em sentido estrito. Distinguem-se precisamente no ponto em que a lei complementar exige *quorum* qualificado para aprovação e conta com uma série de matérias das quais privativamente deve tratar.

Alberto Xavier ensina:

Não obstante a existência de dupla classificação, dupla conotação, no Brasil, o princípio da legalidade, no que pertine à instituição ou aumento de tributos, tem se manifestado como princípio da reserva absoluta da lei formal, ‘entendido no sentido de que a lei ordinária (federal, estadual ou municipal), necessariamente minuciosa’, (...) ‘deve

81 Clèmerson Merlin Clève posiciona-se acerca do conceito de lei formal e material: “A distinção, inicialmente elaborada por Laband, entre a lei formal e a lei material guarda algum sentido. Não se trata aqui de retomar a distinção a partir do binômio ‘regra do direito’ e ‘simples regra’. Na doutrina brasileira, que é a que neste momento interessa, a distinção se processa a partir da noção de generalidade. Se o ato normativo é genérico, não importa de onde provenha, então a doutrina vai identificá-lo como lei material. Se, ao contrário, o ato legislativo contiver preceitos concretos, então a doutrina vai chamá-lo de lei formal. A lei material, neste caso, tanto pode ser proveniente dos órgãos dotados de competência legislativa, como do Executivo. Quanto à lei formal, será sempre proveniente dos órgãos dotados, pelo Constituinte, de atribuição legiferante. Em face dessa teorização, uma lei poderá ser, a um tempo, formal e material (o preceito genérico como forma de lei). Mas poderá, todavia, tratar-se de lei apenas formal (o preceito concreto como forma de lei) ou material (o ato normativo sem forma de lei)” (In: *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo* e na Constituição Federal de 1988, p. 71).

conter não só o fundamento da Administração, mas também o próprio critério da decisão no caso concreto, de modo que esta possa ser obtida'(...) por mera dedução da própria lei, limitando-se o órgão de aplicação a subsumir o fato à norma, independentemente de qualquer valoração pessoal.⁸²

O princípio da legalidade no Direito Tributário não exige, apenas, que a atuação do Fisco se dê em consonância com o contido na lei, mas impõe também que cada ato concreto do fisco tendente à fiscalização e arrecadação tributária, seja necessariamente pautado em lei em sentido orgânico-formal. É o que se convencionou chamar de reserva absoluta da lei formal, ou de estrita legalidade.

Ao impor que a “exigência” de tributos deve se dar por lei, o constituinte impôs ao legislador que descreva no instrumento normativo respectivo, de forma pormenorizada, os critérios da sua regra-matriz de incidência.

O princípio da legalidade exige, outrossim, que a lei descreva rigorosamente os procedimentos a serem adotados pela autoridade fazendária quando do lançamento do tributo, bem como as medidas que devem ser adotadas para o seu recolhimento.

Segundo Geraldo Ataliba e J. A. Lima Gonçalves:

Toda a sistemática criada pela Constituição converge para culminância essencial que é o objetivo último da disciplina constitucional: estabelecer

82 XAVIER, A. *Conceito e Natureza do Acto Tributário*. Coimbra: Livraria Almedina, 1972. p. 291-292.

segurança do direito e garantia dos contribuintes. Na verdade, o *quantum* a ser desembolsado é que afinal vai interessar, sendo tudo o mais instrumento do implemento das garantias, que a Constituição dá, daí a razão pela qual a fixação do *quantum* direta ou indiretamente está subordinada à legalidade. É universal a chamada “teoria do fato gerador” ou “teoria da hipótese da incidência”, que é construção fundamental do Direito Tributário, que exatamente visa a erigir um conjunto sistematizado e harmônico de categorias, como instrumento de interpretação da Constituição e das Leis, tendo em vista dar a maior eficácia possível à proteção que a Constituição assegura aos contribuintes contra o arbítrio e mesmo a discricionariedade administrativa, em matéria tributária. Segundo esta teoria, na lei se devem conter todos os dados normativos que levam à configuração de uma obrigação, à determinação do seu sujeito passivo e, sobretudo, do *quantum* devido. Essa teoria não precisa ser ainda mais explicitada, pois é rigorosamente universal.⁸³

A redução do prazo, bem como a modificação dos critérios para o recolhimento dos tributos, implica, ainda que de forma indireta, aumento da carga tributária e, portanto, devem obedecer ao princípio da estrita legalidade. A reserva de lei impõe que o Legislativo, com exclusividade, disponha a respeito.

83 ATALIBA, G.; GONÇALVES, J. A. L. Carga Tributária e Prazo de Recolhimento de Tributos. In: *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 47, p. 27-29, s. d.

Gian Antonio Michelli ensina:

A esse propósito a Carta Constitucional expressou-se, muitas vezes, no sentido de que é suficiente a determinação por parte da lei de alguns elementos básicos do tributo e critérios para a determinação dos outros. Tal tendência, apoiada também pela doutrina, não persuade completamente, pois o preceito constitucional não se limita a estabelecer que o tributo deve ser instituído com base na lei, mas diz com precisão que tal prestação coativa não pode ser imposta, senão com base em lei.⁸⁴

Tal afirmação nos leva a crer que a lei que instituir tributo deve conter todos os elementos estabelecidos do conteúdo da prestação, excluindo assim todo e qualquer arbítrio por parte do Poder Executivo, fazendo valer a segurança jurídica e realizando, conseqüentemente, o Estado de Direito.

Portanto, no Brasil, qualquer oneração ou exoneração tributária deve ser veiculada por lei em sentido orgânico-formal.

3.2. Princípios da tipicidade e da vinculabilidade da tributação

Relacionados ao princípio da legalidade estão os *princípios da tipicidade tributária* e, ainda, o da *vinculabilidade da tributação*. O primeiro decorrente das dis-

⁸⁴ MICHELLI, G. A. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. GRECO, M. A.; MARREY JUNIOR, P. L. (Trads.). 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 19.

posições do artigo 145, § 2º, e 154, inciso I, da Constituição Federal e o segundo expresso nos artigos 3º e 142 do Código Tributário Nacional.

Quanto ao primeiro, está diretamente relacionado à classificação dos tributos, no sentido de que põe em relevo a necessidade de que o veículo primário introdutor de norma jurídica que institui a regra-matriz do tributo estabeleça no antecedente fato jurídico que, se ocorrido e quando ocorrido, resulte na incidência da norma, cujo conseqüente deve descrever como base de cálculo da relação jurídica elemento que confirme o fato jurídico-tributário.

O que se quer afirmar é que o legislador, por imposição do princípio da tipicidade tributária não pode eleger, como base de cálculo, elemento estranho ao fato jurídico expresso no descritor normativo.

Efetivamente, a natureza jurídica de uma exação tributária é obtida pela conjugação do binômio hipótese de incidência e base de cálculo. É nesse sentido que a Constituição da República prevê, em seu artigo 145, § 2º, que “As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”.

Também o artigo 154, inciso I, da Lei Maior, ao atribuir competência residual à União, estabelece que os impostos que forem criados como exteriorização de seu exercício não poderão ter fato gerador ou base de cálculo próprios de outros impostos discriminados no texto constitucional.

Assim, na condição de princípio tributário imediata e necessariamente decorrente do princípio da estrita legalidade tributária, o princípio da tipicidade da tributação pode ser definido, segundo Paulo de Barros Carvalho, em duas dimensões:

(i) no plano legislativo como a estrita necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo, de modo expresso e inequívoco, os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional; e (ii) no plano da facticidade, como exigência da estrita subsunção do evento aos preceitos estabelecidos na regra tributária que o prevê, vinculando-se, obviamente, à adequada correspondência estabelecida entre a obrigação que adveio do fato protocolar e a previsão genérica constante da norma abstrata, conhecida como “regra-matriz de incidência”.⁸⁵

85 CARVALHO, P. de B. *Direito Tributário Linguagem e Método*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008. p. 287.

Relacionado ainda ao princípio da estrita legalidade tributária está o princípio da vinculabilidade da tributação. Por imposição constitucional, que, inclusive, é reproduzida nos artigos 3^o⁸⁶ e 142⁸⁷ do Código Tributário Nacional, os atos administrativos praticados pelos agentes da administração fazendária são rigorosamente vinculados às disposições legais que os disciplinam, ou seja, o agente público que pratica atos de fiscalização no interesse da arrecadação de tributos deve fazê-lo em estrita observância aos diplomas legais pertinentes, não lhes restando qualquer espaço para interferência subjetiva quanto à conveniência e oportunidade de sua prática.

Não se olvida que a atividade administrativa de fiscalização e arrecadação tributária é do tipo estritamente vinculada, a *contrario sensu*, não integra o rol das atividades discricionárias desempenhadas pela Administração Pública, nas quais há possibilidade de que o agente responsável siga a sua vontade no desempenho de suas tarefas funcionais. Em matéria tributária, tal possibilidade

86 Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

87 Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

é, pode-se dizer, quase que inexistente. A afirmação que ora fazemos não é categórica, pois há uma hipótese em que a vontade do agente da administração fazendária pode ter alguma relevância ainda que reduzida ou diminuta por se operar dentro de limites impostos pela lei. Trata-se de parcelamentos e moratórias. Em uma ou em outra situação, o agente administrativo pode tomar algumas decisões seguindo as suas convicções e sua vontade, é o que ocorre, por exemplo, em relação à definição do número de parcelas em que poderá ser quitado o tributo.

De resto, o que efetivamente vigora é o princípio da vinculabilidade da tributação que limita a atividade dos agentes do Poder Executivo em matéria tributária ao que está estabelecido na lei.

3.3. Princípio da isonomia

O artigo 150, inciso II,⁸⁸ da Constituição Federal Brasileira, contempla o princípio da isonomia tributária e ao fazê-lo veda que a lei tributária dispense tratamento diferenciado a contribuintes que estejam em situação equivalente.

88 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - (...). II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Por seu turno, o artigo 145, § 1º,⁸⁹ da Lei Maior, impõe o respeito à capacidade contributiva na tributação por meio de impostos. Na dicção de Alfredo Augusto Becker, sendo o princípio da capacidade contributiva consectário do princípio da isonomia tributária, a contribuintes com igual capacidade contributiva (*ability to pay*), deve ser dispensado mesmo tratamento tributário, o que impõe, em consequência, que contribuintes que pratiquem fatos jurídico-tributários que revelem a mesma aptidão financeira devem ser destinatários do mesmo tratamento tributário.

A interpretação dos referidos dispositivos constitucionais impõe que se identifiquem as distinções entre sujeitos passivos, para que de forma igualitária lhes seja dispensado o respectivo tratamento tributário. Tais distinções devem ser razoáveis, a fim de que fique afastada a arbitrariedade, adotando-se critério que negue o favorecimento individual e a hostilidade.

A isonomia não impõe a dispensa de idêntico tratamento entre distintos sujeitos passivos, mas que todos aqueles que se encontrem na mesma situação recebam da lei, em matéria tributária, tratamento igualitário e com a mesma intensidade.

89 §1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Segundo leciona Francisco Campos, o princípio em questão só adquire sentido se há aplicação de tratamento comum a sujeitos passivos que se encontrem em situação equivalente.

Afirma:

Esta garantia não poderia ter qualquer sentido, se ao legislador fosse facultado editar leis endereçadas exclusivamente a uma pessoa ou a um grupo de pessoas, ou se a lei não fosse uma regra de direito concebida em termos gerais e com endereço determinado a uma categoria indeterminada de pessoas.

Em continuidade indaga o autor:

De que valeria, por exemplo, e para melhor concretizar a hipótese, garantia de que nenhum imposto me será exigido senão em virtude de lei, se amanhã o legislador poderá criar tão somente para mim um tributo, de cuja incidência todos os demais indivíduos, nas mesmas condições, seriam, entretanto, isentos ou excluídos?⁹⁰

Acerca do princípio da isonomia tributária, também merecem referência as palavras do mestre da Wurzburg, Heinz Paulick, ao discorrer sobre a constituição alemã:

A justiça e a igualdade têm, entre si, íntima relação, já que o princípio da igualdade se desenvolve a partir da ideia de justiça. Se relativamente ao artigo 3º, parágrafo 1º, da Constituição, todos

90 CAMPOS, F. O Princípio da Legalidade Isônoma. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 10, p. 326-410, s. d.

os homens são iguais perante a lei, isso significa que a lei tem que tratar o que é diferente de modo desigual, atendendo à sua peculiaridade.⁹¹

Segue afirmando que:

O legislador está constitucionalmente obrigado a criar um direito igual para tudo que é igual, e levar em consideração as desigualdades existentes. Visto assim, o artigo 3º, parágrafo 1º, da Constituição Alemã contém de uma só vez um imperativo de justiça e uma proibição do arbítrio. Lesa-se o princípio da igualdade quando não seja possível encontrar – para um tratamento igual ou uma diferenciação estabelecida pelo legislador – um fundamento razoável, resultante da natureza das coisas ou de qualquer modo conveniente; ou seja: quando a regulação disposta pelo legislador tenha que qualificar-se de arbitrária.⁹²

O Estado Democrático está adstrito aos compromissos de liberdade e igualdade materiais, objetivando proporcionar uma vida digna para todos. Neste contexto, a observância da isonomia tributária impõe que o tributo deixe de ser apenas uma fonte de renda e passe a ser um instrumento de realização de justiça. A igualdade no tratamento tributário deixa de ser apenas formal, passando a ser materialmente um instrumento de redistribuição de riquezas.

91 PAULICK, H. *Ordenanza Tributaria Alemana*. TABOADA, Carlos Palao (Trad.). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales de Madrid, 1980. p. 40-48.

92 Idem.

Não há República sem igualdade, assim como não há regime democrático se o cidadão não for tratado com isonomia frente à lei, inclusive a tributária. A garantia ao tratamento isonômico equivale à negação de qualquer tratamento privilegiado.

Tal premissa é, por igual, aplicável às desonerações tributárias que não podem se converter em privilégios odiosos, os quais, segundo Ricardo Lobo Torres:

(...) são a autolimitação do poder fiscal, por meio da Constituição ou da lei formal, consistente na permissão, destituída de razoabilidade, para que alguém deixe de pagar os tributos que incidem genericamente sobre os contribuintes ou receba, com alguns poucos, benefícios inextensíveis aos demais.

E conclui o autor:

A odiosidade do privilégio, como qualquer desigualdade inconstitucional decorre da falta de razoabilidade para a sua concessão. Se o privilégio não atender ao ideal de justiça, se afastar do fundamento ético, se discriminar entre pessoas iguais ou se igualar pessoas desiguais, se for excessivo, se desprezitar os princípios constitucionais da tributação, será considerado odioso.⁹³

A Constituição Federal, no artigo 150, inciso II, veda o tratamento anti-isonômico fundado em critérios que não obedeçam à razoabilidade, como é o caso da distinção de

93 TORRES, R. L. *Os Direitos Humanos e a Tributação*: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 287-288.

tratamento em função de ocupação profissional. Nela também foi incluído o princípio da capacidade contributiva, que é consectário do princípio da igualdade.⁹⁴

O sistema tributário isonômico é, portanto, aquele que observa a igualdade dos sujeitos passivos da relação jurídica tributária, tanto no que diz respeito à instituição e aumento de tributos, como no que se relaciona às reduções da carga tributária e que seja neutro, no sentido de que todos estejam sujeitos à mesma carga tributária, ou seja, sintam-na na mesma intensidade.

A igualdade na concessão de benefícios e incentivos fiscais revela um sistema justo e isonômico na distribuição da carga tributária, eis que emprega mecanismos redutores da tributação, com o propósito de equilíbrio do ônus tributário a que está sujeita a sociedade.

3.4. Princípio da capacidade contributiva

O conceito de justiça é fundamental para o direito, mas é dotado, no entanto, de elevado nível de abstração e generalidade por ser um conceito imbuído de alta carga valorativa, o que, no mais das vezes, torna-o vago e impreciso.

94 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

O dever de pagar impostos, assim como o direito de cobrá-los, deve observar à moral e à ética de parte a parte, ou seja, do Estado para com o contribuinte e vice-versa.⁹⁵

A adoção de uma postura ética por parte dos contribuintes se verifica, sobretudo, com o adimplemento das obrigações tributárias e com a observância dos deveres instrumentais e formais. O Estado, ao seu turno, atua eticamente quando institui, fiscaliza e arrecada tributos observando fielmente os direitos e as garantias do contribuinte.

Em um Estado Democrático de Direito, as leis hão de ser materialmente justas, no sentido de que sempre observem a igualdade, a solidariedade e a liberdade.

Esta é, precisamente, a razão pela qual o constituinte inseriu na Lei Maior o artigo 3º, inciso I, preceito em que declara expressamente como objetivo do Estado brasileiro “constituir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Só há sociedade livre, justa e solidária quando o sistema tributário é composto por leis tributárias material-

95 Acerca da moral do Estado e bem assim da do contribuinte, escreveu Klaus Tipke: “No debate sobre questões fiscais se fala com frequência de moralidade tributária. Em particular, o sindicato fiscal alemão e os autores pertencentes à administração tributária costumam queixar-se da deficiente moralidade fiscal de muitos cidadãos. A federação de contribuintes e os assessores fiscais costumam responder que uma moral tributária deficiente é reflexo da deficiente moral fiscal do Estado, pois um fenômeno é consequência do outro. (...) Por conseguinte, a ética tributária é a teoria que estuda a moralidade das atuações em matéria tributária desenvolvidas pelos poderes públicos – legislativo, executivo e judiciário – e pelo cidadão contribuinte” (TIPKE, K. *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 21).

mente justas. A política tributária há de ser, nessa medida, a política da justiça, aquela que reflita um comportamento revestido de moralidade no exercício do poder de tributar. É a também chamada ética fiscal, pressuposto para que os cidadãos igualmente ajam moralmente, suportando e cumprindo o que Casalta Nabais, com irrefutável propriedade, chamou de “dever fundamental de pagar impostos”.

A vinculação entre o Direito Tributário e os direitos fundamentais é reconhecida pela doutrina contemporânea, que se consolida a partir da conscientização de que a tributação existe como forma de realização da justiça social, sendo um importante instrumento para que se alcance uma vida digna para todos.

A justiça fiscal só se realiza com a edição de leis tributárias que distribuam igualmente a carga impositiva, onerando mais pesadamente aqueles que têm mais aptidão para contribuir e desobrigando do pagamento de tributos, em especial de impostos, aqueles que, embora tenham capacidade econômica, não possuam aptidão para arcar com o ônus da tributação, pois toda a sua disponibilidade financeira é absorvida com a sua manutenção e a de sua família.

Para Klaus Tipke, a ética é a teoria do comportamento justo e moral. A ética tributária é, por sua vez, segundo afirma, a teoria que estuda a moralidade da atividade tributária dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e, bem assim, do comportamento do contribuinte.⁹⁶

96 TIPKE, K. *Moral Tributaria del Estado y de los Contribuyentes*. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 30.

De acordo com o citado autor, a moral tributária envolve, ao mesmo tempo, a necessidade de o legislador observar a teoria do Direito Tributário justo e a postura do cidadão que paga tributos decorrentes de leis tributárias justas.

A Constituição brasileira, acompanhando a tendência internacional da positivação dos Direitos Humanos, estabeleceu um conjunto de direitos e garantias dirigidas aos contribuintes e refletidas em princípios norteadores da tributação, tais como: o da igualdade e o seu consectário, o da capacidade contributiva, o da legalidade, o da anterioridade, o da irretroatividade, o da vedação de cobrança de tributo com efeito de confisco e o da segurança jurídica que os agrega e deles é decorrente.

No Brasil, os princípios e as imunidades tributárias compõem um rol de limitações impostas ao exercício do poder de tributar, razão pela qual são reconhecidas como direitos individuais oponíveis à atividade tributária arbitrária do Poder Público.

Segundo Klaus Tipke, não existe um critério uniforme de justiça para todo o Direito. Cada ramo do Direito deve eleger o seu,⁹⁷ sendo que no Direito Tributário a justiça revela-se com a observância do princípio da capacidade contributiva.

É certo que o Estado Fiscal cobra tributos para abastecer os cofres públicos e, assim, assegurar uma vida digna

97 Ibidem. p. 25.

ao cidadão, proporcionando-lhe condições adequadas de habitação, educação e saúde.

O *welfarestate* ou *Estado de bem-estar social* decorre naturalmente de um sistema tributário justo que observe o princípio da capacidade contributiva, o qual está inserido no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, e prevê que as imposições tributárias devam ser graduadas segundo a capacidade econômica dos contribuintes. O princípio em questão está estreitamente ligado ao princípio da isonomia tributária, previsto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, que, genericamente, veda o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

Ínsito ao princípio da isonomia, o princípio da capacidade contributiva tem como principal consequência propiciar a realização da justiça fiscal, onerando mais pesadamente aqueles que manifestem maior capacidade contributiva e exonerando do pagamento de tributos a renda utilizada para fazer frente às despesas necessárias a uma vida com dignidade.

A chamada “renda consumida” há de ser excluída da base tributável para fins de aferição de capacidade contributiva. Trata-se da intributabilidade do mínimo existencial, referida por Francesco Moschetti, que afirmou:

(...) a capacidade contributiva é dada por aquela parte de potência econômica, da riqueza de um sujeito, que supera o mínimo vital. Com efeito,

se capacidade significa aptidão, possibilidade concreta e real, não pode existir capacidade de concorrer para com os gastos públicos quando falte ou se tenha apenas o necessário para as exigências individuais.⁹⁸

A observância do princípio da capacidade contributiva se concretiza a partir de leis que instituem tributos respeitando a aptidão para contribuir (*ability to pay*), tributando-se mais pesadamente quem tem maior capacidade contributiva, menos intensamente quem tem menor capacidade contributiva e exonerando do dever de pagar tributos aqueles que não têm condições financeiras para tanto.

No entanto, o legislador constituinte brasileiro incidiu em equívoco ao utilizar a expressão “capacidade econômica” no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, pois, tecnicamente, capacidade econômica e capacidade contributiva não se equivalem.

Capacidade econômica corresponde à potencialidade econômica, à manifestação de renda ou patrimônio, ou à disposição desta renda pelo consumo. Capacidade contributiva, por sua vez, pressupõe capacidade econômica, ou seja, potencialidade econômica, qualificada por um dever de solidariedade e superado o mínimo existencial e observado o limite da tributação com efeito confiscatório.

98 MOSCHETTI, F. *El principio de capacidad contributiva*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980. p. 68.

Assim, embora estejam intimamente relacionadas, as expressões não se equivalem, razão pela qual onde o constituinte afirma que os “impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”, leia-se os “impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade contributiva do contribuinte”.

É ponto assente entre aqueles que estudam o Direito Tributário e, em especial, os direitos humanos a ele relacionados, que o princípio da capacidade contributiva garante também o direito fundamental a uma vida digna.

Os sistemas que contemplam o princípio da capacidade contributiva impõem que a tributação alcance apenas a renda disponível das pessoas naturais e jurídicas para pagamento de tributos, estando implícito neste princípio a vedação absoluta de tributação incidente sobre a renda necessária à sobrevivência. Trata-se de regra imunitória implícita.

Ricardo Lobo Torres com absoluta propriedade adverte a propósito do tema:

A proteção do mínimo existencial no plano tributário, sendo pré-constitucional como toda e qualquer imunidade, está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e no princípio da igualdade. Não é totalmente infensa à ideia de justiça e ao princípio de capacidade con-

tributiva. Mas se extrema dos direitos econômicos e sociais.⁹⁹

O respeito à dignidade humana implica, portanto, a intributabilidade da renda mínima para garanti-la. Queremos afirmar, com isso, que observar o princípio da capacidade contributiva implica respeitar a intributabilidade do chamado mínimo existencial. Enquanto a renda não ultrapassar o mínimo existencial, não há capacidade contributiva, ou seja, se a renda auferida não superar o montante mínimo para fazer frente às necessidades existenciais do contribuinte e de sua família, não existe riqueza disponível a ser tributada.

A Constituição brasileira garante ao cidadão e à sua família uma vida digna. Para que tal garantia seja efetivamente eficaz, é necessário que as leis infraconstitucionais que instituem os tributos excluam de seu âmbito de incidência a renda consumida com as despesas necessárias para uma vida com dignidade.

Deixar de gravar o mínimo existencial é decorrência da fiel observância do princípio da capacidade contributiva. Não se pode falar em sistema tributário respeitante ao princípio da capacidade contributiva se houver cobrança de impostos sobre a renda mínima necessária para uma vida digna. A mera observância da proporcionalidade e da

99 TORRES, R. L. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; *Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 146.

progressividade da tributação não é bastante em si mesma para determinar que um sistema seja justo, posto que respeitante à capacidade contributiva. Um sistema tributário justo, que efetivamente respeite a capacidade contributiva, deve revelar que a incidência de impostos, além de proporcional e progressiva, não alcança a renda mínima para a sobrevivência digna do cidadão e de sua família.

Importante ressaltar que o princípio constitucional da capacidade contributiva e bem assim o da isonomia tributária devem ser observados não só em relação ao dever de pagar tributos, mas também na redução da carga tributária por meio de isenções, benefícios e incentivos fiscais, revelando, com isso, justiça no exercício da competência tributária, como, aliás, salienta Becker:

O dever jurídico que a regra constitucional impõe ao legislador não é apenas o de escolher fatos-signos presuntivos de renda ou de capital para a composição da hipótese de incidência do tributo, mas também e principalmente o dever de criar isenções tributárias que resguardem a imunidade tributária do mínimo indispensável de capital e de renda social. A omissão neste sentido do legislador ordinário acarretaria a inconstitucionalidade da lei tributária, se a hipótese de incidência do tributo, por si mesma, não constituir fatos-signos presuntivos de renda ou de capital acima do mínimo indispensável. Nota-se que o legislador ordinário, ao estabelecer a isenção tributária, cria o conceito jurídico de mínimo indispensável.¹⁰⁰

100 BECKER, A. A. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 5ª ed. São

Os sistemas tributários na sua quase totalidade são imperfeitos na medida em que são por demais onerosos e não realizam os ideais de justiça distributiva.

Não há uma relação necessária entre o grau de desenvolvimento econômico de um país e a qualidade de seu sistema tributário. Muitos dos países mais desenvolvidos do mundo têm sistemas extremamente onerosos, cuja carga tributária recai desigualmente sobre pessoas naturais e jurídicas. Nestes como naqueles pouco desenvolvidos, os mecanismos de exoneração da carga tributária são empregados tanto com propósitos regulatórios da economia, como com o objetivo de equilíbrio na distribuição da carga tributária.

Como ponderamos em linhas anteriores, o conceito de justiça é um conceito aberto, adquirindo, de acordo com o paradigma considerado, diferentes significados.

Pensamos haver um conceito lato e um estrito de justiça tributária. Tal é a concepção adotada pelo sistema alemão, segundo leciona Cesar Garcia Novoa:

Frente a una construcción de los principios tributarios como complementos de la Idea de capacidad contributiva, fruto de la evidencia de que la misma resulta insuficiente para explicar el fenómeno tributario podemos detectar en Alemania la construcción de la justicia tributaria como una directa derivación de la idea de Estado Social de Derecho. No es necesario hablar de una justicia

Paulo: Noeses, 2010. p. 533-534.

tributaria como algo específico, sino que la justicia y los principios tributarios son, en el ordenamiento alemán, deducción directa del contenido material de Estado de Derecho, de la Idea de justicia que preside todo el ordenamiento, sin que sea necesario hacerla depender del regido molde de una concepción de la capacidad contributiva fuertemente influida por una formulación individualista del tributo.¹⁰¹

A partir de tal concepção, é possível afirmar que as exonerações que se processam na carga tributária atendem, tanto ao conceito lato como ao estrito de justiça tributária, posto que, além de observarem de forma “atenuada” o princípio da capacidade contributiva, buscam realizar interesses públicos relevantes e os princípios da generalidade, da neutralidade e da praticabilidade da tributação.

Como já esclarecemos em outras oportunidades, as distorções hoje existentes no sistema tributário brasileiro, dada a sua extrema onerosidade e complexidade, tornam-no um sistema absolutamente injusto que está a reclamar imediata reforma. Busca-se uma solução que confira maior racionalidade e desonere assim o particular, como o setor produtivo, permitindo-lhe crescimento.

3.5. O princípio da vedação da cobrança de tributo com efeito de confisco

101 NOVOA, G. *El Principio de Seguridad en Materia Tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 107.

O princípio da vedação da cobrança de tributos com efeito de confisco está previsto no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal.

É bastante complexa a genuína aferição do efeito confiscatório decorrente da cobrança de tributos o que se deve ao fato de ser o “confisco” um conceito jurídico aberto, dotado de elevado índice de indeterminação, o que também decorre da sua condição de princípio-valor.

A aferição do confisco por meio da cobrança de tributos se dá, como regra, a partir da análise da alíquota aplicável. Quanto à alíquota *ad valorem*, é sempre um percentual, uma quota da manifestação de riqueza verificada com a prática do fato jurídico tributário que o Estado atribui a si, razão pela qual não pode ser excessiva a ponto de absorver parcela expressiva da propriedade ou do esforço produtivo. Dado o elevado índice de indeterminação do princípio em questão, a palavra final sobre a condição excessiva da cobrança, será sempre do Poder Judiciário.

A título de exemplo, é certo que será sempre confiscatória a tributação que absorver toda a renda efetiva ou potencial produzida por um imóvel, ou, ainda, a tributação que, no caso de imposto sobre a renda, retirar do sujeito passivo quantia tão grande que o desestimule a produzir novamente.¹⁰²

102 Para Hector Villegas: “A razoabilidade da imposição se deve estabelecer em cada caso concreto, segundo exigências de tempo e lugar e segundo os fins econômico-sociais de cada imposto. Assim, é evidente que não pode ser igual à imposição em épocas de paz e em épocas de guerra. Para determinar os limites admissíveis, fora das quais

Todavía, em todo e qualquer caso, a aferição do confisco se dá pelo exame da alíquota nos tributos não vinculados e da base de cálculo, nos tributos vinculados.

A cobrança de tributo tem efeito confiscatório quando viola o direito de propriedade constitucionalmente assegurado, conforme, aliás, registra Ramón Valdés Costa: “Pero las precedentes consideraciones no pueden traducirse en la conclusión de que por la vía del impuesto el legislador puede desconocer y hacer el derecho de propiedad consagrado en la Constitución con particular firmeza”.¹⁰³

Para que se considere observado o princípio em questão, a imposição tributária deve abranger apenas uma parte da expressão econômica da operação tributada. Deve ser razoável, no sentido de não ser tão pequena ao ponto de se tornar insignificante, mas também não pode exceder um determinado montante, a partir do qual estaria havendo uma expropriação inconstitucional por infração ao direito de propriedade. Segundo Alberto Tarsitano:

El tema no es fácil, y solamente cabe reconocer distintas tonalidades de grises, hasta llegar a la ‘confiscatoriedad’. Y definir cuándo el impuesto viola el derecho de propiedad es una cuestión valorativa que será definida según las circunstancias, como lo demuestra la casuística

o tributo é confiscatório, o Tribunal atuante deve examinar isoladamente cada gravame, sem levar em conta os demais encargos ou multas” (VILLEGAS, H. *Curso de Direito Tributário*. CARRAZZA, R. A. (Trad.). 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980).

103 COSTA, R. V. *Curso de Derecho Tributario*. Tomo I. s.l.: s. ed., 1970. p. 293.

adoptada por nuestra Corte Suprema de Justicia.¹⁰⁴

Para que se possa aferir se um tributo é ou não confiscatório, há que se examiná-lo em face do direito de propriedade. É evidente que a expropriação motivada ou imotivada está vedada por nosso sistema. Ainda diante da extrafiscalidade de que são exemplos o Imposto Territorial Rural – ITR e o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU, cuja progressividade extrafiscal busca compelir os proprietários de imóveis rurais improdutivos ou de imóveis urbanos mal aproveitados, a conferir-lhes maior aproveitamento face às suas potencialidades, atendendo, assim, à “função social da propriedade”, ainda nestes casos está vedado o confisco.

É certo que há capacidade contributiva, ou seja, aptidão para contribuir, no intervalo entre o mínimo existencial e a cobrança confiscatória de tributos, ou seja, só se pode falar em aptidão para contribuir após superado o mínimo existencial e tendo como limite máximo o confisco.

Tais ideias assumem especial relevo quando se trata da cobrança de tributos extrafiscais, quais sejam aqueles que possuem propósitos regulatórios da economia ou, ainda, aqueles que atuam como mecanismo inibidor da não observância da função social da propriedade, que é o caso do IPTU e do ITR.

104 TARSITANO, A. *Derecho Constitucional Tributario*. Buenos Aires: De palma, 1994. p. 339.

Sendo o princípio da capacidade contributiva um agente promotor da justiça fiscal e assim também da justiça social, a sua observância fica abrandada quando a cobrança de tributos tem caráter extrafiscal. Certamente, o respeito à capacidade contributiva em sua plenitude não se mostra possível na extrafiscalidade. No entanto, ainda quando da exigência de tributos com caráter extrafiscal, é possível falar em eficácia mínima do princípio da capacidade contributiva, dada a inadmissibilidade do efeito confiscatório da exação.

Noutras palavras, o que é certo é que, sob hipótese alguma a imposição tributária pode ferir o direito de propriedade, a ponto de fazê-lo desaparecer.

De qualquer forma, saber até que limite o tributo é tolerável, vale dizer, não é confiscatório, não é tarefa de fácil solução. Trata-se de em um daqueles pontos em relação aos quais são várias as explicações que a Ciência do Direito oferece.¹⁰⁵

Assim como alguns dos princípios constitucionais tributários já referidos no presente estudo, o princípio da

105 É o entendimento de Francesco Moschetti: “Naturalmente, habrá que juzgar caso si el tributo há llegado hasta el punto de violar el derecho de propiedad. No es posible establecer una medida absoluta de esta violación (149). Existen zonas intermedias en las que podrá dudarse si ha existido o no y en las que se deberá dejar libre opción al legislador; mas deberá también admitirse que existe un límite máximo, más allá del cual no se puede negar la anulación (150) y la violación de la institución tutelada por el artículo 42” (In: *El Principio da Capacidad Contributiva*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980. p. 297).

vedação da cobrança de tributo com efeito de confisco depende de construção de seu sentido. A linguagem constitui o grande drama da metodologia jurídica. A busca do termo próprio, a especificação do sentido em que uma palavra está sendo empregada, são tarefas nada fáceis e que devem guiar a atividade do intérprete.

Na esteira de tal entendimento, pensamos que o princípio da vedação da cobrança de tributo com efeito confiscatório é uma norma de eficácia limitada do tipo programático.

3.6. Os princípios da anterioridade e irretroatividade

Relacionados ao princípio da estrita legalidade tributária, mas dele autônomos, são os princípios constitucionais da irretroatividade, da anterioridade e da anterioridade nonagesimal, previstos respectivamente no artigo 150, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Constituição Federal.¹⁰⁶

O princípio da estrita legalidade tributária cinge-se à exigência de lei para a criação, majoração e redução de tributos, os demais se referem às características temporais

106 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993) c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea “b”; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

de que se deve revestir a aludida lei.

Segundo leciona Alberto Xavier:

Enquanto o princípio da legalidade cifra-se na exigência *nullum tributum sine lege*, os demais princípios traduzem-se todos eles na proposição *nullum tributum sine lege proevia*, distinguindo-se entre si pela natureza da lei a que se referem (lei orçamentária no princípio da anualidade, lei tributária material nos princípios da anterioridade e da irretroatividade) e pela realidade quanto à qual a lei deve ser considerada prévia (o exercício financeiro nos princípios da anualidade e da anterioridade, o fato tributário no princípio da irretroatividade).¹⁰⁷

O princípio da irretroatividade veda que a lei que cria ou majora tributos atue sobre fatos ocorridos antes do início de sua vigência. Já o princípio da anterioridade, proíbe que a criação ou o aumento de tributo alcance fatos ocorridos no mesmo exercício em que tenha sido publicada a respectiva lei, determinando que esta só venha a incidir sobre fatos ocorridos no exercício subsequente ao de sua entrada em vigor, ou seja, a partir do dia 1º de janeiro do ano seguinte àquele em que foi publicada, já que no Brasil o exercício financeiro tem início no dia 1º de janeiro e se prorroga até o dia 31 de dezembro de cada ano.

Finalmente, o princípio da anterioridade nonagesimal impõe que a cobrança de tributos ou o seu aumento só

107 XAVIER, A. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 3.

sejam praticados no exercício seguinte àquele em que foi publicada a respectiva lei e desde que observado o lapso temporal de noventa dias. É a assim conhecida “noventena”. Tal princípio foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 42/2003 com o propósito de imprimir maior segurança jurídica ao sujeito passivo no âmbito da relação jurídico-tributária, assegurando-lhe que qualquer oneração decorrente da criação ou aumento de tributo não seria praticada pela administração fazendária no mesmo exercício financeiro em que fossem publicadas as respectivas leis e, observado ainda, no mínimo, um prazo de noventa dias entre a publicação e a cobrança do tributo novo ou majorado.

Tal alteração mostrou-se necessária diante da prática reiterada da administração fazendária de publicar leis criando ou aumentando tributo no final do exercício financeiro, dia 31 de dezembro, por exemplo, e cobrá-los já a partir do dia 1º de janeiro, com o que restava observada a anterioridade, mas não o caráter “surpresa” que sempre se buscou evitar.

O artigo 150, § 1º, da Constituição Federal, põe a salvo alguns tributos que não precisam, necessariamente, obedecer ao princípio da anterioridade, quais sejam: o imposto sobre a importação de produtos estrangeiros; o imposto sobre a exportação de produtos nacionais ou nacionalizados; o imposto sobre produtos industrializados; o imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro; ou relativos a títulos ou valores mobiliários; e o imposto lança-

do por motivo de guerra externa (artigo 154, inciso II, da Constituição Federal), inclusive os empréstimos compulsórios “para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra ou sua iminência” (artigo 148, inciso I, da CF); e as contribuições sociais que financiarão a seguridade social (artigo 195, incisos I, II e III, da CF), que, no entanto, “só poderão ser exigidas decorridos noventa dias da data de publicação da lei que as houver instituído ou modificado” (artigo 195, § 6º, da CF).

Assim, exceto os tributos explicitados no artigo 150, § 1º, os empréstimos compulsórios criados com base no artigo 148, inciso I, ambos da Constituição Federal, e as contribuições sociais que financiam a seguridade social (artigo 195, incisos I, II e III, da CF), todos os demais tributos somente poderão ser cobrados se observado o princípio da anterioridade.¹⁰⁸

108 Afirma Roque Antonio Carraza: “O contribuinte tem o direito constitucional subjetivo de ver acatado, pelas pessoas tributantes, o princípio da anterioridade. Este direito só pode desaparecer naqueles casos taxativos em que o próprio Texto Magno permite que o tributo incida sobre fatos ocorridos no mesmo exercício em que ele foi criado ou aumentado. O ‘estatuto do contribuinte’ veda que, por via de interpretação extensiva, ou o que é pior, com base no bom-sendo, dilarguemos este elenco. O que ocorreria, em tal hipótese, seria, não uma *interpretação da Constituição*, mas uma *emendatio iconstitutionis*, uma alteração de seu comando, uma *interpretatio abrigans*, com amparo em cogitações políticas de feição subjetivo, que só o constituinte derivado pode validamente fazer (respeitados, é claro, alguns requisitos, máxime o ‘direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’). Portanto, os contribuintes têm de regra, o direito de serem tributados de acordo com as leis tributárias que vigiam no dia 31 de dezembro do ano anterior ao da ocorrência do fato impositivo (fato gerador in concreto)” (CARRAZZA, R. A. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23ª ed. São Paulo: Ma-

O princípio da anterioridade é uma norma de eficácia plena, aplicabilidade imediata e integral, haja vista independência de legislação ou maior esforço interpretativo a lhe integrar o conteúdo, incidindo direta e indiretamente. Trata-se de princípio limite--objetivo em que se extrai da própria norma todos os elementos necessários à sua correta aplicação.

Quanto ao princípio da irretroatividade, a lei, como veículo único para obrigar a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, não pode retroagir, sob pena de ser inconstitucional por agressão ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que assim está redigido: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A lei, como regra genérica, impessoal e preexistente, representa um instrumento que traduz segurança jurídica. Portanto, a sua aplicação retroativa só pode ocorrer quando for benéfica e não ferir direito de terceiro. Daí a vedação expressa de prejuízo ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Na realidade, em face do texto expresso nos artigo 5º, inciso XXXVI, e 150, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, a irretroatividade é a regra, sendo a retroatividade a exceção, e é aplicada somente para beneficiar o contribuinte.

Em matéria tributária, qualquer lei quando aplicada para exigir tributos sobre fatos pretéritos, incorre em in-

lheiros, 2007. p. 210).

constitucional obrigação sem causa.

Segundo leciona Paulo de Barros Carvalho: “Qualquer agressão a essa sentença constitucional representará, ao mesmo tempo, uma investida à estabilidade dos súditos e um ataque ao sumo bem do ordenamento – a certeza do direito”.¹⁰⁹

Nesse princípio, que tem plena eficácia, eis que vem impregnado de intensa força vinculante, podemos observar com nitidez o seu vetor imediato e a sua aplicabilidade integral, tratando-se, também, de princípio limite-objetivo.

3.7. Princípio da liberdade de tráfego

O princípio da liberdade de tráfego está previsto no artigo, 150, inciso V,¹¹⁰ da Constituição Federal, e busca assegurar o direito à livre circulação de pessoas e de bens por todo o território nacional, ao vedar a instituição de impostos cuja hipótese de incidência tenha como critério material, como núcleo, a transposição das fronteiras dos Estados-Membros ou dos Municípios.

A preocupação exteriorizada com o referido princípio não é recente, como leciona Pontes de Miranda: “já o Príncipe Regente, no primeiro orçamento de receitas e despe-

109 CARVALHO, P. de B. *Curso de Direito Tributário*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 74.

110 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.

sas, imunizava de impostos o comércio das Províncias de uma para as outras”.¹¹¹

A previsão não veda a cobrança de impostos em operações de circulação de mercadorias de um para outro Estado, o mesmo se aplicando relativamente aos Municípios, no que concerne aos serviços, o que está vedado é a instituição de impostos, cuja materialidade seja a transposição das fronteiras estaduais ou municipais.

A preservação da liberdade de tráfego, não impede ainda a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público, haja vista que, relativamente a tal cobrança, o dispositivo constitucional abre expressa exceção.

Quanto ao pedágio, José Afonso da Silva afirma que “ele está certamente no limiar do conceito de tributo, tudo dependendo de se dar, ou não, razoável opção aos usuários quanto à outra via não sujeita ao pedágio, mas, na medida em que se expande a todas as rodovias, sua caracterização tributária se acentua”.¹¹²

Convém ressaltar que o pedágio, sob a égide da Constituição Federal anterior, não era considerado tributo, mas uma forma de preço público. Ao consignar expressamente a sua ressalva em relação aos tributos, o legislador constituinte afastou qualquer dúvida quanto à sua efetiva

111 MIRANDA, P. de. *Comentários à Constituição de 1967*. 1ª ed. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 383.

112 SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 596.

natureza tributária.

3.8. Princípio da uniformidade tributária

O princípio da uniformidade tributária está consignado no artigo 151, inciso I,¹¹³ da Constituição Federal, e impõe que a cobrança dos impostos insertos na competência da União seja uniforme em todo o território nacional, vedando, por conseguinte, a distinção de tratamento tributário ou preferência em relação aos Estados-Membros, Municípios ou ao Distrito Federal, admitida, no entanto, a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país.

Trata-se de princípio que decorre do princípio federativo, pois resguarda a isonomia de tratamento tributário, no que concerne aos tributos federais, entre as pessoas políticas de direito público.

O princípio em questão foi, por algum tempo, alvo de várias críticas tendo em vista sua impraticabilidade em um país cujas desigualdades geoeconômicas são tão grandes, o que impreterivelmente implica tratamento diferenciado, a fim de que se viabilize uma política fiscal que nivele a

113 Art. 151. É vedado à União: I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País; (...).

economia nacional, posto que o tratamento uniforme dispensado a situações disformes contribui ainda mais para o agravamento das desigualdades regionais.

O atual dispositivo constitucional, instituidor do princípio da uniformidade geográfica, acolhe agora essas ponderações ao admitir incentivos destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país.

Destaque-se que o princípio em questão, ao mesmo tempo em que veda a atribuição pela União de tratamento desigual entre os Estados-Membros, Municípios, Distrito Federal no exercício da atividade impositiva, por meio da concessão de privilégios e benefícios tributários a uns em detrimento dos demais, abre uma exceção relativamente aos incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as várias regiões do país.

3.9. Princípio da não cumulatividade

A observância da não cumulatividade está prevista no texto constitucional, especialmente, em relação aos tributos plurifásicos, aqueles incidentes em todas as fases da cadeia de circulação econômica, quais sejam: o ICMS, o IPI e as contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS.

O estudo da não cumulatividade tributária revela especial importância, quer por estar intimamente ligado ao princípio da segurança jurídica e à justiça tributária, quer

porque a tributação no Brasil está fortemente calcada em tributos indiretos.

Não obstante a não cumulatividade revele-se como princípio limite-objetivo, pensamos que a norma inserta no artigo 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, que impõe a sua observância para o ICMS,¹¹⁴ possui alta carga valorativa, e está intrinsecamente ligada aos princípios da capacidade contributiva, da segurança jurídica e da justiça tributária.

Embora reconheçamos a presença de valores, tais quais aqueles referidos, inerentes ao princípio em questão, pensamos que a não cumulatividade é um princípio “limite-objetivo”. Ao discorrer sobre o princípio em questão, Paulo de Barros Carvalho afirma:

(...) impõe técnica segundo a qual o valor de tributo devido em cada operação será compensado com a quantia incidente sobre as anteriores, mas preordena-se à concretização de valores como o da justiça na tributação, respeito à capacidade contributiva e uniformidade na distribuição da carga tributária sobre as etapas de circulação e industrialização de produtos.¹¹⁵

114 Art. 155. (...) § 2º - o imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: I - será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

115 CARVALHO, P. de B. *Curso de Direito Tributário*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 220.

Ao descrever de forma objetiva o modo como se implementa a não cumulatividade, compensando-se o que for devido em cada operação com o imposto cobrado nas anteriores, a respectiva disposição constitucional, ao mesmo tempo que estabelece técnica a ser adotada na tributação por via do ICMS, também, limita o exercício do poder de tributar.

Na dicção de Roque Antonio Carrazza, o direito a não cumulatividade:

(...) confere, de modo direto, ao sujeito passivo do ICMS *o direito de abatimento*, oponível, *ipso facto* ao Poder Público no caso de este agir de modo inconstitucional, seja na instituição (providência legislativa), seja na cobrança (atividade administrativa) do tributo.¹¹⁶

No que concerne ao princípio em questão, as exonerações tributárias assumem especial relevo e, embora possam se revestir de distintas modalidades, têm em comum a importante condição de reduzirem a carga tributária.

Qualquer que seja a espécie de exoneração tributária, sempre terá, na condição de providência extrafiscal, caráter excepcional e, em algum grau, impactará sobre a arrecadação com naturais consequências orçamentárias. Tais figuras, segundo pensamos, não podem mitigar, em hipótese alguma, sob nenhum pretexto, o princípio da não cumulatividade, pena de irremissível inconstitucionalidade.

116 Ibidem. p. 355.

Em relação à isenção e a não incidência, a Constituição brasileira contempla regra que veda o aproveitamento do crédito, o que faz nos estritos termos do seu artigo 155, § 2º:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. §2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: I - será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal; II - a isenção ou não incidência, salvo determinação em contrário da legislação: a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes; b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores.

Por amor à coerência, se não há incidência ou se há isenção, o tributo não é pago e, se assim é, não pode gerar crédito para as operações futuras. Ocorre, no entanto, que se tal premissa é verdadeira, quando a isenção alcança todas as etapas do ciclo de circulação econômica do bem, não é verdadeira nas hipóteses em que a exoneração se opera em relação a uma de suas fases apenas.

Em tal circunstância, a inexistência de crédito a ser aproveitado pelo sujeito passivo da etapa seguinte àque-la isenta imprimi-lhe efeito prejudicial, assim como em relação a todas as demais etapas de circulação do bem e, conseqüentemente, ao consumidor final, que, de fato, suportará o ônus financeiro do referido imposto.

Aparentemente, a premissa adotada pelo legislador constituinte parece correta, pois o ICMS adota o modelo “imposto contra imposto” e, conseqüentemente, se o imposto não foi pago, não pode ser abatido, anulado, estornado, etc.

No entanto, a plausibilidade da norma em questão é meramente aparente. Dada a complexidade do sistema de apuração e pagamento do ICMS, tal regra acaba por restringir o princípio da não cumulatividade, o que, segundo pensamos, é inadmissível por malferir aos princípios da capacidade contributiva, isonomia e segurança jurídica, criando, em determinadas circunstâncias, um estado de absoluta injustiça na tributação em relação àqueles alcançados pelo referido comando constitucional, sobretudo em relação aos que acabam por suportar o ônus tributário de operação realizada por terceiro beneficiado pela isenção ou não incidência.

Embora a norma em questão não possa ser considerada inconstitucional, já que foi incluída no texto original da Constituição e não por emenda constitucional, não podemos nos furtar de apontar o descompasso

que gera em relação ao princípio da não cumulatividade.

Pensamos, outrossim, que, embora a Constituição Federal faça referência expressa apenas à isenção e a não incidência, o que pretendeu o constituinte foi vedar o aproveitamento de crédito de tributo não efetivamente pago, o que nos permite concluir que todas as exonerações tributárias parciais ou integrais, qualquer que seja a terminologia que lhes seja atribuída, poderiam ser alcançadas pelo comando constitucional, se reconhecida a sua pertinência e legitimidade.

Otto Bachof, professor da Universidade de Tunbingen, autor da célebre obra “Normas Constitucionais Inconstitucionais”, reconheceu, na década de 50, por ocasião da elaboração da Lei Fundamental de Bonn, a possível existência de conflitos normativos e, portanto, a inconstitucionalidade, entre o texto da Constituição e normas de Direito natural supralegal, conclusão a que chegou ao distinguir Constituição material de Constituição formal. Naquele momento, em seus estudos, inadmitiu a possibilidade de inconstitucionalidade entre normas integrantes do texto original da Constituição, afirmando ainda acreditar na inexistência de hierarquia entre elas, Segundo leciona, em relação ao conflito de normas constitucionais:

Esta questão pode parecer, à primeira vista, paradoxal, pois, na verdade, uma lei constitucional não pode, manifestamente, violar-se a si mesma. Contudo, poderia suceder que uma norma constitucional, de significado secundário, nomea-

damente uma norma formalmente constitucional, fosse de encontro a um preceito material fundamental da Constituição.¹¹⁷

Ao apresentar o seu estudo se refere às “leis de alteração” que, segundo entende, quando contraditórias com princípios e regras integrantes do texto original da Constituição, podem ser consideradas inconstitucionais. Afirma que “a lei de alteração embora sendo ela própria uma norma constitucional formal, seria ela própria inconstitucional” diante de infração material ou formal à Constituição formal.¹¹⁸

Embora Otto Bachof reconheça a possível existência de conflitos entre princípios e regras no âmbito do texto original da Constituição, o autor não admite a possibilidade de inconstitucionalidade em decorrência destes. Bachof sugere que, em casos isolados, pode haver lugar para outro juízo, que, no entanto, não esclarece qual é, referindo-se à hipótese de o constituinte ter buscado um objetivo e atingido outro que, imprevisivelmente, como no presente caso, gera a incompatibilidade,¹¹⁹

117 BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? [s.l.]: Atlântida, 1977. p. 55.

118 Idem. p. 52.

119 Merecem referência as palavras do citado autor: “Em apoio da opinião de KRUGER poderia, quando muito, alegar-se que o próprio legislador constituinte pode não ter visto que ao editar uma certa disposição constitucional se colocava em contradição com as suas decisões de princípio: possivelmente ele não teria querido admitir uma exceção à regra, ou até nem sequer teria controlado suficientemente a compatibilidade de cada norma com suas próprias decisões de princípio. Mas quem poderia provar concludentemente que fosse assim? Ainda que o

Há, definitivamente, incompatibilidade insuperável entre o princípio da não cumulatividade e a regra investigada no âmbito do presente estudo.

Pensamos que, para que a isenção de uma das etapas da cadeia de circulação econômica seja considerada concretamente um benefício tributário, ao sujeito passivo da etapa seguinte deve ser concedido crédito presumido no montante que deveria ter sido recolhido na etapa anterior e não o foi por força de regra isentiva. Caso contrário, a norma constitucional acaba privilegiando um sujeito passivo (o isento) em detrimento dos demais que integram a cadeia de circulação de determinado bem.¹²⁰

material interpretativo pudesse sugerir tal resultado, a verdade é que decisiva para a interpretação da Constituição, como de qualquer outra lei, é em primeira linha a chamada “vontade objetiva do legislador”, isto é, a vontade que um observador expedito se depreende da *própria lei*: ora, no caso de contradição aparente entre um princípio constitucional e uma norma singular da Constituição, tal vontade só pode em princípio ser entendida, ou no sentido de que o legislador constituinte quis admitir essa norma singular como exceção à regra, ou no que negou, pura e simplesmente, a existência de semelhante contradição. Conceder-se-á, todavia, que em casos de contradição insolúvel de uma contradição que também não seja susceptível de interpretar-se através da relação regra-exceção, assim como, por último, em caso de manifesto equívoco, possa haver lugar para outro juízo.” BACHOF, O. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Atlântida, 1951. p. 58-59.

120 Conforme ensina José Eduardo Soares de Melo: “As vedações ao crédito a contribuinte situado em zona intermediária do ciclo mercantil e, à evidência, causam distorções à plena aplicação da sistemática não cumulativa, porque acabam onerando parte da mercadoria. Os créditos são considerados em cada etapa integralmente tributada (aquisição com ICMS), que não afetam diretamente a etapa em que ocorre a proibição ao crédito” (In: MACHADO, H. de B. (Coord.). *Não Cumulatividade Tributária*. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos

Embora formalmente constitucional e fruto do texto originário da Constituição Federal, as regras insertas no artigo 155, § 2º, inciso II, alíneas “a” e “b”, agridem o princípio da não cumulatividade e, com ele, o da igualdade, o da capacidade contributiva, o da vedação da cobrança de tributo com efeito de confisco, o da justiça tributária e o da segurança jurídica.

BREVES REFLEXÕES SOBRE O INTERESSE DE AGIR NA TUTELA INIBITÓRIA TRABALHISTA

Estêvão Mallet

Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Doutor e Livre-Docente em Direito e advogado.

1. Introdução; 2. O interesse de agir como condição da ação; 3. Interesse de agir e obrigação de fazer ou de não fazer; 4. A caracterização do interesse de agir na tutela inibitória; 5. Possibilidade teórica de descumprimento da obrigação legal e interesse de agir; 6. Possibilidade teórica de cumprimento da obrigação legal e interesse de agir; 7. Interesse de agir na tutela inibitória e impetração preventiva de mandado de segurança; 8. Interesse de agir na tutela inibitória trabalhista; 9. Tutela inibitória, prevenção e cautelaridade ou urgência; 10. Conclusão.

1. Introdução.

Tem crescido a olhos vistos, nos últimos tempos, a importância da tutela inibitória no processo do trabalho. Se antes havia, nos litígios trabalhistas, quase que apenas pedidos de natureza ressarcitória, como pagamento de valores não adimplidos durante a vigência do contrato de trabalho, aos poucos se tornam mais comuns pedidos deduzidos contra práticas ilegais, especialmente em ações civis públicas em que se busca evitar a ocorrência do ilícito ou, ao menos, fazê-lo cessar, adequando-se a conduta aos parâmetros normativos aplicáveis. Os pedidos de pagamento de horas extras, por exemplo, tão comuns – recorrentes mesmo – no foro trabalhista, começam a conviver, lado a lado, com pedidos para que sejam respeitados os limites de duração do tempo de trabalho, em particular formulados pelo Ministério Público do Trabalho. Um bom exemplo está no precedente abaixo transcrito:

“O ordenamento jurídico brasileiro permite impedir que os ilícitos trabalhistas perpetuem-se no tempo, evitando-se que a Administração aja somente após a ocorrência do dano e também que cada um dos lesados reclame individualmente a reparação cabível. Demonstrada nos autos a prestação excessiva de horas extraordinárias e a inobservância dos descansos legais, fatos que acabam por acarretar a privação dos momentos de descanso e convívio social dos trabalhadores, ampliando os riscos de acidentes e doenças ocupacionais e também inviabilizando a geração de novos postos de trabalho, revela-se absolutamente

necessária a adoção de medidas, com imposição de obrigações de fazer e não fazer, sob pena de pagamento de multa diária (art. 84, § 4º, da Lei nº 8.078/90), para desestimular o reiterado descumprimento das normas imperativas concernentes à jornada de trabalho.” (TRT – 10ª Reg., 3ª T., RO n. 00748-2011-020-10-00-3, Rel. Douglas Alencar Rodrigues, julg. em 28.08.2013)¹²¹

Ao invés de pagamento ou de ressarcimento por infração à lei, busca-se que a lei não mais seja violada, para não se precisar pedir, adiante, a compensação financeira pelo ilícito.

É uma mudança de grande significado. Reparar a lesão, com pagamento ou indenização, é quase sempre menos adequado do que impedir a sua ocorrência, ao menos para o titular do direito ou para o interesse público. Muitas vezes, a reparação, quando não incompleta e insuficiente, não compensa, de maneira efetiva, a infração à lei, ainda que traga uma vantagem financeira. No campo da medicina e segurança do trabalho percebe-se o ponto com grande nitidez. Não interessa tanto que o empregado receba adicional de insalubridade mas, sempre que possível, que não seja exposto a condição agressiva à sua saúde. De igual modo, impedir que acidentes aconteçam importa muito mais do que reclamar compensação por todos aqueles que se verificam. Nenhuma indenização é suficiente para suplantar, de maneira adequada, a vida perdida, a lesão incapacitante, a intimidade devassada ou a honra conspurcada.

121 DJET de 06.09.2013.

É evidente, pois, a superioridade, teórica, prática e social, em muitos casos, da tutela inibitória. Sem embargo, oferece ela alguma dificuldade, no plano do interesse de agir, dificuldade que está a merecer mais detida reflexão, diante de sua crescente utilização.

2. O interesse de agir como condição da ação.

O novo Código de Processo Civil, no campo das condições da ação, eliminou a referência, existente no Código anterior, à possibilidade jurídica do pedido. Essa condição, que Liebman havia de início considerado – o que a levou a figurar no texto da legislação anterior, por influência de Alfredo Buzaid –, para depois deixar de lado¹²², não consta do art. 337, inciso XI, do novo Código de Processo Civil.

Todavia, o interesse de agir permanece como condição geral de todas as ações. Afinal, sem interesse, não há ação ou, como em França se usa dizer, “*pas d'intérêt pas d'action*”. Daí a previsão do art. 17 do novo Código de Processo Civil : “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. No Código de Processo Civil francês – ainda hoje, passadas já quatro décadas, chamado de *nouveau* – regra de igual teor encontra-se na parte inicial do art. 31: “*L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention...*”.

122 A propósito, Enrico Tullio Liebman, Manual de direito processual civil, Rio de Janeiro, Forense, 1985, vol. I, n. 74, nota 106, p. 160/161.

O interesse processual compreende, como se sabe, o binômio necessidade e adequação (ou utilidade, como também se vê) do provimento buscado¹²³. O primeiro elemento do binômio corresponde a ter de recorrer à ação para obter a satisfação do direito ou, nas palavras de Liebman, à “*necessità di ottenere dal processo la protezione dell’interesse sostanziale*”¹²⁴. O segundo está ligado à compatibilidade do provimento pedido com a efetiva tutela do direito, quer dizer “*l’idoneità del provvedimento domandato*” para satisfazer o direito¹²⁵.

O interesse, como condição da ação, não costuma suscitar grande dificuldade. Nas ações que envolvem

123 Cf. entre tantos, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, São Paulo, Malheiros, 2011, n. 158, p. 281, Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1988, 1º vol., n. 14.2, p. 73 e, no mesmo sentido, mas com alusão ao binômio “necessidade-utilidade”, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado*, São Paulo, RT, 2007, p. 167. Em jurisprudência, também com alusão ao binômio “necessidade-utilidade”, STJ – 1ª T., REsp n. 1.106.764/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julg. em 20.10.2009 *in* DJe de 02.02.2010, TJ – SP, 9ª Câmara. Dir. Púb., Rel. Des José Maria Câmara Junior, Proc. AP n. 9182588-07.2009.8.26.0000, julg. em 21.03.2012 e TJ – RS, 12ª Câmara. Cív., ApCív. n. 70060898723, Rel. Umberto Guaspari Sudbrack, julg. em 16.04.2015 *in* DJ de 20.04.2015. O interesse, portanto, não depende apenas da utilidade, como dá a entender o Código de Processo Civil de Portugal, no art. 30º, ao estatuir, no n. 2: “O interesse em demandar exprime-se pela utilidade derivada da procedência da ação e o interesse em contradizer pelo prejuízo que dessa procedência advenha”.

124 *Manuale di diritto processual civile*, Milano, Giuffrè, 1973, I, n. 74, p. 121.

125 Liebman, *Manuale di diritto processual civile*, cit., I, n. 74, p. 121/122.

obrigação de pagar o interesse decorre do inadimplemento da obrigação, que se traduz em “*uno stato di insoddisfazione*”¹²⁶. Se o empregador não paga os salários, caracteriza-se, *ipso facto*, o interesse de agir. Nem precisa o empregado, é evidente, demonstrar que tentou receber o crédito por meio de cobrança extrajudicial, já que a necessidade de tutela jurisdicional revela-se pela mera resistência deduzida em juízo. E a adequação satisfaz-se com o pedido de pagamento, que tutela o direito violado. O mesmo vale para as ações que envolvem obrigação de fazer. Não se fazendo o que deveria ser feito, surge o interesse de agir, na perspectiva da necessidade. Nas ações constitutivas, de outro lado, o interesse existe *in re ipsa*, diante da impossibilidade de se obter a alteração jurídica sem a intervenção judicial. A necessidade é inerente à natureza vinculada do recurso à tutela jurisdicional¹²⁷.

No caso das ações inibitórias, quando se busca impedir a prática de determinado ato, por conta de proibição prevista em lei, ou assegurar a sua realização, por conta de obrigação imposta por lei, o pedido de condenação a fazer ou a não fazer algo traz alguma sutileza no campo do interesse de agir, em particular no que diz respeito à necessidade do provimento.

126 Sergio Costa, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, UTET, 1980, n. 20, p. 27.

127 Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro cit.*, 1º vol., n. 14.2, p. 73, bem como Sergio Costa, *Manuale di diritto processuale civile cit.*, n. 20, p. 27.

3. Interesse de agir e obrigação de fazer ou de não fazer.

A mera existência de um determinado comando, ainda que dirigido à preservação de direito de natureza fundamental ou de direito com grande importância, não basta para que, *sic et simpliciter*, se postule em juízo provimento voltado a garantir o seu cumprimento. Só por isso não há necessidade do provimento. Considere-se, para melhor ilustrar o afirmado, a previsão, tomada de maneira exemplificativa – haveria muitos outros exemplos a dar –, do art. 29, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho:

“É vedado ao empregador efetuar anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social.”

A relevância da providência legal é indiscutível. Anotações desabonadoras na carteira de trabalho do empregado causam danos sérios, por vezes irreparáveis. Tem o trabalhador mais dificuldade para obter nova colocação, sofrendo ou podendo sofrer diferentes formas de discriminação. É, outrossim, arbitrário e inaceitável que o empregador faça anotações unilaterais em documento público, comprometendo a imagem do trabalhador perante terceiros. Por fim, feita a anotação, não há como simplesmente eliminá-la. Mesmo a riscadura do registro não é solução que apague, por completo, os efeitos do ato ilegal praticado. Permanece, ao menos, uma mácula em documento que pertence ao trabalhador e que sempre pode suscitar alguma dúvida.

Sem embargo, não decorre dessa mera previsão legal o indiscriminado cabimento de pedido inibitório, para que o empregador, qualquer um, não faça anotação desabonadora na carteira de trabalho de seus empregados. A obrigação de respeitar a disposição legal já existe. Resulta da própria imperatividade da norma jurídica posta ou da força obrigatória do direito. Para ir além, quer dizer, para que seja necessário postular a tutela judicial, voltada a obter, em um caso concreto, ordem de não realização de anotação, é preciso demonstrar a real e efetiva pertinência – necessidade mesmo – da tutela. É preciso evidenciar a razão particular para pedir-se o provimento judicial. Não basta a possibilidade, em tese, de ofensa à lei.

Nem é suficiente o receio, subjetivo e gratuito, de que o empregador venha a descumprir a obrigação legal. Não fosse assim, todo e qualquer empregador do país, pela simples circunstância de ter um empregado – podendo, em princípio, descumprir a obrigação de não fazer –, estaria sujeito à uma condenação desse jaez. O absurdo da proposição mostra que, para existir interesse no ajuizamento da ação, para que surja a necessidade da tutela jurisdicional, há de se ir além da mera possibilidade teórica – que sempre existe – de violação da norma, com o fazer ou não fazer contrário ao direito. Reclama-se algo mais.

4. A caracterização do interesse de agir na tutela inibitória.

Para demonstrar o interesse de agir, nas ações de natureza inibitória, é preciso evidenciar – ou alegar, como elemento da causa de pedir, a partir da teoria da asserção¹²⁸ – a real e efetiva necessidade da tutela. O interesse, para utilizar a expressão de Ugo Rocco, deve ser concreto¹²⁹. E isso se dá quando reunidos elementos objetivos e tangíveis de descumprimento atual da obrigação ou de risco relevante de seu descumprimento. Um interesse que seja “*simplement éventuel*”, escrevem os autores franceses, não é suficiente para justificar a propositura de ação¹³⁰.

Como já dito, a simples possibilidade teórica de descumprimento da norma – possibilidade que sempre existe – é insuficiente. O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, ao deparar-se com pedido inibitório formulado pelo Ministério Público, em matéria de proteção do consumidor contra cláusulas abusivas, teve oportunidade de anotar:

“Não existindo no processo qualquer indício de que a ré pretende, no futuro, violar a lei e reutilizar as cláusulas indicadas (contrárias ao DL n.º 240/2006), é evidente que a possibilidade virtual

128 Quer dizer, leva-se em conta, “para verificar as condições da ação, o alegado pela parte na inicial.” (STJ – 4ª T., REsp n. 595.188/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julg. em 22/11/2011 *in* DJ de 29.11.2011)

129 *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, UTET, 1957, I, *parte generale*, p. 326.

130 Jean Vincent e Serge Guinchard, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1999, n. 105, p. 144.

de tal acontecer, porque apenas equacionada pelo MP em termos puramente subjectivos, sem o apoio de qualquer facto exterior (sequer previsível), não pode justificar a necessidade/utilidade de acção inibitória.” (STJ – 1ª Sec., Proc. 684/10, Rel. Moreira Alves, julg. em 05.02.2013)

Quer dizer, para que se justifique pedido de condenação de alguém a fazer algo, que a lei já obriga, ou a não fazer algo, que a lei já proíbe, deve-se verificar uma das seguintes situações, mencionadas na legislação italiana sobre direito de autor, citada por Cristina Rapisarda¹³¹: a) estar em curso o descumprimento da norma legal; b) ter havido, no passado próximo, o reiterado descumprimento da norma legal, com evidência de relevante possibilidade de repetição da conduta ou c) conquanto não verificadas as situações a) e b), evidenciar-se a possibilidade, objetiva e real, de descumprimento da norma legal em futuro próximo¹³².

131 Trata-se da Lei n. 633, de 1941, em cujo art. 156, na secção relativa “ai diritti di utilizzazione economica”, estatui-se: “1. *Chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante in virtù di questa legge oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta sia da parte dell'autore della violazione che di un intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia vietato il proseguimento della violazione. Pronunciando l'inibitoria, il giudice può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento*”.

132 *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, CEDAM, 1987, p. 91/92. Com a mesma sistematização, na doutrina nacional, Paulo Ricardo Pozzolo, *Ação inibitória no processo do trabalho*, São Paulo, LTr, p. 95 e segs., em que se mencionam, como pressuposto para a tutela

No primeiro caso, pendente o descumprimento da norma legal, o interesse é inegável e consiste em fazer cessar o ilícito. É o que prevê, aliás, em um caso específico, o art. 12 do Código Civil brasileiro. “Pode-se exigir que cesse...a lesão, a direito da personalidade...”¹³³. Quem está a fazer o que não poderia ser feito pode – e deve – ser condenado a não mais persistir na conduta ilegal, ou seja, a cessar o comportamento contrário ao direito.

No segundo caso, o interesse fica evidenciado pela probabilidade de descumprimento da norma, constituindo indício do risco de prática do ilícito o antecedente comportamento repetido do agente. Como anota Oliveira Ascensão em matéria de concorrência desleal, mas em termos que bem podem ser extrapolados para qualquer caso de infração legal, provada uma conduta violadora das regras da concorrência desleal, “quando ela possa ser repetida nasce (...) como que uma presunção do perigo dessa

inibitória, as ameaças de “prática do antijurídico”, “continuação do antijurídico” e, por fim, “repetição do antijurídico”. Também assim para Luiz Guilherme Marinoni no artigo “Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito”, p. 5, disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf); acesso em 30.06.2016.

133 Os direitos de personalidade são, aliás, campo fértil para tutelas inibitórias. Por isso, não são raras as regras como a do art. 12 do Código Civil brasileiro. O art. 9, n. 2, do *Code Civil* francês também se refere a “fazer cessar” a lesão, *verbis*: “*Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée*”. Cf., para maior desenvolvimento do tema, que aqui não interessa tratar de modo mais detido, Aldo Frignani, *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 243 e segs.

repetição”¹³⁴. Na jurisprudência colhe-se precedente ilustrativo da hipótese:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FUNCIONAMENTO DA RÉ EM DIAS DE FERIADO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EM CONVENÇÃO COLETIVA. DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NA LEI Nº 11.603/2001. TUTELA INIBITÓRIA DEFERIDA. Extrai-se do disposto no art. 6º-A da Lei nº 10.101/2000, incluído pela Lei nº 11.603/2007, que o trabalho, no comércio em geral, nos dias de feriados está condicionado à autorização em Convenção Coletiva de Trabalho. Sobejamente comprovado que a Ré se mostra reticente em cumprir comando expresso de lei agindo, inclusive, de forma escusa ao firmar compromisso perante o Parquet no ano de 2009, mesmo sem formalização do TAC, e no ano seguinte age de forma diametralmente oposta aquela que havia se comprometido, o deferimento da tutela inibitória é medida que se impõe.” (TRT – 10ª Reg., 3ª T., Proc. 00112-2011-015-10-00-6 RO, Rel. José Leone Cordeiro Leite, julg. em 10.10.2012)¹³⁵.

No último caso, o risco decorre não de infração pretérita da norma, mas de comportamentos indicativos de propósito de infringi-la em futuro próximo. São atos preparatórios que constituem indício da intenção de infringir a obrigação legal. Quem divulga, inclusive publicamente, que pretende invadir e ocupar imóvel alheio, tomando

134 Concorrência Desleal, Coimbra, Almedina, 2002, p. 262.

135 DJ de 19.10.2012.

providências para fazê-lo, pode ter contra si deferido interdito proibitório, nos termos do art. 567 do CPC, ainda que não tenha de fato iniciado o ato de invasão, ou seja, mesmo que não tenha ainda praticado nenhum ilícito.

É, pois, excessiva a afirmação que se encontra em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que descaracteriza o interesse de agir para a tutela inibitória pelo mero fato de não haver, no momento do exame do pedido, infração legal em curso. A ementa do acórdão tem, na passagem que interessa, o seguinte teor: “Tendo na devida conta o real interesse que a acção inibitória demarca – fazer proibir para o futuro o uso de cláusulas contratuais gerais que atentem contra a boa-fé – havemos de concluir que, porque o Banco demandado não pratica agora essa apregoada infracção, se não justifica seja condenado a omitir a prática de uma acção que ele efetivamente não está a executar”¹³⁶. O erro está em supor que o “não estar a executar” baste para afastar o interesse. Quem não está a executar o que é proibido, mas dá indicações objetivas de que irá fazê-lo em breve, pode ser inibido sim. Há interesse para pedir a tutela processual. Trata do ponto em termos corretos a Lei Geral de Defesa dos Consumidores espanhola, aprovada pelo Real Decreto Legislativo n. 1/2007.

136 STJ – 7ª Sec., Proc. 1593.08.0TJLSB.LL.S 1, Rel. Silva Gonçalves, julg. em 12.05.2011.

Ao disciplinar a *acción de cesación*, correspondente à ação inibitória do direito brasileiro, preceitua, no art. 53: “*La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato*”.

5. Possibilidade teórica de descumprimento da obrigação legal e interesse de agir.

Qualquer um há de concordar que a mera possibilidade, em tese e de feição especulativa, de descumprimento da norma não basta para que se postule a tutela inibitória. O exemplo já utilizado, da proibição de anotação desabonadora, afigura-se suficientemente eloquente e merece ser retomado. Todo empregador pode, em teoria, descumprir a obrigação do art. 29, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Não é, porém, qualquer empregador que pode ser acionado para que não a descumpra. Para acionar algum empregador é preciso demonstrar o interesse e evidenciar a necessidade da tutela pedida, assertiva que se aplica a quaisquer outros pedidos de tutela inibitória, como os que venham a se fundar, por exemplo, nos arts. 70, 130, § 1º, 319, 390, 404, 413, 469 da CLT, entre tantos outros.

Como escreve Celso Agrícola Barbi, para que se justifique pedido voltado a prevenir a violação à lei, a ameaça de que isso ocorra “deve ser objetiva e atual... vale dizer, traduzida por fatos e atos e não por meras suposições...”¹³⁷. Nas palavras de Montesano, o ilícito que se quer evitar com o pedido de inibição não deve ser “*di remota possibilità, ma incombere con vicina probabilità*”¹³⁸. Em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal encontra-se afirmação expressiva, amparada na *reductio ad absurdum* e que mostra bem o cuidado que se deve ter na apuração do interesse de agir, sob pena de manifesto excesso. Ao tratar do interesse para coibir o descumprimento de obrigação legal ou contratual, a decisão anota, em termos que são irrespondíveis, ainda que em grande medida caricaturais:

“...ninguém pode dizer que a pessoa demandada não venha a pôr em perigo ou violar o direito de que o autor se arroga. Na verdade, não se pode dizer, com absoluta segurança, que uma pessoa aleatoriamente escolhida numa lista telefônica não venha a violar ou a pôr em perigo o direito de propriedade dum bem que nem sequer sabe que existe.” (STJ – 2ª Sec., Proc. 2839/08.0YXLSB.

137 Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1992, vol. I, p. 27.

138 *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, Jovene, 1955, p. 78. De igual modo, subscrevendo o enunciado, Proto Pisani, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC em Appunti sulla giustizia civile*, Bari, Cacucci, 1982, p. 389. Na doutrina nacional, com alusão à “probabilidade de prática...de atos contrários ao direito”, cf. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, Código de Processo Civil comentado artigo por artigo, São Paulo, RT, 2008, p. 425.

A jurisprudência nacional tem muito presente a circunstância indicada, a respeito dos contornos próprios do interesse de agir. Seguidamente enfatiza que, para postular-se tutela inibitória, não é suficiente possibilidade de ofensa à lei. Essa possibilidade sempre existe. Aliás, norma jurídica com comando que não pudesse ser violado, por impor conduta que materialmente não há como deixar de observar, seria uma completa superfetação. O Direito prescreve o que deve ser. Logo, a norma jurídica supõe, necessariamente, a possibilidade do não-ser, ou seja, o seu descumprimento. Não faz sentido legislar sobre o que inevitavelmente acontece. A lei da gravidade não precisa ser imposta por nenhuma norma jurídica, pois não há como violá-la, desconsiderada, é claro, a teoria da relatividade, que aqui se pode deixar de lado sem prejuízo para o raciocínio. Por isso, Kelsen chamou atenção para a diferença entre a necessidade causal, que se manifesta nas proposições enunciadas pelas ciências naturais, e a necessidade normativa, pertinente à ciência do Direito¹³⁹. O legislador não precisa dizer que o tempo deve fluir naturalmente. O tempo sempre fluirá naturalmente, diga o que disser o legislador. Trata-se de lei física. Mas o legislador pode, sim, dizer que, transcorrido certo tempo com posse mansa e pacífica, adquire-se a propriedade. Pode também não o dizer. Se não o disser, não se produz o fato jurídico.

139 Teoria geral das normas, Porto Alegre, Sergio Fabris, 1986, p. 29.

De qualquer sorte, para acionar-se a jurisdição, com pedido de tutela inibitória, deve haver mais do que a singela possibilidade do não-ser, sempre existente, que é mesmo inerente a qualquer norma jurídica; deve haver probabilidade de que isso venha a ocorrer¹⁴⁰, o que é muito diverso. Um bom exemplo encontra-se em julgado, cuja ementa se transcreve adiante:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA JURISDICIONAL INIBITÓRIA. CONTRATAÇÃO PELO BANCO DO BRASIL MEDIANTE PROVIMENTO DERIVADO, SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO. PEDIDO DE ATUAÇÃO JUDICIAL PARA FIXAÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER, PARA OBSERVAÇÃO DA IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL (ART. 37, II). FATOS PRETÉRITOS, SEM CONTINUIDADE PRESENTE. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DE REITERAÇÃO DO ILÍCITO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. 1. A função jurisdicional somente pode atuar de forma preventiva, a evitar possível lesão a direito, nos casos em que as circunstâncias evidenciarem real possibilidade. A tutela inibitória deve ser concedida apenas se presente a probabilidade de ocorrência futura do ilícito, situação que não se revela nos autos. 2. É notório que o Banco do Brasil tem reiteradamente promovido concursos públicos para o ingresso na carreira de escriturário, não havendo,

140 Em jurisprudência: “Tutela inibitória. Prova. Inexistindo prova da probabilidade do ilícito, não há como vir a ser deferida a tutela inibitória pretendida.” (TRT – 5ª Reg., 1ª T., Proc. n. 0088600-70.2004.5.05.0461, Rel. Vânia J. T. Chaves, Ac. nº 026291/2007, in DJ de 18.09.2007).

nos últimos anos, qualquer apontamento de burla à norma prevista no art. 37, II, da Carta Política. 3. O próprio Ministério Público Federal, através da Procuradoria da República no Distrito Federal, manifestou-se no sentido de que os atos que deram origem à presente ação civil pública ocorreram entre 1992 e 1993, quando ainda não pacificado o entendimento jurisprudencial que obsta o provimento derivado de cargos e empregos públicos, o que somente ocorreu com o julgamento da ADI 837/DF pelo STF. 4. Havendo efetivo rompimento, na atualidade, da prática de investidura em emprego público sem prévia aprovação em concurso, mediante provimento derivado, não se acolhe o argumento baseado em fatos pretéritos. Inexiste interesse de agir do Ministério Público Federal quanto à abstenção pretendida. 5. Apelação do Ministério Público Federal improvida.” (TRF – 1ª Reg., 5ª T., AC n. 0018057-62.1995.4.01.3400, Rel. Selene Maria de Almeida, julg. em 16.12.2013)¹⁴¹

No Superior Tribunal de Justiça, certa ocasião, anotou-se:

“...O deferimento da tutela inibitória, que procura impedir a violação do próprio direito material, exige cuidado redobrado, sendo imprescindível que se demonstre: (i) a presença de um risco concreto de ofensa do direito, evidenciando a existência de circunstâncias que apontem, com alto grau de segurança, para a provável prática futura, pelo réu, de ato antijurídico contra o autor...” (STJ – 3ª T., REsp n. 1.388.994/SP, Rel.

141 e-DJF1 de 10.01.2014, p.289.

Na Justiça do Trabalho colhe-se precedente em que se afasta o cabimento do pedido inibitório, deduzido em ação civil pública, para coibir ato apenas suposto. Anota o acórdão, em termos irresponsáveis, que “não há campo para o deferimento de uma tutela genérica que objetive inibir a prática de atos futuros que supostamente possam vir a atentar contra o ordenamento jurídico, porquanto ninguém pode se escusar ao cumprimento da lei”. Mais adiante o mesmo julgado toca com precisão o ponto, quando extingue a ação por ausência do “binômio necessidade-utilidade da tutela solicitada no processo”. A ementa tem o seguinte teor:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. TUTELA INIBITÓRIA. CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA PELA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SEM OBSERVÂNCIA À REGRA DO CONCURSO PÚBLICO. PERDA DO OBJETO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. Vencida no decorrer do processo a pretensão ministerial através do cumprimento do objeto da obrigação de fazer, não se cogita do deferimento de tutela que almeje proteção a uma obrigação de não fazer, por total ausência de suporte. Diante do cumprimento da obrigação própria, realização de concurso público para a contratação de profissionais da área da saúde, o objeto da presente ação

142 DJe de 29.11.2013.

restou devidamente satisfeito, atingido. A tutela inibitória destina-se a impedir a prática de uma irregularidade, sua repetição ou continuação. Assim, seu deferimento por meio de pronunciamento judicial pressupõe a existência de ato irregular a ser coibido, que não mais se verifica. Subsumindo-se as pretensões à regularização da contratação de profissionais médicos mediante concurso público pelo Município Réu e latente, portanto, o sucesso da empreitada ministerial, não há campo para o deferimento de uma tutela genérica que objetive inibir a prática de atos futuros que supostamente possam vir a atentar contra o ordenamento jurídico, porquanto ninguém pode se escusar ao cumprimento da lei. Com efeito, reside o interesse de agir no binômio necessidade-utilidade da tutela solicitada no processo, o qual não mais se observa. Recurso do Autor a que se nega provimento. (TRT – 9ª Reg., 1ª T., Proc. 1494-2007-669-9-0-5, Rel. Ubirajara Carlos Mendes)¹⁴³

Em outro aresto, também da Justiça do Trabalho, o pedido de tutela inibitória é repellido, mesmo diante de descumprimento, no passado, de certa obrigação legal, descumprimento que cessou e de cuja repetição não se tem mais notícia. Pondera-se, na decisão, que “não se pode presumir futura e incerta prática de conduta ilícita. Na verdade, não se pode pressupor que quem já desobedeceu a lei em alguma oportunidade, terá essa mesma conduta eternamente”; eis o teor da íntegra da ementa:

143 DJ de 18.06.2010.

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. EVENTO FUTURO INCERTO. A tutela inibitória só tem cabimento na hipótese de existir lesão ou ameaça concreta de lesão, sendo inadmissível quando a lesão é apenas potencial ou provável. Portanto, não há amparo legal para deferir obrigação de fazer ou não-fazer a pretexto de impedir repetição de ilicitude que já foi sanada, posto que não se pode presumir futura e incerta prática de conduta ilícita. Na verdade, não se pode pressupor que quem já desobedeceu a lei em alguma oportunidade, terá essa mesma conduta eternamente. Por consequência, se é inquestionável que as irregularidades apontadas na inicial já foram sanadas, não há motivo para condenar a empresa ao cumprimento de obrigação de fazer em que não há prova de que tenha sido desatendida ou indício de que será descumprida.” (TRT – 15ª Reg., 5ª Câmb., 3ª T., PROC. RO n. 0002462-93.2011.5.15.0003, Rel. Edna Pedroso Romanini, Ac. n. 089859/2013-PATR)¹⁴⁴

144 Em termos muito próximos, ainda: “ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE GLP SEM OBSERVÂNCIA DE REGRAS TÉCNICAS DE SEGURANÇA. RISCO CAUSADO AOS CONSUMIDORES. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO E OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE. INQUÉRITO CIVIL PRESCINDÍVEL. TUTELA INIBITÓRIA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. CARACTERIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO AFASTADA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. ART. 94 DO CDC NÃO APLICÁVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL INEXISTENTE. APELAÇÃO PROVIDA...3. Quanto à tutela inibitória perseguida, resta evidente a falta de interesse processual do MPF, por não restar comprovada a reiteração da conduta apontada como lesiva pela empresa ré no período de 06 anos decorrido entre a data da autuação e o ajuizamento desta ação...8. Apelação da empresa ré provida, para declarar a extinção do processo sem julgamento do mérito quanto à pretensão à tutela inibitória

Em matéria de dispensa coletiva, deixou-se de acolher pedido inibitório pela ausência de demonstração, “ao menos por indício, de fato concreto e objetivo que implique fundado receio da prática (manutenção ou repetição) de ato ilícito, a justificar deferimento da pretensão”. Confira-se a ementa na íntegra:

“TUTELA INIBITÓRIA. DISPENSA COLETIVA. IMPRESCINDIBILIDADE DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. AUSÊNCIA DE FUNDADO RECEIO DA PRÁTICA DE ATO ILÍCITO. (...)No caso concreto, a discussão não diz respeito à ineficácia da dispensa coletiva havida e suas consequências jurídicas em relação aos empregados dispensados. Formula o autor pretensão de natureza inibitória, para que a reclamada se abstenha de realizar dispensa coletiva de empregados, sem entabular negociação com o respectivo sindicato profissional. A tutela preventiva pressupõe demonstração, ao menos por indício, de fato concreto e objetivo que implique fundado receio da prática (manutenção ou repetição) de ato ilícito, a justificar deferimento da pretensão. Não se vislumbra dos elementos dos autos, situação concreta de ameaça de lesão a direito, em relação àqueles empregados que permanecem na empresa, inexistindo provas indiciárias da manutenção dos

ria, excluir da condenação judicial de 1ª grau a condenação relativa a danos individuais específicos dos consumidores e julgar improcedente o pedido inicial de indenização por danos difusos”. (TRF – 5ª Reg., 1ª T., AC n. 0016381-81.2005.4.05.8100, Rel. Emiliano Zapata Leitão, julg. em 14.012.010 *in* DJe de 28.01.2010, p. 101).

motivos que, à época, forçaram a empresa a reduzir significativamente a produção e, conseqüentemente, a mão-de-obra. Recurso ordinário do autor ao qual se nega provimento.” (TRT – 9ª Reg., 3ª T., Proc. n. 01387-2012-025-09-00-0, Rel. Archimedes Castro Campos Júnior, Ac. n. 48164/2013)¹⁴⁵

6. Possibilidade teórica de cumprimento da obrigação legal e interesse de agir.

Tal como a simples possibilidade teórica de descumprimento da obrigação não é suficiente para caracterizar o interesse de agir próprio da tutela inibitória a singela possibilidade teórica de que ocorra o contrário – quer dizer, a possibilidade de que a obrigação seja cumprida – não basta para descaracterizar esse mesmo interesse. Na verdade, uma obrigação que não pudesse ser cumprida em rigor seria ilícita, por impossibilidade do objeto (Código Civil, art. 177, inciso II). A licitude da obrigação supõe a possibilidade de seu cumprimento. *Ad impossibilia nemo tenetur*.

Logo, toda obrigação validamente estabelecida sempre pode, em tese, ser cumprida. Se, a despeito disso, há indicação, fundada em elementos objetivos, de que esse cumprimento não vai ocorrer, há interesse para pedir tutela voltada a assegurar o *facere* previsto em lei.

145 DEJT de 29.11.2013.

Não se deve dizer, portanto, faltar interesse quando se está diante “de uma obrigação prevista em lei, que pode ser cumprida pelo acionado *sponte propria*”¹⁴⁶. Essa possibilidade, por si só, não exclui a pertinência de provimento destinado a garantir o cumprimento.

7. Interesse de agir na tutela inibitória e impetração preventiva de mandado de segurança.

A peculiaridade do interesse de agir na tutela inibitória, que se procurou assinalar ao longo do presente texto, ainda que em termos sumários, guarda similitude com o problema da impetração preventiva de mandado de segurança. No fundo, a questão é a mesma, ainda que sob vestes diferentes.

Não se discute o cabimento, em tese, de impetração preventiva de mandado de segurança, antes de verificação a lesão a direito líquido e certo. A Lei n. 12.016, tal como a anterior Lei n. 1.533, refere-se ao pedido deduzido com fundamento em “justo receio” de uma lesão¹⁴⁷. Não basta, porém, possibilidade meramente teórica da lesão. A jurisprudência é bem tranquila no ponto, ainda que, tecnicamente, nem sempre situe no campo do interesse de agir o

146 A ementa toda tem o seguinte teor: “Inexiste interesse de agir da parte autora, que justifique a pretensão na condenação do Município nas parcelas vincendas do FGTS, após o trânsito em julgado da sentença, porquanto se trata de uma obrigação prevista em lei, que pode ser cumprida pelo acionado *sponte propria*.” (TRT 5ª Reg., 4ª T., RO n. 0001074-25.2011.5.05.0492, Rel. Lourdes Linhares, DJ 23.10.2012)

147 Art. 1º. Na Lei n. 1.533 a previsão estava também no art. 1º.

problema do cabimento da impetração preventiva. O ares-to a seguir citado, de qualquer sorte, é correto em sua con-clusão:

“O cabimento de mandado de segurança pre-ventivo exige muito mais do que um mero receio subjetivo da lesão a um direito, mas sim a existên-cia de uma ameaça real, plausível, concreta e ob-jetiva, traduzida em atos da Administração prepa-ratórios ou ao menos indicativos da tendência da autoridade pública a praticar o ato ou a se omitir deliberadamente quando esteja obrigada a agir.” (STJ – 1ª Sec., MS n. 20.393/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julg. em 23.09.2015)¹⁴⁸

O que o legislador quis indicar, ao qualificar o receio exigido para a impetração preventiva como “justo”, foi exatamente que esse receio deve ser relevante, sério e ob-jetivo, a extrapolar a mera possibilidade, teórica, da lesão. A observação de Celso Agrícola Barbi é pertinente: “o que deve ser qualificado não é o receio, mas a ameaça, que é elemento objetivo”¹⁴⁹. Se apenas existe a possibilidade teórica de violação da obrigação legal, não há interesse de agir. Se, ao contrário, estão em curso atos preparatórios – “atos concretos”, como se lê em um acórdão formado em ação de interdito¹⁵⁰ –, o interesse configura-se plenamente.

148 DJe de 30.09.2015.

149 Do mandado de segurança, Rio de Janeiro, Forense, 1976, n. 91, p. 106/107.

150 “O instituto previsto no art. 932 do Código de Processo Civil destina-se a resguardar o possuidor de ameaça à turbação de sua posse, sendo requisito para o ajuizamento da pretensão (que é a de interdito proibitório) o justo receio de ser-se molestado na possessão, justo re-

Daí que a mera existência de uma alternativa hermenêutica que envolva violação de direito de alguém, ou ofensa à garantia constitucional, não é bastante para que se postule a tutela inibitória.

“1. A suposta violação, alegada pela impetrante, resume-se a uma possível interpretação da legislação sanitária que poderá ser aplicada pela administração pública, no exercício do poder de polícia. 2. Da mesma forma que não é cabível impetrar mandado de segurança contra lei em tese, inaplicável a impetração do remédio heroico contra ato administrativo baseado apenas e tão somente em possível interpretação da legislação.” (TJ – PR, 5ª Câ. Cív., Proc. n. 1103934-6 (Acórdão), Rel. Nilson Mizuta, julg. em 19.11.2013)

Quando, por exemplo, se faz consulta tributária no âmbito da Administração Pública, resposta ofensiva a direito do contribuinte autoriza pedido inibitório, mesmo sob a forma de mandado de segurança preventivo. É o que a doutrina anota: “A resposta a consulta formulada em face de situação concreta, pode significar uma cobrança de tributo, feita administrativamente, inclusive sob a ameaça de sanções legalmente previstas para o inadimplente da obrigação tributária. E sendo assim, enseja, indubitavelmente, a impetração de mandado de segurança. De todo modo, ainda que não significasse uma lesão ao direito do

ceio que não é mero temor subjetivo, mas apreensão resultante de atos concretos de ameaça iminente e efetiva ao direito do autor.” (TJ – SP, 1ª Câ. Extraord. Dir. Púb., Ap. n. 9186805-35.2005.8.26.0000, Rel. Ricardo Dip, julg. em 27.05.2014 *in* DJ de 29.05.2014).

impetrante, de não ser molestado com cobranças indevidas, significaria uma ameaça concreta de agressão a seu patrimônio, a ser executada mediante a posterior cobrança judicial. Por isto o cabimento do mandado de segurança, em caráter preventivo, não admite, nesses casos, qualquer contestação razoável”¹⁵¹. A jurisprudência segue a mesma linha:

“É cabível o mandado de segurança preventivo em face de resposta desfavorável à consulta tributária diante de situação concreta, exurgindo justo o receio do contribuinte de que se efetive a cobrança do tributo.” (STJ – 1ª T., REsp 615.335/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julg. em 11.05.2004)¹⁵²

8. Interesse de agir na tutela inibitória trabalhista.

Em matéria trabalhista, o fato de ter sido negada a satisfação de certa pretensão a muitos empregados, sob pretexto de não estar ela amparada na correta interpretação das normas legais ou convencionais aplicáveis, pode caracterizar o “justo receio” exigível para a propositura de ação, ainda que permaneça – como tem de ser – a possibilidade de o empregador voltar atrás, mudar de opinião e passar a cumprir a obrigação. No exemplo das anotações desabonadoras, se a empresa sempre as faz quando dispensa um empregado com justa causa, o trabalhador, cujo contrato de trabalho é rescindido em tais condições tem interesse

151 Hugo de Brito Machado, Mandado de Segurança em Matéria Tributária, São Paulo, RT, 1994, p. 284/285.

152 DJ de 31.05.2004 p. 238.

em postular tutela inibitória, para que a anotação não ocorra. Já ao empregado que apenas receia ser dispensado, sem que tenha qualquer elemento concreto a fundamentar o seu temor, falta-lhe interesse de agir.

No plano coletivo, pode-se pensar em inibição relacionada com a negociação coletiva. Como no direito português, consoante a previsão do art. 25º do Decreto-lei n. 446/85, sobre o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais¹⁵³, concebe-se pedido inibitório voltado a impedir que certa modalidade de cláusula contratual seja inserida em acordo ou convenção coletiva de trabalho. **Há interesse de agir quando se demonstra ter sido a cláusula utilizada no passado recente.** Se a cláusula envolve ilícito, é de admitir pedido voltado a que não seja mais ela adotada, nas próximas negociações, sem prejuízo de eventual pedido cumulado (CPC, art. 327) de declaração de invalidade da cláusula em vigor, além de perdas e danos ou outra consequência jurídica, se for o caso¹⁵⁴. Para tomar

153 O dispositivo estabelece, *verbis*: “As cláusulas contratuais gerais, elaboradas para utilização futura, quando contrariem o disposto nos artigos 15.º, 16.º, 18.º, 19.º, 21.º e 22.º podem ser proibidas por decisão judicial, independentemente da sua inclusão efectiva em contratos singulares”.

154 É o que prevê expressamente a Lei Geral de Defesa dos Consumidores espanhola, aprovada pelo Real Decreto Legislativo n. 1/2007, em cujo art. 53, no tratamento das chamadas *acciones de cesación*, estabelece-se: “*A cualquier acción de cesación podrá acumularse siempre que se solicite la de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la de indemnización de daños y*

um exemplo prático, se o acordo coletivo exclui do direito à participação nos lucros os empregados dispensados antes do final do período de apuração, é concebível, diante da jurisprudência que se veio a firmar¹⁵⁵, pedido inibitório voltado à inclusão de cláusula com semelhante previsão nas próximas negociações, com pedido declaratório de invalidade da previsão existente e condenatório de pagamento da vantagem aos empregados dispensados em tais condições.

9. Tutela inibitória, prevenção e cautelaridade ou urgência.

Há certamente uma nota de prevenção, em sentido lato, na tutela inibitória. Quando se pede provimento voltado a impedir que certa conduta venha a ocorrer ou continue a ocorrer, pretende-se, no fundo, prevenir o ilícito¹⁵⁶ ou impedir a sua perpetuação. Por isso, não é incomum falar-

perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas. de dicha acción acumulada accesoria conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal". Bem se vê que a cumulação, satisfeitos os respectivos pressupostos, pode ter lugar em qualquer ação inibitória, não apenas naquelas relacionadas com as relações de consumo.

155 Súmula 451 do Tribunal Superior do Trabalho.

156 "Diante da ameaça/ risco/ perigo de violação às Normas Regulamentadoras, procede a tutela inibitória com o fim de impedir que o ilícito volte a ocorrer. Vale dizer, a tutela deferida visa obstar, evitar, prevenir a reiteração das irregularidades constatadas pela fiscalização do trabalho. Recurso parcialmente provido." (TRT – 1ª Reg., 5ª T, Proc. RO n. 0088100-02.2009.5.01.0053, Rel. Bruno Losada Albuquerque Lopes, julg. em 16.07.2013 in 24.07.2013).

se no “caráter preventivo” das tutelas inibitórias¹⁵⁷, inclusive no interdito¹⁵⁸. Em certas normas legais – como, por exemplo, na Lei portuguesa n. 24/96, conhecida como Lei de Defesa do Consumidor – a ação inibitória vem tratada sob a rubrica do “direito à prevenção”¹⁵⁹. Algumas vezes, no entanto, vai-se além e relaciona-se a tutela inibitória com a tutela cautelar ou urgente, como forma de evitar dano irreparável ou de difícil reparação¹⁶⁰. É preciso,

157 Luiz Guilherme Marinoni, “Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito” cit., p. 42, com referência à preventividade como elemento presente tanto nas ações inibitórias como na ação cautelar. Na doutrina portuguesa, António Pinto Monteiro - O novo regime jurídico dos contratos de adesão / cláusulas contratuais gerais, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=3328&ida=3346; acesso em 01.07.2016.

158 Assim, por exemplo, no seguinte acórdão: “O interdito proibitório é uma medida, de caráter preventivo, que objetiva proteger a posse que se encontra sob ameaça, de modo a prevenir ou evitar o perigo de turbação ou esbulho.” (TJ – RS, 18ª Câmara Cív., Ap. Cív. n. 70065411670, Rel. Heleno Tregnago Saraiva, julg. em 13.08.2015).

159 É o que está no art. 10º, em cujo n. 1 dispõe-se: “É assegurado o direito de ação monitoria destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei...”

160 É o que se vê no seguinte acórdão: “Tutela inibitória. Prevenção de eventuais medidas de retaliação. Requerida em face do empregador, pela interposição de ação trabalhista no curso do contrato de trabalho. Alegações genéricas não preenchem os requisitos do artigo 273 do CPC. Requerimento que se indefere.” (TRT – 2ª Reg., 14ª T., Proc. 0003305-27.2013.5.02.0043, Rel. Regina Aparecida Duarte, julg. em 26.02.2015 in DJ de 13.03.2015). Cf, ainda, com menção à irreparabilidade da lesão como elemento integrante do tipo para cuja tutela se formula pedido inibitório: “A tutela inibitória, prevista no artigo 461 § 5º do CPC e no art. 84 do CDC, é uma atuação jurisdicional que tem como objetivo a prevenção de prática de um ato ilícito, de forma que são pressupostos para a concessão da tutela inibitória a probabilidade da prática ou da continua-

porém, separar as coisas e evitar confusões.

Nem todo risco de prática de ilícito implica ameaça de dano irreparável ou de difícil reparação. Pode haver inibição cautelar ou, na terminologia atual, urgente¹⁶¹ e inibição não cautelar ou não urgente. Os pressupostos para as medidas não são os mesmos nem são cumulativos. A legislação francesa distingue as situações. No art. 9 do *Code Civil*, antes referido e relativo à lesão “à l’intimité de la vie privée”, o legislador considera duas hipóteses diferentes, a saber, existência de urgência ou não. Apenas no primeiro caso admite provimentos (“*mesures*”) que sejam “*ordonnées en référé*”. Alguns exemplos facilitam a percepção melhor o afirmado.

Quando se pede que o empregador seja condenado a não mais conceder intervalo de 50 minutos aos seus empregados, pretende-se prevenir ofensa ao art. 71, *caput*, da CLT. Eis aí o aspecto preventivo do pedido. No entanto, a pretensão deduzida, por não envolver, em tese, risco de dano irreparável ou de difícil reparação, não se reveste de natureza urgente. Não autoriza o provimento do art. 300, § 2º, do CPC nem se sujeita aos respectivos pressupostos.

ção ou da repetição de um ilícito que possa violar direitos irreparáveis.” (TJ – PR, 6ª Câm. Cív., Ap. Cív. n. 1.346.896-9, Rel. Prestes Mattar julg. em 05.05.2015). Em doutrina, tratando da prevenção do ilícito no âmbito apenas das “providências cautelares” do direito português, Rita Cardoso Alves, *A concorrência desleal*, Porto, Universidade Católica Portuguesa (dissertação de mestrado), 2013, p. 26, disponível em <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17336/1/Tese%20Rita%20Alves.pdf>; acesso em 01.07.2016.

161 CPC, art. 300.

O cenário é diverso, contudo, se o que se busca é cessação de prática contrária a norma de medicina e segurança do trabalho, havendo, ao mesmo tempo, risco de acidente. Imagine-se a falta de um equipamento de segurança obrigatório em uma máquina, como, por exemplo, uma prensa a funcionar em desacordo com a NR 12, sem comandos bimanuais, na forma do item 2.1.2. Há infração à obrigação legal. No caso, porém, a prevenção que se busca adquire natureza urgente, diante do risco de dano irreparável ou de difícil reparação – considerada a irreparabilidade *in re ipsa* dos acidentes que envolvam lesão à pessoa¹⁶² –, e autoriza provimento cautelar¹⁶³.

É importante ter em conta a distinção, para não supor que todo pedido inibitório dependa de prova de risco de lesão irreparável ou de difícil reparação – o que é errado – e tampouco para imaginar que a tutela urgente ou cautelar tenha natureza apenas inibitória – o que também é errado.

162 Ainda que o acidente não deixe sequelas, a irreparabilidade não desaparece só por isso. O período de convalescência, com dores ou limitações à pessoa, implica irreparabilidade do dano, diante da impossibilidade de afastar-se o sofrimento sentido ou de restituir-se o tempo de inatividade ou de limitação da capacidade de ação.

163 Nem a antiga tutela cautelar – hoje tutela de urgência – contenta-se apenas com “a probabilidade do dano”, como parece afirmar Luiz Guilherme Marinoni (“Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito” cit., p. 42), nem há que buscar necessariamente um processo principal para as tutelas de urgência ou cautelares.

10. Conclusão.

O interesse de agir na tutela inibitória exige certa atenção. Mal compreendido, pode levar ao extravasamento da tutela processual ou à sua indevida restrição, em ambos os casos com resultados tecnicamente incorretos e praticamente perniciosos.

GUARDA EXERCIDA PELOS PAIS: UM INSTITUTO VAZIO, INÚTIL E PERIGOSO¹⁶⁴.

José Fernando Simão

Mestre, Doutor e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP. Professor do Departamento de Direito Civil da USP.

Resumo: Trata-se de uma reflexão acerca da razão da confusão conceitual entre guarda e poder familiar, bem como pela necessidade de manutenção da guarda no sistema brasileiro.

Abstract: It presents a reflection on the grounds of conceptual confusion between custody and parental rights, along with the need to maintain the custody in the Brazilian legal system.

164 Dedico esse pequeno texto ao amigo e mestre Waldyr Grisard Filho, cujos estudos sobre guarda mudaram o Direito de Família e servem de referência segura a todos que querem se debruçar sobre o tema. Uma nota especial de agradecimento ao Mestre Grisard que, em tempos idos, com sua generosidade e grandeza me recebeu em terras paraenses com deferência ímpar.

Palavras-chave: guarda, menor, poder familiar, melhor interesse, modalidades de guarda.

Keywords: custody, child, parental rights, best interest, types of custody.

Sumário: I – Introdução. II – As três diferentes redações dos artigos 1.583 e 1.584 em 13 anos de vigência Código Civil. 1. Sistema inicial: guarda de acordo com a redação original do Código Civil de 2002. 2. Sistema intermediário: guarda de acordo com a Lei 11.698 de 2008. 3. Sistema atual: guarda de acordo com a Lei 13.058 de 2014. III – Guarda e poder familiar: conceitos que não se confundem. Os princípios ajudam ou atrapalham na formulação desses conceitos? 1. Topologia dos institutos no Código Civil. 2. Topologia dos institutos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990). 3. Dificuldade de se conceituar “guarda”. 4. Simplicidade de se conceituar “poder familiar”. 5. A modalidade de guarda implica alteração do exercício do poder familiar? IV – Conclusão: guarda exercida pelos genitores é um instituto vazio, inútil e perigoso.

I - Introdução

A escolha do título de um artigo científico é sempre tormentosa, pois tem por objetivo resumir a ideia central do que se abordará e despertar a curiosidade e interesse para a leitura de seu conteúdo.

O título do presente artigo pode parecer estranho ao leitor e eventualmente gerar uma pré-disposição a não prosseguir na leitura, mas decorre de uma opção deliberada de demonstrar que o termo guarda merece uma profunda reflexão e uma radical reinterpretação do sistema.

É hora de se ousar e propor a retirada do termo guarda do sistema jurídico brasileiro, sob pena de se ampliarem as confusões teóricas e os graves danos aos quais crianças e adolescentes têm sido expostos em razão das modalidades de guarda: unilateral, compartilhada e alternada.

Como o título é ousado e a conclusão do artigo já se encontra na sua introdução, o que é revelador de estranheza também, necessário será um percurso pelo drama que o termo “guarda” causou ao Direito de Família desde a vigência do Código Civil de 2002.

A confusão teórica atingiu o legislador que, normalmente despreparado e suscetível às pressões e paixões de certos grupos engajados, se distancia da Academia e cria embaraços teóricos e inviabilidade prática.

O Código Civil de 2002 optou por separar o Direito de Família em dois títulos que refletem duas grandes questões:

Direito Pessoal de Família (o ser) e o Direito Patrimonial de Família (o ter).

Os dois institutos que esse artigo abordará cuidam do “ser” e não do “ter”, pois a “guarda” vem disciplinada nos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil sob a rubrica da “proteção da pessoa dos filhos” e o “poder familiar” vem cuidado nos artigos 1.630 a 1.638, no subtítulo denominado “das relações de parentesco”.

A sugestão que se dá ao leitor é que antes de buscar a doutrina, inicie sua reflexão lendo apenas e tão somente o texto do Código Civil. O texto frio da lei, sem qualquer afetividade ou melhor interesse.

O estudioso do tema deve se perguntar: porque o legislador tratou da guarda no capítulo referente à proteção dos filhos e não conjuntamente com o poder familiar? A topologia pode ser fonte de revelações que até então passaram despercebidas e que revolucionam conceitos até então abordados apenas sob o viés principiológico.

Aliás, a grande questão que se coloca é: para se compreender os termos guarda e poder familiar é necessária uma leitura principiológica ou bastam as categorias jurídicas? A resposta é simples.

A principiológica entra para resolver os equívocos da lei, mormente após a reforma de 2014 do Código Civil, conforme se demonstrará.

Assim, o tema exige uma leitura histórica da redação do Código Civil de 2002 e suas mudanças sofridas nesses 13 anos de vigência, afinal os artigos 1.583 e 1.584 já passaram por duas mudanças em pouquíssimo tempo cujos resultados são duvidosos em termos técnicos e práticos.

II – As três diferentes redações dos artigos 1.583 e 1.584 em 13 anos de vigência Código Civil.

1. Sistema inicial: guarda de acordo com a redação original do Código Civil de 2002.

Prevvia o art. 1.583 que, no caso de dissolução da sociedade conjugal, por separação ou divórcio consensual, prevaleceria o que os cônjuges acordassem sobre a guarda de filhos.

Na realidade, a regra completava a norma de proteção integral da criança e do adolescente prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990). Isso porque, quanto aos efeitos desta guarda existente na vigência do poder familiar e que visam à proteção dos filhos, prevê o art. 33 daquele diploma que: “*A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais*”.

Mas, não havendo acordo entre os cônjuges, nos termos da redação original do Código Civil, a guarda era atribuída a quem revelasse *melhores condições* para exercê-la (art. 1.584 do CC).

O parágrafo único deste comando legal previa que a guarda poderia ser atribuída a terceiro, se o pai ou a mãe não pudessem exercê-la, de preferência respeitada a ordem de parentesco e a relação de afetividade com a criança ou adolescente. A título de exemplo de aplicação do último dispositivo, a guarda poderia ser atribuída à avó paterna ou materna, desde que a mesma revelasse condições para tanto.¹⁶⁵

Os enunciados aprovados da *IV Jornada de Direito Civil*, evento realizado em outubro de 2006, acompanham a tendência civil-constitucional de se pensar sempre no melhor interesse da criança. Nesse sentido, prevê o Enunciado 333 que “*O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse*”.¹⁶⁶

165 Nesse sentido, entendeu o STJ: “*Trata-se de avó de oitenta anos que pede guarda da neta que se encontra em sua companhia desde o nascimento. Os pais não se opõem e poderiam, com dificuldade, criar a filha numa situação mais modesta, devido a seus baixos salários e ainda sustentam outro filho. O Ministério Público com isso não concorda, pois os pais poderiam criá-las e a avó encontra-se em idade avançada*”. A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu provimento ao recurso nos termos do voto do Min. Relator – que invocou a jurisprudência e o art. 33 do ECA no sentido de que prevalece o interesse da criança no ambiente que melhor assegure seu bem-estar, quer físico, quer moral, seja com os pais ou terceiros. Precedente citado: REsp 469.914-RS, DJ 05.05.2003. (STJ, REsp 686.709/PI, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado 28.06.2006).

166 A doutrina bem elaborada tem o condão de propiciar a mudança da própria lei. Foi o que ocorreu com o direito de visita dos avós que foi inserido ao Código Civil pela Lei 12.398 de 2011 por meio da criação de um parágrafo único ao artigo 1.589.

Note-se que a extensão do direito de visitas a terceiros, sejam eles parentes ou não da criança ou do adolescente, fica garantida por força da interpretação constitucional do Código Civil. Em razão do teor do enunciado, o ex-marido da mãe da criança (denominado padrasto), que com ela criou laços afetivos, teria direito de visitas como qualquer outro parente, sempre no melhor interesse da criança. Também têm o direito de visitas os irmãos do menor, seus tios, os padrinhos, etc.

O Código Civil de 2002, já na sua redação original, mudou o sistema anterior de guarda, uma vez que a culpa não mais influencia a determinação do cônjuge que a deterá, ao contrário do que previa o revogado art. 10 da Lei do Divórcio (Lei 6.515 de 1977).¹⁶⁷

Em razão da vagueza da expressão “melhores condições”, vagueza esta importante para se buscar o melhor interesse da criança e do adolescente, a doutrina colaborou com seu preenchimento:

- Enunciado 102 CJF -*“A expressão ‘melhores condições’ no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança”*;

- Enunciado 336 CJF *“O parágrafo único do art. 1.584 aplica-se também aos filhos advindos de qualquer forma de família”*.

167 O Código Civil se afastou da noção de culpa muito antes de a Emenda Constitucional 66/10 abolir a culpa quando do debate do fim do casamento, fazendo com que o instituto da separação judicial desapareça do sistema.

Quando o enunciado trata de qualquer forma de família, inclui aí a chamada *parentalidade socioafetiva*. São os chamados *filhos do afeto*, pois em que pese a ausência de vínculo registral ou biológico entre pai e filho, a relação de fato estabelecida é de parentalidade. A situação de *parentalidade socioafetiva* se verifica, por exemplo, quando determinada pessoa aceita registrar o filho de terceiro como se biologicamente seu fosse (adoção à brasileira), ou, ainda, na hipótese de inseminação heteróloga consentida.

- Enunciado 334 CJF “*A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse*”. Pois bem, com quem deve ficar a criança em caso de ruptura do casal conjugal? Se, de fato, um terceiro tiver a guarda, pode determinar o juiz que com ele permaneça. A questão foi abordada no julgamento envolvendo o menor que é filho da falecida cantora Cássia Eller. Considerando-se o interesse do menor, entendeu-se que a criança deveria ficar com a companheira homoafetiva da falecida cantora.

Na verdade, a expressão “melhores condições”, constante do art. 1.584 do CC, constituía um conceito indeterminado. E para preenchê-la, os enunciados doutrinários citados propunham o atendimento do melhor interesse do menor. Maria Helena Diniz vai além e, com base na doutrina francesa, aponta três critérios, três referenciais de con-

tinuidade, que podem auxiliar o juiz na determinação da guarda, caso não tenha sido possível um acordo entre os cônjuges:

1. *Continuum de afetividade*: o menor deve ficar com quem se sente melhor, sendo interessante ouvi-lo. Para nós, o menor pode ser ouvido a partir da idade de doze anos, aplicando-se, por analogia, a mesma regra da adoção (art. 1.621, *caput*, do CC).

2. *Continuum social*: o menor deve ficar onde se sente melhor, levando-se em conta o ambiente social, as pessoas que o cercam.

3. *Continuum especial*: deve ser preservado o espaço do menor, o “envoltório espacial de sua segurança”¹⁶⁸.

Justamente por esses três critérios é que, geralmente, aquele que já exerce a “guarda” em seu sentido fático tem maiores chances de mantê-la. O tema é importante para a análise da atual redação dos dispositivos (letra c abaixo).

2. Sistema intermediário: guarda de acordo com a Lei 11.698 de 2008

Com a edição da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, as redações dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil sofreram profundas alterações. Um dos resultados dessa mudança é que a expressão ‘melhores condições’ na hipó-

168 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 311. A citação é de obra da época, para demonstrar como a doutrina vem analisando o texto de lei.

tese de guarda unilateral¹⁶⁹ passa a ter interpretação direcionada pelo texto da lei. Isso porque o art. 1583, § 2º, indica certos critérios para aferição dessas condições: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; e educação. O dispositivo alterado em 2008 afastava qualquer interpretação no sentido de que teria melhor condição o genitor com mais recursos financeiros.

Por outro lado, sendo a guarda unilateral, permanecia a obrigação do pai ou da mãe que não a detinha de supervisionar os interesses dos filhos (art. 1.583, § 3º).

Contudo, parte expressiva da doutrina vinha defendendo há tempos que a guarda compartilhada, apesar da ausência de previsão legal, era mais adequada que a unilateral. Exatamente por isso o Enunciado 101 CJP, anterior à reforma de 2008, já dispunha que a guarda poderia ser tanto a unilateral quanto a compartilhada, desde que atendido o melhor interesse da criança (*best interest of child*). Como não era regulamentada por lei, havia limitação em sua aplicação por parte do Poder Judiciário.

Diante da omissão legal, a doutrina colaborava com a questão. Sobre o tema da guarda compartilhada, elucidativo o Enunciado 335 da *IV Jornada de Direito Civil*, pelo qual esta “*deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar*”¹⁷⁰

169 Não definiremos desde logo o conceito de guarda, nem de suas modalidades.

170 Tema polêmico é saber se a guarda compartilhada pode ser apli-

Atendendo-se aos reclamos da doutrina, já em 2008 foram alterados os textos dos art. 1.583 e 1.584 do CC, que passaram a dispor:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II – saúde e segurança;

III – educação.

cada havendo divergência do casal. Havia corrente doutrinária que entendia que para que fosse possível a adoção dessa modalidade de guarda, seria necessária uma certa harmonia entre os cônjuges, pois caso contrário seria inviável. Nesse sentido: “*Guarda compartilhada. Caso em que há divergência entre as partes quanto à guarda. A guarda compartilhada pressupõe harmonia e convivência pacífica entre os genitores*” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Processo 70008775827, data 12.08.2004, Órgão julgador 8.ª Câmara Cível, rel. Juiz Rui Portanova, origem Porto Alegre). Na sequência desse artigo veremos como essa questão prossegue tumultuada.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a re-

dução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.”

A redação dada ao art. 1.584, §2º, parecia ter resolvido um velho dilema dos magistrados: a guarda compartilhada passava a ser regra no sistema e não ficaria à mercê dos genitores. Assim, o inciso I prevê a possibilidade de que ela seja requerida, por consenso do pai e da mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar. Já o inciso II permite¹⁷¹ que seja decretada pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. O consenso não é mais um requisito para que se adote a guarda compartilhada.

Contudo, a locução “sempre que possível” ainda precisava de elaboração teórica. A velha questão da necessidade de um mínimo de harmonia entre o casal parental ainda rondava o sistema. A locução afastaria a guarda compartilhada se tal harmonia não existisse?

171 Utilizamos os verbos no presente, pois os dispositivos permanecem hígidos apesar da reforma de 2014 (letra c a seguir).

Ana Carolina Silveira Akel, em obra de 2008, afirma que parece uma tarefa árdua e, na prática, um tanto duvidoso que a guarda compartilhada possa ser fixada quando o casal não acorde a esse respeito. Ainda que vise a atender ao melhor interesse da criança, somente haverá o exercício conjunto quando os genitores concordarem e entenderem seus benefícios.¹⁷²

Fato é que com essa mudança, no ano de 2011, o STJ decidiu que o consenso não era necessário para fixação da guarda compartilhada:

“A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.¹⁷³”

3. Sistema atual: guarda de acordo com a Lei 13.058 de 2014.

A atual redação do art. 1.584, parágrafo segundo, torna a guarda compartilhada obrigatória na hipótese de discordância dos pais:

“§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder

172 AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p.126.

173 REsp 1251000/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011.

familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.”

Note-se que a locução “sempre que possível” foi suprimida pela Lei 13.058/2014. O objetivo da atual redação do dispositivo é claro: o magistrado de família perde a possibilidade de, em sua decisão, determinar a guarda unilateral em favor da mãe, como ocorre na prática.

A questão que se coloca é: a mudança efetivamente tornou a guarda compartilhada obrigatória como faz crer a leitura apressada do texto de lei? A resposta é negativa. A lei deve ser lida sempre, a todo tempo, pelo filtro constitucional. Explicamos.

A guarda compartilhada só será aplicada se atender ao melhor interesse da criança. No caso da guarda compartilhada, em situações de grande litigiosidade dos pais, o que se verifica na prática é a correta decisão dos magistrados com o seguinte teor: “em que pese a determinação do Código Civil de que a guarda da ser compartilhada, no caso concreto, a guarda que atende ao melhor interesse da criança é a unilateral e, portanto, fica afastada a regra do CC que cede diante do princípio constitucional”.

A lei não é, por si, a solução do problema, como parecem preconizar os defensores da Lei 13.058/14, conforme confirmam dados informais noticiados pela imprensa.¹⁷⁴

174 “Guarda compartilhada é realizada por apenas 6% das famílias no Brasil -Depois da separação, 85% das mães brasileiras têm a guarda das crianças” de 24 de março de 2015 (in <http://g1.globo.com/profissao-reporter/>)

Os dados oficiais compilados por Waldyr Grisard Filho em sua obra de referência “Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental”¹⁷⁵ comprovam a assertiva:

“No ano de 2008, primeiro ano de vigência da lei, estes números pouco se alteraram: 89,34% das guardas foram fixadas de forma unilateral à mãe e 4,02% de forma compartilhada entre os genitores¹⁷⁶. Os dados se alteraram de forma pouco expressiva nos anos de 2009 (88,06% e 4,69%, respectivamente)¹⁷⁷, 2010 (88,05% e 5,36%)¹⁷⁸, 2011 (88,23% e 4,76%)¹⁷⁹, 2012 (86,55% e 5,6%)¹⁸⁰, 2013 (86,26% e 5,88%)¹⁸¹ e mesmo em 2014 (85,1% e 7,5%)¹⁸²”

noticia/2015/03/guarda-compartilhada-e-realizada-por-apenas-6-das-familias-no-brasil.html).

175 Trata-se da 8ª edição que ainda se encontra no prelo e foi gentilmente enviada pelo atualizador Marcelo Bürger para fins dessa pesquisa.

176 IBGE. **Estatística do Registro Civil. Rio de Janeiro.** v. 35, 2008.

177 IBGE. **Estatística do Registro Civil. Rio de Janeiro.** v. 36, 2009.

178 IBGE. **Estatística do Registro Civil. Rio de Janeiro.** v. 37, 2010.

179 IBGE. **Estatística do Registro Civil. Rio de Janeiro.** v. 38, 2011.

180 IBGE. **Estatística do Registro Civil. Rio de Janeiro.** v. 39, 2012.

181 IBGE. **Estatística do Registro Civil. Rio de Janeiro.** v. 40, 2013.

182 IBGE. **Estatística do Registro Civil. Rio de Janeiro.** v. 41, 2014.

A mudança real é que o Magistrado, com a atual redação de lei, precisará invocar o preceito constitucional para não segui-la. Nada mais.

Em suma, da redação original do Código Civil, com suas duas alterações, percebe-se que o sistema piorou em termos de clareza e regressamos ao princípio: a guarda será unilateral ou compartilhada, a depender do melhor interesse da criança ou adolescente. A suposta “regra” de compartilhamento é aparente, ineficaz e simplista.

E pior. As balizas trazidas pela mudança de 2008 (parágrafo segundo do artigo 1.583) para fins de melhores condições, ou seja, de se indicar o melhor interesse dos menores, foram suprimidas pela reforma de 2014 que, efetivamente, se mostrou catastrófica ao sistema.

Prova disto se dá com recentíssima decisão do STJ sobre a ausência de consenso quanto à guarda compartilhada. Note-se que a decisão retoma a questão do princípio do melhor interesse para permitir a leitura do Código Civil¹⁸³:

“Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável

183 REsp 1417868/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 10/06/2016.

desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002). Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial”.

III – Guarda e poder familiar – conceitos que não se confundem. Os princípios ajudam ou atrapalham na formulação desses conceitos?

Antes de delimitarmos as categorias, cabe uma reflexão sobre o problema que se coloca. Isso porque os tempos em que vivemos são tempos interessantes. O Direito Civil, historicamente, é velho e consolidado e se assenta em categorias jurídicas construídas há dois mil anos, pelo menos. Isso traz uma vantagem sobre os demais ramos do Direito: a existência de categorias jurídicas sólidas e claras. Exemplificamos.

Quando falamos em locação e em comodato de um imóvel, em ambos os casos temos a transferência da posse direta do bem ao contratante. Contudo, dúvidas não há que no primeiro caso haverá pagamento de remuneração ao proprietário e no segundo não.

A solidez das categorias jurídicas representa uma segurança mínima que decorre de conquistas históricas. O contratante chamado locatário sabe que pagará aluguel e o chamado comodatário sabe que não pagará.

O Direito de Família, por conta do desajuste entre a Lei (Código Civil de 1916) e a Constituição Federal, precisou de um forte *input* principiológico, sob pena de inaplicabilidade da lei. A questão que resultou dessa leitura principiológica é que as categorias foram se perdendo, sob um falso argumento de que o princípio permite que se chegue a qualquer conclusão, logo não importam as categorias jurídicas.

Ademais, tornou-se “charmoso” e “popular” o ensino descompromissado do Direito de Família, com máximas estranhas tais como “o que interessa é haver afeto”, “não importa a diferença entre guarda e poder familiar, desde que a criança esteja bem”.

Entretanto, foi do descaso no desenho das categorias jurídicas que resultou a confusão entre guarda e poder familiar e conclusões totalmente falsas tais como “quem não tem guarda, não pode decidir sobre a escola do filho”, “se a guarda é unilateral materna, o pai não pode decidir a religião ou educação do filho” etc.

1. Topologia dos institutos no Código Civil.

Os artigos que cuidam de guarda dos filhos no Código Civil encontram-se no Capítulo IX intitulado “Da proteção da pessoa dos filhos” inserido no subtítulo do casamento (Subtítulo I) do Livro de Direito de Família.

Apesar de a filiação, por óbvio, independer do casamento, como ainda os filhos majoritariamente nascem de

pessoas casadas (as famílias brasileiras são formadas em 75% dos casos por pessoas casadas e apenas 25% por pessoas em união estável), a “proteção dos filhos” vem após a dissolução do casamento.

Já o poder familiar se encontra no Subtítulo II do mesmo Livro, que se denomina “das relações de parentesco”.

Note-se assim que a guarda é aspecto da proteção dos filhos e não tem qualquer relação com o parentesco em termos de topologia legal. Já o poder familiar decorre necessariamente do status de ser pai ou ser mãe, seja esse status decorrente de sangue, afeto, adoção etc.

Em suma, pela topologia do Código Civil, a guarda não tem relação com o poder familiar.

2. Topologia dos institutos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990).

O Estatuto cuida no seu Título III do “Direito à Convivência Familiar e Comunitária” e com a seguinte divisão: na Seção II trata da “Família Natural” e na Seção III da “Família Substituta”.

Em termos de Família Substituta temos as seguintes subseções: “da Guarda”, “da Tutela” e “da Adoção”.

Só pela topologia, percebe-se que a guarda não tem relação com o poder familiar. O artigo 33 do Estatuto indica isso claramente:

“Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”

Assim, qualquer definição de guarda como “desdobramento do poder familiar”, “parcela do poder familiar”, “expressão do poder familiar” já revela equívoco para o Direito brasileiro.

Guarda não é decorrência do poder familiar, não é consequência do poder familiar e nem poderia sê-lo, sob pena de minorar a proteção de crianças e adolescentes.¹⁸⁴

3. Dificuldade de se conceituar “guarda”.

A dificuldade em conceituar “guarda” é evidente, pois acaba-se por confundir o instituto com o “poder familiar”. Há autores que sequer tentam conceituar guarda, partindo logo para suas modalidades.¹⁸⁵

Há autores que dão seus efeitos apenas, mas não apresentam um conceito. Assim, “*no direito de Família a guarda refere-se aos filhos menores de 18 anos e significa poder dever dos pais de ter os filhos em sua companhia para educá-los e criá-los*”.¹⁸⁶

184 Em sentido contrário por entender haver “duas guardas” no sistema: a do Estatuto e a decorrente da autoridade parental. STOLZE, Pablo, e PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, p. 608..

185 Por todos, DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

186 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família**

É Rolf Madaleno, com sua habitual acuidade, que efetivamente cuida de conceituar e delimitar “guarda”, afastando-a do conceito de poder familiar. Do francês *garde*, do inglês *warden*, exprime proteção, vigilância, observância, administração. No sentido de guarda de filhos, invocando De Plácido e Silva, significa custódia, proteção. Em sentido jurídico, guarda significa convivência efetiva dos pais ou responsáveis com o menor.¹⁸⁷

É exatamente esse conceito que construímos no ano de 2015 quando da publicação do texto “Sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas”.¹⁸⁸

Naquela ocasião, afirmamos o seguinte: “*a guarda é simples companhia fática de uma pessoa com relação à outra a qual a lei atribui efeitos jurídicos. Quem tem a guarda, tem, faticamente, a companhia do menor e, portanto, tem o dever de cuidar do menor e zelar por sua segurança*”.

É da leitura do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente que se extrai o conceito para o Direito brasileiro. Guarda é companhia, convívio, presença física da qual decorre o dever de assistência material, moral e educacional. É uma questão fática e por isso também se

e Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 358.

187 MADALENO, Rolf, e MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada:** física e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 55.

188 SIMÃO, José Fernando. Disponível in <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-compartilhada-girafas>>. Acesso em 20 de Julho de 2016.

fala em custódia¹⁸⁹. Vejamos o texto legal:

Art. 33, §1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

O dever material, frise-se, é mitigado se a criança ou adolescente tiver bens próprios ou receber pensão decorrente do parentesco ou de outra origem, ainda que previdenciária.

Não há duas “modalidades de guarda no sistema”, ou seja, aquela do Estatuto e aquela do Código Civil. O que há é a diferença entre quem as exerce, pois pelo Código Civil em regra serão os genitores e pelo Estatuto será alguém que não os genitores. É uma guarda que pode ser utilizada para regularizar a posse de fato¹⁹⁰.

Nesse sentido, o Direito brasileiro não criou dois institutos distintos, mas apenas permitiu que terceiros, que não os pais, fossem guardiões. Há uma ampliação da figura do titular do direito de ser guardião, não mais restrita a pai e mãe (Código Civil). Aliás, a redação do texto legal indica que a modalidade é única: “*compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua*” (art. 1.583, par. 1º, do CC).

189 Não nos agrada o termo custódia. Em que pese ser equiparado à guarda, no vernáculo, dá ideia de posse física, posse de coisa ou de detento em estabelecimento prisional. O termo guarda é o que lei utiliza, apesar de indicar esses mesmos aspectos.

190 MADALENO, op. cit., p. 61.

Quais seriam os efeitos de se ter a guarda de uma criança ou adolescente? A companhia fática, o convívio, o cuidado que decorre do convívio. São os efeitos de se conviver fisicamente, ao lado de alguém.

4. Simplicidade de se conceituar poder familiar.

O poder familiar é o feixe de deveres que pai e mãe têm para com seus filhos menores e não emancipados que compreende sua representação, educação, criação, sempre exercido prioritariamente no interesse do menor (vide artigo 1.630 do Código Civil).

Após a emancipação, parcelas do poder familiar podem se manter. É uma eficácia parcial de alguns dos deveres dele decorrentes.

Evidentemente que o exercício do poder familiar decorre do fato de alguém ser pai ou ser mãe. A situação de ser ou não casado é irrelevante, pois a parentalidade não tem qualquer relação com a conjugalidade. Daí afirmar o Código Civil que a mudança de estado civil dos pais (separação, divórcio, etc.) não altera o poder familiar nem seu exercício (art. 1.632 do CC)

Transcrevemos algumas ideias já expostas de maneira didática anteriormente que exemplificam a abrangência do exercício do poder familiar¹⁹¹.

191 SIMÃO, op. cit.

A decisão quanto à educação dos filhos abrange:

a escola em que estudam (método de ensino adotado pela escola);

acompanhar a vida escolar do menor, inclusive, denunciando eventual prática de *bullying*;

se farão ou não atividades complementares de cunho esportivo (futebol, ballet, judô) ou de cunho intelectual (ensino de idiomas, *kumon*) ou lúdico (artesanato, teatro);

a necessidade ou não de aulas particulares para reforço;

os livros que devem adquirir para seus estudos; e

visitas regulares aos estabelecimentos de ensino para terem conhecimento das questões referentes aos filhos.

Com relação à criação dos filhos temos:

formação religiosa dos menores;

os cuidados com sua saúde física e psicológica como, por exemplo, decisão sobre a necessidade de o filho ter auxílio de terapeuta, sobre qual o melhor tratamento em caso de doença, acesso a todas as informações médico-hospitalares;

decisão quanto a ida a acampamentos promovidos pela escola;

decisão quanto a viagens de lazer ou estudos, onde pode o menor ir, em que condições autoriza a viagem;

quais amigos são não boas companhias ao menor. Se certo amigo o maltrata há o dever de proteger a criança;

a questão se pode o menor sair à noite, que horas deve retornar, os lugares que deva frequentar;

prover diretamente ou em dinheiro meios de subsistência do filho, para que este tenha uma vida digna e saudável, o que significa o pagamento de alimentos em sentido jurídico.

Da mesma forma, decorre do poder familiar o direito de conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem.

A Lei nº 13.058 de 2014 acrescentou ainda, ao art. 1.634, o inciso IV, pelo qual compete a ambos os pais conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior. Disse o óbvio. Viajar é parte da formação do filho. Logo, a lei apenas reflete o temor que a criança seja vítima de raptó internacional.

Os incisos VI a IX do artigo 1634 também esclarecem que guarda não se confunde com poder familiar, pois compete a ambos os pais: nomear tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e exigir que

lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

5. A modalidade de guarda implica alteração do exercício do poder familiar?

A doutrina costuma indicar três principais modalidades de guarda:

– *Guarda unilateral*: uma pessoa tem a guarda (convivência em grande parte do tempo) enquanto a outra tem, a seu favor, a regulamentação de visitas (convivência residual). Essa ainda é a forma mais comum de guarda, trazendo o inconveniente de privar o menor da convivência contínua de um dos genitores.

Por outro lado, sendo a guarda unilateral, permanece a obrigação do pai ou da mãe que não a detenha de supervisionar os interesses dos filhos (art. 1.583, § 5º, do Código Civil). E, com a edição da Lei 13.058 de 2014, para que se possibilite o exercício desse dever, “*qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos*”.

– *Guarda alternada*: o filho permanece um tempo com o pai e o outro tempo com a mãe, pernoitando certos dias da semana com o pai e outros com a mãe. A título de exemplo, o filho permanece de segunda a quarta-feira com o pai e de quinta-feira a domingo com a mãe.

Essa forma de guarda não é recomendável, já que pode trazer confusões psicológicas na criança. Com tom didático, podemos dizer que essa é a *guarda pingue-pongue*, pois a criança permanece com cada um dos genitores com períodos fracionados. É altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, já que recebe tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna.

– *Guarda compartilhada ou guarda conjunta*: hipótese em que pai e mãe dividem as atribuições relacionadas com o filho, que irá conviver com ambos, sendo essa sua grande vantagem. Ilustrando, o filho tem apenas um lar, convivendo sempre que possível com os seus pais. Nesse modelo não há visitas.

A questão da guarda compartilhada se resume a um único e relevantíssimo aspecto: a companhia física de criança, ou seja, o convívio entre pais e filhos. Na guarda unilateral, a mãe, normalmente, tem a guarda e o pai apenas o direito de visita quinzenal da criança aos fins-de-semana. Na guarda compartilhada há um convívio intenso e, em regra, mais saudável do pai com seus filhos.

Ela se estabelece por convívios (de maior ou menor intensidade) durante a semana, por exemplo. Assim, na guarda compartilhada o pai assume o dever de levar a criança à escola em certos dias da semana, de buscá-la em outros dias; de almoçar com ela e assim saber como foi seu dia, quais são seus problemas, angústias e inquietações, de estar com ela por mais tempo para a prática de atividades

lúdicas, de lazer ou esportivas.

O pai deixa de ser o “papai do fim-de-semana sim, fim-de-semana não” e passa a ser pai em sua plenitude, sempre no melhor interesse do menor, por óbvio.

É exatamente por isso que não existe possibilidade de guarda compartilhada entre pai e mãe que residam em países diferentes, pois o convívio físico de ambos com os filhos com divisão equânime de tempo é impossível. É exatamente por isso que, se há grandes distâncias entre a residência paterna e a materna, não haverá possibilidade de guarda compartilhada, pois a vida cotidiana da criança fica inviabilizada.

Daí o inteiro acerto da decisão do STJ sobre o tema:

“As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação. Às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como por exemplo, limites geográficos”.¹⁹²

Todos os pontos descritos no item anterior¹⁹³, que exemplificam o exercício do poder familiar, não têm relação com guarda, qualquer que seja sua modalidade.

192 REsp 1605477/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 27/06/2016.

193 “4. Simplicidade de se conceituar poder familiar”.

Seja ela compartilhada ou não, ambos os pais têm o dever de cuidar de se filho e decidir estas questões pelo fato de serem pais.

Como leciona Waldyr Grisard Filho:

“é nesta senda que a guarda compartilhada brasileira não se confunde com o modelo francês ou anglo-americano de compartilhamento. No Direito brasileiro, o poder familiar é exercido sempre por ambos os genitores, independentemente de sua situação conjugal (art. 1.634). Apenas em hipóteses restritíssimas, como a morte de um dos genitores ou decisão judicial que declare a perda do poder familiar, este será exercido de forma unilateral. O Direito francês, de outro lado, admite que quando do rompimento do vínculo conjugal o juiz atribua a um dos genitores não só a custódia física, mas o poder familiar. É o que dispõe o art. 373-1-2 do Código Civil francês, ao estabelecer que ‘de acordo com o melhor interesse da criança, o juiz poderá conferir o exercício da autoridade parental a um ou a ambos os pais’. Do mesmo modo, também o direito anglo-americano admite a cisão do poder familiar em *solo legal custody* (exercício unilateral) e *joint legal custody* (exercício conjunto), institutos que não guardam relação necessária com a guarda física da criança (*physical custody*)”¹⁹⁴

A guarda unilateral materna não implica redução, suspensão ou modificação do poder familiar paterno. Guar-

194 Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental, 8ª edição, no prelo RT.

da unilateral não é fator impeditivo ou limitativo do pleno exercício do poder familiar.

Em conclusão, o poder familiar é um *quid* e não um *quantum*.

Então por que reina confusão teórica e prática sobre poder familiar e guarda? Por que parte da doutrina acredita que o pai que não tem a guarda tem redução ou menor efetividade do poder familiar¹⁹⁵? Por que há um equívoco social sobre isso?

A explicação magistral de Waldyr Grisard Filho é clara e precisa e por isso transcrevemos:

“A necessidade de reiteradas legislações estabelecendo a guarda compartilhada, primeiramente como modelo preferencial (Lei 11.698/08) e agora como modelo obrigatório (Lei 13.058/14), deve-se ao déficit do poder familiar exercido pelo genitor não guardião em razão da concepção social, verdadeiro senso comum de que todas as decisões que digam respeito aos filhos cabem apenas ao genitor que possui sua guarda, quando, em verdade, o Direito Civil brasileiro, desde o Código de 1916, já previa que o rompimento da sociedade conjugal não interferia no exercício do poder familiar por ambos os pais em relação aos filhos. A razão de tal déficit, portanto, não é jurídica, mas social”.

195 Por todos, DIAS, op. cit., p. 395, para quem “a determinação sobre a qual deles será atribuído o exercício mais efetivo do poder familiar pode ser feita de dois modos”.

Assim sendo, como se soluciona o problema de déficit social, de deficiência de parte da doutrina na compreensão da distinção entre guarda e poder familiar?

IV – Conclusão: guarda exercida pelos genitores é um instituto vazio, inútil e perigoso.

Depois de refletirmos sobre a questão da guarda e do poder familiar, das três redações dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil brasileiro, da confusão conceitual quanto à guarda e seu efeito de modificar o poder familiar, lanço minhas ideias conclusivas.

A noção de guarda exercida pelos genitores da criança e do adolescente se revela vazia, pois acaba por se confundir com parcela de exercício do poder familiar. Boa parte da própria doutrina não consegue delimitar o seu conceito.

O instituto se revela inútil, pois “ter a guarda” não gera qualquer efeito jurídico efetivo para o direito de família, ressalvada a questão fática do convívio. Ninguém é mais ou menos pai, mais ou menos mãe por ter a guarda unilateral ou compartilhada.

Por fim é perigosa, pois se imagina que é fonte de redução do poder familiar. O guardião acaba, socialmente, acreditando ter exclusividade em decisões que por lei não teria. Já o que não tem a guarda acaba por acreditar que tem menos direitos quanto às decisões. Assim, é comum se imaginar que é do guardião o direito de escolher a escola

em que o filho estuda, a religião que seguirá, os medicamentos que o filho usará, etc.

Isso por si só demonstra que o conceito de guarda não contribui nem é necessário para a organização das diversas formas de família atualmente admitidas pelo sistema.

A sugestão é de simples utilização de dois termos claros e inequívocos: moradia e convivência.

A lei indica que a criança terá sempre uma moradia única (para se evitar o drama da guarda alternada) e o adolescente pode ter mais de uma (de acordo com seu melhor interesse). Nesse ponto não se transige.

Os períodos de convivência serão estabelecidos pelo juiz, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerando-se o melhor interesse da criança e do adolescente, privilegiando-se, sempre que possível, um amplo convívio com o pai, mãe e demais pessoas com quem o menor tenha vínculos afetivos.

E, por fim, quanto ao poder familiar e seu exercício, tudo se mantém igual, sem qualquer vantagem para o pai ou mãe, independentemente de quem resida com o menor e de qual seja o período de convivência.

Bibliografia

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família.** 1ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6ª edição revista, Revista dos Tribunais, 2013.

_____. 8ª edição revista, no prelo, Revista dos Tribunais.

IBGE. **Estatística do Registro Civil**. Rio de Janeiro. v. 35, 2008.

MADALENO, Rolf, e MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIMÃO, José Fernando. **Sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas**. Disponível in <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-compartilhada-girafas>>. Acesso em 20 de Julho de 2016.

STOLZE, Pablo, e PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva.

O MENOSPRESZADO CAPITAL SOCIAL

Alfredo de Assis Gonçalves Neto

Professor Titular de Direito Comercial, e ex-diretor da Faculdade de Direito da UFPR. Presidente da OAB-PR gestão 1995-1997. Sócio fundador da sociedade de advogados Assis Gonçalves, Kloss Neto e Adv. Associados. Advogado (OAB-PR n. 3.948).

Palavras-chave. Gonçalves Neto, Alfredo de Assis. O menosprezado capital social. Direito comercial. Direito societário. Conceito de capital social. Distinção entre capital e patrimônio. Capital mínimo. Funções. Princípios. Aumento e redução. Subcapitalização. Descapitalização.

Resumo. Neste trabalho, o autor propõe-se a analisar a importância do capital social para as sociedades em geral, exceto cooperativas, o porquê de sua existência, suas funções, os princípios a que está sujeito e, bem assim, a brecha legislativa para a constituição de sociedades fantasmas; destina-se, igualmente, a

relevar as distorções na compreensão da matéria, tanto pela doutrina como pela legislação, para extrair um novo princípio, vinculado ao da efetividade, que é o da suficiência do capital social.

Abstract. In this paper, the author proposes to analyze the importance of social capital for companies in general, except cooperatives, the reason of its existence, its functions, the principles to which is subject and, also, the legislative gap for constitution of ghost companies; the author's intention is also to put in relief the distortions in the understanding of the theme, both the doctrine and the law, to extract a new principle, linked to the effectiveness, which is the sufficiency of social capital.

Resumen. En este trabajo, el autor propone analizar la importancia del capital social para las empresas en general, a excepción de las cooperativas, la razón de su existencia, sus funciones, los principios a los que está sujeto y, también, el vacío legislativo para la constitución de empresas fantasmas; pretende revelar todavía las distorsiones en la comprensión de la materia, tanto por la doctrina como por la ley, para extraer un nuevo principio, conectado a la eficacia, que es lo de la suficiencia de capital social.

1. Ambientação do tema

Capital social é uma grandeza contábil fixa e invariável, que representa o montante do patrimônio necessário ou útil para o exercício da atividade econômica inerente ao objeto social de uma sociedade simples ou empresária.

Toda sociedade, independentemente do tipo de que se revista, necessita de recursos para exercer a atividade que constitui seu objeto social. Esses recursos, em dinheiro ou em outra sorte de bens, corpóreos ou incorpóreos, são aportados pelos sócios e, exceção feita às cooperativas,¹⁹⁶ é assim que se forma o capital social. O aporte desses recursos confere aos sócios, em contrapartida, porções de participação (quotas) nesse capital.

Em outras palavras, o capital social é constituído pela somatória das contribuições que os sócios conferem à sociedade para que ela possua o patrimônio necessário ou útil à realização dos fins que motivaram sua criação.

196 A cooperativa, espécie de sociedade e associação, não vincula a participação dos cooperados ao capital social, mas às operações que nela ou por ela eles realizam. Por isso, as contribuições dos associados rendem juros e o direito de recebimento da devolução do valor de sua quota parte, em razão de seu desligamento. Daí permitir a lei a constituição de cooperativa sem capital ou de capital variável (CC, art. 1.094, inc. I).

Trata-se de um valor que representa as contribuições que os sócios obrigam-se a conferir à sociedade para formar o patrimônio dela, indicado no seu ato constitutivo. O fato de figurar no instrumento de constituição da sociedade significa que esse valor permanece imutável, portanto, se e enquanto tal ato não for modificado, se e enquanto os sócios não deliberarem fazer novos aportes para expandir o patrimônio social ou não resolverem retirar desse patrimônio recursos desnecessários para o desenvolvimento das atividades sociais.

Como em outra oportunidade me foi dado esclarecer, o capital social “representa a somatória dos valores em dinheiro das contribuições (em bens ou em dinheiro de contado) que os sócios trazem para formar o patrimônio da sociedade, seja no momento de sua constituição, seja em virtude de deliberações posteriores que o aumentem pelo ingresso de novos recursos ou que o reduzam, quer por perda significativa do mesmo patrimônio, quer por se revelar excessivo aos fins sociais. Não ocorrendo nenhuma deliberação social (ou seja, nenhuma manifestação de vontade da sociedade, pela pessoa de seus sócios) no sentido de alterar seu capital social (aumentar ou diminuir), ele permanecerá sempre estável, como referencial do patrimônio que os sócios reputaram dever possuir a sociedade para dar conta do objeto ajustado no contrato social.”¹⁹⁷

197 Do autor, *Direito de Empresa – Comentários aos arts. 966 a 1.195 do Código Civil*. 6ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, n. 317, p. 377-378

Essas contribuições dos sócios não necessitam ser honradas instantaneamente, no momento da constituição da sociedade, pois é possível estarem representadas por obrigação diferida em prestações pecuniárias ou, quando for o caso, por obrigação de entrega futura de bens *in natura*. Para a formação do patrimônio da sociedade o que importa é cada sócio obrigar-se a realizar a sua contribuição, na forma e no tempo definidos pelo ato, contrato ou estatuto social. As contribuições que contêm promessa de cumprimento diferido no tempo inserem-se no patrimônio da sociedade mesmo antes de ser satisfeitas e se identificam como créditos que ela passa a ter contra os respectivos sócios. Assim, os sócios são contemplados, desde o início, com as respectivas parcelas do capital social a que se obrigaram a obter, mesmo antes de integralizá-las ou ainda que não as tenham pago ou prestado por inteiro.

Havendo sócio cuja contribuição consista, exclusivamente, em prestação de serviços (CC, art. 997, inc. V) – não permitida nas sociedades por ações e na sociedade limitada –, tal contribuição não é considerada para a formação do capital social, visto que não se desprende da pessoa do prestador e, portanto, não se materializa em um bem de valor econômico, corpóreo ou incorpóreo, suscetível de transmissão.

O capital social, por conseguinte, retrata o valor do patrimônio da sociedade no instante de sua criação. Ao figurar no ato constitutivo da sociedade expressa-se como uma simples cifra nele clausulada e, assim, insuscetível de

variação. E nisso reside a grande diferença entre capital social e patrimônio social: este, diferentemente daquele, sofre oscilações para mais ou para menos com o desenvolver das atividades sociais consoante os ganhos e as perdas que possam ocorrer. Sendo assim, capital e patrimônio só têm o mesmo valor econômico no momento da constituição da sociedade.¹⁹⁸

O capital social é, em suma, o valor referencial do patrimônio social e, desse modo, tem extrema relevância, por compor “a base da estrutura jurídica da sociedade.”¹⁹⁹

É comum ver na doutrina e em alguns dispositivos legais a utilização do termo “**capital**” como sinônimo de “**patrimônio**”, mas é preciso estar atento para a distinção. Quando se fala em **capital efetivo** a referência deve ser compreendida como patrimônio da sociedade, sujeito a oscilações; já o **capital nominal** está a indicar o capital social, isto é, a cifra imutável que figura no ato constitutivo da sociedade, como resultante das contribuições dos sócios para a formação do capital social.²⁰⁰

198 Não estou a considerar, aqui, a possibilidade de emissão de quotas ou ações com ágio, conquanto a parte que sobejar do valor do capital seja classificada como reserva de capital.

199 GARRIGUES, Joaquín; e URÍA, Rodrigo. *Comentários a la ley de sociedades anónimas*. Tomo I. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1953, p. 211.

200 Como ressaltei a respeito, “nossa legislação, em algumas passagens, também emprega o vocábulo **capital** no sentido de **patrimônio**. Por isso, autores, como JOÃO EUNÁPIO BORGES (*Curso de direito comercial terrestre*, n. 394, p. 375), procuram fazer distinção entre **capital nominal** (capital social) e **capital efetivo** (patrimônio), o que parece correto, muito embora fosse preferível manter o significado próprio de

2. Funções do capital social

Para que serve, então, o capital social? No ambiente interno da sociedade, sua função primordial é determinar a **performance financeira** dela. Quando o patrimônio líquido da sociedade supera o valor do capital social, os resultados de sua atividade são positivos e lucros são produzidos; quando fica inferior, há perdas, há atuação deficitária. Ao término de cada exercício social essa verificação é indispensável para que os sócios conheçam os resultados da atuação da sociedade e deliberem a respeito, seja para evitar o prejuízo acusado, seja para determinar a destinação dos lucros obtidos (distribuí-los aos sócios como dividendos, retê-los em reserva para maior solidez das operações societárias, alocá-los para um fim específico etc.). O capital social funciona, então, como um “moderador legal e contábil da vida social; orienta os resultados financeiros da sociedade ao término de cada exercício social.”²⁰¹

Há, ainda, outra serventia *interna corporis* do capital social. Efetivamente, ele é, também, determinante dos **direitos políticos e patrimoniais** dos sócios (ou acionistas). Quer isso dizer que ele se presta para definir os centros de poder, as maiorias para as deliberações sociais e, em regra, o critério de participação de cada sócio nos resultados da sociedade. Essa é a segunda função do capital social. O fato de ser clausulada a distribuir lucros em proporção desigual à participação social dos sócios ou, no caso das

cada vocábulo” (*Direito de empresa*, cit., n. 318, p. 378).

201 Do autor, *Direito de empresa*, cit., n. 319, p. 378.

sociedades por ações, a emissão desses títulos sem direito a voto, não deslustra essa assertiva porque ela pode ser redimensionada no estatuto ou contrato social, nos limites que a lei o permitir.

Há uma terceira função interna, que alguns autores atribuem ao capital social, qual seja a de **delimitar a responsabilidade dos sócios** quanto ao montante das contribuições que assumiram para sua formação. No entanto, só nas sociedades limitadas é que isso se dá. Nesse tipo societário, os sócios são obrigados conjuntamente a garantir o ingresso do valor global de todas contribuições destinadas à formação do patrimônio social (CC, arts. 1.052, 2ª. parte, e 1.055, § 1º); por isso, além da responsabilidade que assume de realizar o valor de sua quota, o sócio responde solidariamente com os demais pela integralização do capital. Significa isso que, se algum sócio for inadimplente e não realizar o valor de sua contribuição, os demais a tanto estão solidariamente obrigados. Essa peculiaridade é própria da sociedade limitada e não se coloca em relação a nenhum dos demais tipos societários.

Por último, presta-se o capital social como indicativo de que a sociedade não distribuirá lucro aos sócios se, no exercício social considerado, o patrimônio líquido da sociedade não superar a sua cifra. Trata-se de uma função externa, de **garantia aos credores**, que tem sido enaltecida pela doutrina por ser aquela que sai do âmbito interno da sociedade para se projetar em relação a pessoas estranhas ao quadro social. É bem verdade que os credores têm no

patrimônio da sociedade – e não no seu capital – a garantia de cumprimento das obrigações que ela assumiu perante eles. Daí apresentar-se o capital social como uma garantia indireta, vale dizer, como indicativo de que a sociedade possui um patrimônio de valor equivalente ao do capital social e de que não haverá distribuição de lucros enquanto seu patrimônio líquido estiver com valor a ele inferior. É o que está na lição de DOMINGUES, quando obtempera que “o capital social apenas poderá ser perspectivado enquanto garantia indireta ou de segundo grau – na medida em que ‘bloqueia’ ou retém uma parte do patrimônio social – já que a garantia direta dos credores tem necessariamente que se reconduzir a bens concretos que constem do patrimônio social e não a uma mera cifra.”²⁰²

3. Princípios que orientam a realização dessas funções

Para preencher as funções acima indicadas, o capital social deve ser real, de modo a representar, efetivamente, o valor do patrimônio aportado pelos sócios à sociedade; além disso, deve assim permanecer (salvo se os sócios deliberarem alterá-lo mediante modificação do ato constitutivo da sociedade) ao longo das atividades sociais, para medir as oscilações do patrimônio social.

202 DOMINGUES, Paulo de Tarso. Capital e patrimônio sociais, lucros e reservas. In: ABREU, J. m. Coutinho de. *Estudos de direito das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 142-143.

A doutrina identifica, aí, dois princípios inerentes à formação e à manutenção do capital social, que são o da **intangibilidade** e o da **efetividade**.

O primeiro determina a estabilidade do capital social para que permaneça como uma cifra imutável e se preste ao papel de referencial dos resultados da atividade econômica da sociedade na persecução do objeto social. Nessa linha de entendimento, o capital social só pode sofrer alteração, para mais ou para menos, quando a lei, o ato constitutivo ou os sócios o determinarem. Sua consagração legislativa está em alguns dispositivos do Código Civil, como o que estabelece a necessidade de ele integrar o conteúdo do ato constitutivo da sociedade (art. 997, inc. III), o que só permite sua alteração mediante alteração desse ato (art. 999) e o que pune sócios e administradores pela distribuição de lucros ilícitos (art. 1.009). Especificamente no que tange à sociedade limitada, há todo um capítulo para tratar da modificação do capital social (arts. 1.081), com condicionantes para seu aumento (art. 1.081) e para sua redução (art. 1.082).²⁰³ No regramento das sociedades por ações (anônima e em comandita por ações), há uma profusão de normas orientadas por esse mesmo princípio (v. g., arts. 166-174).

203 Em relação às sociedades que possuem sócio com responsabilidade subsidiária e ilimitada pelo cumprimento das obrigações sociais, esses princípios são menos rígidos em razão de tal sócio ser uma espécie de garantia da manutenção do cabedal social.

O segundo desses princípios (da efetividade), impõe que o capital social guarde fidedignidade com a somatória em dinheiro do valor das contribuições que ingressam na sociedade para formação do patrimônio social. Na aplicação desse princípio tem-se, por exemplo, a previsão do art. 1.005 do Código Civil, que determina a responsabilidade pela evicção do sócio que transmitir domínio, posse ou uso de bens para a sociedade e, ainda, pela solvência do devedor, quando se tratar de transmissão de crédito. Em relação à sociedade limitada podem ser citadas a regra do art. 1.052 do mesmo Código, que prevê a responsabilidade solidária dos sócios pela integralização do capital, caso um ou alguns não satisfaçam essa obrigação relativamente às quotas que subscreveram, bem como a disposição do seu art. 1.053, parágrafo 1º, que impõe a responsabilidade de todos pela exata estimativa dos bens conferidos para a formação desse capital social. Relativamente às sociedades por ações, esse princípio se materializa pela exigência de avaliação dos bens destinados à formação do capital social (LSA, art. 8º), pela casuística do direito de retirada (v. g., art. 137) e de sua reversão (art. 137, § 3º), pelas normas que dispõem sobre a reserva legal (arts. 193), a reserva para contingências (art. 195) e assim por diante.

Dentre esses princípios deve figurar, igualmente, o da **suficiência** do capital social²⁰⁴, entendido no sentido de ser o capital social adequado para o exercício da atividade econômica que constitui o objeto social. Esse princípio, que poderia ser considerado implícito no da efetividade²⁰⁵, está a merecer destaque, visto que não lhe tem sido dada a devida atenção. Ele pode ser extraído da regra contida no art. 1.058 do Código Civil, que permite aos sócios evitar a liquidação da quota do sócio remisso, tomando-as para si ou as transferindo a terceiros, no art. 1.082, inc. II, do Código Civil, que faculta a redução do capital social, quando excessivo, e, bem assim, do disposto no art. 1.084, § 2º, que condiciona a eficácia dessa redução à não impugnação de credores. Outras tantas são as disposições que, a respeito, estão na Lei do Anonimato, dentre elas a do art. 137, § 3º, que prevê a possibilidade de reconsideração de uma deliberação tomada, se, em razão dela, o exercício do direito de recesso puser em risco a estabilidade financeira da empresa.

204 Alguns autores, como HÜBERT Ivens H., denominam-no de princípio da congruência, “que deriva da concepção de que, além do patrimônio, também o capital social deve possuir uma correspondência com a atividade explorada pela sociedade” (*Sociedade empresária e capital social*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 75). No mesmo sentido, GEVAERD, Jair Lima. *Direito societário: teoria e prática da função*. Curitiba: Editora Gênese, 2001, v. 2, p. 327 e ss.)

205 Ver, do autor, *Direito de Empresa*, cit., n. 320, p 379-380.

4. Capital mínimo

No Brasil não vingou o capital mínimo para as sociedades que conferem limitação de responsabilidade a seus sócios, como se dá em outros países. Houve propostas para a adoção de capital mínimo na constituição das antes denominadas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, como forma de distanciá-las dos outros tipos societários com sócios ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais (sociedade em nome coletivo, em comandita simples e de capital e indústria), mas foram rejeitadas; dentre essas iniciativas, recorro a apresentada no II Simpósio sobre a Reforma da Legislação das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, realizado em setembro de 1971, na cidade de Porto Alegre, que previa a fixação de capital mínimo e máximo para o capital da sociedade, e outra de valor mínimo para as quotas sociais: a primeira foi rejeitada por unanimidade e a segunda por maioria dos participantes.²⁰⁶

Há, entretanto, um patamar mínimo previsto para as sociedades que, independentemente do tipo de que se revistam, tenham por objeto algumas atividades que, em razão de sua natureza, submetem-se a alguma forma de

206 A matéria está publicada na *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Nova Série. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971, n. 25, p. 114. – O Regulamento 2.157/2001 do Conselho da União Europeia ao dispor sobre a sociedade europeia, inseriu entre seus *consideranda* a recomendação de as leis dos países-membros darem-lhe “a forma de uma sociedade de capitais por ações e, para terem uma dimensão razoável, fixarem um capital mínimo que garanta que essas sociedades disponham de patrimônio suficiente.”

controle estatal. É o caso, por exemplo, (i) das instituições financeiras e entidades a elas assemelhadas, cujo capital mínimo é fixado e revisto pelo Banco Central do Brasil a cada dois anos (Lei n. 4.595/1964, art. 4º, inc. XIII), (ii) das sociedades corretoras de valores, em patamar estatuído pelo Conselho Monetário Nacional (Lei 4.728/1965, art. 8º), (iii) das seguradoras e dos resseguradores, consoante o montante fixado pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (Decreto-Lei n. 73/66, art. 32, inc. VI), (iv) das sociedades de trabalho temporário (Lei n. 6.019/1974, art. 6º, letra “b”), (v) das empresas destinadas à exploração dos serviços de vigilância e de transporte de valores (Lei n. 7.102/1983, art. 13) e (VI) das sociedades abertas, se a Comissão de Valores Imobiliários o exigir para registro de emissões (Lei 6.385/1976, art. 19, § 6º).

A ideia de estabelecer um capital mínimo em razão do tipo, de todo modo, era alimentada na constituição da sociedade limitada, não só para acentuar sua característica de tipo intermediário entre as sociedades de pessoas e de capital, como, também, para saneamento do seu uso, evitando-se, assim, a constituição de sociedades fantasmas e a limitação da responsabilidade do empresário individual. O argumento contrário, que vingou, era o de que, dada a quantidade de sociedades limitadas existentes, não haveria como impor que todas elas cumprissem uma exigência dessa magnitude, o que provocaria situações insolúveis e abalo na segurança jurídica, principalmente tendo em conta o grande número de pequenas sociedades que se veriam

obrigadas a se transformar em um dos tipos societários de responsabilidade ilimitada por não possuírem recursos suficientes para tal ajuste.

À falta de capital mínimo, campeiam no mercado sociedades fictícias, que mascaram a pluralidade de sócios, sociedades sem estrutura para cumprir as atividades sociais, sociedades que nascem endividadas por não possuírem patrimônio compatível com o que é necessário para o desenvolvimento das atividades sociais etc.

A Lei n. 12.441/2011, ao criar a figura da empresa individual de responsabilidade limitada, deu boa contribuição para evitar parte dessas distorções. E, por ser novidade no direito nacional, estatuiu a obrigatoriedade de observância de um capital mínimo para sua constituição. Houve quem sustentasse “a inconstitucionalidade da regra do capital mínimo para a EIRELI, com base no princípio da isonomia e por se vincular ao salário mínimo; isso motivou a propositura, pelo Partido Popular Socialista (PPS), perante o STF, da ADIn n. 4.637, que questiona a fixação do teto em salário mínimo. A ação ainda não foi decidida, mas a tese não deve vingar, uma vez que o que a lei criou foi um mecanismo opcional para o exercício da atividade econômica, dentro dos critérios e nos limites que a lei estabelecer, consoante dispõe o art. 170, IX, da Constituição Federal.”²⁰⁷ E a referência ao salário mínimo, por outro lado,

²⁰⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa*, cit., n. 64, p. 137. Ver a respeito, também, NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *EIRELI – A tutela do patrimônio de afetação*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2014, p. 197.

não tem nada a ver com índices de atualização, visto que esse valor só é computado para determinar o capital mínimo no momento da constituição dessa empresa; mudando o valor do salário mínimo, não se altera o capital que o tomou por referência no momento de sua determinação.

5. Subcapitalização

Inexistindo regra de observância de capital mínimo para os tipos societários de responsabilidade limitada (sociedades limitadas e anônimas), é comum sua constituição com capital figurativo, retratando patrimônio exíguo e insuficiente para a realização da atividade que constitui o objeto social. Esse panorama é, aliás, mais comum que se poderia supor na maioria das empresas de pequeno e médio porte.

Para operar no mercado, a sociedade precisa de recursos adequados à realização de seus fins. E os modos de captá-los são, apenas, dois: mediante a contribuição dos sócios em subscrição de capital; ou por meio de cessões, locações ou mútuos (empréstimos, financiamentos e emissão de títulos, como debêntures e outros valores mobiliários). A primeira fonte denomina-se de **capital próprio**, porque os recursos são decorrentes do patrimônio da sociedade e, uma vez oriundos da contribuição dos sócios para a sua formação, não estão sujeitos à devolução nem são remunerados;²⁰⁸ a outra fonte é constituída por **capital**

208 A Lei n. 9.249/1995 criou uma forma de remunerar as contribuições dos sócios, denominada de juros sobre capital próprio. No entanto,

de terceiros e implica endividamento da sociedade, visto que, ao recebê-los, deve remunerá-los e devolvê-los a seus titulares.

Sendo parcas as contribuições dos sócios, a sociedade toma dinheiro emprestado, celebra contratos de locação, de cessão de direitos etc. e, assim, já nasce endividada. Se a sociedade, no desenvolver de suas atividades, não consegue angariar resultados capazes de fazer frente a essas obrigações, o endividamento aumenta e chega ao ponto, muitas vezes, de determinar o fim do empreendimento. Isso também se dá quando há um aumento na dimensão dos negócios, a exigir mais recursos para acompanhá-lo. Não há proteção legal para impedir que situações como essas aconteçam; e isso é assim pela pouca atenção que o legislador deu ao princípio da suficiência na formação

como já observara REQUIÃO, “essa previsão surgiu para compensar as companhias pelo aumento de seu custo fiscal, em razão da extinção da correção monetária” em suas demonstrações financeiras, advertindo o mestre, porém, que “a instituição de tais juros incidentes sobre capital próprio soa estranho se considerarmos as peculiaridades do direito societário e os conceitos, já clássicos, sobre a natureza jurídica do sócio e de seus aportes para a formação do capital social, e dos direitos derivados da participação na sociedade (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. II. 23^a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, n. 439-A, p. 248-250). Por isso, “parece, à toda evidência, que esses juros têm a mesma natureza dos dividendos, já que só serão pagos se e quando houver lucro; são deduzidos do lucro e podem ser imputados no valor do dividendo obrigatório. A única diferença está em que a lei permite que esses ‘juros’ sejam abatidos, como despesa operacional, do imposto sobre a renda devido pela sociedade (Lei. 9.249/1995, art. 9º)” (do autor, *Manual das companhias ou sociedades anônimas*. 3^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 143, p. 254-255).

do capital social das sociedades, notadamente dos tipos que limitam a responsabilidade de seus sócios (sociedades limitadas e anônimas).

Dir-se-á que os credores sociais não iriam contratar com a sociedade sem exigir garantias, assim reais, como fidejussórias; com isso nasceria a responsabilidade pessoal dos sócios, se o tipo societário a excluísse – o que pode não ser sempre verdade. Além disso, essa constatação não abrange os casos em que os credores são os próprios sócios

De fato, muitas vezes os sócios preferem destinar poucos recursos para o capital social, porque eles se transferem para a sociedade e não retornam aos seus patrimônios, senão em situações pontuais (dissolução, amortização, retirada, exclusão etc.), para complementarem a insuficiência desse capital com empréstimos pessoais, que lhes serão devolvidos assim que a sociedade produzir resultados a tanto suficientes. Também é comum que administradores executivos, não sócios, apostem na performance financeira da sociedade e nela apliquem recursos pessoais para reavê-los com boa remuneração. A lei não proíbe essas alternativas e a sociedade fica a operar sem capital efetivo suficiente. Se as expectativas alvissareiras de bons lucros não se confirmarem, esses mútuos não serão pagos com a entrada da sociedade em estado de insolvência.

Na égide da Lei Falimentar anterior não havia qualquer previsão quanto ao tratamento dos mútuos de sócios ou administradores à sociedade insolvente. A lei

vigente, possivelmente inspirada na reforma da lei italiana de 2004, trouxe um tímido refreio para o pagamento desses créditos, tratando-os como **créditos subordinados**, isto é, como créditos que só devem ser pagos após o pagamento de todos os demais créditos falimentares, inclusive das multas contratuais e penas pecuniárias por infração de leis penais ou administrativas, aqui incluídas as de natureza tributária, e debêntures subordinadas (Lei 11.101/2005, art. 83, inc. VIII, letra “b”). Embora de redação lacônica, creio que a norma atinge os créditos com garantia real, por não os ressaltar e porque, se assim não fosse, todos os empréstimos de sócios ou administradores não empregados para a sociedade seriam desse modo celebrados, jogando a classificação da ordem de seu pagamento para o segundo lugar da escala legal (mesma lei, art. 83, inc. II).

Esse é o único remédio que a lei brasileira estabeleceu para, de modo indireto, evitar a subcapitalização voluntária, ainda assim, no que respeita, tão somente, à tomada de empréstimos dos sócios ou administradores não empregados.

Nada é previsto quando a subcapitalização resulta de aumento das dimensões do empreendimento que constitui o objeto social ou à ampliação desse objeto sem ser acompanhada de um aumento proporcional do capital social.

6. Descapitalização

Também deixou o legislador de prever solução para a **descapitalização**, que decorre de perdas extraordinárias verificadas no curso das atividades de sociedades já constituídas, como as advindas de fenômenos naturais (vendavais, alagamentos, incêndio etc.) ou de atos de terceiros (vícios ou defeitos na estrutura operacional ou nos produtos), capazes de provocar a paralisação das atividades ou prejuízos vultuosos que comprometem a boa marcha dos negócios sociais.

Nossa legislação contempla as perdas extraordinárias como causas de redução do capital social, assim das sociedades limitadas (CC, art. 1.082, I) como das companhias (LSA, art. 173), ainda assim, em caráter facultativo. Mas a redução do capital social pode não ser a solução se as atividades sociais dependem da recuperação do patrimônio social, vale dizer, precisam do patrimônio que antes existia. E, nesse caso, salvo iniciativa dos sócios, a sociedade ficará sem o capital efetivo necessário para agir, conquanto a insuficiência do capital possa conduzir à sua dissolução, se daí resultar a inxequibilidade do objeto social (CC, art. 1.034, inc. II). Mas a dissolução é matéria que diz respeito, exclusivamente, aos sócios, não aproveitando os credores, como terceiros estranhos ao quadro social.

Essas perdas abalam as atividades sociais e, se nenhuma providência for tomada, a sociedade terá sua

dissolução decretada pela via falimentar, que causará perda de emprego, perda de mercado e reflexos na economia da região e, eventualmente, na economia nacional, com total desrespeito ao princípio da preservação da empresa.

Este escrito não visa à defesa da responsabilização de administradores ou sócios pela omissão quanto a providências que poderiam sanear a descapitalização, visto que só a análise de cada caso concreto a poderia determinar uma eventual conduta culposa.

A proposta é, portanto, e exclusivamente, de evidenciar o fenômeno e seus efeitos, almejando que nosso legislativo supra essa lacuna, quando menos servindo-se dos modelos adotados por vários países europeus, como Alemanha, França, Portugal e Itália, que têm em sua legislação, na linha do disposto no art. 17 da Diretiva n. 2, do Conselho da Comunidade Europeia, de 13.12.1976, regra exigindo dos sócios a convocação de assembleia geral para examinar se a sociedade deve ser dissolvida ou se deve ser adotada outra medida para resolver caso de perda grave do capital subscrito. Essa obrigação legal tornaria os sócios, aí sim, responsáveis por omissão quanto ao seu cumprimento.

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO NOVO CPC AO PROCESSO DO TRABALHO

Alberto de Paula Machado²⁰⁹

Advogado

PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. DIRETRIZ DO NOVO CPC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO PROCESSO DO TRABALHO. O princípio da instrumentalidade das formas preceitua que os atos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a Lei expressamente o exigir, e que se consideram válidos os atos que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial. Também o art. 277 do novo CPC dispõe que quando a Lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade, o que ocorreu no caso dos autos, em que o processo eleitoral desenvolveu-se em

209 Artigo elaborado com a colaboração da acadêmica ANDRESSA ORTIZ PALHANO.

circunstâncias excepcionais, com destaque para os fatos de que o Sindicato estava inativo há pelo menos oito anos e de que foi fixado prazo exíguo de 90 dias na sentença do processo n. 0000379-44.2010.5.03.0013, aqui julgado envolvendo a matéria. ²¹⁰

A ementa acima transcrita, extraída de recente decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, enfrenta o tormentoso tema da aplicação subsidiária da lei processual civil ao processo do trabalho.

Trata-se, no caso, de reconhecimento da aplicação subsidiária do Novo Código de Processo Civil ao processo do trabalho, fundada em compatibilidade principiológica, através da alusão ao art. 277 do referido diploma. O dispositivo invocado destaca o princípio da instrumentalidade das formas, assentando que, a despeito de não observarem forma prescrita em lei, os atos devem ser considerados válidos quando alcançarem sua finalidade. Tal diretriz coaduna-se plenamente com toda a principiologia do processo do trabalho.

210 (TRT 3ª R.; RO 0001365-12.2013.5.03.0136; Rel. Des. João Bosco Pinto Lara; Publicado bi DJEMG 15/06/16)

1. Subsidiariedade das Normas Processuais Cíveis ao Processo do Trabalho

Sobre o amplo tema da integração de outras normas ao direito do trabalho, forçoso lembrar, inicialmente, que desde o advento da Consolidação das Leis do Trabalho é admitida a aplicação subsidiária do direito processual comum, especialmente o Código de Processo Civil, ao processo trabalhista.

É clara a CLT nesse sentido, estabelecendo o art. 769 que **“nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste título.”**

Ou seja, a princípio, não existindo previsão legal na CLT e sendo compatíveis com as regras do Processo Judiciário do Trabalho (Título X, da CLT: arts. 763 a 910) e com os princípios que o regem, não há óbice à aplicação subsidiária das regras do direito processual civil na jurisdição trabalhista.

A previsão contida no art. 769, da CLT direciona-se ao processo de conhecimento, ao passo que, quanto à execução, a orientação quanto a aplicação subsidiária está contida no artigo 889 da CLT, ao estabelecer claramente que **“Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida**

ativa da Fazenda Pública Federal.”

Portanto, quanto ao processo de execução trabalhista, aplica-se subsidiariamente a lei de execução fiscal (Lei 6.830/80) e, sucessivamente, o Código de Processo Civil.

Não obstante as divergências doutrinárias quanto a abrangência da aplicação subsidiária, certo é que não é novidade a possibilidade de adaptação de outras normas processuais ao andamento da ação trabalhista, o que, em razão de suas peculiaridades, gera pontuais debates e orientações jurisprudenciais nem sempre convergentes.

2. O Novo Código de Processo Civil e sua Aplicação Subsidiária ao Processo do Trabalho

Se naturalmente já são inúmeras as discussões sobre a subsidiariedade de normas processuais, no contexto de edição de um novo sistema processual - como atualmente, com o início de vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) - com ainda mais força recorre-se aos dispositivos celetistas (769 e 889), de modo a discutir-se a utilidade da recente lei no âmbito trabalhista.

O art. 15 do Novo Código de Processo Civil exerce influência no processo do trabalho e pode-se dizer que se harmoniza com os dispositivos legais que já previam a aplicação subsidiária, reforçando-a, ao dispor que **“Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste**

Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

Veja-se que aí inclui-se a modalidade supletiva, que, por óbvio, permite a aplicação das normas processuais civis em caso de incompletude da lei processual trabalhista.

Ademais, como o processo é instrumento de efetivação do direito material, não se pode pensar sua aplicação afastada da realidade a que se refere. É uma relação que sempre deve ser revisitada. A propósito:

“O Direito Processual do Trabalho é, por definição objetiva, um direito instrumental; sua finalidade é de atuar, na prática, tornando efetivo e real o Direito Substantivo do Trabalho (Giglio, 1984, p. 374). Para esse fim, o processo deve guardar adequação com a natureza dos direitos que nele se controvertem; e se as controvérsias e conflitos trabalhistas são intrinsecamente distintos das controvérsias comuns, é indispensável a existência de um direito processual que, atento a essa finalidade, seja adequado à natureza e caracteres daqueles.”²¹¹

211 PASCO, Mario. **Fundamentos do direito processual do trabalho**. Revisão técnica de Amauri Mascaro Nascimento. São Paulo: LTr, 1997. p. 51

Não é demais lembrar que, em especial a partir da EC 45/2004, há litígios abrangidos pela competência material da Justiça do Trabalho que, no entanto, não são tipicamente trabalhistas, como, por exemplo, ações indenizatórias por danos morais e materiais e demandas que envolvem representação comercial por pessoas físicas (Lei 4.886/65).

3. Instrução Normativa 39/TST e a Pretensão de Uniformizar a Aplicação da Lei Processual Civil

Às vésperas do início de vigência do Novo CPC, o TST editou a Instrução Normativa nº 39, através da Resolução nº 203, de 15 de março de 2016, que ordena um conjunto de normas do Código de Processo Civil de 2015 e estabelece quais seriam aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, “de forma não exaustiva”.

Justificou o posicionamento normativo como necessário à compatibilização dos artigos 769 e 889 da CLT com o art. 15 do CPC, versando que os propósitos primordiais de tal resolução são:

- a) identificar questões polêmicas e inovatórias “relevantes para aferir a compatibilidade ou não de aplicação subsidiária ou supletiva ao processo do trabalho” e;
- b) evitar nulidades processuais em detrimento da celeridade, por intermédio de segurança jurídica.

Resumidamente, os institutos processuais do CPC que desde logo foram estabelecidos como inaplicáveis es-

tão elencados no artigo 2º, enquanto o artigo 3º dispõe o rol de dispositivos aplicáveis.

A partir do artigo 4º é definida a aplicabilidade de outras matérias em termos parciais ou com adaptações, como por exemplo, a aplicabilidade do art. 1007, § 2º, que contempla o saneamento do vício de insuficiência do valor do preparo recursal. O TST, contudo, delimita que o complemento do preparo no prazo de 5 dias após intimação, sob pena de deserção, “concerne unicamente às custas processuais, não ao depósito recursal” (art. 10, parágrafo único, da Instrução Normativa).

Sem adentrar em análise detalhada dos tópicos da resolução, pois o objetivo do presente texto é outro, importa destacar que dentre os dispositivos estabelecidos como inaplicáveis, tem especial relevância a regra da contagem de prazos tão somente em dias úteis. Para a maioria da doutrina processual civil, tal regra vem em benefício dos advogados, como defende, por exemplo, Teresa Arruda Alvim Wambier ao afirmar que *“parece correta de todo, pois não imporá mais à parte, especialmente ao seu advogado, que se vejam compelidos ao exercício de atividades muitas vezes desafiadoras em interregno de tempo que é composto em grande parte por dias sem expediente forense ou dedicados ao descanso”*.²¹²

212 WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria; RIBEIRO, Leonardo; MELLO, Rogério. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 387

Evidente que a CLT não é omissa quanto a contagem de prazos, os quais fluem no processo do trabalho computando-se o sábado e o domingo (art. 774), no entanto, importa destacar que o princípio da duração razoável do processo não se vulnera pela contagem de prazos em dias úteis, mas sim pela própria tramitação do processo, sobretudo nas chamadas “etapas mortas”, em que nada ocorre.

Em outros aspectos, percebe-se que foram considerados aplicáveis institutos do CPC/2015 que criam estímulos para que a jurisprudência se uniformize e fique razoavelmente estável.

A jurisprudência é altamente valorizada no novo diploma processual civil, conforme se observa dos comandos dos artigos 926 a 928, relativos à jurisprudência dos tribunais de modo geral, bem como o artigo 332, com algumas hipóteses de improcedência liminar do pedido envolvendo contrariedade a enunciados de súmulas, que é entendimento jurisprudencial “positivado”. O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) previsto nos artigos 976 a 986, por sua vez, também é uma novidade cujo propósito é consolidar e uniformizar a jurisprudência.

Releva destacar que, ao final da Instrução Normativa, indica-se seu escopo de *“transpor para o processo do trabalho inovações relevantes que valorizam a jurisprudência consolidada dos tribunais, privilegiam a qualidade da tutela jurisdicional e não descaram da segurança jurídica”*.

4. A Jurisprudência como Fonte do Direito – Processo Natural e Gradativo de Construção Jurisprudencial

Há todo um processo de construção hermenêutica até que se alcance maduro entendimento jurisprudencial acerca de matérias controvertidas e, assim, os tribunais superiores profiram decisões que moldem o ordenamento jurídico objetivamente considerado, com função paradigmática.²¹³

Deve-se compreender que jurisprudência é construída ao longo do tempo, sempre tendo como ponto de partida as decisões de primeiro grau. Sedimenta-se a jurisprudência, neste contexto, “de baixo para cima”, ou seja, as discussões iniciadas entre as partes, com seus respectivos fundamentos e entendimentos sobre determinado dispositivo são dirigidas ao Juízo de primeiro grau, que soluciona a lide a partir da interpretação que faz dos temas controvertidos a ele trazidos.

Proferida a sentença, cujas matérias impugnadas em vias recursais são novamente debatidas nos tribunais, a análise do caso em segundo grau é tomada a partir das premissas e argumentos trazidos pelas partes e também pelo próprio conteúdo da sentença exarada. Desse modo, a jurisprudência é construída a partir de rico quadro argumentativo e hermenêutico.

213 Exposição de motivos do anteprojeto do Código de Processo Civil, 2015.

A respeito dessa característica criativa e não reprográfica da interpretação da norma, tem-se a lição de **Norberto Bobbio**:

“Rejeitando as costumeiras metáforas da interpretação como cópia reprográfica ou como reflexo do direito já posto, ele adotou a metáfora da semente e da planta, segundo a qual o ordenamento jurídico cresce sobre si mesmo e desenvolve-se por meio do trabalho do intérprete, do qual a lei é o germen fecundador. Sem metáforas, a interpretação independentemente do que o jurista pense do próprio trabalho, jamais é apenas desenvolvimento lógico de premissas, ou seja, mera explicitação do implícito, mas é sempre, também, acréscimo, adaptação, integração, em suma, trabalho contínuo de reformulação, e, portanto, de renovação do corpus iuris. O jurista não é um lógico que apenas manipula algumas regras, mas um engenheiro que se serve de regras para construir novas casas, novas fábricas, novas máquinas.”²¹⁴

Portanto, ainda que haja uma linha de pensamento nos tribunais superiores, em situações de alterações significativas como a que ora se estabelece, imprescindível que seja respeitada a estrutura da construção jurisprudencial.

214 BOBBIO, Norberto. Da Estrutura à função: novos estudos da teoria do Direito. Barueri: Manole, 2007. pp. 252-253.

5. Inconstitucionalidade da Instrução Normativa 39/TST

Há inegável crise institucional no Brasil. Os últimos acontecimentos revelam que ao longo dos anos o Poder Legislativo perdeu expressiva parte do protagonismo que deveria ser próprio de um dos poderes da República. Por consequência, como espaço de poder nunca fica desocupado, o Poder Judiciário passou a assumir as lacunas deixadas.

O notório desprestígio do Poder Legislativo perante a sociedade brasileira trouxe como consequência direta o crescimento da atividade do Judiciário, inclusive em matéria cuja competência privativa não lhe pertence.

Essa anomalia acabou por espalhar-se em todos os segmentos do Judiciário e, a partir dela, tornam-se cada dia mais comuns atos com nítida pretensão legislativa, sob as mais diversas denominações : instrução normativa; resolução; ato normativo, etc.

Especificamente em relação a Resolução nº 203/TST, que aprovou a Instrução Normativa 39, não obstante os argumentos de que seria necessária orientação acerca da aplicabilidade ou não da nova legislação processual civil, o que se percebe é que o Tribunal Superior do Trabalho acabou por exceder a sua esfera de competência. Isto porque não pode resolução administrativa ter a pretensão de dizer ao Juiz qual dispositivo da lei (seja material ou processual) pode ser aplicada ao caso concreto.

As resoluções (art. 59, VII, da CF) configuram-se como atos administrativos e como tal alcançam tão somente a esfera administrativa de ação do órgão prolator do ato. Absolutamente inviável e inadequado pretender-se orientar o conteúdo de decisões judiciais por medida de natureza administrativa.

Celso Antonio Bandeira de Melo qualifica como desvio de poder o ato emanado por autoridade administrativa que pretende regular situação cuja competência não lhe pertence. Esclarece o consagrado autor: *“Há, em consequência, um mau uso da competência que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzindo na busca de uma finalidade que simplesmente não pode ser buscada ou, quando possa, não pode sê-lo através do ato utilizado.”*²¹⁵

Não resta dúvida de que o Tribunal Superior do Trabalho não possui competência constitucional e legislativa para expedir instrução normativa com o desígnio de disciplinar a aplicação ou não de determinado dispositivo de lei federal.

A respeito da inconstitucionalidade da instrução normativa em comento, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho ajuizou recentemente perante o STF a ação direta de inconstitucionalidade

215 BANDEIRA DE MELO, Celso. **Curso de Direito Administrativo**, 30ª edição, pág. 410.

nº 5.516/DF ²¹⁶, tendo sido deferida a medida cautelar requerida (art. 10 da Lei n. 9.868/99) e determinada a requisição urgente de informações ao Ministro Presidente do TST e, na sequência, vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República para manifestarem-se. Aguarda-se o desfecho.

Como bem assinalou a referida entidade representativa da magistratura trabalhista, a aplicação subsidiária da legislação processual civil ao processo do trabalho depende de dois requisitos : (a) a CLT seja omissa quanto à matéria; e (b) a norma do processo comum não apresente incompatibilidade com a letra ou com o espírito do processo do trabalho, estabelecendo, ainda, outro requisito para aplicação subsidiária na fase de execução, qual seja, a prevalência da lei de executivos fiscais, a saber, a Lei 6.830/80.

Lembra bem a entidade representativa da magistratura trabalhista que a jurisprudência, construída ao longo do tempo, é que deveria ser o norte para a aplicação subsidiária da legislação adjetiva processual ao caso concreto. Extrai-se daquela petição inicial: *Fica evidente, então, que tanto pelo artigo 15 do CPC/15, quanto pelo artigo 769 da CLT, seria o caso de cada magistrado de 1º e/ou 2º grau, com base na independência funcional e judicante, decidir em face de cada processo, qual a norma do novo CPC que*

216 [7] http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/337126686/andamento-do-processo-n-5516-medida-cautelar-13-05-2016-do-stf?ref=topic_feed

haveria ou não de ser aplicada. No curso do tempo surgiria a jurisprudência e, aí sim, mostrar-se-ia necessária a edição de “súmulas” ou de “orientações jurisprudenciais” para serem observadas no âmbito da Justiça do Trabalho. O que fez, no entanto, o Tribunal Superior do Trabalho? Resolveu editar uma Instrução Normativa para dizer, desde logo, quais os artigos do novo CPC seriam aplicáveis ao processo trabalhista e quais não seriam aplicáveis.

6. Subversão da Ordem Natural na Construção Jurisprudencial – Prejuízo à Jurisdição e ao Jurisdicionado

Conforme salientado nos itens anteriores, a pretensão exteriorizada pela Instrução Normativa editada pelo TST traz nítida subversão da ordem natural na construção da jurisprudência.

A Instrução Normativa 39/2016 pretende disciplinar a aplicação da lei processual civil pelas instâncias inferiores, em claro intento invasor de competência

Não se trata de “valorizar a jurisprudência consolidada”. Há temas novos sobre os quais sequer houve debate em primeira e segunda instância. Veja-se que a Resolução que aprovou a citada Instrução Normativa foi expedida três dias antes do início de vigência da lei processual. Ou seja, nem se havia iniciado discussão sobre possibilidade de emprego da aplicação subsidiária do CPC ao processo do trabalho e já se tinha regulação nesse sentido!

Importante ainda argumentar que a Instrução Normativa n. 39/2016 do TST viola o princípio da independência dos magistrados, contido em vários dispositivos da CF, como no art. 95, I, II e III, e no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII. Por força de toda a nossa estrutura constitucional e da independência que se deve conferir às decisões judiciais, compete a cada magistrado ou Tribunal, no exercício da prestação jurisdicional, conferir a interpretação da lei aplicando-a aos casos concretos.

Além dos aspectos eminentemente técnicos anteriormente expostos, a Instrução Normativa em comento afronta a própria natureza das decisões judiciais e o modo como devem ser conhecidas pelo Judiciário as questões que lhe são postas.

O Ministro aposentado do TST, Carlos Ayres Brito, em mais uma das suas felizes abordagens sobre o papel do Judiciário, assinala que : “O Juiz tem de conhecer a realidade das pessoas. Até para perguntar se, no lugar das pessoas, especialmente em matéria penal, ele se comportaria de outro modo. Isso não significa que ele deva ser refém da sociedade, vassalo da opinião pública. Mas deve, sim, ascultar os anseios populares, coletivos, para ver se é possível formatá-los em decisões técnicas. Quando isso acontece, o juiz concilia a justiça com a vida. O Judiciário, por ser o mais formal dos poderes, o mais ritualístico, tende a repetir mais do que inovar. E aí ele se desumaniza, porque perde contato com a realidade palpitante da vida.”²¹⁷

217 (Entrevista concedida à Revista Veja, abril 2012).

Ao editar Instrução Normativa, sem o mínimo debate e amadurecimento com a primeira instância do Judiciário, o TST se afasta do cidadão comum e da realidade social. Interpreta a lei a partir da realidade do planalto, olvidando-se de que na planície é que vive o cidadão comum.

Alberto de Paula Machado
Alfredo de Assis Gonçalves Neto
Betina Treiger Grupenmacher
Cássio Lisandro Telles
Estêvão Mallet
José Fernando Simão
José Manoel de Arruda Alvim Netto
Marçal Justen Filho
Paulo Lôbo
René Ariel Dotti