



ANO 1 - NÚMERO 2 - DEZEMBRO 2016

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR





ANO 1 - NÚMERO 2 - DEZEMBRO 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 (Secretária-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

Ernani Buchmann

Revisão

Ernani Buchmann, Fernando Previdi Motta e Graciela I. Marins

Diagramação

André Bichels

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;
Coordenação Científica de Fernando Previdi Motta, Graciela I. Marins -- v.1, n.2
(Dez. 2016) -- Curitiba: OABPR, 2016.
350 p.

Quadrimestral

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

ISSN: 2525-6483 - (Versão eletrônica)

ISSN: 2525-5770 - (Versão impressa)

v.1, n.2 (Ago. 2016)

1. Direito. 2. Artigos jurídicos. I. Escola Superior de Advocacia (ESA). II.
Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná. III. Fernando Previdi Motta.
IV. Graciela I. Marins

CDD: 340.05

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito 340

2. Direito – periódicos 340.05

Índice

Palavra do Presidente	7
Apresentação.....	9
Doutrina.....	11
A ação de dissolução parcial de sociedade CPC/2015 - artigos 599 a 609	12
Edgard Katzwinkel Junior	
A crítica do direito remodelada.....	41
Luiz Fernando Coelho	
As recentes decisões do STF sobre os direitos dos trabalhadores: reforma ou destruição?.....	56
Almiro Eduardo de Almeida & Oscar Krost	
Velhos institutos, novas ferramentas: a utilização de monitoramento eletrônico nas execuções de alimentos como medida coercitiva diversa da prisão civil	82
Joeci Machado Camargo & Marcelo L. F. de Macedo Bürger	
Regime tributário do simples nacional na advocacia	114
Fabio Artigas Grillo	

***Plea bargaining* e delação premiada:
algumas perplexidades 145**

Flavio Antônio da Cruz

**A promessa de compra e venda de bens imóveis, o direito real
de aquisição e a execução específica da obrigação de fazer
mediante as técnicas de sub-rogação e de coerção. Duas
certezas e uma provocação 220**

Eroulths Cortiano Junior

**Busca da solução consensual e os novos rumos
da atuação jurisdicional no novo Código de Processo Civil. ... 249**

Inaiá Nogueira Queiroz Botelho

**O incidente de desconsideração da personalidade jurídica
no Direito Tributário: reflexos decorrentes do novo CPC 279**

Artur Barbosa da Silveira

Jurisprudência em destaque..... 315

**A relativização do princípio Kompetenz-Kompetenz pelo STJ:
um breve comentário ao julgamento do recurso especial
1.602.076/SP 316**

Artur Mitsuo Miura & Rodrigo Cesar Nasser Vidal

PALAVRA DO PRESIDENTE

Acima de todas as expectativas

O primeiro número da Revista da ESA, lançado durante as comemorações do Dia do Advogado, em agosto passado, superou todas as expectativas. O projeto inicial, de termos uma revista em formato exclusivamente virtual, foi alterado porque os advogados deixaram explícita a importância da versão impressa. A diretoria da OAB Paraná e a Coordenação da ESA ouviram o apelo e concordaram com a medida.

Assim é que 1500 exemplares foram impressos, esgotando-se em 30 dias. A versão eletrônica, disponível no site da OAB Paraná, já ultrapassou os 16 mil downloads, em pouco mais de três meses. Uma prova da aceitação da Revista, já considerada uma ferramenta de apoio essencial nas bibliotecas e nos computadores dos profissionais do Direito.

É com medidas deste porte que a OAB Paraná cumpre seu papel de oferecer conteúdo científico e prático aos

advogados. Além de publicar ensaios de nomes consagrados do Direito, a Revista da ESA é o veículo ideal para divulgar os trabalhos de novos talentos da advocacia, que nem sempre encontram os meios adequados para a publicar seus estudos jurídicos.

O segundo número da Revista traz um número considerável de autores, resultado de um enorme trabalho de edição científica, já que alguns trabalhos foram preteridos por limitação do número de páginas da Revista. Esses foram desde logo selecionados para a Revista nº 3, a circular no primeiro trimestre de 2017.

Por enquanto, cabe-me a incumbência de sugerir a leitura desta edição. Um volume que orgulha a OAB e será de extrema utilidade a todos vocês.

José Augusto Araújo de Noronha

Presidente da OAB Paraná

APRESENTAÇÃO

Em agosto de 2016, lançamos o primeiro volume da Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-Pr (ESA), com artigos de renomados juristas convidados. Tratou-se de ousada empreitada, com um resultado surpreendente.

Agraciados pelo apoio incondicional do Presidente da OAB/Pr, José Augusto Araújo de Noronha, de toda a Diretoria, de um Conselho Editorial e Editor respeitados e atuantes, apenas no período de agosto a dezembro do corrente ano, foram mais de **16.000 (dezesesseis mil) downloads** da versão eletrônica da Revista. Um sucesso gratificante que trouxe imensa responsabilidade em continuar um trabalho de alto nível, que colabore ao aperfeiçoamento constante do advogado.

O segundo volume nasce na proposta democrática de unir artigos de juristas convidados e oportunizar a todos os profissionais do Direito a participação mediante submissão de trabalhos ao Conselho Editorial.

A chamada para esses artigos jurídicos foi realizada no período de 17 de outubro a 17 de novembro do ano corrente. Para nossa surpresa foram enviados mais de 50 (cinquenta) artigos à submissão. Aos poucos todos serão submetidos ao Conselho Editorial.

Diante do sucesso da Revista, esse segundo volume também será lançado na versão impressa.

Firmes no propósito de realizar um trabalho sério, útil à classe jurídica e de grande qualidade, esperamos ter alcançado esses objetivos.

Fernando Previdi Motta

Graciela I. Marins

Coordenadores Científicos

DOUTRINA

A AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE CPC/2015 - ARTIGOS 599 A 609

Edgard Katzwinkel Junior

Ex-Professor Adjunto de Direito Comercial da Faculdade de Direito da UFPR; Mestre em Direito Privado pela UFPR; Procurador Regional da República aposentado; Sócio fundador da sociedade de advogados KATZWINKEL & ADVOGADOS ASSOCIADOS. (OAB/PR n. 4314).

Resumo: A proposta deste trabalho é discorrer sobre a ação de dissolução parcial de sociedades, agora regulada pelo CPC, que é de 2015, mas que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, como um procedimento especial. Essa ação veio atender a uma antiga reivindicação dos operadores do direito, que se viam às voltas com demandas envolvendo sociedades e sócios, para solucionar a saída de sócio, voluntária ou judicial, exclusão de sócio, falecimento de sócio, exercício do direito de recesso, bem como, em todas essas demandas tratar da apuração dos haveres dos sócios que de alguma forma se desligavam da sociedade,

especialmente quanto à forma de apuração e pagamento desses valores. Essa novel legislação, efetivamente, buscou encontrar soluções. No entanto, certas regras irão trazer algumas dificuldades e somente a jurisprudência e o tempo dirão como interpretá-las adequadamente.

Breves notícias sobre o tema

1. A dissolução parcial de sociedades é tema que vem sendo debatido há mais de 50 anos, mesmo porque foi criação dos Tribunais, como forma de abrandar o rigor do disposto no art. 335, inciso V do Código Comercial de 1.850, que era a regra utilizada pelos sócios para saída da sociedade. O Código Imperial dispunha que a sociedade poderia ser dissolvida pela **vontade do sócio**, sem necessidade de apresentar qualquer motivo declarado, como se se tratasse de uma denúncia vazia. Nada precisava ser justificado, pois era a vontade do sócio que prevalecia. Ainda que essa regra fosse dirigida às sociedades comerciais reguladas pelo próprio Código Comercial, tais como, sociedade em nome coletivo, sociedade de capital e indústria, sociedade em comandita simples e outras, sociedades essas que tinham a característica de impor a responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais, podendo esses sócios utilizar apenas a ação de dissolução da sociedade como forma de livrar-se dessa responsabilidade, a ação de dissolução da sociedade pela vontade do sócio com apoio do C. Comercial, passou a ser utilizada

indiscriminadamente pela sociedades por quotas de responsabilidade limitada, reguladas pelo Dec. 3708 de 1.919 e depois, como sociedades limitadas, reguladas pelo Código Civil. Mais tarde, na ação de dissolução das sociedades anônimas (Lei n. 6404/76) a dissolução parcial passou a ser utilizada também como um pedido alternativo para a preservação da empresa, atendendo apenas ao interesse do acionista que pretendia retirar-se. A sociedade anônima também se utilizava dessa alternativa para evitar a dissolução total. A dissolução parcial das sociedades foi criada com esse objetivo, como um mecanismo necessário para impedir a dissolução total do ente social e isto pelas mais variadas motivações. Desde o início a denominação “dissolução parcial” para atender o sócio que se retirava da sociedade foi intensamente criticada e sem qualquer resultado, mesmo porque nenhuma outra denominação foi sugerida e hoje está definitivamente consagrada.

2. Assim, proposta a ação de dissolução da sociedade, inicialmente sem o pedido alternativo de dissolução parcial, que, até então, não era conhecida, os Tribunais reconheciam o exagero da pretensão de extinguir a sociedade, que implicaria em desfazimento da empresa com sérios prejuízos para a comunidade onde estava instalada, que ficaria sem empregos e sem recolhimento de tributos e especialmente com o objetivo de contribuir para a paz social e, com esses fundamentos, decretavam a dissolução parcial, com a apuração dos haveres do sócio que então se

retirava ou que, pelo menos, demonstrara não mais ter interesse no convívio societário. Com o tempo as partes entenderam ser necessário formular o pedido de dissolução parcial da sociedade como um pedido alternativo ao pedido de dissolução total, de tal modo que, não sendo procedente o primeiro, seria deferido o segundo de dissolução parcial da sociedade e com isto seria atendido o objetivo do sócio que não mais pretendia continuar sócio e facilitar a vontade dos demais de prosseguirem com o empreendimento, preservando a empresa. Esse procedimento de dissolução parcial, inicialmente, só cuidava da vontade do sócio que não mais desejava ser sócio e por essa razão propunha a ação de dissolução total como um pedido alternativo de dissolução parcial. Também os sócios remanescentes podiam, ao contestar a ação de dissolução total, fazer proposta de dissolução parcial e concordar com a apuração de haveres para a saída do sócio insatisfeito.

3. As sociedades limitadas aproveitaram-se muito da dissolução parcial, na medida em que proposta a ação de dissolução total tinham os sócios remanescentes a possibilidade de evitar a dissolução pretendida com a proposta de dissolução parcial da sociedade com o objetivo de preservar a empresa e atender os interesses do sócio que não mais desejava permanecer em sociedade, demonstrando que havia condições suficientes para a manutenção do negócio e pagar os haveres do sócio. A dissolução parcial das sociedades anônimas, por outro lado, foi sempre ob-

jeto de muito debate e sistematicamente rejeitada pelos Tribunais. Só mais recentemente a dissolução parcial das sociedades anônimas passou a ser admitida, quando fosse deduzida em Juízo a pretensão de dissolução total, de acordo com as hipóteses previstas na Lei n. 6.404/76 e se tratasse de sociedades fechadas e estritamente familiares, muito assemelhadas às sociedades limitadas. Os sócios não participantes do pedido de dissolução acolhiam essa pretensão da dissolução parcial para atender o sócio que não mais tinha interesse na sociedade e, com isto, preservar a empresa, impedindo a sua dissolução total.

4. A ação de dissolução parcial das sociedades propagou-se e passou a ser utilizada para todas as hipóteses de saída de sócio da sociedade, tais como, no falecimento do sócio, no exercício do direito de retirada, no recesso, na exclusão, enfim, não mais se falava em dissolução da sociedade, porque a solução estava presente na dissolução parcial. Mas, não havia lei a respeito e o procedimento seguia os humores do julgador. A insegurança jurídica era uma realidade.

5. Aí, então, surgiu o novo Código de Processo Civil, que passou a admitir a dissolução parcial das sociedades com fundamentos os mais diversos e atendendo a todas as hipóteses de saída do sócio da sociedade (art. 599, I e II do CPC) e também para a apuração dos haveres do sócio que não mais tem interesse no convívio societário

e incluiu também as sociedades anônimas fechadas, em ação proposta por acionistas que representem 5% do capital social e demonstrando que a sociedade não mais poderá preencher o seu fim, como estabelecido no § 2º do art. 599. Esta única previsão legal que admite a dissolução parcial da sociedade anônima, inclusive, é uma das hipóteses possíveis para a dissolução total da sociedade, como disposto no art. 206, II, letra “b” da Lei 6.404/76.

6. Ao tratar da ação de dissolução parcial de sociedade “strictu sensu”, porém, o legislador, que tentava resolver um tormento na identificação do procedimento a ser adotado para a saída do sócio insatisfeito da sociedade, criou uma situação ainda mais complicada, dispondo, no inciso I, do art. 599 que será possível a resolução da sociedade empresária contratual ou simples em relação ao sócio falecido, ao sócio excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso e no inciso II, do mesmo dispositivo legal, admitiu a ação de dissolução parcial da sociedade para apuração dos haveres do sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso.

7. O Código dispôs, separadamente, sobre a resolução do vínculo societário e apuração de haveres, como se se tratassem de procedimentos diversos, quando não o são, e com isto poderemos nos deparar com situações em princípio inaceitáveis, como, por exemplo, no caso de ser proposta ação de exclusão de sócio e os

autores da ação não formularem pedido de apuração de haveres do sócio que será excluído, pedido esse que não é obrigatório, caberá ao réu da demanda fazer o pedido de apuração de haveres em reconvenção ou em pedido contraposto, para a hipótese de ser procedente o pedido de exclusão. Nesse caso, será inevitável que o sócio excluído decairá de um dos pedidos, com as consequências próprias da sucumbência. Por outro lado, será possível a ação para apenas apurar haveres e claro, cabendo essa ação somente se o sócio já não mais fizer parte da sociedade, na medida em que é inaceitável pedido de apuração de haveres sem que haja, previamente, o rompimento do vínculo societário, que seria alcançado com a dissolução parcial. Enquanto se mantém o vínculo social não cabe a ação de apuração de haveres, este é um procedimento exclusivamente para quem não é mais sócio da sociedade.

8. Pretendemos, com este trabalho, elucidar algumas questões (e suscitar outras) que estarão presentes na aplicação dos artigos 599 e seguintes do Código de Processo Civil de 2.015 em demandas de retirada de sócio da sociedade, dispositivos legais esses que, em boa medida, procuraram resolver o intenso debate que se instalou com a dissolução parcial das sociedades, criada pela jurisprudência há meio século, mas que, no entanto, causaram estupefação pela impropriedade de algumas normas, produzindo o correto pronunciamento de Von Adameck: *“A verdade é que, tanto por aquilo que não disciplinou, e deveria, como*

por aquilo que mal disciplinou de maneira unitária, o Código de Processo Civil de 2015 neste particular não representou um expressivo avanço para o direito processual societário e, cedo ou tarde, a sua disciplina terá que ser revista, a bem da segurança e certeza na aplicação do direito. Até lá, os profissionais terão que ter muita cautela e perseverança” (VON ADAMECK, Marcelo Vieira, A Problemática Disciplina Unitária da Dissolução de Sociedades no CPC, in <http://www.conjur.com.br/2016-jun-20/problema-tica>). Do mesmo modo, é de Erasmo Valladão o ácido comentário, quando ainda se discutia o projeto do CPC, nestes termos: *“Eu pensava que as agressões à ciência jurídica existiam apenas no Antiprojeto (sic) do Código Comercial, mas percebo que essa praga propagou-se também pelo projeto do Código de Processo Civil. O tratamento da ação de dissolução parcial de sociedade, neste último projeto, é um verdadeiro disparate, uma trombada na Ciência do Direito.”* (aut. cit. in *O Antiprojeto (sic) de C.Com. – A praga que se propaga no projeto do CPC*, www.migalhas.com.br/dePeso/16).

9. O CPC/2015 revogou o CPC de 1973 e, em consequência, revogou também as regras do CPC/39 sobre a dissolução total das sociedades, que ainda estavam em vigor, conforme art. 1.218, VII daquele diploma legal. A ação de dissolução de sociedades, agora, tem o procedimento comum, conforme art. 1.046, § 3º e, nesse procedimento, não há regras para a fase de liquidação que deve

acontecer com regras próprias. Essa fase, por certo, não se confunde com a liquidação de sentença genérica (art. 509 do CPC), que busca fixar o valor da condenação. Para tanto, será preciso recorrer às normas de direito material (arts. 1.102/1112, C.C. e arts. 208/ 218 da Lei 6.404/76).

As hipóteses de cabimento da ação de dissolução parcial

10. Enfim, o Código de Processo Civil está em vigor e regula, entre os procedimentos especiais “A AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADES”, mantendo a antiga denominação tão criticada, mas nunca substituída. Surgiu como uma solução para as questões de dissolução total das sociedades, quando requerida pela vontade do sócio (C.Com. art. 335, V) e consagrou-se como uma solução para todas as questões que envolvem a saída do sócio da sociedade. Bem ou mal temos que entendê-la e trabalhar com ela na busca de soluções. Ainda que não seja um primor, esse capítulo do novo CPC está colocado de modo a resolver uma intensa discussão sobre a saída do sócio da sociedade.

11. O art. 599 do CPC e seus incisos I, II e III, definiram o objeto da ação de dissolução parcial de sociedade, dispondo que será possível a propositura dessa ação para a resolução da sociedade empresária contratual ou simples em relação ao sócio falecido ou que exerceu o di-

reito de retirada ou recesso e também para a apuração dos haveres do sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso, podendo ocorrer apenas para resolução da sociedade ou para a apuração de haveres.

12. Essa forma de definir o objeto da demanda ficou confusa, sem dúvida, especialmente porque admite a dissolução parcial para os casos de falecimento de sócio ou de exclusão e isto é incompreensível, porque o sócio falecido ou excluído não é mais sócio, a partir do falecimento ou da exclusão e, para tanto, não seria necessária a propositura de ação de dissolução parcial. Por outro lado, a lei não exige que se faça a apuração de haveres do sócio falecido, que está sendo excluído, ou que exerceu o direito de retirada ou recesso, de tal modo que a propositura da ação de dissolução parcial pode limitar-se simplesmente a obtenção de sentença nesse sentido, de rompimento do vínculo societário. Com essa previsão legal, não poderá o juiz, de ofício, impor a apuração dos haveres. Se não houver pedido não haverá condenação. Igualmente acontecerá se o pedido for somente de apuração de haveres, sem o pedido antecedente de resolução da sociedade, exclusão de sócio, retirada e dissolução parcial estrito senso, que é o pedido alternativo na dissolução total da sociedade. A apuração de haveres é uma consequência da resolução do vínculo societário. Se não houver a ruptura do vínculo não poderá haver a apuração de haveres.

13. O ilustre Prof. Erasmo Valadão faz uma análise bem interessante para essa hipótese de ação de dissolução parcial pelo espólio ou herdeiros do sócio falecido, que exerceu o direito de recesso ou que foi excluído, de tal modo que a relação societária não mais existe e com isto só resta apurar haveres para a conclusão da operação. E a respeito esclarece o ilustre mestre que “... *sócio não é mais: a extinção do vínculo contratual que o unia à sociedade dá-se pela só ocorrência do fato jurídico (morte) ou por efeito do exercício do direito potestativo de autodesvinculação (retirada) ou hetero-desvinculação (exclusão). Por isso, é descabido cogitar-se de dissolução em relação a quem nada tem a ser dissolvido, como sugerido no inc. I do art. 599 do CPC; faltaria para isso, inclusive, interesse de agir. Diversa, porém, é a situação do excluindo e do retirante, os quais são apenas afastados da sociedade por efeito de sentença constitutivo-negativa, mas aos quais estranhamente o legislador a eles não se referiu*” (aut. cit. Da Ação de Dissolução Parcial de Sociedade, p. 27, Ed. Malheiros, 2016).

14. É certo, desse modo, que nos deparamos com um problema e a jurisprudência terá que ajustar de alguma forma uma solução para evitar prejuízos para a parte, no caso o sócio que está se retirando da sociedade. Nesse caso, proposta a ação de dissolução parcial para exclusão judicial do sócio, retirada judicial por justa causa e dissolução parcial *strictu sensu* como uma alternativa à dissolução

total, a apuração de haveres é uma consequência natural, possível e como um ônus para o autor. Não será aceitável, nesses casos, propor apenas a ação de apuração de haveres, não sem antes romper o vínculo societário.

Entre as hipóteses de ação de dissolução parcial, a especial previsão de dissolução parcial das sociedades anônimas

15. Não poderia ser tratado esse assunto, da dissolução parcial da sociedade anônima, a não ser em capítulo especial, ainda que esteja incluída no rol do art. 599 do CPC, em seu § 2º. Diz a lei: “*a ação de dissolução parcial de sociedade pode ter também por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionista ou acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim*”. Esta regra é igual à que consta no art. 206, II, letra “b”, da Lei 6.404/76, quando trata da dissolução total da sociedade anônima dependente de decisão judicial. Essa disposição de não mais poder preencher o seu fim, tanto pode se referir à impossibilidade de cumprir o seu objeto social, ou de não mais poder atender a sua finalidade de produzir lucro e distribuir dividendos, considerando que este, sim, é o verdadeiro objeto das sociedades anônimas – produzir lucros e distribuir dividendos (art. 2º da Lei 6.404/76).

16. Apesar das críticas de parte da doutrina, em boa hora a lei tratou de regular a dissolução parcial das sociedades anônimas fechadas, dando oportunidade ao acionista que deseje retirar-se da sociedade, uma vez que, em certas circunstâncias, ele pode estar de tal modo engessado na companhia na qual detém boa parcela de capital, mas sem obter remuneração sequer razoável por tal investimento. Trata-se, a sociedade fechada, de sociedade que não tem seus papéis negociados no mercado e o acionista não tem como desfazer-se de suas ações, a não ser em condições na maioria das vezes inaceitáveis. Trata-se, comumente, do acionista que recebeu suas ações por herança, não participa da administração e não usufrui de nenhum rendimento sobre o capital aplicado. A sua única possibilidade de retirar-se da sociedade é através da dissolução parcial, se provada a impossibilidade da sociedade atingir o seu fim. Claro que ainda fica a alternativa da ação de dissolução total da sociedade anônima com o pedido alternativo de dissolução parcial, na ocorrência de outras hipóteses contempladas no art. 206 da Lei n. 6.404/76. A situação do acionista minoritário, que quer realizar o seu capital, ainda não está inteiramente resolvida, mas essa previsão do novo CPC é um bom começo.

17. Foi longa a discussão, tanto doutrinária, como jurisprudencial a respeito da dissolução parcial das sociedades anônimas e ainda há um bom caminho a percorrer. De qualquer modo, agora está regulada em lei e é

possível ser proposta a ação de dissolução parcial por acionista ou acionistas que detenham 5% ou mais do capital social, desde que provem que a sociedade não consegue preencher o seu fim.

A legitimidade ativa para a ação de dissolução parcial de sociedades

18. A legitimidade ativa para a propositura da ação de dissolução parcial da sociedade está expressamente identificada no art. 600 do CPC e as suas disposições irão causar, na verdade, mais dificuldades do que soluções.

19. O inciso I, do art. 600, estabelece que a ação de dissolução parcial pode ser proposta pelo *“espólio do sócio falecido, quando a totalidade dos sucessores não ingressar na sociedade”*. Ora, não há dúvida de que o espólio do sócio falecido só pode ter legitimidade para a ação de apuração de haveres e é inaceitável admitir que o espólio possa ter legitimidade para a dissolução parcial, quando na verdade o sócio deixou de ser parte a partir do falecimento. Igual entendimento ocorre com o inciso II, do art.600, na medida em que os sucessores do sócio falecido somente poderão propor a ação de apuração de haveres, se não admitidos na sociedade, principalmente porque eles não são sócios e não há vínculo societário a desfazer. Esses desajustes irão ser resolvidos com o tempo, inevitavelmente.

20. Na sequência, o inciso III admite que a sociedade pode propor a ação de dissolução parcial, na hipótese dos sócios sobreviventes não admitirem o ingresso do espólio ou dos sucessores do sócio falecido na sociedade, atendendo a alguma estipulação do contrato social. Igualmente o problema não é de dissolução parcial, e sim de apuração de haveres, se a previsão contratual entende que os sócios sobreviventes não estão obrigados a receber os herdeiros como sócios em substituição ao sócio falecido. O inciso IV, do art. 600 do CPC, admite que a ação de dissolução parcial poderá ser proposta *“pelo sócio que exerceu o direito de retirada ou recesso, se não tiver sido providenciada, pelos demais sócios, a alteração contratual consensual formalizando o desligamento, depois de transcorridos 10 (dez) dias do exercício do direito”*. Voltamos ao mesmo problema, pois o sócio que exerceu o direito de retirada ou o direito de recesso, não tem mais nada a fazer a não ser pedir a apuração dos seus haveres, porque o vínculo societário já está resolvido e, de acordo com o art. 1032, do C. Civil, basta ao sócio, para confirmar o seu desligamento, averbar no Registro do Comércio a notificação de retirada ou de recesso. Na sociedade anônima o exercício do direito de recesso (art. 137, Lei 6.404/76) leva, necessariamente ao reembolso, como previsto no art. 45 da mesma lei. A saída do sócio, nesse caso, independe de sentença judicial.

21. O inciso V, do art. 600 do CPC, considera a sociedade como parte legítima ativa para a propositura da ação de dissolução parcial para os casos em que a lei não autoriza a exclusão extrajudicial. O Código Civil admite a exclusão extrajudicial do sócio que está pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade (art. 1085 e parágrafo único do C.Civil). No entanto, tal providência, que pode acontecer mediante alteração do contrato social, depende de prévia previsão no contrato social e observado o procedimento previsto na lei. A ação de exclusão, de qualquer modo, só poderá ser proposta se houver justa causa. Na sociedade anônima a exclusão do acionista é matéria que ainda suscita intenso debate. O Superior Tribunal de Justiça, em decisão de 1º/12/2012, da e. 4ª Turma, REsp 915.531/RS, acolheu o entendimento, por unanimidade, de que é possível a exclusão de acionista de sociedade anônima fechada na qual prepondera o caráter personalíssimo e familiar. No entendimento do i. Ministro Luis Felipe Salomão, relator, a exclusão de acionista deve ser encarada como uma “*medida extrema que visa à eficiência da atividade empresarial*”, permitindo o afastamento definitivo de acionista que gera prejuízos à companhia ou coloca em risco a consecução de seus objetivos sociais. Para o relator, uma vez aceita a dissolução parcial das sociedades anônimas fechadas personalistas, conforme recentes decisões do próprio STJ, é de se concluir pela possibilidade de aplicação das regras atinentes à exclusão de sócios regu-

ladas pelo Código Civil às sociedades que apresentem tais características, em especial (i) pela remissão do art. 1089 do Código Civil (*“A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código”*) e (ii) pela ausência de vedação expressa à exclusão de acionistas na Lei das S.A., sendo possível, ainda, que os estatutos sociais regulem as hipóteses e procedimentos para essa exclusão, salientando que a exclusão de acionista somente será possível caso seja comprovada a prática de atos de extrema gravidade que possam colocar em risco a atividade empresarial e a própria função social da companhia.

22. E, por último, o inciso VI do art. 600 do CPC contempla o sócio excluído como parte legítima ativa para a dissolução parcial. Como previsto na lei, a ação, nesse caso, é de apuração de haveres, porque o sócio excluído não mais precisa de sentença para confirmar a sua saída da sociedade. Ele já foi excluído e aí, apuram-se os haveres. O sócio, na verdade, precisará da ação de dissolução parcial sempre que pretender retirar-se da sociedade, se não conseguir fazê-lo extrajudicialmente. Na sociedade anônima o procedimento é mais complexo, porque a dissolução parcial é admitida apenas se o sócio, com 5% ou mais de ações, conseguir provar que a sociedade não mais consegue atingir o seu fim. Afora este caso, a dissolução parcial só será possível como pedido alternativo em ação de dissolução total nos casos previstos em lei. Não há outras hi-

póteses possíveis, na sociedade anônima, para o acionista retirar-se da sociedade, a não ser negociando suas ações, em condições nem sempre favoráveis.

23. O parágrafo único do art. 600 contempla uma situação que também causa espécie. Diz este dispositivo legal: “*O cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento, união estável ou convivência terminou **poderá** requerer a apuração de seus haveres na sociedade, que serão pagos à conta da quota social titulada por este sócio*”. Em primeiro lugar, essa regra confronta diretamente com o que dispõe o art 1027 do Código Civil, que assim se expressa: “*Os herdeiros do cônjuge de sócio, ou cônjuge do que se separou judicialmente, **não** podem exigir desde logo a parte que lhes couber na quota social, mas concorrer à divisão periódica dos lucros, até que se liquide a sociedade*”. Este parágrafo único do art. 600 do CPC, revoga parcialmente o art. 1027 do Código Civil, na parte em que o cônjuge que se separou do sócio poderá requerer a apuração de haveres na sociedade e seu pagamento, ou a companheira do sócio, união estável ou convivência que terminou. Quanto aos herdeiros do cônjuge do sócio, que se separou, não poderão fazê-lo, devendo observar o art. 1027 do C. Civil. Nessa hipótese essas regras só têm aplicação em virtude do regime de bens do casamento, quando então o ex-cônjuge e conseqüentemente os seus herdeiros tiverem direito sobre tais quotas sociais. Em segundo lugar, esse dispositivo (parágrafo único do art. 600, do CPC), cria sério problema, na

medida em que o cônjuge, companheiro ou convivente, não são sócios da sociedade e dependendo do regime de casamento poderão ter parte no patrimônio que essas quotas representam. Assim, permitir que essas pessoas tenham legitimidade para reclamar apuração de haveres diretamente à sociedade é criar um clima de insegurança jurídica inaceitável. Haverá uma intromissão perigosa na vida da sociedade com esse tipo de procedimento.

A legitimidade passiva

24. O legislador, infelizmente, resolveu de forma simplista a questão da legitimidade passiva nas ações de dissolução parcial e de apuração de haveres. Colocou no mesmo pacote a sociedade e todos os sócios. Ainda que essa solução de incluir como partes passivas a sociedade e todos os sócios nas ações de dissolução total de sociedades, fosse bem aceita pela doutrina e jurisprudência, é incompreensível a adoção do mesmo comportamento para as ações de dissolução parcial e de apuração de haveres. Essa regra (art. 601 do CPC) só irá aumentar os níveis de discórdia no seio das sociedades. O parágrafo único desse artigo 601, por outro lado, é um primor de inconseqüência.

25. O comentário crítico do Prof. Erasmo Valadão a propósito dessa regra do art. 601 e seu parágrafo único do CPC merece ser reproduzido. Diz o mestre: *“De fato, diante das discussões que existiam sob o império do CPC/73 na*

doutrina e na jurisprudência a propósito da legitimação passiva para cada uma daquelas demandas, o legislador resolveu genericamente prever no CPC/15 que então sempre devam elas ser propostas contra a sociedade e todos os sócios. Ou seja, na dúvida ou insciência sobre quem, diante da relação jurídica de direito material subjacente, seria realmente legitimado passivo para a causa (problema esse, insista-se, que diz respeito à vinculação das regras processuais à relação jurídica material subjacente), o legislador resolveu, de maneira simplista, dizer que todos são litisconsortes passivos necessários”. E conclui: “(...) devedora dos haveres será, sempre e sempre, a sociedade; mesmo em sociedades de responsabilidade ilimitada, os sócios não são devedores dos haveres e, portanto, não deveriam ser convocados para compor o polo passivo” (aut. cit. Da Ação de Dissolução Parcial de Sociedade, Ed. Malheiros, 1916, p. 48).

26. A situação se agrava com a regra do parágrafo único do art. 601, que reconhece ser válido o processo se todos os sócios forem citados e a sociedade não. A ação de dissolução parcial ou de apuração de haveres deverá ser proposta contra a sociedade e todos os sócios. Caso sejam citados todos os sócios e não a sociedade, o processo será válido e não haverá nulidade pela falta de citação da sociedade. Essa regra parece ter sido criada apenas como forma de impedir atrasos na solução do processo, caso haja dificuldade para a citação da sociedade. No entanto, ela é violadora do disposto

no artigo 239, *caput*, c/c art, 280 do CPC e haverá problemas quando for necessário executar os bens da pessoa jurídica e nesse caso será impossível justificar-se a ausência de citação se os bens da sociedade podem vir a ser objeto de constrição e expropriação (Da ação de dissolução parcial de sociedade, Fernando Sacco Neto, in Breves Comentários do Novo Código de Processo Civil, coord. de Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr. Eduardo Talamini e Bruno Dantas, Ed. Rev. dos Tribunais, 2^a ed., p. 1583).

27. O STJ ao apreciar os casos de dissolução parcial formou forte entendimento em sua jurisprudência no sentido de evitar a anulação do processo quando presentes todos os sócios na demanda e a sociedade não, e sempre com o argumento de que a sociedade estava, nesse caso, corretamente representada com a presença de todos os acionistas no processo. Claro que essa posição é meramente circunstancial, uma vez que em momento algum imaginou-se possível a propositura da ação apenas contra os sócios e não contra a sociedade e os sócios. A dificuldade vai surgir, no entanto, quando for executada a sentença para que o sócio que saiu receba os seus haveres, porque será o patrimônio da sociedade, pessoa jurídica que é, que responderá por essa obrigação. A sociedade deve ser parte e deve ser tentada a sua citação. Somente no caso de não ser possível a citação da sociedade e citados todos os sócios, é que o processo poderá ter seguimento somente contra os sócios. É impensável não buscar a citação da sociedade.

A dissolução parcial e a apuração de haveres

28. A dissolução parcial da sociedade, nas hipóteses contempladas no art. 599, poderá se resolver facilmente, se proposta a ação os sócios concordarem expressamente com o pedido. Nesse caso a sentença decreta a dissolução parcial e imediatamente passa para a fase de liquidação e não há condenação em honorários advocatícios de nenhuma das partes, sendo as custas rateadas segundo a participação das partes no capital social (§ 1º, art. 603). Se houver contestação será observado o procedimento comum, devendo a liquidação da sentença observar o disposto nesse capítulo da ação de dissolução parcial da sociedade (§ 2º, art. 603).

29. A preocupação do legislador nesse procedimento especial de dissolução parcial de sociedade foi direcionada para a apuração dos haveres do sócio que se afasta da sociedade, em qualquer uma das modalidades previstas na lei, tanto que, contestada a ação de dissolução parcial adotar-se-á o procedimento comum. Os artigos 604 a 609 disciplinam a apuração de haveres. Para a apuração dos haveres o juiz deverá fixar a data de resolução da sociedade, bem como definirá o critério de apuração dos haveres segundo o disposto no contrato social, nomeando perito. O depósito da parte incontroversa observará o que dispõe o contrato social para a fixação dos haveres.

30. Para que o contrato social seja adotado como fonte de informação para a apuração dos haveres, bem como sobre a forma de pagamento, é indispensável que as suas cláusulas sejam válidas, com respeito à boa-fé objetiva e aos princípios do direito societário. A propósito o Prof. Erasmo Valadão faz uma correta análise sobre como entender o contrato social para a apuração dos haveres e indica precisa doutrina estrangeira, especialmente a alemã, a respeito, em seu opúsculo *Da Ação de Dissolução Parcial de Sociedades*, ed. Malheiros, 2016, p. 59 e diz: “*A doutrina pátria ainda não iniciou sequer o debate sobre os limites de validade das cláusulas de predeterminação do valor dos haveres. É certo, porém, que estão sujeitas aos limites impostos pela boa-fé objetiva, pela vedação ao enriquecimento sem causa, pela proibição do pacto leonino*”. E acrescenta o mestre: “*De maneira geral, as cláusulas contratuais de predeterminação dos haveres do sócio retirante têm sido sistematicamente recusadas em outros sistemas jurídicos quando o valor, por meio delas apurado, apresenta clara desproporção com o valor corrente e real das participações societárias*”. Na verdade, certos contratos contêm cláusulas sobre a apuração e pagamento de haveres que não podem ser aceitas, uma vez que no seu cumprimento é flagrante o prejuízo para o sócio que está saindo da sociedade. Caberá ao Juiz definir a forma de apuração de haveres segundo os critérios que comumente são utilizados, bem como estabelecer as condições de pagamento de acordo com entendimento razoável a respeito.

31. A forma de fixação da data de resolução da sociedade, no caso a resolução parcial, para constituir o termo “*a quo*” para o cálculo dos haveres do sócio, sempre foi envolta em polêmica, ainda que o Código Civil dispo- nha: “*Nos casos em que a sociedade se resolver em rela- ção a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo dis- posição contratual em contrário, com base na situação pa- trimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado (art. 1031)*”. Essa data da resolução é que o CPC procurou definir e justamente para estabelecer a data na qual o sócio deixa de ser sócio e é esse patrimônio, existente nessa data, que deverá ser leva- do em consideração para a fixação dos haveres do sócio que está se desligando. Essa regra merece aplausos e tem o objetivo de afastar as dúvidas sobre esse procedimento.

32. A primeira hipótese prevista na lei é a do fale- cimento do sócio e, nesse caso, por certo, a data de resolução da sociedade é a data do óbito. Ao tratar da saída imotivada do sócio o Código, no inciso II, do art. 605, acompanha o prazo estabelecido no Código Civil (art. 1029) e fixa a data de resolução da sociedade, como sendo o sexagésimo dia seguinte ao do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio retirante. Vale lembrar que, nesse caso, o C.Civil estabelece que a notificação deve ser encaminhada aos de- mais sócios e o CPC dispõe que a notificação seja encami- nhada à sociedade. Para evitar discussão desnecessária a

notificação deverá ser encaminhada a todos. Na sequência, o inciso III estabelece que no caso de recesso, entendido este como sendo o ato do sócio dissidente que não concorda com alteração do contrato social, ou não concorda com a fusão da sociedade e com a incorporação de outra sociedade ou dela por outra (art. 1077, C. Civil), a resolução da sociedade dar-se-á no dia do recebimento da notificação do sócio que quer retirar-se. O inciso IV trata de duas hipóteses de resolução do contrato resultantes de decisão judicial. No primeiro caso, a saída do sócio de sociedade contratada por prazo determinado (C. Civil, art. 1029, 2ª parte) e no segundo a exclusão do sócio (C. Civil, art. 1030). Em ambos é indispensável a prova da justa causa e a data de resolução será a do trânsito em julgado da decisão que dissolver parcialmente a sociedade. E, por último, no caso de exclusão extrajudicial de sócio (inciso V), a resolução dar-se-á na data da assembleia ou reunião de sócios que deliberou a exclusão. Neste caso, especificamente, poderá haver demanda judicial do sócio excluído, por não concordar com a deliberação e aí a data da saída do sócio dependerá do trânsito em julgado da sentença que decidir sobre a exclusão.

33. A jurisprudência já vinha estabelecendo regras para a apuração de haveres do sócio que se retira da sociedade. Já era consenso que os haveres seriam considerados de acordo com o valor patrimonial apurado em balanço de determinação. O art. 606 reforçou essa ideia e fi-

xou como termo a-quo a data da resolução, com avaliação de bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, além do passivo também a ser apurado de igual forma. Haverá problemas para se chegar a um resultado final? Sem dúvidas, uma vez que haverá necessidade de realização de perícia, tudo como disciplina esse dispositivo legal e seu parágrafo único. O maior problema, na verdade, será o da avaliação dos intangíveis, especialmente as marcas e as patentes de invenção. São enormes as dificuldades de avaliação desses intangíveis e, para tanto, a perícia precisará de técnicos especializados. A crítica que se faz a esse dispositivo legal está direcionada na não adoção do procedimento de fluxo de caixa descontado para a apuração dos haveres e que é, atualmente, o método mais utilizado, aceito pacificamente pelos Tribunais e em especial pelo Superior Tribunal de Justiça e isto porque o fluxo de caixa avalia indiretamente todos os ativos, inclusive os intangíveis.

34. Nesses breves comentários ao Código de Processo Civil, dos dispositivos que tratam da ação de dissolução parcial de sociedade, a norma constante do art. 607 causa alguma perplexidade, uma vez que, a pedido da parte e a qualquer tempo antes da perícia, poderá o juiz rever a data da resolução da sociedade e o critério de apuração de haveres. Tanto a data de resolução da sociedade, como os critérios de apuração de haveres constarão da sentença que julgar a ação de dissolução da sociedade e, havendo trânsito em julgado para o início do cumprimento

da sentença não há como modificar essas disposições, sob pena de violação da coisa julgada, que tem proteção constitucional (art. 5º, inciso XXXVI, Constituição Federal). Essa permissão legal trará, com certeza, muito debate e infundáveis recursos, prejudicando a solução do processo, especialmente nessa parte importante que cuida da apuração dos haveres do sócio retirante.

35. O art. 608 e o seu parágrafo único não merecem maiores comentários. O art. 609 trata do pagamento dos haveres ao sócio que se retira da sociedade e aí, naturalmente, todos os sócios que podem ser incluídos nesse verbete – os herdeiros do sócios falecido; o sócio excluído; o sócio que pediu para sair; o sócio dissidente, devendo ser observado o que dispõe o contrato social ou o art. 1031, § 2º do Código Civil. O pagamento far-se-á em dinheiro, podendo haver composição entre as partes para que seja possível realizar-se de outra forma, mediante dação em pagamento, por exemplo.

Conclusão

36. Como vimos, o Código de Processo Civil de 2.015 inovou ao estabelecer normas para a dissolução parcial de sociedade, disciplinando um procedimento especial com regras, na maioria das vezes, capazes de gerar controvérsias na sua interpretação e correta aplicação.

37. Não obstante as críticas que se fazem ao legislador, é forçoso reconhecer que a disciplina da dissolução parcial das sociedades abre um caminho importante para a busca de soluções para problemas que se acumulavam sempre que se deparavam, a sociedade e os seus sócios, com esse tema, sem saberem, ao certo, quais as regras que deveriam observar, especialmente quando o contrato social era omissivo na disciplina dessas questões. O Código Civil, de alguma forma, dispõe sobre alguns desses questionamentos, mas o processo para chegar ao resultado sempre era objeto de controvérsias.

38. Agora, como se vê, bem ou mal, há um norte que deve ser trilhado e caberá à doutrina e à jurisprudência a correta interpretação do Código de Processo Civil, quanto à ação de dissolução parcial de sociedade, como regulado nos artigos 599 a 609.

Bibliografia:

SACCO NETO, FERNANDO: Breves Comentários do Novo Código de Processo Civil, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Freddie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, Ed. Rev. dos Tribunais, 2ª ed.

VALLADÃO, Erasmo: O Antiprojeto (sic) de C. Com. – A praga que se propaga no projeto do CPC, www.migalhas.com.br/delPeso/16;

_____ ; Da Ação de Dissolução Parcial de Sociedade, Ed. Malheiros, 2016;

VON ADAMECK, Marcelo Vieira: A Problemática Disciplina Unitária da Dissolução de Sociedades no CPC, in <http://www.conjur.com.br/2016-jun-20/problemática>;

A CRÍTICA DO DIREITO REMODELADA

Luiz Fernando Coelho

Ex-Professor das Universidades Federais do Paraná e Santa Catarina, Professor da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão (CESUL) e do Centro Universitário Internacional (UNINTER), de Curitiba

Há mais de quarenta anos apresentei um texto intitulado “Teoria Crítica do Direito”, definida como uma teoria “impura”, eis que partia de fundamentos epistemológicos opostos aos do purismo metodológico de Hans Kelsen. Com este enfoque, procurei desvendar os mitos e falsas verdades de que se nutria a dogmática tradicional, numa tentativa de reconstrução do saber jurídico a partir da realidade social.

Não posso afirmar que tenha tido êxito em tal projeto, mas, como sói acontecer na história das ideias, devo considerar que o contexto ideológico em que ocorreu já não é o mesmo dos dias atuais, tendo em vista as transformações ocorridas em todo o mundo. Daí o objetivo deste artigo, verificar se há lugar para a crítica do direito, nos moldes por mim propostos como tese para concorrer ao cargo de Professor Titular de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, em 1982.

A sociedade contemporânea está profundamente marcada por pelo menos três fatores: a globalização, o domínio da informática e a afirmação do capitalismo como forma de produção quase exclusiva da riqueza das nações. O primeiro parece realizar o que não passava de nobre ideal, a união dos povos numa comunidade universal, o que se deve principalmente ao segundo fator, a comunicação instantânea global. Este aproxima pessoas situadas nos mais remotos lugares do planeta. E o terceiro é a vitória do capitalismo no embate ideológico que desde a Revolução Industrial dividiu o mundo em dois blocos antagônicos, tendo como referencial a propriedade privada. De um lado, os que a defendiam como um direito natural, de outro, os que a viam como a origem de todos os males e, portanto, pugnavam pela sua abolição.

Daí as duas ideologias racionais que opunham dois modos de produção, capitalismo e socialismo, com suas variantes históricas. No mundo atual, a expansão mundial do modo capitalista de produção tem levado à convicção generalizada de que, fora de suas diretrizes, não existem soluções para os grandes problemas que ainda afligem a humanidade.

A conjugação destes fatores tem levado a uma estandardização da cultura em termos mundiais, transformando o individualismo racionalista de outrora em utilitarismo economicista, e estabelecendo novo *idealtypus* de dominação, de caráter cibernético, dos países ricos sobre o resto do mundo.

É de indagar-se, portanto, como tais características afetam o direito, entendido como forma de experiência social, e, mais ainda, qual o papel da crítica no estudo e na prática do direito, indagação que pressupõe o questionamento sobre o papel que resta à própria filosofia.

Ainda que os pensadores de determinada época e lugar, jungidos a uma herança cultural específica, consigam produzir ideias tidas por originais, não podem desvencilhar-se das influências do passado.

É o que se comprova na história da filosofia e das ciências da sociedade. Se é possível jactar-se de pertencer a uma geração que já superou a barbárie, é porque estamos irmanados num trabalho de construção e autoafirmação de uma sociedade que pretende estar vivenciando a plenitude dos valores arduamente construídos na evolução ideológica da humanidade, e que continua a lutar pelo aperfeiçoamento do ser humano, como indivíduo e sociedade.

Do ponto de vista de sua repercussão nas instituições jurídicas e políticas, a função da filosofia na história pode ser vista sob dois aspectos: como legitimação do instituído ou como revolução do instituinte. Este segundo aspecto entrevê a produção de um pensamento voltado para a crítica social, função que se estende à filosofia do direito.

Entre estas duas leituras do pensamento filosófico, político e jurisfilosófico é difícil aceitar que não haja prevalecido o papel legitimador. Ainda que a história esteja repleta de exemplos de levantes populares contra os des-

potismos, as ideias originariamente transformadoras acabam cooptadas pelo novo instituído e comprometidas com a legitimação da nova ordem. O nascente instituinte, que enfrentara as estruturas do velho instituído, passa a enfrentar o antigo conservadorismo, o qual assume o caráter de alternativo em relação ao que antes era revolucionário.

Isto tem sido demonstrado na história contemporânea do direito, seja manifesto na ideologia dos partidos políticos, seja no compromisso mais amplo entre ideologias socialistas, que agora se dizem neossocialistas, e ideologias liberais que se apresentam como neoliberais.

A crítica social, política e jurídica sempre se fez presente na história. As ideias filosóficas a têm alimentado, seja voltada ao passado, quando seu objetivo, ainda que dissimulado, é legitimar as estruturas de opressão, seja mirando o presente e o futuro, quando são utilizadas para responder aos anseios por transformações. Em tal sentido a filosofia justifica as revoluções e mesmo as guerras.

Assim sendo, é preciso levar em conta que a crítica do direito tem constituído o núcleo da jurisfilosofia, embora os contextos históricos em que ocorreu tenham sido diferentes.

Podemos situar o início de uma teorização filosófica, sociológica, política e jurídica que convergiu para a Teoria Crítica do Direito, nos anos 1960, a década marcada pela guerra fria, pela luta pelos direitos civis e pela emancipação feminina. No Brasil, como de resto em toda a Ibero-

-américa, pela implantação de ditaduras militares que duraram cerca de duas décadas.

Nesse período, era praticamente impossível falar em crítica social sem ter como referencial a filosofia de Karl Marx.

A guerra fria estabeleceu a divisão do mundo em dois blocos em maniqueísta oposição: de um lado, o Ocidente, o lado do bem; do outro, os comunistas, ameaçadores, perigosos e cruéis. Esta era a imagem do socialismo que a manipulação ideológica procurava difundir.

O temor de que um governo esquerdista tentasse implantar o comunismo no Brasil, a exemplo de Cuba, aliado a uma atuação eficiente da diplomacia e dos órgãos de inteligência do governo norte-americano, levou ao golpe de 1964.

Durante o período ditatorial a crítica emudeceu, ou recolheu-se à clandestinidade, pois muitos de seus porta-vozes foram obrigados a refugiar-se no exterior ou entregar-se a atividades intelectuais consideradas subversivas.

Com o retorno à democracia, no ano de 1985, e antes mesmo, com o esmorecimento da repressão operado pelo último governo militar, começa nova fase da crítica do direito brasileiro, marcada pela restauração dos velhos ideais socialistas e pelos planos econômicos. Estes, apesar de seu objetivo declarado ter sido o combate à inflação e à promoção do desenvolvimento industrial, teve seu objetivo ideológico oculto, a consolidação do capitalismo,

a esta altura já vitorioso no mundo com a derrocada do socialismo no leste europeu.

Os diversos planos econômicos foram se implantando e fracassando e, à medida que fracassavam, quem levava a pior era o povo, os trabalhadores subordinados, a população rural, os miseráveis que migravam para as cidades e formavam cinturões de favelas.

Neste cenário pouco favorável à autoestima dos brasileiros é que despontou o pensamento crítico, tendo por núcleo inicial o Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, em Florianópolis, onde foi gestada a Teoria Crítica do Direito (TCD).

Esta canalizou para uma sistematização unitária a crítica que já se esboçara em vários setores das ciências humanas, mas a influência mais marcante continuou sendo a da filosofia marxiana. Não o Marx da economia política e d'*O Capital*, que descreveu de forma impecável a exploração do homem pelo homem, prevendo a inexorabilidade da luta de classes, a ditadura do proletariado e a vitória final do comunismo. A influência preponderante foi a do Marx filósofo, que ousou corrigir a metafísica de Hegel, dando conteúdo humanístico e histórico ao autor d'*A Ideologia alemã* e das "*Teses sobre Feuerbach*".

Entretanto, ao menos em minha trajetória pessoal, não se pode omitir a influência da doutrina social da Igreja Católica, resposta cristã ao repto lançado pelo ateísmo marxista. Sua presença ocorria através da pregação evan-

gelizadora de seus sacerdotes e do ensino nas escolas católicas, então numerosas, tendo seu braço político bastante expressivo na Ação Católica.

O tributo ao marxismo pago pela TCD foi a incorporação dos próprios fundamentos filosóficos onde Marx abeberara sua concepção acerca da evolução material e ideológica da humanidade. E foi a partir destes que a TCD elaborou suas categorias de pensamento, definidas como “críticas”, numa tipologia que compreende ainda as “formais” da filosofia kantiana e as “reais” da fenomenologia de Husserl.

Tais categorias foram propostas segundo os conceitos de sociedade, ideologia, alienação e práxis, a primeira em função dos conflitos a ela inerentes, a segunda como representação dinâmica da sociedade, tendo por produto a alienação, e a práxis como ação consciente e conscientizadora, voltada para um projeto político de transformação social.

Na condição de instrumentos do pensar e do agir, e não como descritivas de uma realidade objetiva, tais categorias foram mentadas como instrumentos lógicos do pensar para conhecer e do conhecer para chegar à verdade.

E agora? É possível falar em crítica do direito no cenário contemporâneo?

Para as Alices tardias, que ainda sonham com um país das maravilhas, o que agora digo pode soar como heresia: insurgir-se contra o capitalismo no mundo de hoje é mes-

mo dar murro em ponta de faca. É o que demonstraram os eventos ocorridos na Europa após o fim da União Soviética e os mais recentes em nosso país.

As análises da situação brasileira desde o fim dos governos militares haviam revelado um país atrasado econômica e politicamente e, sobretudo, socialmente, uma situação como *apartheid* social, com uma população de excluídos, em sua maioria constituída por negros e pardos.

A ascensão da esquerda com a eleição de Luis Inácio Lula da Silva, líder sindical notabilizado por sua luta contra a ditadura para a Presidência da República, poderia ter atenuado esse quadro trágico. Entretanto, contra as expectativas dos milhões de brasileiros que nele depositaram sua confiança, o que realmente ocorreu foi o direcionamento da ação política para um projeto de manutenção do poder a todo custo: populismo irresponsável de um lado e roubalheira desavergonhada de outro. Instituiu-se uma espécie de “partidocracia” dissimulada como “presidencialismo de coalisão”, que desde logo se converteu em cleptocracia, contando com a complacência e cumplicidade de políticos corruptos, ignorantes e desprovidos de um mínimo de caráter.

Isto conduziu ao empobrecimento do país, de seus Estados, municípios e fundos de pensão, o descontrole da inflação, o desemprego, a ineficácia dos programas de distribuição de renda e o aprofundamento da clivagem social. Mas levou ao enriquecimento fácil de partícipes

do governo, bem como dirigentes e membros dos partidos coligados que haviam apoiado as candidaturas de Lula e sua sucessora Dilma Roussef.

Não se trata de opinião inconsequente, mas de fatos sobejamente conhecidos, divulgados pela mídia e revelados durante as investigações que subsidiaram processos judiciais que culminaram, pela primeira vez na história do Brasil, com a condenação de cidadãos abastados e poderosos, entre os quais políticos, proprietários e administradores de grandes empresas. Muitos enfrentam a expectativa de pagar na cadeia o mal que causaram ao país, se é que já não tenham eles mesmos sentido o peso de suas próprias consciências e o da condenação moral de seus nomes na história.

O desencanto que tomou conta da população forneceu o pano de fundo para o triunfo da ideologia outrora definida como de “direita”, cujos próceres promoveram o impedimento da Presidente Dilma Roussef e assomaram ao poder com um objetivo imposto pela cruel realidade a enfrentar: recuperar a economia destrozada. É que os doze anos de governos que se consideravam de “esquerda” haviam feito o país regredir a índices de desenvolvimento e qualidade de vida bem anteriores a eles próprios. Este é o “país do futuro” com que sonhava Stephan Zweig, um futuro que o Partido dos Trabalhadores destruiu.

O país necessita de dinheiro e *ipso facto* de quem o tem. E para obtê-lo, medidas radicais precisam ser tomadas, as quais aparentemente traduzem retrocesso nas con-

quistas sociais já albergadas na constituição e nas leis. Mas espera-se que seja um processo transitório, o qual, além do sacrifício imposto ao conjunto da nação, possa ostentar um aspecto positivo, acabar com privilégios injustificáveis conquistados por grupos hegemônicos, especialmente os concedidos a si mesmos pela classe política, legislando em causa própria.

Além disso, o que mais ardentemente se deseja é a mudança radical nas práticas políticas brasileiras, que não devem mais configurar uma profissão para enriquecer famílias e amigos, mas uma definitiva tomada de consciência democrática, de que o único soberano é o povo, sendo o político um representante a serviço do cidadão. Mas essa nova consciência somente será possível mediante educação e caráter. Já dizia Sidônio Muralha, poeta português naturalizado brasileiro: *“se caráter custa caro, pago o preço”*.

O fracasso da esquerda brasileira erigiu o Brasil no mais recente exemplo da inviabilidade do socialismo num mundo globalizado, informatizado e cada vez mais impregnado do modo de produção capitalista, o que reforça o questionamento sobre o contributo da TCD. O que esperar de uma corrente jurisfilosófica que abriu o caminho para um arejamento significativo do pensamento jurídico brasileiro, que produziu o movimento do “direito alternativo” e propiciou fundamentos teóricos para o que hoje se denomina “ativismo judicial” ou “judicialização da política”?

Da vitória do capitalismo no grande conflito ideológico do Século XX, poder-se-ia concluir que a história filosófica, política e jurídica, teria chegado ao seu final, um *happy end* atestado pelo triunfo das ideias ocidentais de democracia, isonomia econômica, política e jurídica, tudo coroado com um novo retorno ao direito natural, consubstanciado na doutrina dos direitos humanos e no ambientalismo.

O que restaria então à crítica do direito, salvo as campanhas pontuais para o aperfeiçoamento do que já é bom, mas que pode melhorar, com mais investimento em educação e infraestrutura, bem assim, o aperfeiçoamento das políticas públicas voltadas para a erradicação total da miséria? E quanto à filosofia, restaria a ela, e à jurisprudência, algum papel revolucionário?

A resposta é uma só: se a crise do direito é permanente, a crítica do direito também é. E a permanência da crise é atestada pela persistência dos grandes problemas sociais: aumenta a miséria do mundo, só que agora testemunhada por bilhões de pessoas através das redes mundiais de comunicação.

No panorama mundial, as decisões que afetam as coletividades estão cada vez mais subordinadas ao utilitarismo da economia e da dominação mercadológica, em função dos interesses de conglomerados transnacionais. Estes têm sua visão social obnubilada pela necessidade de acumulação de capital, o que os leva a descartar os antigos

compromissos com as populações excluídas, que muitas vezes se albergavam nas constituições liberais.

É difícil admitir esta verdade: pertencemos ao grupo de países da periferia, somos todos pobres, dominados econômica e culturalmente, e nosso desenvolvimento, para diminuir a miséria de nossas populações, exige uma vigilância constante. Se nossa trincheira é o saber jurídico, nossa postura deve ser crítica, não só como juristas que se defrontam diuturnamente com os recorrentes conflitos inerentes à vida social, mas, sobretudo, como intelectuais do direito, professores e fazedores de opinião.

Quando o Estado de Direito se apresenta como arcabouço cada vez menos adequado para assegurar uma ordem social que compatibilize as imposições da modernidade atual com a proteção dos excluídos de sempre, o retrocesso na concretização dos valores pelos quais se tem lutado afigura-se intolerável perante a consciência jurídica.

O que então compete à crítica do direito é a ampliação de seus horizontes, estreitar os laços do saber jurídico tradicional com todas as disciplinas voltadas para a mesma finalidade: a emancipação da sociedade, realizando a utopia que, paradoxalmente, é comum aos projetos capitalista e socialista. Em ambas, o ideal histórico a perseguir é a sociedade emancipada, culturalmente desenvolvida e igualitária, com produção suficiente para todos.

É uma postura ética que já não se materializa a contento no exaurido plano de um modelo ultrapassado de

direito. Tampouco resgata a ideia de equidade, se estruturada na complexidade das necessidades emergenciais da economia globalizada. Mas pode e deve impregnar os novos espaços de normatividade, fazendo-os absorver as questões dimanadas da realização histórica dos valores do direito, os quais se nucleiam na justiça, e que se traduzem historicamente como humanos e fundamentais. E também como radicalização da democracia e da defesa da natureza, valores que se articulam com os primeiros, pois o maior atentado à natureza é o desrespeito ao ser humano.

A Teoria Crítica do Direito vale-se de um conceito oriundo da metafísica de Hegel, o conceito de alienação. Hegel tinha por alienado o espírito universal que não houvera alcançado a plenitude de sua autoconsciência. Se o espírito universal não passa de ficção, os espíritos individuais que manifestam consciências individuais são tão reais quanto o estado de alienação em que se encontram; não obstante, são potencialmente vocacionados para a libertação. E o espírito que almeja a libertação não pode ser alienado, deve permanecer vigilante, para que os fatores pós-modernidade não atuem contra a justiça, os direitos humanos, a democracia, o respeito ao meio ambiente e, sobretudo, para o respeito ao ser humano.

Daí as reflexões finais sobre o papel da filosofia do direito, já definido como crítica social, no sentido de uma crescente tomada de consciência sobre o alcance dessa crítica.

Trata-se em primeiro lugar, de mudar a atitude do sujeito em face do próprio conhecimento: à velha postura conservadora, retrospectiva e descritiva, que constata um final feliz para a filosofia do Ocidente, opõe-se o conhecimento revolucionário, criativo, prospectivo, inserido numa práxis voltada para o futuro.

Isto somente será possível mediante a conscientização de que o jurista não está situado fora de seu objeto de estudo ou práxis profissional, mas de que é parte dele. No conhecimento objetivo do social, não é possível separar o homem da sociedade, o pensador da filosofia, o jurista do direito.

A consciência jurídica é levada então a conceber a história humana como a realidade onde o jurista tem uma tarefa concreta a executar, a qual é dada pelas necessidades da época atual: o jurista é parte de um mundo onde a miséria e o desrespeito à dignidade do ser humano convivem com o desperdício da riqueza que, embora produzida pelo trabalho social, somente aproveita a minorias privilegiadas.

Todo o exposto convalida a Teoria Crítica como metodologia direcionada à conscientização do jurista acerca de seu projeto político. O que se espera para o futuro? Continuaremos inertes assistindo à destruição de nossos sonhos, ou assumiremos nossa participação na dialética da práxis, com vistas à liberdade e à libertação, à igualdade e à igualação, à solidariedade e à cooperação?

Os princípios basilares da TCD enfatizam que o projeto político é condição da práxis, e, sendo uma filosofia da

práxis, seu ideal de uma sociedade emancipada permanece válido, a despeito das transformações que vivenciamos, no Brasil e no mundo.

Tais considerações reforçam a convicção sobre a atualidade da Teoria Crítica do Direito.

Após haver contribuído para despertar a consciência crítica adormecida em meus alunos nos cursos que prelecionei, e em outros que leram meus escritos em quase cinquenta anos de magistério e produção acadêmica, a Teoria Crítica do Direito poderá continuar subsidiando novas descobertas e criações, visando à reconstrução do saber jurídico, com vistas à emancipação das sociedades mantidas à margem do mundo civilizado, especialmente a gente brasileira.

AS RECENTES DECISÕES DO STF SOBRE OS DIREITOS DOS TRABALHADORES: REFORMA OU DESTRUIÇÃO?

Almiro Eduardo de Almeida

Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Professor de Graduação no Centro Universitário Metodista - IPA. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidad de la República Oriental del Uruguay. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo - USP. Membro-pesquisador do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital. Membro-pesquisador do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Centralidade do Trabalho e Marxismo. Membro-pesquisador do Núcleo de Estudos sobre Teoria e Prática da Greve no Direito Sindical Brasileiro Contemporâneo. Coordenador do Grupo de Pesquisa sobre Direito do Trabalho do Centro Universitário Metodista - IPA

Oscar Krost

Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Professor dos Cursos de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Associação dos Magistrados do Trabalho em convênio com a Universidade Regional de Blumenau (AMATRA/FURB) e do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA), do Laboratório de Estudos Contemporâneos (LEC/FURB) e da Comissão Editorial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região/SC, nºs 27 e 28, anos 2014/2015 e 2016 e Editor Adjunto na linha editorial "A Constituição e o Direito do Trabalho", ano 2016

Resumo: Os direitos dos trabalhadores, além de serem materialmente fundamentais, possuem *status* constitucional, no Brasil, desde 1934. Por isso, ocasionalmente são objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal. Ocorre que, justamente por sua especificidade, existe, aqui, um ramo do Poder Judiciário especializado na solução dos conflitos trabalhistas, com competência inclusive para de-

cidir sobre matérias constitucionais. Com a ruptura política que marcou o ano de 2016, foi retomado o discurso sobre a necessidade de “reformular” o Direito do Trabalho. Essa “reforma” não se limita ao âmbito do Poder Legislativo, onde aparentemente se encontra estagnada, mas alcança os três poderes da República, andando “a todo vapor”, no Poder Judiciário, em face de recentes decisões do seu órgão máximo. No presente artigo, nos propomos a analisar como essa reforma vem sendo perpetrada por algumas dessas decisões, que importam, em nossa concepção, verdadeira destruição dos pilares fundamentais do Direito do Trabalho e, em face de sua fundamentalidade, pode(rá) importar a destruição da própria sociedade (capitalista) brasileira.

Palavras-chave: Direito do Trabalho – Supremo Tribunal Federal – reforma trabalhista

1. Introdução

O Direito não se resume ao texto de lei, embora nele encontre uma de suas principais fontes. O conteúdo das normas jurídicas (regras e princípios), sejam elas explícitas (positivadas) ou implícitas (detráidas da interpretação), é descoberto e construído posteriormente a sua elaboração pelos Poderes Legislativo ou Executivo, quando aplicado a casos concretos pelo Poder Judiciário. Mais do que um processo silogístico e hermenêutico, a averiguação da hipótese normativa ao suporte fático e as consequências daí

advindas, em lides concretas e originadas na vida social, são resultado de embates entre interesses divergentes, em um dado momento histórico e político, marcando a tensão entre regulação e emancipação.

Neste particular, a jurisprudência ocupa papel de destaque na revelação e atribuição de sentido às normas, sendo compreendida não como uma sucessão de precedentes judiciais, mas uma sedimentação (nunca definitiva) em dada linha sobre um tema, ao longo de um considerável tempo, culminando, por sua vez, com a harmonização de entendimentos mediante a edição de súmulas pelos tribunais.

Ocorre que, dentro deste panorama, algumas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) vêm causando profundas e abruptas modificações na jurisprudência trabalhista, contrárias aos fundamentos axiológicos do próprio Direito do Trabalho, fato que merece atenção dos atores juslaboralistas.

Sem dúvida alguma, cabe ao STF a guarda e a interpretação da Constituição, conforme art. 102 da própria Constituição. Mas de igual forma, não apresenta qualquer dúvida a afirmação de ser a Justiça do Trabalho o ramo competente e especializado para processar e julgar demandas oriundas das relações de trabalho em sentido amplo, merecendo os fundamentos e interpretações de suas construções jurisprudenciais o devido acatamento e observância, salvo em hipóteses de manifesta violação à Lei Maior.

Assim, propõe-se neste estudo, analisar as particularidades da jurisdição trabalhista, inclusive as inspiradas nos fundamentos do próprio Direito do Trabalho, e, em um segundo momento, examinar alguns julgados recentemente proferidos pelo STF em matéria trabalhista, cuidando de suas implicações práticas no mundo do trabalho. Para tanto, serão utilizados textos doutrinários e alguns precedentes jurisprudenciais, de modo a fornecer elementos iniciais para o estabelecimento de debate sobre o tema.

2. Separação de poderes, Constitucionalismo e Direitos Fundamentais dos Trabalhadores

A compreensão das crises social, política e econômica que atingem grande parte dos países ocidentais exige o conhecimento prévio da estrutura organizacional desses países, pois grande parte dos problemas são resultado de uma incapacidade do Estado em fazer política e realizar justiça. Por isso, faz-se premente examinar a dinâmica que cerca a separação dos Poderes do Estado, o significado do constitucionalismo e a fundamentalidade dos direitos dos trabalhadores.

Muito embora os filósofos gregos da Antiguidade já sustentassem sua necessidade¹, a realização prática da separação de poderes remonta ao século XVIII, o século das revoluções (Americana de 1776 e Francesa de 1789), marcadas pela queda dos Estados Absolutistas e Monárquicos

1 Nesse sentido, ver *A República*, de Platão, e *Política*, de Aristóteles.

e sua substituição por Estados de Direito de matriz Liberal. Deixou-se para trás a concentração em uma única figura, o rei ou imperador, das funções Executiva, Legislativa e Judiciária, bem como dos estamentos sociais desprovidos de mobilidade. Em seu lugar, a burguesia em ascensão clamava, por uma organização governamental escalonada e sujeita à alternância de gestores, com representantes que exercessem mandatos temporários, escolhidos por voto, para ocuparem postos nos Poderes Executivo e Legislativo, com duração estabelecida, além de independência em relação ao Poder Judiciário.

Cada uma dessas forças exerceria uma função preponderante², dentro do Estado, de administrar, normatizar e julgar, podendo ser fiscalizada e até mesmo refreada pela outra. Com isso, pretendeu-se alcançar uma harmonia que concebia o poder de julgar como “invisível e nulo”, o que recebeu, mais tarde, o nome de sistema de freios e contrapesos.³

2 O emprego do termo se justifica no fato de não apenas ser possível, mas necessário, que todos os Poderes executem todas as funções, ainda que internamente. O Poder Executivo, para além de administrar, pode legislar, no Brasil, por exemplo, pela edição de Medidas Provisórias, e julgar, em situações envolvendo Processos Administrativos de servidores públicos. O Legislativo, por sua vez, pode atuar como julgador, hipótese das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) ou mesmo administrador, no tocante à estruturação interna de cada parlamento. Por fim, cabe ao Judiciário, gerir seu orçamento e legislar quanto aos regimentos internos dos tribunais.

3 Neste sentido, a seguinte afirmação de Montesquieu: “Dessa maneira, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm constantemente juízes diante dos olhos

Por questão de segurança jurídica – valor fundamental para a realização de negócios pelos burgueses emergentes do século XVIII – essa estrutura deveria contar com um documento escrito e formal, não suscetível à mudança por maiorias ocasionais. Interessante notar que a lógica se mantém nos dias de hoje, em que o Mercado e organismos internacionais se apresentam como sujeitos interessados nas estruturas internas dos países com os quais se relacionam, erigindo a segurança jurídica como valor fundamental. É justamente a pretensão de aumentar a segurança jurídica que se encontra na grande maioria das justificativas do que vem sendo chamado de reforma trabalhista.

Esta regra de maior rigidez e hierarquia no sistema jurídico é a Constituição Nacional dos países, ápice da normatividade e verdadeiro filtro de validade das demais disposições legais. O positivismo jurídico oitocentista pode ser considerado como uma guinada na tentativa de superação do Direito Natural até então adotado como fonte de direitos e deveres, já que o rei não era escolhido pelos súditos, mas assim considerado por questões de linhagem ou divindade.⁴

e teme-se a magistratura mas não os magistrados.” MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Coleção Os pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1973, p. 157.

4 Norberto Bobbio entende que os filósofos racionalistas teorizavam sobre a “onipotência do legislador”, como forma de justificar a razão e o Estado como fonte única de direito, sustentando que no século XVIII “o direito natural ainda está vivo e tem um de seus florescimentos mais intensos”, influenciando, inclusive, as Constituições americana e francesa. BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E.

Com as Constituições e a separação de poderes, acabaram, por consequência, sendo positivados alguns direitos dos cidadãos considerados fundamentais, por sua relevância social, cuja evolução, segundo Ingo Sarlet, é “*de certa forma, também a história da limitação do poder*”.⁵

Esses direitos, de natureza civil e política, tinham por principal característica assegurar a liberdade do indivíduo em face do poder público, bem como sua participação política. São os direitos fundamentais de primeira geração⁶, garantidores de uma igualdade de natureza formal.

Há um deslocamento do eixo produtivo entre os séculos XVIII e XX, do comércio para a indústria, gerando grande acumulação de renda, mas também sua concen-

Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 42.

5 SARLET, Ingo. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 38.

6 Não desconhecemos a existência de autores, como Ingo Sarlet, por exemplo, que preferem o termo dimensões em vez de gerações. Por todos, ver SARLET, Ingo. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 49. Com o devido respeito que tais autores merecem, discordamos. Muito embora se trate apenas de uma questão de nomenclatura, a linguagem tem poder e o que nos parece mais fundamental aqui é deixar claro o caráter histórico dos direitos fundamentais como conquistas contra o uso (e abuso) do poder. Assim, entendemos que a palavra gerações seria mais adequada do que dimensões, pois essas surgem em um mesmo momento histórico, enquanto aquelas são decorrência da evolução dos tempos. Por outro lado, a palavra geração não retira necessariamente o caráter de cumulatividade e complementariedade sustentado por aqueles autores, pois, como escreveu Marx, “a tradição de todas as gerações passadas é como um pesadelo que comprime o cérebro dos vivos.” MARX, Karl. O 18 brumário de Luís Bonaparte. Tradução de Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 25.

tração e desigualdade social. Uma série de fatores levam à transição do Estado Liberal Clássico para o Estado de Bem Estar Social, que tem por objetivo a busca da igualdade em sentido material, não mais sendo a preocupação manter a “*liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado (...) revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas*”.⁷ Passam a ocupar a pauta estatal direitos a prestações sociais positivas, marcados não mais por uma omissão do poder público no que diz respeito a essas questões, mas por uma ação vinculada à assistência social, à saúde, à educação e ao trabalho, dentre outros, originando os direitos fundamentais de segunda geração. Nesse período, reconhece-se a fundamentalidade dos direitos sociais, em especial, do Direito do Trabalho. A partir de então, um rol de direitos trabalhistas mínimos passa a constar expressamente em várias Constituições Nacionais.⁸

Em um período histórico não muito exato, iniciado após 1945, passa a ser difundida a ideia de Direitos de fra-

7 SARLET, Ingo. Ob. cit. p. 51.

8 A primeira Constituição a incluir expressamente um rol de direitos trabalhistas em seu texto foi a mexicana, no ano de 1917. Dois anos depois, a Constituição alemã, de Weimar, faria o mesmo. Nesse ano (1919), “considerando que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social”, reconhece-se, ainda, a necessidade da internacionalização dos direitos dos trabalhadores e é criada, pelo Tratado que põe fim à 1ª Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho. No Brasil, a constitucionalização do Direito do Trabalho ocorre pela primeira vez em 1934. Desde então, os direitos dos trabalhadores não deixariam mais de compor o texto constitucional.

ternidade ou de solidariedade, fundamentais de terceira geração, afetos a interesses coletivos e difusos, como a paz, a autodeterminação dos povos, o meio ambiente e a qualidade de vida, muitos dos quais sequer objeto de constitucionalização expressa. Não há neste momento, como ocorre em relação àqueles que o precederam, uma definição clara do papel do Estado, havendo uma forte tendência à redução de seu campo de atuação.

Divididas as funções do Estado, positivado este arranjo em uma Constituição Nacional e assegurados aos cidadãos direitos fundamentais de liberdade, igualdade e fraternidade, tornou-se necessária a criação de um órgão dentro do Poder Judiciário que exercesse a tutela da própria Constituição.

Neste particular, existem dois grandes modelos no Ocidente, o de origem norte-americana e o de matriz alemã. No primeiro, foi instituída uma Suprema Corte, integrada por juízes antigos e experientes, com papel de decidir casos em que as regras poderiam violar em tese a Carta Maior – controle de constitucionalidade concentrado. No segundo, por sua vez, optou-se pela diluição entre todos os juízes do país, do poder de apreciar a constitucionalidade das regras em vigor, em sistema conhecido por difuso.

Como se infere dos artigos 97 e 102 da Constituição, adotou-se no Brasil um modelo híbrido. Enquanto compete ao STF analisar a constitucionalidade de leis e

atos normativos em abstrato mediante Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns), Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs), dentre outras; cabe aos tribunais e juízes em geral, inclusive ao próprio STF, apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos quando julgam os casos concretos que lhes são submetidos à apreciação. Especificamente quanto ao controle de constitucionalidade em concreto realizado pelo STF, é necessário destacar que, embora julgue casos particulares, o órgão pode atribuir eficácia *erga omnes* a tais decisões, que passam a ser vinculativas.

Entretanto, mesmo cabendo ao STF a guarda da Constituição e de seus valores, sua competência em matéria trabalhista deve ser examinada com cautela, em caráter residual, pois o exame concreto de constitucionalidade das normas já foi feito pelos Juízes do Trabalho em todas as instâncias existentes, a partir de sua especialização e experiência na matéria. Especialização e experiência que, inclusive justificam a existência de um conjunto de órgãos próprios para processar e julgar as controvérsias jurídicas entre capital e trabalho no Brasil, constituindo um ramo especializado do Poder Judiciário.

Contudo, o que vem ocorrendo, como se pode constatar a partir do exame de algumas decisões recentes do STF, é a contrariedade aos precedentes históricos da Justiça do Trabalho e, o que é mais grave, aos princípios norteadores deste ramo do Direito e à própria Constituição, a

qual, em seu art. 7º, *caput*, consagra o Princípio do Não-Retrocesso Social.⁹

3. A temeridade das recentes decisões do STF sobre matéria trabalhista

Já ao iniciarmos essa seção do texto, temos de admitir: não é apenas o Poder Judiciário e, de forma mais específica, o STF, quem vem promovendo o que vem sendo denominado Reforma Trabalhista. Ainda em 2015, o PMDB lança um projeto intitulado “Uma ponte para o futuro”. De caráter nitidamente liberal, esse projeto prevê, dentre suas medidas, “permitir que as convenções coletivas prevaleçam sobre as normas legais, salvo quanto aos direitos básicos”.¹⁰ A tentativa de fazer prevalecer a negociação coletiva sobre a lei para suprimir direitos não é nova. Já em 2001 foi enviado pelo então Presidente da República, Fernando

9 Em estudo de Direito Comparado sobre o Princípio do Não-Retrocesso Social, Narbal Antônio de Mendonça Fileti afirma possuir “*indubitável natureza principiológica – reconhecida pela doutrina brasileira como assente no sistema jurídico-constitucional -, haja vista exibir um elemento finalístico, traduzido na garantia do nível de concretização dos direitos fundamentais sociais e a permanente imposição constitucional de desenvolvimento dessa concretização*”. Conclui, afirmando que “*por isso, nega-se a sua caracterização como simples modalidade de eficácia jurídica das normas que envolvem direitos fundamentais.*” FILETI, Narbal Antônio de Mendonça. Direitos Fundamentais Sociais e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social *In* Külzer, José Carlos e outros (Coordenadores). Direito do Trabalho Efetivo: homenagem aos 30 anos da Amatra12. São Paulo: LTr, 2013, p. 65.

10 Integra do projeto disponível em <http://pmdb.org.br/wp-content/uploads/2015/10/RELEASE-TEMER_A4-28.10.15-Online.pdf>. Acesso em 17 out. 2016.

Henrique Cardoso, projeto de lei no mesmo sentido.¹¹ Essa é apenas uma das medidas que compõem a famigerada “Reforma Trabalhista”.

Em entrevista, Michel Temer diz expressamente que o processo de *impeachment* se deu porque o governo anterior não adotou as medidas propostas no referido projeto. Não podemos esquecer, entretanto, que, como também lembra Temer, o governo anterior, já havia dado início a uma espécie de reforma trabalhista com a edição de medidas provisórias autorizando, por exemplo, a redução dos gastos de benefícios previdenciários, do seguro-desemprego e a redução de salários com redução da jornada.¹²

Além da atuação do Poder Executivo, que não se limita ao atual governo, tramitam no Congresso Nacional mais de quarenta propostas que compõem a famigerada “Reforma”. Se pararmos para analisar tais projetos, em seu conjunto, veremos, entretanto, que não se trata de uma reforma, mas de uma verdadeira destruição do Direito do Trabalho.

Dentre as propostas, podem ser citados o famoso PL 4330/2004, atualmente PLC 30/2015, que visa regulamentar a terceirização sem qualquer limite; o PL 427/2015 que

11 De acordo com o PL, o Artigo 618 da CLT deveria passar a contar com a seguinte redação: “Art. 618. As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho. (NR)”. <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DC-D05OUT2001.pdf#page=28>. Acesso em 22 out. 2016.

12 Medidas Provisórias nºs 664, 665 e 680, todas editadas em 2015.

prevê a instituição do acordo extrajudicial de trabalho permitindo a negociação direta entre empregado e empregador e a quitação total do contrato de trabalho; os PL 948/2011 e PL 7549/2014, que visam atribuir eficácia liberatória geral aos termos de rescisão de contrato de trabalho; o PL 2409/2011 que simplesmente prevê a supressão do direito às horas *in itinere*; o PL 7341/2014, que atribui prevalência das Convenções Coletivas de Trabalho sobre as Instruções Normativas do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE e o PL 4193/2012 que propõe a prevalência do negociado sobre o legislado, mesmo em prejuízo dos trabalhadores. Claro que esse é apenas um rol exemplificativo. Como dissemos, no total são mais de quarenta projetos de lei e propostas de emendas constitucionais que visam suprimir vários direitos dos trabalhadores.

Considerando que o cenário político não se apresenta favorável a restrições de direitos sociais, os poderes Legislativo e Executivo decidiram concentrar suas forças na crise fiscal, deixando o tema trabalhista para o segundo semestre de 2017.¹³ Ocorre que, na prática, a reforma já vem sendo feita. De forma bem mais sutil e sem as luzes dos holofotes que se encontram direcionadas àqueles poderes.

Em entrevista concedida à Rede Bandeirantes, Michel Temer observa ser “interessante como o próprio Judiciário já está começando a fazer uma reforma trabalhista”. De

13 Neste sentido, notícia veiculada em <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/09/modernizacao-da-legislacao-trabalhista-fica-para-2017-diz-ministro.html>>. Acesso em 17 out. 2016.

acordo com Temer, logo depois de tratar do teto dos gastos públicos, tratará da reforma previdenciária, para apenas em um terceiro momento tratar do que “remanescer da reforma trabalhista”, haja vista que os tribunais superiores, “interpretando” a Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho já vêm fazendo por conta própria uma reforma trabalhista.¹⁴

Com efeito, em suas últimas decisões, o STF vem realizando uma verdadeira destruição do Direito do Trabalho ao “interpretar” a Constituição. Decidindo o Recurso Extraordinário n. 590415, que teve repercussão geral reconhecida, o Plenário decidiu por unanimidade que “a transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”.¹⁵

Ocorre que, conforme a legislação atualmente em vigor, toda quitação tem efeito restritivo. E isso não apenas no Direito do Trabalho que protege, ou ao menos deveria proteger, o credor. De acordo com o artigo 320 do Código

14 Entrevista disponível em <<http://noticias.band.uol.com.br/jornaldaband/videos/2016/10/05/16017405-assista-a-entrevista-do-presidente-michel-temer.html>>. Acesso em 17 out. 2016.

15 Neste sentido, notícia divulgada em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=290618>>. Acesso em 17 out. 2016.

Civil, a quitação deverá designar, dentre outras coisas, “o valor e a espécie da dívida quitada”. A quitação somente se dá, portanto, pelo que efetivamente foi pago, devendo constar expressamente o valor e a espécie da dívida.

Na CLT, a única referência à quitação está no § 2º do artigo 477, que trata justamente da rescisão do contrato de trabalho e determina que “o instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, *sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas*” (destacamos). Vemos aqui, de forma ainda mais clara, a limitação da quitação quanto aos valores efetivamente pagos quando da extinção do contrato de trabalho. Não por acaso, tramitam dois projetos de lei encarregados de alterar a redação do dispositivo legal a fim de atribuir eficácia liberatória geral aos termos de rescisão de contrato de trabalho, como vimos acima. Resta evidente que a decisão tomada pelo STF não se limitou a interpretar a legislação sobre a matéria, mas importou verdadeira inovação no ordenamento jurídico, ao decidir de forma diametralmente contrária ao que determina a lei.

No Recurso Extraordinário n. 895759 a violação ao ordenamento jurídico resta ainda mais evidente. Em decisão monocrática, o ministro Teori Zavascki conferiu validade a acordo coletivo que simplesmente suprime o direito às horas *in itinere*. Novamente a decisão inova o ordenamento jurídico, suprimindo direito previsto expres-

samente em lei. Não esqueçamos que um dos projetos de lei acima referidos trata justamente da supressão do direito, afastado por norma coletiva, cuja decisão do STF tratou de referendar. O artigo 58, § 2º, da CLT, que prevê o direito às horas *in itinere* é norma de ordem pública e que, portanto, não pode ser afastada por vontade das partes, ainda que se trate de vontade coletiva. Nesse sentido, inclusive, reafirmando sua jurisprudência, o pleno do TST já havia se posicionado no mesmo processo.

Para justificar sua decisão, Zavascki argumenta que, no Acordo Coletivo foram concedidas vantagens como “fornecimento de cesta básica durante a entressafra; seguro de vida e acidentes além do obrigatório e sem custo para o empregado; pagamento do abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários-mínimos; pagamento do salário-família além do limite legal; fornecimento de repositores energéticos; adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na Convenção Coletiva”.

Entretanto, em primeiro lugar, verifica-se que tais direitos concedidos por norma coletiva, visam tão-somente permitir a constante renovação da força de trabalho necessária ao empreendimento econômico. Além disso, a conquista de direitos trabalhistas por norma coletiva não permite a retirada de direitos expressamente previstos em lei. Novamente, a decisão chancela a tese da prevalência do negociado sobre o legislado (ainda não admitida em nosso Direito).

Para sustentar a tese antijurídica da prevalência do negociado sobre o legislado, Zavascki argumenta que a própria Constituição admite que as normas coletivas de trabalho disponham sobre salário (art. 7º, VI) e jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), inclusive reduzindo temporariamente remuneração e fixando jornada diversa da constitucionalmente estabelecida. O ministro traz à tona, ainda, os argumentos expostos no voto de Luis Roberto Barroso, que conduziram a decisão do Recurso Extraordinário n. 590415, já referido: “a Constituição reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas, [tornando] explícita a possibilidade de utilização desses instrumentos, inclusive para a redução de direitos trabalhistas”; “a Constituição de 1988 [...] prestigiou a autonomia coletiva da vontade como mecanismo pelo qual o trabalhador contribuirá para a formulação das normas que regerão a sua própria vida, inclusive no trabalho”; “a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual [portanto,] não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho”.¹⁶

Algumas considerações precisam ser feitas sobre essa argumentação. Muito embora a Constituição efetivamen-

16 A este respeito, ver notícia disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE590415Voto.pdf>>. Acesso em 17 out. 2016.

te admita que norma coletiva disponha sobre salário e sobre jornada de trabalho, autorizando, inclusive, de forma excepcional, a redução de salário, em nenhum momento admite que parte da jornada de trabalho seja simplesmente desconsiderada. Quanto à jornada, o que a Constituição autoriza é tão-somente a sua redução ou compensação, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Além disso, há de se lembrar de um velho preceito hermenêutico, certamente conhecido pelos ministros do STF segundo o qual “o direito não se interpreta em tiras”.¹⁷ Sendo o Direito um sistema, é necessário que a sua interpretação se dê de forma sistemática. Assim, muito embora o inciso XXVI do artigo 7º da Constituição tenha disposto sobre o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”, é básico (e fundamental), perceber que esse dispositivo se encontra inserido em um artigo constitucional que, em seu *caput*, dispõe que os incisos nele contidos tratam de “*direitos dos trabalhadores urbanos e rurais*”, prevendo, ainda, expressamente, a possibilidade da existência de outras normas, “*que visem à melhoria de sua condição social*”. O reconhecimento das normas coletivas não é um fim em si mesmo, mas um meio para atingir a *melhoria das condições sociais dos trabalhadores* e,

17 O ex-Ministro do próprio STF, Eros Grau, complementa afirmando que “a interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição”. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 34.

sempre que não se verificar essa finalidade, choca-se com o texto expresso da Constituição.

De outra banda, ainda que a autonomia coletiva da vontade não se encontre sujeita aos mesmos limites da autonomia individual, não está também completamente destituída de limites. A Constituição, e enquanto não for aprovada a reforma trabalhista, também as leis infraconstitucionais cogentes impõem-se como tal limite. Questionamos, inclusive, a validade de uma reforma trabalhista que altere essa situação, considerando que os direitos previstos na legislação infraconstitucional são tão fundamentais quanto aqueles previstos na própria Constituição, não apenas pela teoria do bloco de constitucionalidade, acolhida no Brasil e reconhecida expressamente pelo próprio STF¹⁸, mas também de acordo com o conteúdo expresso do *caput* do artigo 7º da Constituição, já referido aqui, e o quanto dispõe o parágrafo 2º do artigo 5º da mesma Carta. Tratam-se, portanto, de direitos fundamentais individuais dos trabalhadores, que não poderiam ser suprimidos, nem mesmo por Emenda à Constituição (Art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal).

Como observa com muita propriedade Uriarte, citando Javillier, “o Direito do Trabalho sempre foi flexível para cima”.¹⁹ Ensina-nos, ainda, Américo Plá Rodriguez que, como decorrência do princípio fundamental do Direito do

18 Ver, apenas a título de exemplo, o voto proferido pelo Ministro Celso de Melo na ADI 595-ES.

19 URIARTE, Oscar Ermida. A flexibilidade. São Paulo: Ltr, 2012, p. 09-10.

Trabalho – o princípio da proteção –, no caso de conflito entre normas, sempre deve prevalecer a mais favorável ao trabalhador. O *caput* do artigo 7º da Constituição acolhe expressamente essa regra ao determinar que os direitos previstos em seu texto não afastam outros *que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores*.

Em razão disso, se é verdade, como argumenta Barroso, que “não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho”, devemos ver com maior atenção ainda, a sistemática corrosão dos direitos dos trabalhadores mediante normas coletivas que, contando com questionável legitimidade, não respeitam dispositivos legais e constitucionais que, além de serem de ordem pública, tratam de direitos fundamentais.

Mais recentemente, em 14 de outubro de 2016, o ministro Gilmar Mendes concedeu liminar para suspender todos os processos e efeitos de decisões no âmbito da Justiça do Trabalho que discutam a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, conforme entendimento consubstanciado na Súmula 277 do TST.²⁰

20 O entendimento consolidado na Súmula encontra fundamento explícito nos artigos 7º, *caput* e 114, § 2º, da Constituição Federal, bem como nos artigos 616, §3º e 867, parágrafo único, alínea b da CLT. Dispositivos que, como argumentam os ministros do TST Augusto César Leite de Carvalho, Lelio Bentes Corrêa e Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, “não se coadunam com a ideia de que categorias organizadas devem suportar períodos sem proteção por normas coletivas”. Além disso, como também observam os referidos ministros, a teoria da ultratividade é “a regra em países que realmente estimulam a autonomia dos interlocutores sociais”. Disponível em <<http://jota.info/caminho-de-um-novo-e-desnecessario-direito-traba>

A decisão, que ainda deve ser sujeita ao Plenário do STF, foi proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 323, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen). De acordo com a entidade, “ao estabelecer que as cláusulas previstas em convenções ou acordos coletivos integram os contratos individuais de trabalho, mesmo depois de expirada sua validade, a súmula contraria os preceitos constitucionais da separação dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal) e da legalidade (artigo 5º)”.²¹

Considerando-se, entretanto, o argumento da Confenen, teríamos que, necessariamente, reavaliar outras tantas súmulas editadas pelo TST como, por exemplo, a 331 que, sem qualquer previsão legal, autoriza a terceirização em serviços de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. De acordo com a lei, a terceirização apenas é permitida nas hipóteses de trabalho temporário (Lei n. 6.019/74) e nos serviços de vigilância (Lei n. 7.102/83). Lembre-se que tramita no Congresso Nacional projeto de lei prevendo, justamente, a ampliação de tais hipóteses. A mesma súmula do TST, contraria, ainda, dispositivo expresso da Constituição Federal que estabelece a responsabilidade objetiva da administração pública (Artigo 37, § 6º), ao dispor que esta apenas responde subsidiariamente caso evidenciada a sua

lho-triste-sina-de-sisifo>. Acesso: 17 out. 2016.

21 Notícia disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=327394>>. Acesso em 17 out. 2016.

conduta culposa. A propósito, considerando-se que a própria responsabilidade subsidiária dos tomadores de serviço não encontra previsão legal, seria o caso de responsabilizá-los solidariamente.²²

Seguindo a linha de raciocínio adotada pela Confen e acolhida por Gilmar Mendes, as próprias decisões do STF, acima referidas, deveriam ser revistas, uma vez que, como já demonstramos, contrariam os preceitos constitucionais da separação dos Poderes e da legalidade, ao julgarem de forma contrária à lei e à própria Constituição e, portanto, de forma extremamente temerária.

4. Conclusão

A separação dos poderes políticos, implementada tão logo a burguesia atinge a supremacia de seu poder econômico, não pode ser considerada como uma estratégia neutra para a condução do Estado. O sistema de freios e contrapesos tem a finalidade específica de colocar um limite à atuação estatal, favorecendo, ao que tudo indica, aqueles que têm interesse em que o Estado permaneça (ou se torne) mínimo. Esse é, justamente, o interesse da burguesia que, contraditoriamente, sempre que necessário, conta com o auxílio do mesmo Estado cuja atuação pretende reduzir.

22 Sobre a responsabilidade solidária do tomador de serviços, remetemos o leitor ao artigo ALMEIDA, A. E.; SEVERO, V. S. A legitimidade da tomadora dos serviços para responder à execução trabalhista. *Juris Plenum*, v. 56, p. 17-34, 2014.

Verificamos, à longa data no Brasil uma articulação dos três poderes da República no sentido de destruir os direitos dos trabalhadores conquistados mediante lutas que se tratavam, tanto no próprio país, como internacionalmente. É justamente em razão dessa resistência que os Poderes Executivo e Legislativo colocaram um freio em sua atuação de “reformular” as leis trabalhistas, deixando que o Judiciário, ao “interpretar” a Constituição e a CLT, o faça.

Em razão disso, o presente texto buscou analisar a atuação recente do órgão máximo do Poder Judiciário no que diz respeito a tais direitos. Após terem sido incorporados expressamente no texto da Constituição, em decorrência do reconhecimento de sua fundamentalidade – fenômeno que não se limitou ao Estado brasileiro –, será justamente o órgão responsável por salvaguardar a Constituição quem figurará como um dos protagonistas da estratégia neoliberal de destruição dos direitos dos trabalhadores.

Em que pese ser um direito muitas vezes inconveniente para o capital, não resta dúvida de que o capitalismo necessita do Direito do Trabalho que, não por outra razão, passa a contar com caráter de fundamentalidade nas sociedades capitalistas. É em razão dessa fundamentalidade – que não é apenas formal, mas sobretudo material – que se legitima a pergunta: uma “reforma” que importe o desmonte desse verdadeiro pilar de uma sociedade capitalista não levará necessariamente à destruição dessa sociedade?

Referências

ALMEIDA, Almiro Eduardo. SEVERO, Valdete Souto. *A legitimidade da tomadora dos serviços para responder à execução trabalhista*. Juris Plenum, v. 56, p. 17-34, 2014.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

FILETI, Narbal Antônio de Mendonça. Direitos Fundamentais Sociais e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social *In* Külzer, José Carlos e outros (Coordenadores). Direito do Trabalho Efetivo: homenagem aos 30 anos da Amatra12. São Paulo: LTr, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Coleção Os pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1973.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

URIARTE, Oscar Ermida. A flexibilidade. São Paulo: Ltr, 2012, p. 09-10.

Sites consultados

http://pmdb.org.br/wp-content/uploads/2015/10/RELEASE-TEMER_A4-28.10.15-Online.pdf

<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/09/modernizacao-da-legislacao-trabalhista-fica-para-2017-diz-ministro.html>

<http://noticias.band.uol.com.br/jornaldaband/videos/2016/10/05/16017405-assista-a-entrevista-do-presidente-michel-temer.html>

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=290618>

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE590415Voto.pdf>

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=327394>

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05OUT2001.pdf#page=28>

<http://jota.info/caminho-de-um-novo-e-desnecessario-direito-trabalho-triste-sina-de-sisifo>

VELHOS INSTITUTOS, NOVAS FERRAMENTAS: A UTILIZAÇÃO DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO NAS EXECUÇÕES DE ALIMENTOS COMO MEDIDA COERCITIVA DIVERSA DA PRISÃO CIVIL

Joeci Machado Camargo

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; Coordenadora Geral do Programa Justiça no Bairro; Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.

Marcelo L. F. de Macedo Bürger

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná - UFPR; Professor de Direito Civil do Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba; Presidente da Comissão de Relações Acadêmicas do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.

1. Introdução

Não há maior calvário nas Varas de Família do que satisfazer o credor de alimentos. Tamanha a essencialidade do crédito alimentar que além das diversas ferramentas disponibilizadas pelo Código de Processo Civil, como o protesto, expropriação de bens, implantação da obrigação em folha de pagamento e constituição de capital, o Direito Brasileiro admite também a prisão civil do devedor de alimentos, sendo esta a única hipótese de prisão por dívida no direito pátrio²³.

Mesmo entre especialistas a prisão civil por dívida alimentar não alcançou consenso, sendo comum tanto na doutrina quanto no direito pretoriano argumentos a ela favoráveis e contrários.

Em matéria recente, o Instituto Brasileiro de Direito de Família pôs em foco este interessante debate ao expor a posição de dois consagrados juristas. De um lado, Paulo Lôbo filia-se à corrente crítica a tal possibilidade, por ele considerada desumana e “ancorada em razões pré-modernas, anteriores ao Iluminismo do século XVIII”. Para o autor, “a prisão civil deve ser decretada pelo juiz, com prudência e parcimônia, não só por ser remanescente de odiosa tradição, mas para que não se transforme em instru-

23 Em que pese o art. 5º, LXVII, da Constituição Federal prever também a hipótese de prisão do depositário infiel, é pacífico nos Tribunais que a incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) afastou tal possibilidade, o que inclusive culminou na edição da súmula vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal.

mento de vingança privada ou mesmo de agravamento das condições de rendimentos do devedor, em prejuízo do próprio credor. Preferentemente, deve ser utilizada em caso de reiteração sucessiva de inadimplemento injustificado”²⁴.

De lado oposto, Ana Louzada entende “como salutar esta medida, tendo em vista que os devedores de alimentos estão respondendo por ilícito civil e não penal, não devendo ficar segregados, por exemplo, numa mesma cela que um homicida, latrocida, por sua própria periculosidade”²⁵.

Independentemente da posição adotada, a realidade demonstra que nem mesmo a grave possibilidade de restrição da liberdade do executado tem sido meio eficaz para a garantia do crédito alimentar, sobretudo pela falta de estrutura do Poder Judiciário, no qual se acumulam aos milhares os mandados de prisão alimentar sem o devido cumprimento. À guisa de exemplo, em maio deste ano havia 27.413 mandados de prisão expedidos contra devedores de alimentos no Estado de São Paulo, todos aguardando cumprimento²⁶. No Paraná, a realidade não é diferente. Em consulta realizada ao sistema e-mandado em 05/12/2016, verificou-se a existência de 4.892 mandados de prisão vi-

24 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 395.

25 Disponível em www.ibdfam.org.br/noticias/6159/Pris%C3%A0+por+d%C3%ADvidas+alimentares+%3A+juristas+t%C3%AAm+posicionamentos+diferentes, acesso em 02/12/2016.

26 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Calvário da cobrança de pensão alimentícia vai além da morosidade. *Consultor Jurídico* (www.conjur.com.br), publicado em 09/10/2016.

gentes expedidos em execuções de alimentos e que ainda aguardam cumprimento.

Atentas ao acúmulo de mandados de prisão sem cumprimento, às precárias condições das penitenciárias brasileiras e à necessidade de salvaguardar as prestações alimentares ainda vincendas, duas juízas do e. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná²⁷, em parceria com o Departamento Penitenciário – DEPEN, criaram alternativa que mostrou-se potencialmente eficiente à satisfação do crédito alimentar e substancialmente menos gravosa ao executado. Trata-se da restrição de liberdade do devedor através do monitoramento eletrônico por meio de tornozeleiras eletrônicas, algo até então exclusivo da área criminal²⁸.

O objetivo do presente artigo é realizar, por meio das lentes do Direito Civil Constitucional, a ponderação dos interesses em jogo, analisando a viabilidade da incorporação desta nova ferramenta face ao ordenamento jurídico vigente, sobretudo o art. 528, §4º, do Código de

27 Tratam-se, nominalmente, das juízas Luciana Varella Carrasco e Maria Cristina Franco Chaves, a quem dedicamos o presente artigo, pela louvável coragem de ousar e evidente preocupação com a construção de uma jurisprudência mais humana, atenta a realidade social e comprometida com a concreção do projeto constitucional de uma sociedade justa e solidária.

28 A primeira das decisões encontra-se disponível em: [http://www.ibd-fam.org.br/jurisprudencia/6264/Execução%20de%20alimentos.%20Prisão%20civil%20domiciliar.%20Tornozeleira%20eletrônica.%20Regime%20inicial.%20Possibilidade](http://www.ibd-fam.org.br/jurisprudencia/6264/Execu%C3%A7%C3%A3o%20de%20alimentos.%20Pris%C3%A3o%20civil%20domiciliar.%20Tornozeleira%20eletr%C3%B4nica.%20Regime%20inicial.%20Possibilidade).

Processo Civil²⁹, e sua conveniência face o atual estado da arte das execuções de alimentos e a estrutura policial e prisional que as ampara.

2. Os interesses em conflitos

Não é desprovida de razão a autorização constitucional para a excepcionalíssima possibilidade de prisão por dívida em razão do inadimplemento dos alimentos. Pelo contrário, trata-se de garantia à concreção de direitos fundamentais de seus credores. Colhe-se das lições de Luiz Edson Fachin que “esta previsão da prisão do devedor de alimentos ocorre como medida extrema e excepcional, tendo em vista que é direito personalíssimo e igualmente fundamental o acesso do credor a seus alimentos, de modo a concretizar a assistência familiar e o princípio do melhor interesse do menor”³⁰.

29 “Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. (...)§ 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns”.

30 FACHIN, Luiz Edson. Constituição, processo e prisão civil do devedor de alimentos: diálogos entre o pretérito, o presente e o porvir. *Migalhas* (www.migalhas.com.br), publicado em 02/12/2014. No mesmo sentido a doutrina de Rolf Madaleno, para quem “a sobrevivência está entre os fundamentais direitos da pessoa humana e o crédito alimentar é o meio adequado para alcançar os recursos necessários à subsistência de quem não consegue por si só prover sua manutenção pessoal (...). Os alimentos estão relacionados com o sagrado direito à vida e representam um dever de amparo dos parentes, uns em relação aos outros, para suprir as necessida-

Comunga da mesma opinião a doutrina processualista³¹, asseverando que a manutenção básica e digna do alimentado justifica a severidade da ferramenta. Nem poderia ser diferente. É inegável que o credor de alimentos possui direito fundamental a tal verba, conforme expresso no art. 6º da Constituição Federal, além de tratar-se de direito voltado à garantia da vida e da dignidade humana³², afinal, não existe dignidade sem condições materiais mínimas que permitam seu exercício³³. Trata-se, ao fim e ao

des e as adversidades da vida daqueles em situação social desfavorável” (*Curso de Direito de Família*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 821).

31 “Conquanto se trate de meio violento à liberdade individual, a prisão civil constitui mecanismo extremamente importante à execução dos alimentos. Não deve haver preconceito em seu uso, uma vez que, além de poder ser imprescindível para garantir a manutenção básica e digna do alimentando, apenas pode ser utilizada quando o devedor descumpra a sua obrigação de forma ‘voluntária e inescusável’, ou, em termos mais claros, quando possuir dinheiro e, mesmo assim, deixa de pagar alimentos” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.028).

32 “Vários são os exemplos de interpretação de normas processuais sob o ângulo da dignidade da pessoa humana, assim: a conveniência da decretação da prisão do devedor de alimentos desempregado; a proteção dos direitos da personalidade; a legitimidade adequada nos processos coletivos; a impenhorabilidade de determinados bens no processo de execução; a desocupação de imóveis e terrenos ocupados por centenas de pessoas, etc.” (*Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord.). 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 93).

33 “Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como

cabo, da garantia ao mínimo existencial.

Agrega-se ainda a esta justificação a absoluta prioridade que a Carta da República assegura à realização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, que, no mais das vezes, são os credores de alimentos.

De outro lado, a mesma doutrina reconhece a gravidade da prisão civil e seus efeitos nefastos aos devedores dos alimentos. Ainda que favorável a prisão civil para salvaguardar o pagamento dos alimentos, Luiz Edson Fachin não deixa de pontuar que “muito embora no campo teórico a prisão civil não se encaixe na definição penal, no campo prático, sobre o devedor de alimentos recairá, tal qual recai sobre o condenado penal, o mesmo peso de um sistema carcerário inquestionavelmente falido e violento”³⁴. Na mesma linha os já citados processualistas reconhecem que “entre todas as técnicas destinadas à execução da obrigação alimentar, a prisão civil é a mais drástica e a mais agressiva ao devedor”³⁵.

venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos” (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60).

34 FACHIN, Luiz Edson. Constituição, processo e prisão civil do devedor de alimentos: diálogos entre o pretérito, o presente e o porvir. *Migalhas* (www.migalhas.com.br), publicado em 02/12/2014.

35 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.028.

É nesta medida que os direitos do credor se apresentam em conflito com a liberdade e a dignidade do executado, igualmente direitos de alçada fundamental. Em que pese o evidente conflito de direitos, a própria Constituição já ponderou os interesses em tela em sede abstrata³⁶, conferindo primazia ao crédito alimentar em detrimento da liberdade do devedor.

Seguindo tal fio condutor, imperioso reconhecer que a despeito do conflito de interesses fundamentais, no atual sistema brasileiro os alimentos terão, *a priori*, primazia sobre a liberdade do devedor, restando tal ponderação confirmada em sede infraconstitucional pelo art. 528, §4º, do Código de Processo Civil.

Já existe, portanto, uma moldura jurídica que delimita o tema. Inobstante, não se trata de modo algum de uma moldura fechada, mas sim de limites flexíveis e porosos, traçados em sede abstrata, que conferem ao jurista, e principalmente ao aplicador do direito, consi-

36 Na hipótese em tela, não cabe a ponderação dos interesses em conflito *em sede abstrata*, posto que tal ponderação já foi realizada pela própria Constituição. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, a ponderação de bens constitucionais tem como pressupostos “em primeiro lugar, a existência, pelo menos, de dois bens ou direitos reentrantes no âmbito de protecção de duas normas jurídicas que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não podem ser ‘realizadas’ ou ‘otimizadas’ em todas as suas potencialidades. Concomitantemente, pressupõe a inexistência de regras abstractas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento abstracto feito pela norma constitucional” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1240).

derável espaço de liberdade na construção da normatividade nela contida a partir dos *inputs* fornecidos pelo caso concreto e pela funcionalidade própria do instituto em tela. Em outras palavras, ainda que constitucional a prisão civil do devedor de alimentos, tal regra pode ser derrotada quando assim exigir o caso concreto e os valores por ela perseguidos.

É precisamente nesta espacialidade que emerge o tema em análise: os limites e possibilidades de derrotabilidade do art. 528, §4º, do Código de Processo Civil para a aplicação do monitoramento eletrônico como medida alternativa à prisão em regime fechado.

3. Possíveis hipóteses de derrotabilidade do art. 528, §4º, do Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao posicionar que a prisão do devedor de alimentos se dará em regime fechado, ao contrário de forte corrente jurisprudencial que vinha admitindo sua execução em regime aberto. Segundo o art. 528, §4º, do diploma adjetivo, “no cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. (...)§ 4o A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns”.

Eis, aí, o enunciado prescritivo que o jurista tomará como matéria prima para a construção da normatividade a ele adjacente. Antes, porém, é imprescindível perquirir se há espaço para a construção de uma normatividade ou esta já está dada, de forma insuperável, pela regra do art. 528, §4º, do CPC.

O primeiro passo é reconhecer que por mais clara que seja a regra, está ela sujeita a interpretação e integração. Perlingieri é enfático ao refutar o antigo brocardo latino *in claris non fit interpretatio*. Segundo o autor, tal brocardo “relaciona-se à enunciação de uma norma como um juízo lógico, enquanto, a rigor, ele é <um instrumento modelado para disciplinar a vida de relação>. O intérprete não pode se limitar a tomar conhecimento da fórmula legislativa, mas deve investigar a *ratio iuris*; a sua tarefa não pode variar segundo que seja chamado a aplicar as leis <claras> ou leis <ambíguas>: a clareza não é um *prius* (o pressuposto), mas é um *posterius* (o resultado) da interpretação”³⁷.

Ultrapassado este primeiro obstáculo, cumpre perquirir quais os limites e possibilidades desta interpretação.

Como já exposto, a prisão civil do devedor de alimentos apenas é admitida em razão da proteção *direta* do direito fundamental à alimentação, positivado no art. 6º da Constituição Federal, e *indireta* da vida e dignidade do credor, esta materialmente inviável em um contexto caren-

37 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 616.

te do mínimo existencial. Eis aí a razão primária justificadora de tão severa sanção: a realização do crédito alimentar, reveladora da própria funcionalidade da prisão civil.

Questão tormentosa surge quando a sempre criativa realidade vivida leva ao Judiciário casos que, embora formalmente preencham o suporte fático da regra legal, analisados em seu contexto, revelam que a aplicação da norma, naquelas hipóteses, não irá realizar sua razão justificadora, o fundamento de validade que a estriba, mas pelo contrário, irá infirmá-la. Exemplo clássico é o da guarda compartilhada: ainda que a Lei 13.058/14 tenha assentado sua obrigatoriedade, tendo como razão primária que tal modalidade realiza o melhor interesse da criança ou do adolescente (juízo abstrato de valor), a regra do compartilhamento poderá ser excetuada quando o caso concreto revelar que sua aplicação não reflita o melhor interesse da criança³⁸.

Trata-se do que Joseph Raz chamou de *razões excludentes*³⁹ e Neil MacCormick de *defeasibility* (derrotabilidade) da regra. Segundo MacCormick, “o que é relevante sobre a *defeasibility* é que um arranjo construído com base em regras jurídicas, ou algum estado de coisas jurídico que emerge a partir de um conjunto de regras e eventos, pode

38 Sobre o tema, remete-se a GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 197-235.

39 SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Tradução Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 149.

ter uma aparência de validade e, no entanto, este arranjo ou ‘fato institucional’ pode ainda estar sujeito a algum tipo de intervenção que o invalide. (...) Essas prescrições (regras), contudo, são sujeitas à exceção (defeasance) quando casos excepcionais aparecem. Exceções são formuladas quando eventos particulares põem em operação algum princípio ou valor jurídico de suficiente importância para revogar a suficiência presumível das condições expressamente afirmadas para a atribuição do direito (*right*). A situação especial ativa algum fator de fundo que vicia excepcionalmente a atribuição de um direito que, não fosse o fator excepcional, não seria problemática”⁴⁰.

Admitida esta premissa, torna-se perfeitamente compatível o reconhecimento da validade e vigência da regra do art. 528, §4º, do Código de Processo Civil com a admissão de que tal regra pode ser excepcionada nos casos concretos em que sua aplicação contrariar o valor jurídico que ela visa realizar, nomeadamente a satisfação do crédito alimentar⁴¹. Abre-se, aí, espaço para a cons-

40 MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica. Tradução: Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 311-316.

41 Essa ferramenta se aproxima, pelo caráter pragmático, do método de controle de constitucionalidade designado *declaração parcial de nulidade sem redução de texto*, pelo qual “quando a ação de inconstitucionalidade impugna a aplicação da norma em determinada situação, o Tribunal, ainda que reconhecendo a inconstitucionalidade da aplicação nessa situação, pode preservá-la por admitir a sua aplicação em outras situações” (MARI-
NONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1139).

trução de soluções alternativas à prisão civil, desiderato último buscado pelo presente texto.

É possível cogitar, desde logo, de duas situações concretas em que se admitiria a derrotabilidade da prisão civil do devedor de alimentos: (a) hipótese de trabalhador formal que não possua patrimônio ou outros rendimentos além do salário; e (b) de executado que viva em modelo familiar monoparental.

A primeira hipótese é mais facilmente verificável na *praxis* do foro.

Há casos em que o devedor não possui patrimônio, e sua única fonte de renda é seu emprego, no qual está formalmente registrado. Não se trata, portanto, de devedor que recusa-se a pagar os alimentos devidos, mesmo possuindo meios para tanto. Trata-se de devedor que, por alguma circunstância, não conseguiu pagar os alimentos no valor e data devidos.

Aprioristicamente, a prisão civil é plenamente aplicável a este devedor, nos termos do art. 528, §4º, do CPC. Mas, no caso concreto, terá a prisão o condão de coagir o devedor ao pagamento, atingindo a razão justificadora de tal regra? Será tal coerção apta à satisfação do crédito alimentar em atraso? Nos parece que não.

Ainda que a prisão não justifique a rescisão do contrato de trabalho por abandono do emprego, eis que ausente o indispensável *animus* de fazê-lo, a relação la-

boral ficará sobrestada até a liberdade do executado, que não terá direito à remuneração do período em que estava preso. Neste sentido:

“ABANDONO DE EMPREGO. EMPREGADO EM PRISÃO PROVISÓRIA. JUSTA CAUSA NÃO CONFIGURADA. A **prisão provisória é causa de suspensão do contrato de trabalho**, não se configurando em falta injustificada ao serviço (artigo 131, V da CLT). Somente a condenação criminal transitada em julgado caracteriza a justa causa para dispensa (artigo 482, alínea ‘d’ da CLT)” (TRT-2 - RO: 00024287520135020047 SP 00024287520135020047 A28, Relator: Odette Silveira Moraes, Data de Julgamento: 05/08/2014, 11ª Turma, DJ 12/08/2014).

Daí a indagação: suspenso o contrato de trabalho, e com ele os rendimentos do alimentante, qual será a fonte de recursos para o pagamento do débito alimentar vencido e mesmo dos alimentos que se vencerem durante o período de restrição de liberdade? Pragmaticamente, a prisão civil, teleologicamente voltada à satisfação do crédito alimentar, acabaria por prejudicá-lo ao suprimir a única fonte de recursos apta a viabilizar seu adimplemento.

Cumprê lembrar que a prisão do alimentante não possui caráter de pena ou de sanção, mas de medida coercitiva voltada ao adimplemento⁴². Seguindo tal fio condutor, é

42 “No Brasil, no que diz com as possibilidades previstas na Constituição, a prisão civil não é considerada uma pena propriamente dita, mas, sim, um excepcional meio processual de cunho coercitivo com dias finalidades: a)

no mínimo inocente acreditar que o devedor de alimentos, com emprego formal, que já não conseguiu adimplir prestações vencidas, uma vez preso e com o contrato de trabalho suspenso, conseguirá pagar, além dos alimentos atrasados, também aqueles que se vencerem durante a execução, já que desprovido de rendimentos. Eis aí a derrotabilidade da regra: sua aplicação, abstratamente voltada a proteção do crédito alimentar, em concreto acabará por prejudicar não só o adimplemento dos valores atrasados como também daqueles ainda vincendos.

O monitoramento eletrônico, de outro lado, além de permitir a manutenção do contrato de trabalho, concede ao executado uma derradeira oportunidade para perseguir a obtenção dos recursos necessários para saldar sua dívida, seja fazendo horas extras, seja por meio de empréstimos ou qualquer outra fonte. Mesmo a obtenção de apenas parte do débito vencido pode levar a composição das partes, seja por meio de parcelamento seja por dação em pagamento⁴³.

obrigar o devedor de alimentos a cumprir com sua obrigação alimentar” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentários à Constituição do Brasil*. J. J. Canotilho (et. al.). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 464).

43 Neste ponto, imprescindível o estímulo por parte do Juízo para que as partes possam chegar a uma composição. Ainda que impere no Brasil o senso comum de que a prisão civil é desvirtuada como instrumento de vingança privada, sobretudo por parte dos ex-cônjuges, nas situações em que for flagrante o esforço do executado em buscar meios para saldar a dívida ou ainda quando esta tenha como origem uma hipótese excepcional, como doença na família, furto, etc., a conciliação se mostra instrumento apto a resolver mais do que o sintoma do inadimplemento, fazendo com que credor e devedor reconheçam que o débito não pode ser imputado ao devedor e, cooperando mutuamente para superarem esta situação, busquem

A segunda hipótese de derrotabilidade da regra que ora se cogita é aquela em que o devedor de alimentos é o provedor de uma família monoparental.

As famílias contemporâneas são dinâmicas: formam-se e dissolvem-se com facilidade. Surgem então situações em que um pai, que teve contra si fixada obrigação alimentar em favor de um filho fruto de um primeiro casamento, constitui nova família, com novos filhos, e por qualquer vicissitude da vida, torna-se o único responsável pela criação destes.

À primeira vista a hipótese pode parecer pouco provável, mas não o é. De acordo com o censo demográfico realizado pelo IBGE, em 2010 existiam 881.716 famílias monoparentais masculinas com filhos no Brasil⁴⁴, número que, mesmo diante das quase 50 milhões de famílias brasileiras, não pode ser desprezado.

A questão que não poderá ser ignorada pelo jurista é: se este alimentante for preso em regime fechado, ainda que pelo prazo de até 90 (noventa) dias, como ficarão os cuidados, objetivos e subjetivos dos filhos que com ele vivem e dele dependem? Seria legítimo sacrificar

soluções que fortaleçam os vínculos paterno filiais. Nestes casos, a equipe multidisciplinar dos Juízos de família pode atuar em conjunto com as partes para que uma situação de dificuldade patrimonial não acabe por destruir a relação pessoal entre os envolvidos.

44 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo demográfico 2010: famílias e domicílios*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios_amostra.pdf, acesso em 02/12/2016.

a manutenção de alguns dos filhos em favor da coerção em favor dos alimentos devido a outros? Intuitivamente, a resposta também será negativa, abrindo espaço para a derrotabilidade da regra em razão de uma situação fática excepcional que a legitima.

Solução similar foi adotada pelo Conselho da Justiça Federal que, na VII Jornada de Direito Civil, aprovou o enunciado nº 599 facultando ao magistrado aplicar medidas coercitivas diversas da prisão em regime fechado em hipótese de alimentos avoengos⁴⁵.

Por certo que a vida é muito mais criativa que os juristas, e diversas serão as hipóteses aptas a autorizar a derrotabilidade da regra do art. 528, §4º, bastando para tanto que, em razão das peculiaridades concretas, a aplicação do dispositivo mostre-se contrária ao seu fundamento de validade, nomeadamente a persecução do adimplemento do crédito pelo qual se realiza o direito a uma subsistência digna.

45 Enunciado nº 599: Deve o magistrado, em sede de execução de alimentos avoengos, analisar as condições do(s) devedor(es), podendo aplicar medida coercitiva diversa da prisão civil ou determinar seu cumprimento em modalidade diversa do regime fechado (prisão em regime aberto ou prisão domiciliar), se o executado comprovar situações que contraindiquem o rigor na aplicação desse meio executivo e o torne atentatório à sua dignidade, como corolário do princípio de proteção aos idosos e garantia à vida.

4. “Um canteiro de obras em construção”: a ponderação dos interesses à luz da proporcionalidade

Uma vez derrotada a norma que estabelece a prisão em regime fechado frente as peculiaridades do caso concreto, abre-se espaço para a construção de uma normatividade substancialmente adequada, proporcional e razoável aos interesses jurídicos conflitantes, viabilizando, de um lado, assegurar o direito ao crédito alimentar, e, de outro, salvaguardar as fontes necessárias ao adimplemento e a dignidade do alimentante.

O primeiro passo para tal construção é afastar a concepção própria da temporalidade moderna de que ao juiz apenas cabe aplicar o texto da lei, sejam quais forem as circunstâncias externas ao texto ou os conflitos apresentados. Trata-se de postura clássica do juiz da modernidade, que limitava-se a atuar como *la bouche de la loi*. Sobre ela enfatizava Montesquieu:

“Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.⁴⁶

Certamente, não é este o perfil do juiz contemporâneo, nem o que dele se espera. Como já se afirmou em

46 MONTESQUIEU, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 160.

outra oportunidade, na seara endoprocessual, não cabe ao juiz apenas aplicar a lei aos casos concretos, decidindo as causas, mas dele se exige que leve em conta as singularidades próprias de cada caso, e quando da aplicação pura da lei ao caso não corresponder uma decisão justa, que faça prevalecer as peculiaridades em relação a abstração da lei.

Essa linha de ideias nada mais faz que retomar a consagrada teoria tridimensional de Miguel Reale e reconhecer que o Direito não se limita ao texto normativo, que é apenas parte do todo. Em sua complexidade, o Direito congloba fato⁴⁷, valor e norma em uma unidade harmônica de sentidos⁴⁸, o que em certa medida é retomado pela me-

47 A necessidade de o Direito considerar os fatos e as transformações sociais também é encontrada na sempre lapidar lição do magistrado e hoje advogado Victor Alberto Azi Bomfim Marins, que há muito assevera: “o que se quer realçar aqui é o dado da experiência, que, se não deve ter importância quase absoluta, como no direito da *common law*, não deve ser subestimado, como sugeriria a ortodoxa aplicação dos princípios inerentes ao sistema da família romano-germânica. A jurisprudência tem, em verdade, mesmo nestes últimos ordenamentos jurídicos, grande importância, isto porque, além de aplicar a lei, retrata permanente esforço no sentido da evolução dos textos legais, pondo-os em dia com as transformações sociais, e além disso, deve-se reconhecer uma certa função criadora na interpretação da lei” (*Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 27-28).

48 “Nos termos da teoria tridimensional do Direito, pode-se, analiticamente, esclarecer que a estrutura de um modelo jurídico pressupõe: a) dado campo de atos ou fatos da experiência social; b) uma ordenação normativa racionalmente garantida; c) o propósito de realizar *valores* ou impedir *desvalores*, de conformidade com a natureza de cada porção de realidade objeto da investigação científica. Como se vê, os modelos jurídicos são instrumentos de vida segundo pressupostos e categorias que a pesquisa científica elabora em função de cada domínio da realidade social, numa

todo da doutrina do Direito Civil Constitucional. Em obra paradigmática, assentou Pietro Perlingieri:

“É possível individualizar o sentido de um texto somente <determinando o seu campo de aplicação com referência a fatos concretos>. Daí decorrem as oportunas referências à adequação, à razoabilidade, à proporcionalidade, à coerência, e à congruência, incompatíveis com qualquer formalismo ou dogmatismo, destinados a alimentar a experiência, rica e diversificada, em casos concretos e a atribuir ao texto, um <significado apropriado a uma determinada circunstância de fato>. Experiência que, na sua totalidade, se configura como o contexto histórico cultural, no qual se realizam a atividade e a função do jurista. Assim, a doutrina do direito é chamada a propor soluções e diretivas <concretamente utilizáveis>, ainda mais se a ciência que as propõe se fundar em juízos não hipocritamente neutros, mas de tipo valorativo”⁴⁹.

Eis aí o desafio do jurista contemporâneo: construir a partir das regras e dos valores dados pelo sistema jurídico uma normatividade adequada aos fatos sociais sobre os quais incidirão. Nas execuções de alimentos em que a prisão civil revelar-se contrária ao fundamento de validade que a justifica, o monitoramento eletrônico do executado se apresenta como uma solução “concretamente utilizável”.

compreensão unitária” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 48).

49 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 605.

Atenta a precariedade da estrutura prisional brasileira, a doutrina já havia cogitado tal possibilidade, ainda que sem acreditar em sua efetiva concreção:

“É muito comum a inexistência de um espaço próprio para que devedores de alimentos fiquem presos. Em um país no qual sequer se investe em estabelecimentos para o cumprimento de penas criminais, chega até a ser ilusório imaginar espaços separados para o cumprimento da prisão civil. A ausência desses espaços separados tem feito com que a jurisprudência autorize que a prisão civil seja cumprida em regime domiciliar. Porém, é muito difícil tornar efetiva a prisão domiciliar no sistema brasileiro. À vista da absoluta impossibilidade de realizar uma vigilância direta sobre o preso, para evitar que ele saia de sua residência, a lei autoriza o emprego da fiscalização por monitoramento eletrônico, por exemplo por meio de algemas eletrônicas (art. 122, parágrafo único, da Lei 7.210/84). Todavia, como se sabe, muitos Estados ainda não implementaram regime de vigilância eletrônica e, portanto, não teriam condições nem de impor fiscalização desse modo, nem de dispor de um agente público para acompanhar, diuturnamente, o devedor, para certificar-se de que ele não sairá de sua residência”⁵⁰.

Trata-se, em verdade, de nova tecnologia colocada à disposição do Poder Judiciário para solver o calvário das

50 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1030-1031.

execuções de alimentos. Assim foi com o exame de DNA, que revolucionou a prova da investigação de paternidade. Também os novos meios de comunicação, como Skype e FaceTime, que permitem o contato paterno filial próximo e constante mesmo quando os interlocutores estão separadas por oceanos.

Em que pese inexistir regra expressa que preveja a utilização de tal tecnologia para buscar a satisfação do crédito alimentar, a adoção dessa nova tecnologia encontra amparo na cláusula geral do art. 139, IV, do Código de Processo Civil que autoriza o magistrado a “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Posta as claras a *viabilidade* jurídica da utilização de tornozeleiras eletrônicas como medida alternativa à prisão civil do alimentante, resta como derradeiro passo o exame da *conveniência* da adoção de tal ferramenta. Para tanto, salutar colocá-la à prova ao submetê-la ao crivo da proporcionalidade, especificamente por meio de seus atributos da (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade *stricto sensu*⁵¹.

A *adequação* se revela na capacidade da medida de atingir o fim por ela visado, *in casu*, o adimplemento do cré-

51 STF. Habeas Corpus nº 124.306/RJ. Min. Luiz Roberto Barroso. J. 29/11/2016.

dito alimentar. Ainda que o monitoramento eletrônico não deflagre o grau de lesividade da prisão em regime fechado, e nesta senda, não produza o mesmo grau de coerção, é indubitavelmente uma forma de restrição de liberdade.

Com ela, o executado se limitará a ir de sua casa para o trabalho, em horários e por percursos predeterminados pela autoridade judiciária. Não terá qualquer forma de lazer; não poderá sequer visitar qualquer amigo ou parente; não poderá ir ao shopping ou ao supermercado; apenas alternará entre sua residência e seu trabalho. Por certo tal restrição é altamente indesejada pelo executado, que fará o possível para dela se ver *livre*.

Não bastasse, o fato de frequentar a ambiência do trabalho e a convivência com seus colegas portando um equipamento de monitoramento eletrônico também implica em substancial constrangimento, apto a, somado a restrição de liberdade, impelir o executado a buscar a satisfação dos valores por ele devidos.

Em decorrência do pequeno número de decisões que até agora aplicou a medida, e ainda do pouco tempo decorrido desde a primeira decisão a dela valer-se, não existem dados empíricos suficientes para se obter uma estatística substancialmente válida. No entanto, é de se apontar que das quatro decisões até agora proferidas no Estado do Paraná, três delas deflagraram o pagamento do valor devido pelo executado assim que intimado da decisão que determinou sua submissão ao monitoramento ele-

trônico, sendo a quarta cumprida espontaneamente pelo executado⁵², que se dirigiu ao Depen para a colocação do equipamento, sob pena de não o fazendo ver decretada sua prisão em regime fechado.

Ainda que não se tenha um número suficiente de casos a amparar uma estatística, até o presente momento a efetividade da medida superou até mesmo a da prisão em regime fechado, até mesmo em razão do descrédito do Judiciário pela incapacidade de cumprir tais mandados.

Comparativamente, é inegável que nos casos em que o devedor não possui patrimônio o monitoramento eletrônico é medida mais adequada à busca do adimplemento do que a própria prisão em regime fechado⁵³, posto que o adimplemento não depende da vontade do devedor, mas de sua capacidade de angariar recursos, que restará fulminada pela prisão em período integral. Não por outra razão reconhece Araken de Assis que “a coerção pessoal pode não realizar o crédito, considerando injunções práticas”⁵⁴.

A segunda dimensão da proporcionalidade se revela na *necessidade* da medida, cujo desiderato é a vedação de

52 O caso foi apresentado no programa Fantástico, da Rede Globo, em 27/12/2016.

53 É a conclusão exarada por Luiz Edson Fachin ao pontuar que “sobre aquele que não tem possibilidades financeiras de adimplir com os alimentos, a prisão civil parece pouco ajudar” (Constituição, processo e prisão civil do devedor de alimentos: diálogos entre o pretérito, o presente e o porvir. *Migalhas* (www.migalhas.com.br), publicado em 02/12/2014).

54 ASSIS, Araken de. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 130.

excessos. Se a medida não for necessária ao fim colimado, não se justifica sua aplicação.

A proposta do monitoramento eletrônico evidencia sua necessidade a partir da constatação de que, a despeito dos diversos outros meios (além da prisão civil) voltados à satisfação do crédito alimentar, todos guardam preponderante caráter patrimonial, o que pode não deflagrar a mesma coercitividade da restrição de liberdade.

À guisa de exemplo, destacam-se o protesto (art. 528, §3º), o desconto em folha de pagamento (art. 529), a expropriação de bens (art. 831), a constituição de capital (art. 533), além das construções jurisprudenciais que culminaram na possibilidade de inscrição do devedor de alimentos nos órgãos de restrição ao crédito (STJ – 3ª Turma. REsp. nº 1469102/SP. Rel.: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 08/03/2016) e na fixação de astreintes (TJPR - 11ª C. Cível. AI nº 1.055.392-9. Rel.: Des. Gamaliel Seme Scaff, j. 05.02.2014).

Nenhuma delas, porém, possui a força coercitiva da ameaça de restrição de liberdade. Tais medidas também se revelam inócuas para os devedores que não possuem bens em seu nome e trabalham de forma autônoma, inviabilizando o desconto dos alimentos de sua folha de pagamento. Somente restrições de caráter pessoal possuem a potencialidade de compelir o executado com este perfil ao adimplemento da obrigação, revelando aí a *necessidade* da medida.

O terceiro dos atributos é a *proporcionalidade em sentido estrito*, consistente na relação de custo benefício

entre as vantagens alcançadas e os direitos sacrificados. Se os dois primeiros atributos fizeram referência direta aos pontos positivos da aplicação do monitoramento eletrônico como medida coercitiva alternativa à prisão em regime fechado, este terceiro possui a capacidade de cotejar os aspectos negativos destas medidas.

Ao construir a norma jurídica para o caso concreto, não se pode desconsiderar a realidade social sobre a qual a norma será aplicada. Vale lembrar a célebre afirmação de Georges Ripert: *“quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o Direito”*. É nesta medida que se tem de pensar, antes de decretar a prisão do devedor de alimentos, de prisão se está falando.

Quando o legislador previu essa hipótese e autorizou a prisão do devedor de alimentos, pensou em um sistema carcerário condigno com os valores sociais e as garantias fundamentais do cidadão. A título de exemplo, o art. 528, §4º, do Código de Processo Civil determina que a prisão por alimentos “será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns”. Tal dispositivo constitui um claro exemplo de hipótese em que o Direito ignora a realidade.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias realizado em 2014 pelo Ministério da Justiça, tamanha a superlotação dos presídios brasileiros que, além dos presídios contarem com taxa de ocupação no importe de 161% de sua capacidade, fal-

tavam ainda 231.062 vagas no sistema penitenciário. É como se toda a população da cidade de Foz do Iguaçu tivesse sido condenada e estivesse aguardando por vagas no sistema prisional.

Ao constatar a precariedade e as condições sub humanas dos presídios brasileiros, o Supremo Tribunal Federal reconheceu em setembro de 2015 que o Brasil vive um “estado inconstitucional de coisas”⁵⁵. A mais alta Corte do país constatou que o sistema prisional brasileiro apresenta violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. O ministro Luiz Roberto Barroso chegou a apontar que “*mandar uma pessoa para o sistema é submetê-la a uma pena mais grave do que a que lhe foi efetivamente imposta, em razão da violência física, sexual e do alto grau de insalubridade das carceragens, notadamente devido ao grave problema da superlotação*”. O então Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, comparou as prisões brasileiras às “masmorras medievais”.

É nesta senda que não se pode ignorar que a prisão do devedor de alimentos em regime fechado invariavelmente deflagrará violação generalizada de seus direitos, em gravidade tamanha a atingir a própria dignidade humana ao submete-lo a instalações carcerárias superlotadas e manifestamente insalubres. Não cabe aqui, na limitada extensão do presente texto, perquirir a proporcionalidade da prisão em regime fechado, mas tais dados são fundamentais para

55 STF. Plenário. ADPF 347/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 19/02/2016.

se apurar o custo benefício do monitoramento eletrônico do devedor de alimentos.

Se em certa medida a aplicação da medida imprimirá no executado menor grau de coercibilidade que o regime fechado, e aí o *custo* de sua adoção, de outro evitará a inextorável violação de direitos fundamentais do alimentante, em alcance suficiente a atingir o próprio núcleo da dignidade humana, vértice de todo o Direito pátrio.

Feitas estas considerações, não resta dúvida que a prisão domiciliar do devedor de alimentos, controlada por meio de tornozeleira eletrônica, além de encontrar respaldo no sistema processual (art. 139, IV, CPC), mostrando-se, assim, juridicamente viável, resiste e sobressai com integridade à submissão ao princípio da proporcionalidade, evidenciando, também, a conveniência de sua adoção como medida coercitiva alternativa ao regime fechado.

5. Conclusão

À guisa de conclusão, a incorporação desta nova tecnologia pelo Judiciário tem apenas a contribuir com os interesses em jogo, tanto do alimentante quanto do alimentado. Além de ser mais um meio coercitivo que pode ser tanto alternativo quanto anterior à decretação da prisão em regime fechado, e que portanto não a exclui, o uso de tornozeleiras eletrônicas possibilita ao devedor a continuidade de sua atividade laborativa, auferindo com ela a renda necessária ao pagamento de suas obrigações alimentares.

De outro lado, o regime domiciliar não sanciona, de forma reflexa, a atual família do alimentante, tampouco o submete a condição sabidamente desumana dos presídios brasileiros, resguardando, dentre tantos, o mais fundamental de seus direitos: a dignidade.

Para além de tecnicamente adequada, a medida detém potencialidade de se mostrar também eficiente, talvez até mesmo mais eficiente que a prisão em regime fechado, considerando a incapacidade crônica do Estado no cumprimento dos mandados de prisão. Outro ponto que merece destaque é que o uso da tornozeleira eletrônica não é uma imposição contra o devedor, mas uma alternativa que apenas é aplicada com sua anuência, sob pena de, não o fazendo, ter imediatamente decretada a ordem de prisão em regime fechado. Essa facultatividade deixa claro como a técnica é aplicada àqueles devedores que de fato não conseguiram realizar o pagamento, e não àquele devedor contumaz, que simplesmente ignora a execução e recusa-se a colaborar. A estes não restará alternativa senão a prisão em regime fechado.

A inovação está em facultar ao juiz uma nova ferramenta, uma alternativa para casos em que a prisão civil do alimentante se mostre desarrazoada, muitas vezes em prejuízo do próprio alimentado, e neste ponto, merece aplausos. É, sem dúvida, mais um passo à construção de uma jurisprudência mais humana, atenta a realidade social e comprometida com a concreção do projeto constitucional de uma sociedade justa e solidária.

Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____ (et. al.). *Comentários à Constituição do Brasil*. J. J. Canotilho (et. al.). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. Constituição, processo e prisão civil do devedor de alimentos: diálogos entre o pretérito, o presente e o porvir. *Migalhas* (www.migalhas.com.br), publicado em 02/12/2014.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

IBGE. *Censo demográfico 2010: famílias e domicílios*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução: Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. 2: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela Cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen*. Brasília, 2014.

MONTESQUIEU, Barão de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Calvário da cobrança de pensão alimentícia vai além da morosidade. *Consultor Jurídico* (www.conjur.com.br), publicado em 09/10/2016.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHAUER, Frederick. *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Tradução Claudina Orunesu e Jorge L. Rodriguez. Barcelona: Marcial Pons, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Freddie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

REGIME TRIBUTÁRIO DO SIMPLES NACIONAL NA ADVOCACIA

Fabio Artigas Grillo

Advogado, Doutor em Direito do Estado pela UFPR, Conselheiro Estadual e Presidente da Comissão de Direito Tributário da OAB/PR, Presidente do Instituto de Direito Tributário do Paraná - IDTPR e Membro do Instituto dos Advogados do Paraná - IAPPR.

Introdução

Sancionada no dia 7 de agosto de 2014, a Lei Complementar nº 147 beneficiou o setor de serviços ao eliminar as restrições para atividades classificadas como intelectuais e profissões regulamentadas, dentre as mesmas os advogados por meio de suas sociedades registradas, que foram enquadrados na Tabela IV do Simples Nacional.

O presente texto objetiva apresentar considerações relevantes acerca desse regime tributário, possibilitando aos advogados não somente tomarem conhecimento dos seus principais aspectos e características, mas, ao mesmo tem-

po, terem condições de avaliar e decidir pela viabilidade de sua adesão – comparativamente aos regimes ordinários de tributação pelo lucro real ou presumido do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ.

De acordo com o artigo 146, III, *d*, da Constituição Federal, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente acerca da definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte.

Esse tratamento diferenciado dá-se por meio da instituição do Simples Nacional, que corresponde a regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável às Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP), previsto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Referida Lei Complementar nº 123/2006 estabelece normas gerais relativas às Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo, não só o regime tributário diferenciado – Simples Nacional, como, também, aspectos relativos às licitações públicas, às relações de trabalho, ao estímulo ao crédito, à capitalização e à inovação, ao acesso à justiça, dentre outros.

Especificamente o Simples Nacional se trata de regime diferenciado que abrange a participação de todos os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sendo administrado por um Comitê Gestor com-

posto por oito integrantes: quatro da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), dois dos Estados e do Distrito Federal e dois dos Municípios. Todos os Estados e Municípios participam obrigatoriamente do Simples Nacional.

A regulamentação da matéria ocorre através da Resolução Comitê Gestor do Simples Nacional nº 94, de 29 de novembro de 2011, com suas alterações posteriores.

Condições para ingresso no regime

Para o ingresso no Simples Nacional é necessário o cumprimento das seguintes condições:

- Enquadramento na definição de Microempresa ou de Empresa de Pequeno Porte;
- Cumprimento de todos os requisitos previstos na legislação; e
- Formalização da opção pelo regime simplificado no site da RFB.

Definição de microempresa ou empresa de pequeno porte para efeitos do Simples Nacional

Considera-se ME, para efeito do Simples Nacional, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário que afirmam, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais).

Da mesma forma, é considerada EPP, para efeito do Simples Nacional, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário que auferiram, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Para a pessoa jurídica que iniciar atividade no próprio ano-calendário da opção, os limites para a ME e para a EPP são proporcionais ao número de meses compreendido entre o início da atividade e o final do respectivo ano-calendário, consideradas as frações de meses como um mês inteiro. Esses limites proporcionais de ME e de EPP são, respectivamente, de R\$ 30.000,00 e de R\$ 300.000,00; multiplicados pelo número de meses compreendido entre o início da atividade e o final do respectivo ano-calendário, consideradas as frações de meses como um mês inteiro.

Para fins de enquadramento na condição de ME ou EPP, deve-se considerar o somatório das receitas de todos os estabelecimentos.

Principais características

Dentre as principais características do regime tributário do Simples Nacional destacam-se:

- É facultativo e não obrigatório;

- Uma vez efetuada a opção, será irretratável para todo o ano-calendário (1º de janeiro a 31 de dezembro);
- Abrange os seguintes tributos, observadas as exceções legais: IRPJ, CSLL, PIS/Pasep, Cofins, IPI, ICMS (estadual), ISS (municipal) e a Contribuição para a Seguridade Social destinada à Previdência Social a cargo da pessoa jurídica (CPP);
- A opção pressupõe regularidade fiscal, vale dizer, a ME ou a EPP que possuir débito tributário para com algum dos entes federativos não poderá ingressar no Simples Nacional, sendo, portanto, necessária a regularização dos débitos tributários no período de opção pelo regime;
- Objetivando a simplificação tributária, o recolhimento de referidos tributos ocorre mediante a emissão do denominado Documento Único de Arrecadação - DAS;
- É disponibilizado para as ME/EPP sistema eletrônico para a realização do cálculo do valor mensal devido e geração do DAS; constituindo-se o crédito tributário a ser recolhido;
- Tem-se, além da apuração e recolhimento, a apresentação de Declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais; e, também,

- O prazo para recolhimento do DAS é até o dia 20 do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta (ex. receita bruta auferida em julho vencimento do DAS em 20 de agosto).

Especificamente em relação aos serviços advocatícios, além de não ser aplicável a regra da inclusão das siglas ME e EPP nas respectivas razões sociais das sociedades de advogados – até porque ausente seu caráter empresarial – deve-se atentar para a irrelevância de tributos como o ICMS e IPI, não correlatos à atividade em comento.

Da mesma forma, no que diz respeito à contribuição previdenciária patronal – CPP, o §5º-C, introduzido no artigo 18 da Lei Complementar, é cristalino ao estabelecer que, para as atividades nele listadas, a contribuição previdenciária patronal deve ser recolhida à parte, ou seja, não se encontra contemplada pelo novel Regime:

§5º-C Sem prejuízo do disposto no §1º do art. 17 desta Lei Complementar, as atividades de prestação de serviços seguintes serão tributadas na forma do Anexo IV desta Lei Complementar, hipótese em que não estará incluída no Simples Nacional a contribuição prevista no inciso VI do caput do art. 13 desta Lei Complementar, devendo ela ser recolhida segundo a legislação prevista para os demais contribuintes ou responsáveis:

VII - serviços advocatícios.

Da opção pelo Simples Nacional

Podem optar pelo Simples Nacional as Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) que não incorram em nenhuma das vedações previstas na Lei Complementar nº 123/2006, notadamente em função da natureza da atividade desempenhada.

Com o advento da Lei Complementar nº 147/2014 foi inserido o inciso VII no §5º-C no artigo 18 da Lei Complementar nº 123/2006, contemplando dentre as demais atividades autorizadas ao tratamento diferenciado os serviços advocatícios, de acordo com as bases de cálculo e alíquotas estabelecidas no Anexo IV (vide tabela ao final).

Deve-se ressaltar que não poderão optar pelo Simples Nacional as ME e as EPP que, embora exerçam diversas atividades permitidas, também exerçam pelo menos uma atividade vedada, independentemente da relevância da atividade impeditiva.

A opção pelo Simples Nacional dar-se-á somente na *internet*, por meio do Portal do Simples Nacional, sendo irretratável para todo o ano-calendário. No entanto essa opção não pode ser efetuada a qualquer tempo, ou seja, somente poderá ser realizada no mês de janeiro, até o seu último dia útil, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do ano-calendário da opção.

Caso a ME ou a EPP iniciar sua atividade em outro mês que não o de janeiro poderá igualmente optar pelo Simples Nacional. Nesse caso, após efetuar a inscrição no CNPJ,

bem como obter as suas inscrições Estadual e Municipal, a ME ou a EPP terá o prazo de até 30 dias, contado do último deferimento de inscrição, para efetuar a opção pelo Simples Nacional, desde que não tenham decorridos 180 dias da inscrição no CNPJ. Após esse prazo, a opção somente será possível no mês de janeiro do ano-calendário seguinte.

Uma vez optante pelo Simples Nacional, a ME ou EPP somente sairá do referido regime quando excluída, por opção, por comunicação obrigatória, ou de ofício.

Base de cálculo: receita bruta

A título de base de cálculo, a receita bruta corresponde ao produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. Os ganhos líquidos auferidos em aplicações de renda fixa ou variável não se incluem no conceito de receita bruta, com vistas à tributação pelo Simples Nacional.

Para fins de enquadramento como Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP), deve ser considerada a receita bruta em cada ano-calendário.

Também para fins de enquadramento no Simples Nacional, quando da opção pelo regime, deve-se considerar a receita bruta do ano-calendário anterior ao da opção, salvo no caso de optante no ano de início de atividades a qual possui regras próprias de opção.

Acesso aos serviços do Simples Nacional

O acesso aos serviços do Simples Nacional dá-se mediante duas formas: (i) Código de Acesso ou (ii) Certificado Digital.

Caso o usuário não disponha do Código de Acesso, precise alterá-lo ou se esqueceu, acesse o Portal do Simples Nacional, menu “Simples - Serviços” e, na sequência, “Todos os Serviços”, clique na expressão “Clique Aqui”, informe número do CNPJ, número do CPF do responsável, digite os caracteres da imagem e, em seguida, “validar”. Informar o número do recibo de entrega de pelo menos uma Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física – DIRPF apresentada nos dois últimos anos pela pessoa responsável pela sociedade. Caso a pessoa responsável pela empresa não seja titular de nenhuma declaração enviada nos dois últimos anos, o aplicativo solicita o número do título de eleitor e a data de nascimento da pessoa responsável.

Outra opção é o responsável pela empresa obter Certificado Digital da sociedade (e-CNPJ) ou utilizar o seu Certificado Digital (e-CPF), exigindo-se apenas que o Certificado tenha o padrão ICP-Brasil.

Inscrições necessárias

Todas as ME e as EPP que desejarem optar pelo Simples Nacional devem ter, além da inscrição no CNPJ, a inscrição Estadual e/ou Municipal.

A inscrição municipal é sempre exigível, especialmente nos serviços advocatícios que, por sua natureza, estão sujeitos ao Imposto sobre Serviços – ISS.

Por sua vez, a inscrição estadual somente é exigida para a empresa que exerça atividades sujeitas ao ICMS, vendendo mercadorias, sendo, portanto, irrelevante para a advocacia.

Apuração e cálculo do valor devido

O valor devido mensalmente pelas ME e EPP optantes pelo Simples Nacional é determinado mediante aplicação das tabelas dos anexos da Lei Complementar nº 123/2006.

Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração, identificando nos anexos da Lei Complementar nº 123/2006 a alíquota aplicável segundo a faixa de receita.

Nos casos de início de atividade no próprio ano-calandário da opção pelo Simples Nacional, para efeito de determinação da alíquota no primeiro mês de atividade, o sujeito passivo utilizará, como receita bruta total acumulada, a receita do próprio mês de apuração multiplicada por doze (receita bruta total proporcionalizada).

Nos 11 (onze) meses posteriores ao do início de atividade, o sujeito passivo utilizará a média aritmética da receita bruta total dos meses anteriores ao do período de apuração, multiplicada por 12 (doze).

O valor mensal devido, a ser recolhido pela ME ou EPP, será aquele resultante da aplicação da alíquota correspondente sobre a receita bruta mensal auferida (regime de competência) ou recebida (regime de caixa), conforme opção feita pelo contribuinte.

A opção pelo regime de reconhecimento de receita bruta (caixa ou competência) deve ser realizada anualmente, sendo irretratável para todo o ano-calendário.

As ME e as EPP podem utilizar a receita bruta total recebida (regime de caixa), na forma regulamentada pelos artigos 16 a 19 da Resolução CGSN nº 94/2011, sendo essa opção irretratável para todo o ano-calendário. No entanto, deve-se ressaltar que:

- A receita mensal apurada pelo regime de competência continua a ser utilizada para determinação dos limites e sublimites, bem como para o enquadramento nas faixas de alíquota;
- A receita mensal recebida (regime de caixa) é utilizada para efeito de determinação da base de cálculo mensal na apuração dos valores devidos;
- Caso opte por recolher os tributos com base nos valores recebidos (regime de caixa), a ME ou a EPP deve manter registro dos valores a receber, de acordo com o modelo estabelecido pelo Anexo XI da Resolução CGSN nº 94/2011;

- Nas prestações de serviços ou operações com mercadorias a prazo, a parcela não vencida deve integrar a base de cálculo dos tributos abrangidos pelo Simples Nacional até o último mês do ano-calendário subsequente àquele em que tenha ocorrido a respectiva prestação de serviço ou operação com mercadorias;
- A receita auferida e ainda não recebida deve integrar a base de cálculo dos tributos abrangidos pelo Simples Nacional, na hipótese de (i) encerramento de atividade no mês em que ocorrer o evento; (ii) retorno ao regime de competência no último mês de vigência do regime de caixa; e, também, (iii) no caso de exclusão do Simples Nacional no mês anterior ao dos efeitos da exclusão.

Existe no Portal do Simples Nacional aplicativo para o cálculo do valor devido e geração do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS), denominado PGDAS-D.

O PGDAS-D está disponível on-line no Portal do Simples Nacional, não havendo possibilidade de fazer o download do programa para o computador do usuário. Para preencher as informações no PGDAS-D, acesse o PGDAS-D > Apuração > Calcular Valor Devido. Após preencher todos os dados, clicar no botão “Calcular” e, na tela seguinte, no botão “Salvar”. Após, é necessário transmitir as informações, clicando no botão “Transmitir”.

Para gerar e imprimir o DAS, acesse a opção de menu “DAS” > “Gerar DAS”, informe o período de apuração e clique em “Continuar”. Será mostrado o resumo da apuração e o valor devido. Clique no botão “Gerar DAS”. O DAS poderá ser salvo em formato “PDF” ou impresso.

Não é possível gerar o DAS antes de transmitir as informações, bem como não é possível consultar o extrato antes de gerar o DAS.

As informações prestadas no PGDAS-D devem ser fornecidas à RFB mensalmente até o vencimento do prazo para pagamento dos tributos devidos no Simples Nacional em cada mês, relativamente aos fatos geradores ocorridos no mês anterior (ou seja, dia 20 do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta).

A ME ou EPP que deixe de prestar mensalmente à RFB as informações no PGDAS-D, no prazo previsto na legislação, ou que as prestar com incorreções ou omissões, está sujeita às seguintes multas, para cada mês de referência: (i) 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, a partir do primeiro dia do quarto mês do ano subsequente à ocorrência dos fatos geradores, incidentes sobre o montante dos impostos e contribuições decorrentes das informações prestadas no PGDAS-D, ainda que integralmente pago, no caso de ausência de prestação de informações ou sua efetuação após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observada a multa mínima de R\$ 50,00 (cinquenta reais) para cada mês de referência; ou,

também, (ii) R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de dez informações incorretas ou omitidas.

As multas serão reduzidas (observada a aplicação da multa mínima) à metade quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou, ainda, a 75% (setenta e cinco por cento) se houver a apresentação da declaração no prazo fixado em intimação.

Notar que as informações prestadas no PGDAS-D têm caráter declaratório, constituindo confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos tributos e contribuições. As informações socioeconômicas e fiscais devem ser declaradas anualmente por meio da Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais – DEFIS, disponível em módulo específico no PGDAS-D. Essa Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais – DEFIS deve ser entregue à RFB até 31 de março do ano-calendário subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores dos tributos previstos no Simples Nacional. Muito embora não exista previsão de multa pelo atraso na entrega da DEFIS, as apurações dos períodos a partir de março de cada ano no PGDAS-D ficam condicionadas à entrega da Declaração relativa ao ano anterior.

Nas hipóteses em que o ICMS e o ISS são recolhidos na forma da respectiva legislação estadual ou municipal, a ME ou a EPP não pode desconsiderar as receitas referentes a esses impostos quando do preenchimento das informa-

ções prestadas no aplicativo de cálculo, sendo que todas as receitas devem ser informadas no aplicativo de cálculo disponível no Portal do Simples Nacional, que irá efetuar os devidos ajustes no que se refere aos percentuais relativos ao ICMS e ao ISS dessas receitas.

Na hipótese de a ME ou a EPP possuir filiais, o recolhimento dos tributos do Simples Nacional dar-se-á por intermédio da matriz em um único documento de arrecadação. Contudo, o contribuinte deverá informar as receitas segregadas por estabelecimento no aplicativo de cálculo.

O contribuinte pode realizar a compensação de pagamentos recolhidos indevidamente ou em montante superior ao devido, relativos a créditos apurados no Simples Nacional, com débitos também apurados no Simples Nacional para com o mesmo ente federado e relativos ao mesmo tributo. A compensação é realizada por meio do aplicativo “Compensação a Pedido”, que está disponível no portal do Simples Nacional, menu Simples - Serviços, sendo processada de forma imediata.

Do cancelamento da opção

Uma vez efetuada a opção pelo Simples Nacional, as Microempresas (ME) e as Empresas de Pequeno Porte (EPP) poderão solicitar o seu cancelamento, observadas as condições pertinentes.

Reitere-se que a opção pelo Simples Nacional é irrevogável para todo o ano-calendário, podendo a optante

solicitar sua exclusão, por opção, com efeitos para o ano-calendário subsequente.

No entanto, é possível o cancelamento da solicitação da opção enquanto o pedido estiver “em análise”, ou seja, antes do seu deferimento, e desde que realizado no Portal do Simples Nacional dentro do prazo para a opção. Esta hipótese de cancelamento, no entanto, não se aplica às empresas em início de atividade.

Da possibilidade de parcelamento ordinário

Caso o contribuinte optante possua débitos do Simples Nacional poderá solicitar seu parcelamento em até 60 parcelas mensais e sucessivas. Importante considerar que o valor de cada prestação mensal é acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da consolidação até o mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

O valor de cada parcela será obtido mediante a divisão do valor da dívida consolidada pelo número de parcelas, observado o valor mínimo de R\$ 300,00 (trezentos reais) para os parcelamentos no âmbito da Receita Federal do Brasil (RFB) ou Procuradoria da Fazenda Nacional (PGFN).

O parcelamento poderá ser solicitado:

- Perante a Receita Federal do Brasil (RFB), exceto nas situações descritas nas hipóteses seguintes;
- Na Procuradoria da Fazenda Nacional (PGFN), quando o débito estiver inscrito em Dívida Ativa da União (DAU); e, ainda,
- Ao Estado, Distrito Federal (DF) ou Município, com relação ao débito de ICMS ou de ISS.

O parcelamento será rescindido nas hipóteses de (i) falta de pagamento de três parcelas, consecutivas ou não; ou (ii) a existência de saldo devedor, após a data de vencimento da última parcela do parcelamento.

Considera-se, da mesma forma, inadimplente a parcela parcialmente paga. Deve-se também levar em conta a possibilidade de no máximo 2 (dois) reparcelamentos de débitos do Simples Nacional constantes de parcelamento em curso ou que tenha sido rescindido, podendo ser incluídos novos débitos, sendo que a formalização do reparcelamento fica condicionada ao recolhimento da primeira parcela em valor correspondente a (i) 10% (dez por cento) do total dos débitos consolidados; ou (ii) 20% (vinte por cento) do total dos débitos consolidados, caso haja débito com histórico de reparcelamento anterior.

Em relação ao ICMS e ISS, o contribuinte deverá consultar o respectivo Estado, Distrito Federal ou Mu-

nicípio a quem competem a concessão e a administração do parcelamento.

As hipóteses de exclusão

A exclusão do Simples Nacional será feita (i) de ofício ou (ii) mediante comunicação da própria ME ou EPP.

Ocorre mediante comunicação da ME ou da EPP quando a mesma, espontaneamente, deseje deixar de ser optante pelo Simples Nacional (exclusão por comunicação opcional).

Deve igualmente ser feita pela ME ou a EPP, mediante comunicação obrigatória, quando ultrapasse o limite de receita bruta anual ou o limite proporcional no ano de início de atividade ou, ainda, incorra em alguma outra situação de vedação (exclusão por comunicação obrigatória).

A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação da ME ou da EPP, dar-se-á:

- Por opção, a qualquer tempo, produzindo efeitos (i) a partir de 1º de janeiro do ano-calendário, se comunicada no próprio mês de janeiro; (ii) a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente, se comunicada nos demais meses.
- Obrigatoriamente, quando:
 - a) A receita bruta acumulada ultrapasse o limite de R\$ 3.600.000,00; hipótese em que a exclusão deverá ser comunicada: (i) até o último dia útil

do mês subsequente à ultrapassagem, em mais de 20%, de um dos limites referidos, produzindo efeitos a partir do mês subsequente ao do excesso; (ii) até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente, à ultrapassagem em até 20%, de um dos limites referidos, produzindo efeitos a partir do ano-calendário subsequente ao do excesso;

- b) A receita bruta acumulada, no ano-calendário de início de atividade, ultrapasse o limite proporcional ou o limite adicional proporcional para exportação de mercadorias, hipótese em que a exclusão deverá ser comunicada: (b.1) até o último dia útil do mês subsequente à ultrapassagem, em mais de 20%, de um dos limites referidos, produzindo efeitos retroativamente ao início de atividades; (b.2) até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente à ultrapassagem, em até 20%, de um dos limites referidos, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente;
- c) Verificada a presença de alguma das hipóteses de vedação por conta da natureza das atividades desempenhadas, mais especificamente aquelas previstas nos incisos II a XIV e XVI a XXV do artigo 15 da Resolução CGSN nº 94/2011, hipótese em que a exclusão: (i) deve ser comunicada até o último dia útil do mês subsequente ao da ocorrên-

cia da situação de vedação; (ii) produz efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte ao da ocorrência da situação de vedação;

- d) O sujeito passivo possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa, hipótese em que a exclusão: (d.1) deverá ser comunicada até o último dia útil do mês subsequente ao da situação de vedação; (d.2) produzirá efeitos a partir do ano-calendário subsequente ao da comunicação; bem como,
- e) Quando constatada a ausência de inscrição ou quando houver irregularidade em cadastro fiscal federal, municipal ou estadual, quando exigível, hipótese em que a exclusão: (e.1) deve ser comunicada até o último dia útil do mês subsequente ao da situação de vedação; (e.2) produz efeitos a partir do ano-calendário subsequente ao da comunicação.

Pune-se com a exclusão automática a ME ou EPP que promover a alteração de dados no CNPJ que importem em:

- Alteração de natureza jurídica para sociedade anônima, sociedade empresária em comandita por ações, sociedade em conta de participação ou estabelecimento, no Brasil, de sociedade estrangeira;

- Inclusão de atividade econômica vedada à opção pelo Simples Nacional;
- Inclusão de sócio que seja pessoa jurídica;
- Inclusão de sócio domiciliado no exterior;
- Cisão parcial; ou, ainda,
- Extinção da sociedade.

A exclusão será efetuada de ofício quando verificada a falta de comunicação obrigatória ou quando verificada a ocorrência de alguma ação ou omissão que constitua motivo específico para exclusão de ofício.

A competência para excluir de ofício ME ou EPP do Simples Nacional é da RFB e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.

As obrigações acessórias e livros obrigatórios

Conforme mencionado acima, os sujeitos passivos devem declarar mensalmente os valores relativos a tributos abrangidos pelo Simples Nacional mediante o aplicativo de cálculo PGDAS-D, ficando as demais informações socioeconômicas e fiscais exigíveis anualmente por meio da DEFIS.

As ME e EPP optantes pelo Simples Nacional devem adotar para os registros e controles das operações e prestações por elas realizadas, especialmente os prestadores de serviço a exemplo da advocacia, os seguintes Livros:

- *Livro Caixa*, escriturado por estabelecimento, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira e bancária (podendo ser dispensado no caso de sujeitos passivos que possuam Livro Razão e Diário, devidamente escriturados);
- *Livro Registro dos Serviços Prestados*, destinado ao registro dos documentos fiscais relativos aos serviços prestados sujeitos ao ISS, quando contribuinte do ISS (O município poderá, a seu critério, substituir os Livros por Declaração Eletrônica dos serviços prestados); e, também,
- *Livro Registro de Serviços Tomados*, destinado ao registro dos documentos fiscais relativos aos serviços tomados sujeitos ao ISS (O município poderá, a seu critério, substituir os Livros por Declaração Eletrônica dos serviços tomados).

A utilização do regime anual fixo na tributação municipal

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, poderão estabelecer, conforme definido pelo Comitê Gestor, independentemente da receita bruta recebida no mês pelo contribuinte, valores

fixos mensais para o recolhimento do ICMS e do ISS devido por microempresa que aufera receita bruta, no ano-calendário anterior, de até o limite máximo previsto na segunda faixa de receitas brutas anuais constantes dos Anexos I a VI da Lei Complementar nº 123/2006, ficando a microempresa sujeita a esses valores durante todo o ano-calendário.

No caso dos serviços advocatícios é relevante a faixa de receitas previstas no Anexo IV da mencionada Lei Complementar.

Válido anotar que o advento da Lei Complementar nº 147/2014 não resulta em revogação ou obrigatoriedade do desenquadramento do regime anual fixo do ISS para as sociedades de advogados. Qualquer municipalidade que sustente tal entendimento estará dando interpretação desprovida de validade jurídica.

Com efeito, o Decreto-Lei nº 406/68 estabeleceu em seu artigo 9º, §§1º e 3º, que as sociedades de profissionais que exercem atividades de natureza intelectual e científica, em caráter pessoal, gozam do privilégio da tributação por valores fixos em relação ao Imposto sobre Serviços – ISS, baseando-se, para tanto, no número de profissionais que compõem a sociedade, independente da receita bruta auferida:

Art 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas

fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

(...)

§3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do §1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

Mesmo com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 116/03, deve-se atentar ao fato de que não foi, em hipótese alguma, revogado o artigo 9º, §§1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, tal como reconhecido pela Súmula n. 663 do Pretório Excelso:

“STF Súmula nº 663 - 24/09/2003: Recepção Constitucional - Base de Cálculo Aplicáveis ao ISS – DL-000.406-1968 Os §§ 1º e 3º do art. 9º do DL 406/68 foram recebidos pela Constituição.”

Em outras palavras, está sedimentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF que as normas inscritas nos §§1º e 3º, do artigo 9º, do Decreto-Lei nº 406/1968, não implicam redução da base de cálculo do ISS, eis que as mesmas simplesmente disciplinam base de cálculo de serviços distintos, no rumo do estabelecido no *caput* desse mesmo artigo 9º.

Ora, o mesmo raciocínio utilizado pelo STF para fins de reconhecimento da recepção e validade do regime anual fixo do ISS no âmbito da Constituição Federal de 1988, e da própria Lei Complementar nº 116/2003, aplica-se à Lei Complementar nº 147/2014, pois esta não revogou a tributação anual fixa.

Ressalte-se, ao mesmo tempo, que a legislação vedava a opção pelo Simples Nacional para a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, com exceção dos serviços contábeis, desde que cumprissem algumas exigências previstas na lei, conforme previsão expressa do artigo 18, §22-B.

Conclui-se, desde logo, que o advento da Lei Complementar nº 147/2014 e a inclusão no Simples Nacional das demais sociedades de profissionais, atentou-se ao comando constitucional do princípio da isonomia tributária para os sujeitos passivos que se encontrem em situação jurídica equivalente, prescrito pelo artigo 150, II, da Constituição Federal, pois restou eliminado mencionado privilégio concedido apenas aos contadores.

Com isso, na prática, as sociedades de advogados ao aderirem ao Simples Nacional não devem previamente se desenquadrar, ou, também, deixar de se valer da tributação diferenciada pelo ISS, continuando a recolher esse Imposto para as suas municipalidades com base no número de profissionais e não pagando o ISS no Simples, mediante apresentação no respectivo DAS do campo do Imposto zerado.

Os valores a serem pagos pelos profissionais integrantes das sociedades de advogados devem ser verificados na legislação do Município onde está localizada a sociedade.

Deve-se atentar também para o fato de que, por ser tributo sujeito a alíquotas fixas, com seu pagamento em função do número de profissionais que integram a sociedade e não em razão do valor dos serviços prestados, o ISS não deve ser retido na fonte.

Veja-se a previsão legal, por exemplo, em Curitiba, na Lei Complementar nº 40/2001, artigo 10:

Art. 10. As sociedades profissionais, que prestem os serviços relacionados no §2º, deste artigo, ficam sujeitas ao imposto na forma anual fixa, multiplicado pelo número de profissionais habilitados, sócios, empregados ou não, que prestem serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, desde que:

[...]

I- sejam exercentes de atividade de natureza civil que não constitua elemento de empresa;

II – as atividades limitem-se exclusivamente aos serviços de uma das alíneas do §2º, deste artigo;

III – não possua pessoa jurídica como sócio;

IV – os profissionais que a compõem devem possuir habilitação específica para a prestação dos serviços descritos em uma das alíneas do §2º, deste artigo;

V – seus equipamentos, instrumentos e maquinário, sejam necessários à realização da atividade fim e usados exclusivamente pelo profissional habilitado na execução do serviço pessoal e intelectual em nome da sociedade.

§1º Para o enquadramento como sociedade profissional com vistas à tributação fixa anual, deverá ser apresentado requerimento, acompanhado da documentação comprobatória do preenchimento dos requisitos, no prazo máximo de 30 (trinta) dias antes do início do exercício fiscal.

§2º São consideradas sociedades profissionais os serviços prestados por:

[...]

h) advogados;

Na respectiva regulamentação, tem-se no aspecto quantitativo desse crédito tributário municipal:

Art. 2º As sociedades profissionais, cadastradas nos termos do artigo 10 da Lei Complementar nº 40, de 18 de dezembro de 2001 [...] ficarão sujeitas ao imposto na forma anual fixa, no valor de R\$ 1.059,47, quando integrada por sócios com curso superior, e no valor de R\$ 529,73 quando constituída por sócios de nível médio, valor este multiplicado pelo número de profissionais habilitados, sócios, empregados ou não, que prestem serviços em nome da sociedade.

Ainda assim, a controvérsia permanece ativa de parte do Município de Curitiba, que consignou em seu sítio

oficial na internet a seguinte mensagem para aquele contribuinte que pretendeu cumular o Simples Nacional com a apuração e recolhimento do ISS no seu regime anual fixo:

“Prezados Contribuintes e Contabilistas,

A partir de 01/01/2015, as sociedades de profissionais que se encontram enquadradas no ISS Fixo e desejarem realizar a opção pelo Simples Nacional deverão solicitar seu desenquadramento do regime de tributação fixa até 30/01/2015, sob pena de indeferimento da opção pelo Simples Nacional se não o fizer, excetuando-se os escritórios contábeis que possuem previsão expressa na Lei Complementar nº 123/2006, artigo 18, § 22-A, para recolhimento do ISS em valor fixo, na forma da legislação municipal.

Atenciosamente.

Setor de ISS da Prefeitura Municipal de Curitiba”

Do ponto de vista jurisprudencial há precedência contrária perante o E. Tribunal de Justiça do Paraná – TJPR, em caso recentemente julgado:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO RELEVANTE PARA CONCESSÃO DE LIMINAR. SIMPLES NACIONAL. REGIME DIFERENCIADO E FACULTATIVO DE TRIBUTAÇÃO INSTITUÍDO PELA LC 123/2006. OPTANTE PELO REGIME QUE DEVE SE SUBMETER AOS REQUISITOS E CONDIÇÕES LEGAIS. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS INCLUÍDOS NO SIMPLES NACIONAL

PELA LC 147/2014. BASE DE CÁLCULO DO ISS, BEM COMO DOS DEMAIS TRIBUTOS, QUE CORRESPONDE À RECEITA BRUTA. ART. 18, §5º-C, VII, DA LC 123/2006. OPÇÃO PELO SIMPLES NACIONAL POR ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA QUE IMPLICA IMPOSSIBILIDADE DE RECOLHIMENTO DO ISS EM VALOR FIXO. BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO A ESCRITÓRIOS CONTÁBEIS CONDICIONADO AO CUMPRIMENTO DE DEVERES LEGAIS. DIFERENCIAÇÃO QUE NÃO VIOLA A ISONOMIA. AUSÊNCIA DE REQUISITO DO ART. 7º, III, DA LEI 12016/2009, QUE IMPEDE A CONCESSÃO DE LIMINAR. DECISÃO MANTIDA.RECURSO DESPROVIDO.⁵⁶

De modo que, em última análise e na esteira dos argumentos acima expendidos, espera-se que esse entendimento do Segundo Grau seja definitivamente revisto perante o Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ, que vem garantido a sobrevida ao regime anual fixo para as sociedades de advogados, sendo necessário e lógico que aquelas optantes pelo Simples Nacional não devem desequilibrar-se previamente e tampouco perdem automaticamente a prerrogativa de recolher o ISS com base no número de profissionais, não devendo, portanto, pagar o referido Imposto municipal de acordo com a receita bruta, desde que cumpram as condições fixadas pelos §§1º e 3º, do artigo 9º, do Decreto-Lei nº 406/1968.

56 TJPR - 2ª C. Cível - AI - 1394152-9 - Curitiba - Rel. Silvio Dias - Unânime - J. 22.09.2015.

Somente na hipótese de não atendimento dessas condições inerentes ao regime anual fisco, e também efetuada a opção pelo Simples Nacional, é que as sociedades de advogados aplicarão a alíquota disposta na Tabela do Anexo IV da Lei Complementar nº 147/14, que varia de 2 a 5% do seu faturamento para fins de incidência e apuração do ISS devido.

Simples Nacional e aplicação nas sociedades unipessoais

A 5ª Vara Federal do Distrito Federal, nos autos da Ação Ordinária nº 0014844-13.2016.4.01.3400, concedeu tutela antecipada em favor da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em âmbito nacional, com a finalidade de permitir que todas as sociedades unipessoais de advocacia – Lei nº 13.247/2016 – lá registradas optem pelo Simples Nacional.

As sociedades unipessoais de advocacia têm sido inscritas no CNPJ com código de natureza jurídica de Eireli, que não impede a opção.

Para optar pelo Simples Nacional nessa condição de “em início de atividade”, elas também precisam fazer a opção em até 30 dias contados do deferimento da inscrição municipal.

Conclusões

Com a vitoriosa inclusão da advocacia entre as atividades que podem entrar no Simples Nacional os benefícios são evidentes.

A Ordem dos Advogados do Brasil prevê a criação de 420 mil novos empregos e o aumento do número de escritórios de advocacia de 20 mil para 126 mil em todo o País.

No caso das sociedades de advogados, os tributos federais, exceto as contribuições previdenciárias, foram de uma carga tributária mínima de 11,33%, incidente sobre os enquadrados no regime do Lucro Presumido do IRPJ, para um mínimo 4,5%, referente à faixa de faturamento de até R\$ 180 mil por ano.

Ademais, restam privilegiados os princípios da capacidade contributiva, praticabilidade e simplificação tributária, dado que reduzida a burocracia e contabilidade das sociedades de advogados.

Por derradeiro, não obstante as nítidas vantagens ora referidas, os sócios advogados devem avaliar a viabilidade de adesão de suas respectivas sociedades ao regime simplificado de apuração e recolhimento dos tributos de forma individualizada, não só comparando com o regime ordinário do Lucro Presumido ou Real do IRPJ, mas, também, atentando-se ao regime anual fixo do ISS junto ao município no qual o escritório estiver instalado.

PLEA BARGAINING E DELAÇÃO PREMIADA: ALGUMAS PERPLEXIDADES

Flavio Antônio da Cruz

Doutor em Direito do Estado UFPR.
Professor da Unicuritiba. Bacharelado
em matemática. Juiz Federal

Resumo: Promove-se uma breve análise sobre o *plea bargaining* e sua tradução para diferentes ordenamentos jurídicos. Ao mesmo tempo, promove-se uma avaliação crítica da lei n. 12850, de 02 de agosto de 2013, quanto a alguns detalhes dos acordos de delação premiada em solo nacional.

Sumário: I. Introdução. II. Delação premiada e algumas perspectivas. III. Breves considerações sobre o *plea bargaining*. IV. Alguns precedentes interessantes (EUA). V. Outros tópicos de Direito comparado. VI. Breves considerações sobre a delação premiada no Brasil. VII. Conclusões. VIII. Bibliografia.

1. Introdução:

Busca-se suscitar, nesse texto, algumas reflexões sobre a delação premiada, tomando como pano de fundo uma concepção emancipatória de processo penal, compreendido como mecanismo de tutela das liberdades públicas.

Com efeito, o processo criminal deve ser concebido e empregado como um instrumento de contenção do poder punitivo.⁵⁷ Convém enfatizar: a arguição penal não se destina primordialmente a assegurar a punição de quem tenha praticado delitos. Ao contrário, ela tem por escopo impedir que a liberdade de inocentes seja ceifada pela ambição inquisitorial subjacente ao exercício do poder; para aplicar penas, bastariam carrascos; para proteger os inocentes, há necessidade de juízes.

Tanto por isso, qualquer concepção pragmática do processo que desconsidere esse vetor fundamental deve ser examinada com redobradas reservas, porquanto acaba por minar os fundamentos éticos que devem orientar a ativida-

57 LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33-38. SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2004, p. 147-176. TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2004, p. 61-67. MAIER, Julio B. **Antología: el proceso penal contemporáneo**. Lima: Instituto de Ciencias Penales, 2008, p. 901-909. ROBERTS, Paulo. *Groundwork for a jurisprudence of criminal procedure* in DUFF, R. A.; GREEN, Stuart P. **Philosophical foundations of Criminal Law**. Oxford: Oxford Press, 2013, p. 379-407. CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo I. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 26-34.

de dos servidores do povo, nesse âmbito.⁵⁸

Daí a relevância, ainda hoje, da lição de J. Wolter, citada por Manuel da Costa Andrade: *“Em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade da dignidade humana, nem um processo penal vocacionado para a proteção de direitos fundamentais.”*⁵⁹

Diante de suspeitas ou acusações graves, uma tal ponderação de interesses implicaria a frustração dos direitos fundamentais. Não se pode aceitar a lógica inquisitorial de Benedict Carpzov, para quem *“in atrocissimis leviores coniecturae sufficiunt, et licet iudici iura transgredi,”* como se - diante de suspeitas graves - fosse lícito ao juiz descumprir a lei e condenar com base em meras conjecturas.

58 No que toca ao pragmatismo, enquanto teoria ética, leia-se sobretudo BELLO, Gabriel. O pragmatismo americano *in* CAMPS, Victoria (org.). **História de la ética**. 3. La ética contemporánea. 3. ed. Barcelona: Crítica, 2008, p. 39-86; RORTY, Richard. **Consequences of pragmatism**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982, p. 50 e ss.

59 WOLTER, Jürgen *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 38. A respeito da teoria da proporcionalidade, leia-se sobretudo as obras ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador**. 3. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Advoga-se aqui, portanto, que uma concepção pragmática do processo - ainda que não deva ser satanizada – há de ser examinada sempre com redobrados cuidados, a fim de que não se justifique o meio a partir de pretensos fins expiatórios, atribuídos ao aparato de repressão penal. Em um Estado Constitucional,⁶⁰ meios e fins devem ser igualmente legítimos, como é sabido e nunca é demais repetir.

Essa é a premissa que anima o presente artigo.

Ademais, é importante ter em conta que a apuração e a arguição penal podem ser confrontadas com distintos imaginários sociais e teóricos – i.e., distintos discursos – a respeito da concepção de verdade que o anima, a respeito do papel de acusadores e julgadores e limites daí decorrentes.

Por um lado, há uma concepção do processo como inquisitio, trabalhada por Michel Foucault na obra *Verdade e formas jurídicas*, um conjunto de palestras ministradas na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.⁶¹ Segundo esse ideário, o processo seria uma máquina histórica,

60 Sobre o conceito de Estado Constitucional, leia-se HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2007. HÄBERLE, Peter. Os problemas da verdade no Estado Constitucional. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

61 FOUCAULT, Michel. **Verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005, p. 86 e ss. Ainda sobre a obra de Foucault, vale a pena ler DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Tradução de Pedro Éloi Duarte. Lisboa: Edições 70, 2005. FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

orientada à reconstrução efetiva do passado e à descoberta da verdade, imaginada como *adequatio intellectus ad rem*.

Para um ideário do processo penal como *inquisitio*, quem acusa seria uma espécie de juiz - o juiz do piso (Parquet) -, como se fosse possível uma parte imparcial, tema de severa crítica de Francesco Carnellutti,⁶² que dizia cuidar-se de uma espécie de quadratura do círculo. Ainda segundo esse imaginário, a finalidade primordial do processo seria a condenação dos culpados. Os juízes seriam convocados pela culpa, sentindo a população - já advertiam os guardas para K., ao começo da obra fundamental de Kafka.⁶³

Qual o risco dessa concepção? O perigo é a enorme probabilidade de erro judiciário, dado que - tanto quanto todas as demais pessoas - juízes podem se tornar reféns das primeiras impressões, reféns dos próprios preconceitos e das suspeitas que lançam contra investigados e arquivados. Quem tem juiz como acusador precisará de Deus como defensor! Aliás, dado que muitos inquisidores falam em nome de divindades e verdades metafísicas, não parece haver escapatória!

62 CARNELUTTI, Francesco. *Mettere il pubblico ministero al suo posto* in **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1953. Volume VIII, parte I, p. 257 e ss.

63 KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. Sobre esse tema, leia-se também DERRIDA, Jacques. **Acts of literature**. Nova Iorque: Routledge Press, 1992, p. 181 e ss.

O Juiz que procura verdades não raro já se convenceu da sua própria pretensa verdade e pode imolar o acusado no altar das suas próprias convicções. É o que ainda hoje ocorre, infelizmente.

Nessa toada, a inquisição parece aspirar juízes no estilo Hercule Poirot, da obra de Ágata Christie, inspetor Javert, de Victor Hugo ou Sherlock Holmes, de Arthur Conan Doyle. O bom juiz seria aquele que desconfia de tudo e todos, descobrindo a verdade, mesmo que ao custo de artimanhas e engodos.

Um imaginário distinto é encontrado na imagem do processo como duelo, como disputa ou como jogo. Nesse âmago, a arguição penal não é suposta como uma espécie de máquina do tempo, como um mecanismo de reconstrução do passado ou como aparato de investigação histórica. Bem ao contrário, o processo passa a ser concebido como um instrumento de solução de conflitos sociais, como um instrumento de pacificação e construção de consensos possíveis.

Diante dessa estrutura de processo como jogo, quem julga se aproxima da figura de um árbitro de uma partida de xadrez. Ele seleciona as peças que ingressarão na disputa, ele assegura o fair play, mas não joga a partida, não busca provas, não lança suspeitas e não ambiciona a reconstrução de um imaginado passado, tal qual ocorrido, em sua integralidade.

Para essa concepção, a verdade é imaginada muito mais como consenso - uma concepção construtivista de verdade, bem se percebe.⁶⁴ Quem acusa é imaginado como uma espécie de advogado, também interessado no processo e sem contar a seu favor nenhuma presunção de atuar como custos legis. Quem acusa não começa o jogo com vantagens, dado que a paridade de armas é alçada à condição de princípio fundante.⁶⁵

Qual o risco de uma concepção de processo como jogo? O problema é que, na prática, nem sempre essa paridade de armas é assegurada; o acusado pode se encontrar

64 Sobre o construtivismo epistemológico, leia-se BUNGE, Mario. **Caçando a realidade**: a luta pelo realismo. Tradução do inglês por Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 106 e ss. BLOOR, David. **Conhecimento e imaginário social**. Tradução de Marcelo do Amaral Penna-Forte. São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 64 e ss. NORRIS, Christofer. **Epistemologia**: conceitos-chave em filosofia. Tradução de Felipe Rangel Elizalde. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 50 e ss. CORSI, Giancarlo et al. **Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**. Tradução do italiano para o espanhol por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 51-52. FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Editora da Unesp, 2007, p. 31-32. MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Atenas, 2001, p. 30 e ss. MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 5. ed. Tradução de Dulce Matos. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 55 e ss. BOUDON, Raymond. **O relativismo**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2010, p. 24-25. NAGEL, Thomas. **Visão a partir de lugar nenhum**. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 109-149. SÁNCHEZ, Juan Marcos Rivero. **Episteme y derecho**: una exploración jurídico-penal. Granada: Comares, 2004, p. 7-22.

65 Sobre a paridade de armas, leia-se VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

mal defendido, e o juiz - imaginado como árbitro - não poderá determinar a realização de diligências não requeridas, o que pode acabar ensejando a condenação de inocentes.

Sabe-se que essas concepções são tipos idealizados. Na prática, prevalecem realidades mistas, com uma avaliação de grau: um processo tendencialmente inquisitivo ou predominantemente acusatório.

Ao que releva aqui, o importante é destacar que, de certa forma, a delação premiada está impregnada de um caráter ambíguo. Ela retrata, em boa medida, uma concepção inquisitorial de processo, dado que - no seu nascedouro - a delação encontra íntimo liame com a busca da confissão, imaginada como a rainha das provas - *confessio est regina probationum* -,⁶⁶ como se fosse um meio de acesso à psique do suspeito/acusado, uma espécie de ponte para a indevassável esfera do segredo, daquilo que apenas o agente poderia revelar: sua efetiva intenção, seus desejos, suas pulsões.⁶⁷

66 Sobre a confissão, leia-se PROSPERI, Adriano. **Tribunais da consciência**: inquisidores, confessores, missionários. Tradução de Homero Freitas de Andrade. São Paulo: Edusp, 2013, p. 281-299 e 473-481.

67 A questão do acesso privilegiado ao conteúdo da mente é alvo de conhecidas polêmicas filosóficas, a exemplo das críticas lançadas por Wittgenstein na obra *Investigações Filosóficas*, para quem seria inconcebível a ideia de uma linguagem privada. A respeito do tema, vale a pena consultar WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas** (edição conjunta). 2. ed. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995, p. 97-98. SEARLE, John. **Liberdade e neurobiologia**: reflexões sobre o livre-arbítrio, a linguagem e o poder político. Tradução de Constância Maria Egreja Morel. São Paulo: Editora Unesp,

A delação também é fruto, porém, de uma concepção de processo como jogo, pois está fundada na barganha e no acordo, próprios a sistemas que admitem a condenação de acusados com lastro apenas no reconhecimento pessoal da sua alegada responsabilidade criminal.

2. Delação premiada e algumas perspectivas:

Edmund Husserl trabalhou, em vários textos, o problema da adumbração.⁶⁸ Todo conhecimento humano depende de paralaxe, depende da tomada de posição diante do mundo.

Não há como alguém representar na mente, ao mesmo tempo, todos lados de um cubo, em uma visão tridimensional. Ele tomará em conta determinado viés, determinado aspecto do objeto; jamais a sua totalidade.

2007, p. 27. BAUM, William M. **Compreender o behaviorismo**: comportamento, cultura e evolução. 2. ed. Tradução de Maria Teresa Araújo Silva. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 126-129. RYLE, Gilbert. **The concept of mind**. Edição do 60º aniversário. Nova Iorque: Routledge, 2009. FOSTER, John. **The immaterial self**: a defence of the cartesian dualist conception of the mind. 2. ed. Nova Iorque: Routledge, 2002.

68 CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Tradução de Caesar Souza. Petrópolis: Editora Vozes, 2006, p. 49-50. SOKOLOWSKI, Robert. **Introdução à fenomenologia**. Tradução de Alfredo de Oliveira Moraes. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 25-29; GILES, Thomas Giles. **História do existencialismo e da fenomenologia**. São Paulo: EPU, 1989, p. 58-69; STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea**: introdução crítica. 2. ed. Tradução de Adaury Fiorotti e Edwino A. Royer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012, p. 67-72; HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**. 3. ed. Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida: Ideias & Letras, 2006, p. 100-110.

O fato é que, no que toca à delação premiada, problemas semelhantes surgem, dado que o tema pode ser apreendido sob distintos ângulos de visada. Por um lado, o tema suscita problemas quanto à validade da celebração de acordos no âmbito do processo penal, no que toca ao próprio suspeito ou acusado. Como regra, essa é a perspectiva com que a questão tem sido examinada no âmbito da *Common Law*, como se indicará adiante.

Discute-se qual a validade, então, de uma justiça penal negociada, quais as vantagens e desvantagens daí decorrentes, quando se toma o sistema em conta.⁶⁹

Também há algumas perplexidades, de outro tanto, quanto à validade da redução da pena no que toca ao acusado delator. Cuida-se de um assunto de extremo relevo para a Dogmática Penal, colocando em causa a categoria da punibilidade e problemas quanto à isonomia.

Quanto a esse segundo aspecto, a questão está em se aferir a razão pela qual a conduta adotada pelo suspeito ou arguido, no curso de um inquérito ou processo criminal, poderia influenciar no cálculo da pena que lhe será aplicável.⁷⁰

69 De certo modo, essa pretensão de se resolver o processo mediante acordo entre acusador e acusado encontra-se na base de alguns institutos penais, a exemplo da transação prevista no art. 76 da lei n. 9.099/1995, suspensão condicional do processo (art. 89 da mesma lei) e também se encontra presente no projeto de novo CPP, art. 283 (procedimento sumário, PL 8045/2010, Câmara dos Deputados).

70 Sobre a punidade, confira-se CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e delito**. São Paulo: RT, 2008, p. 331 e ss.

Nesse âmbito, destarte, poder-se-ia avançar para uma comparação com outros institutos penais de redução ou exoneração da pena, à semelhança dos casos de escusas absolutórias, arrependimento posterior, desistência eficaz, pagamento tardio de tributos, perdão judicial etc.

Pode surgir a pergunta a respeito de quem pode celebrar acordo. Quem chega primeiro? Quem tem mais informação a negociar? Não raro, quem conseguirá celebrar acordo é justamente quem sabe mais detalhes sobre os fatos havidos e, portanto, alguém que se situa no alto escalão de uma eventual agremiação delitiva. Dificilmente será o ‘mula’ do tráfico ou o *office-boy* do cartel criminoso.

Quanto a esse segundo aspecto - i.e., a questão da punibilidade e isonomia -, certamente é útil o emprego da teoria dos jogos, desenvolvida por John von Neumann, Oskar Morgenstern, John Forbes Nash e tantos outros. Em solo brasileiro, é o que tem empreendido Alexandre Morais da Rosa, como cediço.⁷¹

71 Por sinal, Alexandre Morais da Rosa promove uma interessante análise da delação premiada a partir da perspectiva da teoria dos jogos. A respeito, leia-se ROSA, Alexandre Morais. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. rev. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 281-300. A respeito dos fundamentos matemáticos da teoria dos jogos, leia-se VON NEUMANN, John; MORGENSTERN, Oskar. *Theory of games and economic behavior* in **The review of economic statistics**. 39, 1947, p. 47-52. LUCE, R. Duncan; RAIFFA, Howard. **Games and decisions**: introduction and critical survey. Nova Iorque: Dover Publications, 1985. FERNANDEZ, Luis; BIERMAN, H. Scot. **Teoria dos jogos**. 2. Ed. Tradução de Arlete S. Marques. São Paulo: Pearson, 2011.

Por fim, quanto ao terceiro prisma, surge o problema quanto à eficácia probatória e legitimidade de tais acordos, no que toca a terceiros. Ou seja, a pergunta passa a ser: em que medida a acusação poderia celebrar acordos com suspeitos ou acusados, com o fim de se obter provas em desfavor de terceiros?

Esse terceiro viés é importantíssimo, na exata medida em que, quanto a muitas suspeitas, os delatores podem ser imaginados como uma espécie de *ultima ratio probandi*, uma espécie de quinta coluna destinada a viabilizar a apuração de desconfianças graves, quanto a conjeturados crimes que não deixam testemunhas e documentos, crimes cometidos às ocultas, apenas sob os olhares de cúmplices.

É provável, tanto por isso, que essa questão probatória seja a que mais provoca angústias e desafios, no que toca à realidade brasileira.

Ora, Geraldo Prado tem sustentado que a delação premiada destinar-se-ia a substituir a investigação objetiva dos fatos pela ação direta contra suspeitos e acusados, visando torná-los colaboradores e, pois, uma fonte de prova.⁷²

Vê-se, pois, que o mencionado instituto processual ainda está impregnado dos pressupostos das chamadas relações especiais de sujeição, considerando o suspeito/acusado muito mais como um instrumento, uma coisa – *reus, rei* – do que realmente como efetivo titular de direi-

72 PRADO, Geraldo *apud* CARVALHO, Nátlia Oliveira de. **Delação premiada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 98.

tos. Cuida-se de um imaginário autoritário, como facilmente se percebe.

A autora Hedieh Nasheri define o *plea bargaining* nos Estados Unidos e Canadá, como “o processo pelo qual o acusado ou suspeito em um caso criminal renuncia ao seu direito ao julgamento em troca de uma redução da acusação ou da sentença. É uma barganha consistindo da troca de uma concessão oficial para o acusado ou autocondenação.”⁷³

O fato é que essa ideia de acordo não chega a se confundir com uma verdadeira justiça restaurativa, em que quem se diz vitimado se encontra com quem é acusado, em audiências de recomposição e reconstrução de laços sociais esgarçados.⁷⁴

Bem ao contrário, a delação tende à instrumentalização de suspeitos e, tanto por isso, ao latente emprego de medidas de coação como mecanismos de obtenção de confissões e também incriminações alheias.

3. Breve considerações sobre o *plea bargaining*:

Dados os limites do presente texto, não há como se

73 NASHERI, Hedieh. **Betrayal of due process**: a comparative assessment of plea bargaining in the United States and Canada. Lanham: University Press of America, 1998, p. 8, em nota de rodapé. Tradução livre.

74 Sobre o conceito de justiça restaurativa, confira-se GIAMBERARDINO, André. **Crítica da pena e justiça restaurativa**. A censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

promover aqui um detalhamento denso da realidade da delação premiada em outros ordenamentos jurídicos. Busca-se, pois, apenas mencionar algumas experiências interessantes, bem relatadas em outras de Hedieh Nasheri, Mike McConville/Chester L. Mirsky,⁷⁵ George Fisher, Lawrence Friedmann, John Langbein⁷⁶ e Mary Vogel.⁷⁷

Para tanto, convém fazer apenas mencionar alguns institutos, assemelhados à delação premiada, mas que com ela não se confundem. Nos sistemas de *Common Law*⁷⁸, há o *plea of non contendere*. Nesse caso, o acusado sustenta, perante a Corte, que não irá confessar e tampouco irá refutar a acusação. Ou seja, ele faz uso do direito ao silêncio – *nemo tenetur se ipsum accusare* ou *nemo tenetur se detegere*.⁷⁹

75 MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester L. **Jury trials and plea bargaining: a true history**. Oregon: Hart Publishing, 2005.

76 LANGBEIN, John. Understanding the short history of plea bargaining in **Law and Society Review** n. 13. 1979, p. 261-271. LANGBEIN, John. Plea bargaining as torture in **University of Chicago Law Review**. Vol. 46, 1978, p. 3-22.

77 VOGEL, Mary E. **Coercion to compromise**. Plea bargaining, the courts and the making of political authority. Nova Iorque: Oxford Press of New York, 2007.

78 Sobre o histórico da *Common Law* e institutos do processo penal, atente-se para a obra RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norteamericano**. São Paulo: RT, 2006.

79 Sobre o tema, leia-se COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004, p. 30-98. QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. **O direito à não auto-inculpação: *nemo tenetur se ipsum accuare* no proces-**

Ao que releva, há o *plea of guilty*, mediante o qual o acusado reconhece como correta a imputação, diz que os fatos realmente ocorreram e que ele é o responsável criminal. Note-se que a 6ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos preconiza o direito ao julgamento. Os Tribunais norte-americanos entendem, contudo, que, como regra – apresentado um *plea of guilty* – o processo torna-se desnecessário, dado que se cuidaria de um direito disponível.⁸⁰

Salvo se houver motivos para se duvidar da validade da confissão, p.ex., por força de sinais da incapacidade mental do acusado, indícios de que o acusado tenha sido levado a erro, indícios de que o arguido tenha sido coagido, os juízes simplesmente encerram o processo e marcam data para a prolação da sentença condenatória (i.e., cálculo da pena respectiva).

Nos Estados Unidos da América, também há o *plea of agreement*. Nesse caso, a acusação e a defesa chegam a um acordo e o informam ao Poder Judiciário, versando sobre concessões recíprocas. Como regra, os juízes aceitam os acordos e prolatam sentenças atentando para as cláusulas pactuadas, por mais que não estejam totalmente vinculados pelos seus termos.

Atente-se ainda para o *Alford plea*, também chamado de *Kennedy plea* em alguns Estados norte-americanos, o que significa, em síntese, que o acusado fez acordo com a

so penal e contraordenacional português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

80 RAMOS, João Gualberto Garcez. *Op. cit.*, p. 143 e ss.

acusação, aceitando ser submetido a uma pena, ao mesmo tempo, porém, em que manteve a declaração de inocência (*plea of not guilty*).

Também há o chamado *ad hoc plea bargaining*. Nesse caso, o acusado obriga-se a realizar algo que não está previsto em lei e que não poderia ser imposto pelo Poder Judiciário, p.ex., renunciar à guarda de filhos, doar certa quantia para uma instituição de caridade etc. Mesmo quando ausente efetivo pacto entre acusado e acusação, os juízes podem reconhecer, em favor do arguido, os mesmos efeitos de um cogitado acordo de colaboração.

Vê-se que tais institutos apenas se aproximam da ideia de delação premiada, dado que tratam mais da confissão por parte do suspeito/acusado, sem efetiva necessidade de que haja entrega de provas contra terceiros.⁸¹

Algo mais compatível com a nossa delação premiada está previsto no âmbito federal dos EUA, em que a realização de acordos depende da efetiva cooperação do acusado para a identificação de outros suspeitos, fornecimento de provas etc.⁸² Ao final, o acusador deve apresentar um re-

81 Uma interessante análise de tais institutos pode ser conferida na obra TURNER, Jenia J. **Plea bargaining across borders**. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2009, p. 13-72; HEUMANN, Milton. **Plea bargaining**. The experiences of prosecutors, judges, and defense attorneys. Chicago: The University of Chicago Press, 1981, p. 57 e ss.; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

82 TURNER, Jenia J. *Op. cit.*, p. 31.

latório detalhando a contribuição do delator, para que haja eventual redução de pena.

Ora, a maioria dos estudiosos tem sustentado que, há muito, mais de 80% dos casos criminais dos Estados Unidos têm sido resolvidos com o emprego do *plea bargaining*. Trata-se, sem dúvida alguma, de um dos mais importantes institutos da cultura processual estadunidense.⁸³

Quanto à sua origem, há basicamente duas grandes correntes, como bem equacionam Mirsky e McConville.⁸⁴ Eles enfatizam que o *plea bargaining* teria surgido ao longo do século XIX nos Estados Unidos da América, sobretudo nas cidades de Nova Iorque, Boston, Cleveland, Chicago, Dallas, Filadélfia.

Mirsky e McConville dizem haver duas grandes correntes sobre o tema:

(a) A tese da profissionalização dos atores processuais, defendida por Lawrence Friedman e por Malcom Feeley. Friedman argumenta, por exemplo, que, antes do século XIX, os júris teriam sido promovidos de modo amador, sem maiores garantias e complexidades. Duravam poucos minutos; razão pela qual havia pressão de números de processos.

83 Sobre o tema, leia-se MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester L. *Op. cit.*, p. 10-13. TURNER, Jenia I. *Op. cit.*, p. 1. LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations. The globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure in THAMAN, Stephen C. (org.). **World plea bargaining**. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 03-80.

84 MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester L. *Op. cit.*, p. 16-43.

Entre 1820 e 1860, contudo, teria havido maior profissionalização dos juizes e advogados, ensejando incremento na complexidade dos casos, fazendo com que os júris demorassem muito mais. Por conta disso, teria surgido o *plea bargaining* como forma de reduzir a pressão dos números (*overload cases*).⁸⁵

(b) As teses sociológicas reputam que o instituto teria surgido por conta de modificações econômicas havidas em Boston, Chicago e Nova Iorque a partir de 1830. No mais das vezes, toma-se como base o estudo de Douglas Hay⁸⁶, versando sobre a crueldade e também sobre a eventual leniência, em certos casos, do sistema de justiça inglês.

Quem advoga essa premissa compara também com a modificação estrutural no sistema americano, com a sua célere industrialização e movimento de ocupação urbana. Essa é a análise promovida por Theodore Ferdinand,⁸⁷ Allen Steinberg e Mary Vogel,⁸⁸ para ficar apenas em alguns nomes. Em alguma medida, também é a tese de Mike McConville e Chester Mirsky.

85 Idem, p. 7.

86 HAY, Douglas et al. **Albion's Fatal Tree: crime and society in eighteenth-century England**. 2. ed. rev. ampl. New York: Verso, 2011. A publicação original, com autoria apenas de Douglas Hay, é de 1975, pela Pantheon Books.

87 FERDINAND, Theodor. **Boston's lower criminal courts 1814-1850**. Newark: University of Delaware Press, 1992.

88 VOGEL, Mary. *Op. cit.*, p. 56 e ss.

A canadense Hedieh Nasheri alega que o *plea bargaining* teria tido origem em uma alegada cultura de comiseração, em solo inglês, constatada desde os idos de 1700.⁸⁹ Já o autor John Langbein chega a mencionar um estatuto inglês de 1485, autorizando a condenação sumária do acusado que confessasse o crime e possibilitando que, em determinados casos, os juízes reduzissem as penas cabíveis.⁹⁰

No caso *Commonwealth v. Battis*, de 1804, os americanos reconheceram a importância do direito ao júri, previsto na 6ª Emenda. Esse caso, primeiro precedente americano sobre o *guilty plea* – segundo Hedieh⁹¹ – tratou de um arguido negro, de 20 anos, acusado de estuprar e matar uma jovem branca de 13 anos, o que denota eventual confito étnico.

O acusado teria confessado o crime; a Corte comunicou-lhe não haver nenhuma obrigação moral ou jurídica de apresentar um *guilty plea*. Apesar da advertência, ele teria insistido, então, no reconhecimento do delito. A Corte o mandou novamente para a prisão para que pensasse a respeito; no dia subsequente, por ter mantido a confissão, o acusado restou condenado à morte, depois de a Corte ter perquirido se teria havido alguma coação.

O detalhe estaria no fato de alguém ter sido condenado à força sem que testemunhas fossem inquiridas, sem que o acusado fosse submetido a efetivo julgamento.

89 NASHERI, Hedieh. *Op. cit.*, p. 21, 35-37.

90 LANGBEIN, John *apud* VOGEL, Mary. *Op. cit.*, p. 93-94.

91 NASHERI, Hedieh. *Op. cit.*, p. 83.

Mary Vogel promove um estudo denso, tomando como pano de fundo os arquivos da cidade de Boston, quanto ao período compreendido entre 1820 e 1860. Segundo ela, haveria algum paradoxo no âmbito do *plea bargaining*, dado que haveria certa leniência justamente com o acusado confesso, o que não seria compreendido por muitas pessoas.

Em certa medida, as críticas ao instituto gravitariam em torno justamente da incompreensão quanto à redução da pena. Diante de uma concepção retributivista do sistema penal, ainda muito em voga nos Estados Unidos⁹², a redução da pena deveria retratar uma redução efetiva na culpabilidade, com demonstração de contrição, arrependimento e condutas pós-delitivas realmente ensejadoras de recuperação de danos.

Mary Vogel explora bastante os trabalhos de Albert Alschuler (1968), John Langbein (1978), Albert Reiss (1975), Lawrence Friedman (1973), Milton Heumann (1975) e Malcon Feeley (1973), para mencionar apenas os mais relevantes.

92 A respeito de uma defesa do retributivismo, leia-se a interessante obra MOORE, Michael S. **Placing blame: a theory of the criminal law**. Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2010, p. 153-188. Ainda sobre uma concepção retributivista, amparando-se no idealismo alemão, leia-se STÜBINGER, Stephan. **Das idealisierte Strafrecht**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann Verlag, 2008 (quem discorre sobre liberdade e verdade, a partir de holofotes hegelianos) e PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada: estudios de filosofía jurídica y Derecho penal**. Tradução do alemão Enrique Bacigalupo e outros. Madri: Marcial Pons, 2010.

Sem dúvida alguma que, ainda hoje, as principais críticas desse instituto, em solo norteamericano, têm sido veiculadas nos textos de Albert Alschuler⁹³ e Stephen Schulhofer. E o são, em boa medida, por discordarem da redução de pena ofertada a acusados confessos ou delatores.

Ademais, algumas teorias fundadas na *law and economics* supõem que o *plea bargaining* seria uma derivação natural das coisas, uma evolução decorrente da própria racionalidade do sistema de justiça criminal. Mas isso não explicaria – diz Mary Vogel⁹⁴ – a razão pela qual o instituto não teria surgido e se consolidado na Inglaterra antes do que nos Estados Unidos.

Para George Fisher⁹⁵, por seu turno, esse instituto teria surgido em Boston por conta de casos envolvendo consumo de álcool. Mas ele não chega a atribuir o devido peso às alterações econômico-sociais havidas, segundo a crítica de M. Vogel, quem busca ofertar respostas sociológicas, tomando por base as obras de Karl Marx, Max Weber, Michel Foucault e Pierre Bourdieu.

Convém mencionar também a obra de John Langbein, quem sustenta, de sua parte, que a origem do *plea*

93 ALSCHULER, Albert. *Plea bargaining and its history in Law and society review* n. 13, 1979, p. 211 e ss. SCHULHOFER, Stephe. *Is plea bargaining inevitable?* in *Harvard law review* vol. 97, n. 5. Março de 1984, p. 1037-1107.

94 VOGEL, Mary. *Op. cit.*, p. 131 e ss.

95 FISCHER, George. **Plea bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America.** Palo Alto: Stanford University Press, 2003, p. 43 e ss.

bargaining nos EUA estaria associada à grande pressão dos números. Muitos julgamentos para pouco tempo; dada também a complexidade do júri americano, exigindo um grande e um pequeno júri, com a compreensível burocracia que isso suscita. Aliás, ele elaborou um interessante estudo contrapondo o *plea bargaining* à tortura: *plea bargaining as torture*.⁹⁶

Segundo Hedieh Nasheri, o *plea bargaining* estaria mais próximo do modelo de controle do crime – categoria do Herbert Packer⁹⁷ – dado que estaria fundado em uma noção de eficiência do sistema de justiça criminal, compreendido como punição do maior número possível de autores de delitos. O outro modelo (concepção *due process of law*) seria mais adequado à ideia de julgamento pleno, com regras de exclusão probatórias e garantias contra o abuso de poder.

Já o autor Yale Kamisar toma por base os *gatehouses*⁹⁸ da Justiça Criminal – i.e., os procedimentos informais anteriores a um julgamento, aduzindo que, não raro, um caso é decidido sem a efetiva conferência das garantias legais, sendo considerável o risco de que acordos de colaboração convalidem práticas ilícitas de obtenção de provas, por exemplo.

96 PACKER, Hebert. **The limits of criminal sanction**. California: Stanford Press, 1968.

97 LANGBEIN, John. *Plea bargaining as torture*, cit., p. 3-22.

98 A respeito das *gatehouses*, leia-se NASHERI, Hedieh. **Op. cit.**, p. 14. KAMISAR, Yale et al. **Modern criminal procedure**. St. Paul: West Publishing company, 1995.

Ora, como é notório, a jurisprudência dos EUA tem fundamento nas seguintes fontes: a Constituição, as leis e a *Federal Rules of Criminal Procedure* de 1969, regras que têm a forma de lei, conquanto sejam projetadas por comitês de juízes e promulgadas pela Suprema Corte dos EUA. As regras tratam do *plea bargaining* e do *plea of non contendere*, conforme rule 11.

É fato que as cortes judiciais podem rejeitar eventual acordo entre as partes (Seção 2 da Regra 11 – Federal Rules, de 1969). Antes da aprovação da Regra 11, a *American Bar Association* havia recomendado um padrão relativo aos *guilty pleas*, cuidando de detalhes sobre como o acusado deveria se relacionar com o advogado de defesa, recomendando a não participação dos juízes, a necessidade de que o acordo fosse comunicado às cortes, dentre outros temas.

Deve-se ter em conta, aliás, a reforma sobre a lei de sentenças – *Sentencing Reform Act* de 1984 – pelo Congresso dos EUA. A partir de então, houve imposição do regime de *mandatorium minimum*, o que transferiu poder dos juízes e jurados para os promotores. Os acusadores passaram a gozar de uma ampla liberdade para negociar um acordo; mas, se o pacto não for celebrado, os juízes não possuem grande liberdade para dosar a pena, aquém de um mínimo bastante significativo. Ou seja, há penas muito elevadas, o que estimula que muitos inocentes aceitem acordos desvantajosos, com o fim de fugir do risco de uma condenação muito gravosa.

Ora, ao julgar o caso *USA versus Booker*, em 2005, a Suprema Corte norteamericana sustentou que os mencionados *mandatory guidelines* seriam inconstitucionais, devendo ser tomados como meras recomendações aos julgadores. Apesar disso, no cotidiano, os juízes costumam respeitar o limite mínimo de pena, à semelhança dos conhecidos problemas suscitados pela súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

Tanto por isso, têm surgido associações contra o referido *mandatorium minimum*, sobretudo por força de alguma disparidade de penas cominadas para crimes de igual gravidade (tráfico de crack, droga consumida por pessoas pobres, pode ter pena muito superior ao tráfico de cocaína, p.ex.). Basta uma breve consulta à internet para se constatar a atividade intensa de tais agremiações.⁹⁹

Note-se, por exemplo, que, na opinião de Jeffrey Standen¹⁰⁰, professor de Kentucky, essa reforma do *guidelines* é que estaria estimulando a celebração de acordos, em solo estadunidense. No caso brasileiro, de certo modo, a solução do caso 470 (mensalão) estaria cumprindo função semelhante, estimulando a celebração de acordos no âmbito da Lava-jato.

Também há críticas contra esse instituto, a exemplo daquelas que foram formuladas, lá atrás, pelo *National*

99 A título de exemplo, consulte-se o site da *FAMM – families against mandatorium minimum* < <http://famm.org> > Acesso em 07.12.2016.

100 STANDEN, J. *apud* NASHERI, Hedieh. *Op. cit.*, p. 18 e 40.

Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals recomendou, em 1978, advogando até mesmo a extinção dessa medida.

Também há Estados norteamericanos que limitam os casos em que tais acordos seriam cabíveis - a exemplo, da Califórnia e Mississippi -, não os admitindo em processos criminais versando sobre aventados crimes sexuais, por exemplo.

4. Alguns precedentes interessantes - EUA:

Convém mencionar brevemente, aqui, alguns julgados dos Estados Unidos, versando sobre o tema do *plea bargaining*, a fim de permitir algum confronto com a realidade brasileira.

Ao julgar o caso *Marchibroda versus USA*, em 1962, a Suprema Corte dos Estados Unidos sustentou, então, que o *plea of guilty* não poderia ser aceito, caso demonstrado que o acusado teria sido induzido por promessas ou ameaças, privando-o da sua voluntariedade. No mencionado precedente, os *justices* expressaram muitas reservas ao instituto, ao afirmar que a colaboração do suspeito não poderia ser obtida mediante promessas de vantagens ou com comprometimento da cláusula do *due process of law*.

Já com o caso *Garrity versus New Jersey*, em 1967, a Suprema Corte sustentou que, dado que *plea bargaining* poderia ser utilizado, indevidamente, para pressionar o acusado para que não vá a julgamento, ele seria destrutivo

dos valores do devido processo, assegurados pela Constituição. Crítica semelhante foi lançada nas entrelinhas do precedente *Spevak v. Klein*, também de 1967.

Nesse mencionado precedente *Garrity*, houve reconhecimento da aplicação da regra *Miranda* – i.e, *nemo tenetur se ipsum accusare* ou *privilege against self incrimination* – também quando em causa suspeitas contra servidores públicos. Sustentou-se, nesses casos, que o governo não poderia condicionar um benefício a obrigar que o acusado fornecesse provas contra si.

Em 1969, ao julgar o caso *Boykin v. Alabama*, a Suprema Corte sustentou que a celebração do acordo dependeria da demonstração de que o acusado teria plena capacidade mental, com efetiva compreensão das imputações ou suspeitas contra si lançadas. Ademais, a Corte Judicial deve examinar a base de fatos, dado que a renúncia à 6ª emenda não poderia decorrer do mero silêncio do acusado ou de algum comportamento processual implícito. Ou seja, ele deveria ser inquirido expressamente a respeito do seu interesse em ser submetido ao processo.

Já com o caso *North Carolina v. Alford*, de 1970, a Suprema Corte dos Estados Unidos sustentou ser cabível a celebração de acordo entre acusação e defesa, mesmo quando o acusado mantenha a afirmação de ser inocente, desde que haja alguma evidência da sua culpa e, desde que não haja indícios de que ele teria sido coagido ou celebrado acordo para favorecer terceiros. Nesse caso *Alford*, o suspeito

chegou a celebrar acordo com a acusação, enfatizando que apenas o fazia por medo da cominação da pena de morte.

Cuida-se de uma situação estranha: o acusado afirma sua inocência e, apesar disso, confessa um crime que alega não ter cometido, apenas por conta do receio de uma eventual condenação. É como se dissesse “sou inocente. Mas, como não confio que o sistema reconhecerá isso, confesso um crime que não cometi e celebro acordo!”¹⁰¹

No ano seguinte, caso *Santobello v. New York*, a Suprema Corte dos EUA manteve a prática do *plea bargaining*, sustentando que “*If every criminal charge were subjected to full scale trial, states and the Federal government would never need to multiply by many times the number of judges and court facilities.*”

Santobello teria sido indiciado pelo crime de promoção de jogo ilegal e por possuir material de jogos de azar. Depois de negociar com acusação, teria ficado acertado que ele confessaria a prática de um crime menos grave - a posse de jogos de azar em segundo grau -, submetido, quando muito, a 01 ano de pena. Antes da sentença, ele teria substituído o advogado por outro, retratando-se do *plea*

101 Luigi Ferrajoli sustenta, por seu turno, que “*Toda vez que um imputado inocente tem razão para temer um juiz, isto está fora da lógica do Estado de Direito: o medo, e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente, assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam.*” FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Tradução de Luiz Flávio Gomes e outros. São Paulo: RT, 2002, p. 441.

of guilty, alegando que ele não sabia, ao tempo do acordo, que as evidências teriam sido obtidas de modo viciado.

A Corte recusou o pedido e o condenou.

O novo acusador então fez recomendação de mínimo da sanção, acatado pelo juiz, conquanto o acordo houvesse previsto que isso não seria feito. Ele foi condenado à pena máxima do delito e recorreu à Suprema Corte, alegando que o pacto teria sido descumprido, o que ensejou interessante precedente sobre o respeito à boa-fé e ao *pacta sunt servanda*, no âmbito de tais pactos de colaboração processual.

Nesse âmbito, houve importante debate, pois, perante a Suprema Corte dos EUA, sobre a solução a ser dispensada em caso de descumprimento do acordo por parte do Estado. O *Justice* Douglas questionou se seria caso de simples modificação daquele acordo, ou se seria o caso de submeter o acusado a novo julgamento, algo que deveria ser alvo de questionamento junto ao próprio arguido.

Também é interessante atentar para o caso *Brady versus USA* – 397, US 742 - de 1970. Em 1959, Robert Brady foi acusado de sequestro, crime que então estava submetido à pena de morte. Representado pelo seu advogado, ele celebrou um acordo com a acusação, ao saber que o coacusado teria celebrado um pacto (uma amostra do dilema do prisioneiro, tratado pela teoria dos jogos). O denunciado restou condenado, então, a 50 anos de reclusão, posteriormente reduzida para 30 anos de encarceramento.

Em 1967, Brady recorreu, sustentando que o acordo não teria sido voluntário, já que ele apenas teria acordado com medo da pena de morte. Mas a Suprema Corte teria reconhecido a inconstitucionalidade da pena de morte para o crime de sequestro ao julgar o caso *United States v. Jackson*, 1968.

Aquele Tribunal argumentou, todavia, que o *plea of guilty* seria um ato solene e grave que apenas poderia ser aceito se o acusado houvesse tomado conhecimento pleno das acusações, encontrando-se no gozo das faculdades mentais, sem haver sinais de coação ou constrangimento.

A despeito disso, e do reconhecimento da inconstitucionalidade da sanção temida inicialmente por Brady (i.e., pena de morte), a Suprema Corte manteve o acordo celebrado com a acusação, ao argumento de que a voluntariedade do *plea of guilty* poderia ser determinada apenas pela consideração do seu contexto. No final das contas, ninguém o teria obrigado a aceitar um mal negócio. Mesmo que se supusesse que Brady apenas teria confessado com medo da pena de morte, isso não invalidaria a confissão.

Em todos esses casos, em maior ou menor medida, aquela Suprema Corte estadunidense reputou que a Constituição daquele país permitiria a celebração de tais acordos; ao mesmo tempo em que a confissão (*guilty plea*) importaria renúncia ao julgamento, considerado um direito disponível.¹⁰²

102 Entre nós, ao contrário, vigora uma concepção de que o devido pro-

O sistema asseguraria vantagens para todos, segundo um viés pragmático. Para o acusado, a vantagem seria impedir a imposição da pena máxima prevista na lei; para o Estado, a vantagem seria a imposição mais cérele da punição, depois de uma admissão de culpa, evitando que recursos escassos fossem dispendidos, segundo o voto do *justice White*.

Segundo essa concepção, um acusado não poderia postular a revogação do acordo por ter concluído, depois de algum tempo, um pacto desvantajoso ou não tão vantajoso quanto gostaria, ou por não ter apreciado corretamente as chances do Estado e a qualidade das provas envolvidas.

Enfim, ao julgar muitos desses casos, a Suprema Corte atribuiu peso para o *pacta sunt servanda*, instituto fundamental do Direito dos Contratos, mas sem importar mecanismos conexos, como a teoria da lesão (art. 157, Código Civil), a teoria da imprevisibilidade, a vedação de

cesso é inabdicável, dado que não se trata de defender as garantias apenas desse ou daquele acusado, mas de todos os potenciais suspeitos e acusados. Importa dizer: ninguém pode cumprir pena com lastro apenas e tão somente na sua confissão ou aquiescência. Daí o relevo de se examinar com cautelas o art. 283 do projeto de novo CPP, ao instituir o rito sumário, ao preconizar uma espécie de acordo entre acusação e defesa, ensejando uma efetiva aplicação de sanção sem processo. A respeito de direitos indisponíveis, convém ter em conta também certas garantias trabalhistas ou direitos de personalidade, a exemplo da conhecida discussão sobre o lançamento de anões, em bares franceses. Caso julgado pelo Conselho de Estado Francês, em outubro de 1995 (*Conseil d'État statuant au contentieux*, nº136727).

onerosidade excessiva (arts. 478-480, Código Civil), dentre outros. Aplicar-se-ia apenas a regra de que os pactos deveriam ser cumpridos, sem atentar para as condições em que a vontade teria sido manifestada. Algo um tanto injusto, bem se percebe.

Vale a pena atentar também para o precedente *Giglio versus USA*, em que a Suprema Corte enfatizou que a existência do acordo de delação deveria ser informada aos suspeitos e acusados atingidos reflexamente pela medida, diante da obrigação de *disclosure* probatória, inerente ao devido processo penal, dado o conhecido direito ao confronto - *Pointer versus Texas*, 1970; *Brady Material - Brady versus Mariland*, 1963.

Convém mencionar ainda o precedente *Rickttts versus Adamson*, 1987. Adamson foi acusado de homicídio qualificado - *murder in first degree*, comprometendo-se a testemunhar contra os demais acusados. Ele prestou declarações e os demais arguidos foram condenados. Todavia, a condenação dos demais restou anulada e ele foi convocado, então, para novo testemunho (condição em que acusados são ouvidos em alguns Estados dos EUA). Seu advogado escreveu, então, para a acusação, dizendo que – segundo a sua interpretação do pacto – ele já o teria cumprido.

A acusação então processou Adamson por quebra do acordo, e obteve sua condenação à pena de morte. Ele recorreu à Suprema Corte, sustentando ter havido violação à cláusula do *ne bis in idem*, *double jeopardy*, 5. e 14. emen-

das à Constituição do EUA, aplicáveis aos Estados membros a partir de 1969 (*Benton versus Maryland*).

Por maioria de votos, a Suprema corte manteve a condenação de Adamson à pena de morte. Os votos dissidentes foram proferidos pelos *justices* Brennan, Marshal, Blackmun e Stevens, sustentando que a sua recusa teria sido razoável; que não se poderia atribuir à acusação o poder de impor uma única interpretação do acordo. Segundo tais votos, diante do dissenso, antes de continuar no seu processo, a acusação deveria ter submetido a questão novamente ao Judiciário, a fim de que fosse aferido se, de fato, Adamson teria violentado o acordo.

Nesse rasto, registre-se ainda o caso *Bordenkircher versus Hayes*, 434, US 357, 1978. A Suprema Corte manteve a prisão perpétua cominada a Hayes pelo fato de ter passado um cheque sem fundos no valor de \$88,30! Paul Lewis Hayes já havia sido condenado antes, duas vezes, por emitir cheques sem fundos.

Nesse terceiro caso, o acusador lhe propôs um acordo de cumprimento da pena de 05 anos de reclusão, com a eventual recomendação de *probation* em 03 anos. Hayes rejeitou a oferta, sendo então acusado de violação à lei *three strikes and you're out!*¹⁰³, e condenado ao cumprimento da pena de reclusão perpétua, mantida pela Suprema Corte.

103 Sobre essa lei do *three strikes and you're out*, leia-se WACQUANT, Loic. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Repita-se: prisão perpétua pela emissão de um cheque sem fundos de US\$ 88,30!, mantida pela Suprema Corte.

Isso é o suficiente para se evidenciar que essa lógica pragmática deve ser apreciada com redobradas cautelas, dado o risco de deitar por terra garantias fundamentais dos sujeitos quando confrontados com o Estado. Como fundamento dos votos, proferidos no caso Hayes, resta implícito o argumento de que o arguido poderia ter aceitado o acordo, assumindo o risco do processamento.

O fato é que Hayes restou condenado à prisão perpétua pelo simples fato de ter exercido o direito ao julgamento. Isso implicaria uma espécie de sanção processual - i.e., *trial penalty* -, ao invés de simples renúncia a vantagens (*waiver reward*), alvo da profunda crítica de Richard Lippke,¹⁰⁴ em sua obra sobre a ética da barganha processual.

Vê-se que muitos julgados enfatizam que o Poder Judiciário deve conferir a base fática do acordo. Todavia, a grande pergunta é como isso será feito, dado que os magistrados acabam tendo pouco contado com os detalhes do acordo no âmbito da *Common Law*, em situações tais.

As partes possuem pouco estímulo para informar adequadamente o Poder Judiciário os detalhes do acordo, dados os interesses próprios negociados, evitando que o julgador interfira no *plea of agreement*, o que pode ensejar o risco de convalidação de provas ilícitas.

104 LIPPKE, Richard L. **The ethics of plea bargaining**. Oxford: Oxford Press, 2011, p. 10-37.

Note-se, todavia, que, confrontando-se com o pequeno risco de condenação a uma pena muito elevada, um acusado inocente talvez seja tentado a aceitar um acordo indevido. A posição do advogado, estimulando-o a celebrar um *plea of agreement*, pode ser reputada racional sob esse ponto de vista (pouca probabilidade de um dano muito elevado). Mas, isso pode comprometer fundamentos deontológicos do devido processo: a tutela da liberdade de todo e qualquer inocente, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado, como já referido acima.¹⁰⁵

Essa crítica foi lançada, de modo contundente, por Stephen Schulhofer, no texto *plea bargaining as a disaster*.¹⁰⁶ Isso significa que a preferência que um acusado inocente pode ter pelo *plea bargaining* – ou mesmo um culpado – não pode ser decisiva para a validação do instituto, já que coloca em causa a cláusula do devido processo legal, a ser assegurada a todas as pessoas.

105 Esse *trade-off* da advocacia criminal é bem retratado ao início da obra TURNER, Jenia I. *Op. cit.*, p. 16. Sabendo que o cliente é inocente, mas – ao mesmo tempo –, não podendo descartar o risco de uma eventual condenação a uma pena muito elevada, o advogado criminal deveria estimulá-lo a aceitar um acordo com a acusação, implicando significativa redução de uma pena injusta? Ou deveria, ao contrário, insistir no enfrentamento das imputações penais, com o risco de que o acusado reste condenado indevidamente? Como equacionar adequadamente tais dilemas, sobretudo diante da premissa de que a advocacia é indispensável para a tutela das liberdades públicas, de modo que a liberdade de todas as pessoas que se vejam diante do poder punitivo deve ser alvo de diligente atuação da defesa?

106 SCHULHOFER, Stephen. *Plea bargaining as a disaster in Yale law journal* n. 1979. 1992.

Já os autores Robert Scott e William Stuntz sustentam que o problema estaria em saber se o *plea bargaining* seria menos eficiente que o julgamento para separar o culpado do inocente.¹⁰⁷

Mas é evidente que o julgamento tende a ser garantista de um acordo qualquer. Há regras de exclusão, confronto de testemunhas, revisão, recursos, exigência de decisão fundamentada. O *plea of agreement* está baseado, não raro, em ameaças contra quem está sob suspeição, e – temeroso do seu destino – acaba aceitando um acordo.

Estes são apenas alguns precedentes interessantes, no âmbito da *Common Law*, a respeito desse instigante tema.

5. Outros tópicos de Direito comparado:

Hedie Nasheri, já mencionada acima, promove um interessante estudo do emprego do *plea bargaining* no âmbito do Direito canadense. Para tanto, ela menciona a Carta de direitos e liberdades, Canadá, de 1982, sendo conveniente notar que a Constituição canadense data de 1867.

O *plea bargaining* no Canadá tem sido tratado pelo Código Criminal – seção 606(4) -, havendo memorando subscrito pelo Procurador Geral Dalton Bales, datado de 1972, veiculando recomendações sobre o procedimento a ser empregado nesse âmbito.

107 STUNTZ *apud* TURNER, Jenia. *Op. cit.*, p. 58.

Em 1976, a *Canadian Criminology and Corrections Association* subscreveu uma recomendação para a abolição do *plea bargaining* naquele país. Contudo, a despeito disso, a prática continuou a ser empregada, ainda que de modo errático. A associação dos advogados do Canadá apoiou, todavia, a regulamentação do instituto, desde que estabelecidas regras clara para seu emprego.

No caso Askov (*R v Askov*, 1990), a Suprema Corte do Canadá sustentou que o acusado deveria ser liberto, dada a demora de 08 meses para que o processo fosse decidido. Ele havia esperado 34 meses preso. Por força disso, aplicando-se o mesmo precedente, cerca de 50.000 acusações foram retiradas, por demora superior a 08 meses na espera do julgamento.

Cuida-se, pois, de um precedente importante para a definição do direito ao julgamento em um prazo razoável (*right to be tried within a reasonable time*), tratado – no solo brasileiro – pelo art. 5, LXXVIII, Constituição Republicana. Por outro lado, ele bem retrata uma diferença entre a existência de leis e a efetiva existência de cultura de legalidade. Quando há cultura de legalidade, a lei que se aplica a Chico também se aplica a Francisco, e as regras são respeitadas de modo homogêneo, em prol da isonomia.

De todo modo, ao que releva aqui, o fato é que - por força desse precedente Askov – houve maior estímulo para o resgate do *plea bargaining*, como meca-

nismo de aceleração dos processos. Também aqui, um problema de *overload cases*.

Convém mencionar, ademais, o processo em que o inglês Frank Richard Turner foi julgado, em 1970, cuidando-se de precedente paradigmático. Em 26 de janeiro de 1970, o sr. Turner teria expressado um *plea of not guilty* da acusação de ter praticado um furto. Em 27 de janeiro de 1970, ele confessou a prática do delito, tendo sido condenado, então, ao pagamento de 75 libras de custo e cumprimento de 04 meses de prisão. Logo depois do julgamento, ele foi aconselhado pelo seu novo advogado a reconsiderar sua confissão, o que restou acolhido pela Corte superior.

No Canadá, o instituto sofre algumas críticas semelhantes àquelas lançadas no EUA. Alguns teóricos mencionam a elevada influência da jurisprudência norte americana sobre o país vizinho. Outros enfatizam que a condenação de alguém não deveria depender de negociações e barganhas, mas apenas da qualidade das evidências obtidas pelo acusador, com observância ao devido processo (projeto de reforma da lei de Ontário – 1973).

Na Alemanha, por seu turno, o *plea of agreement* (i.e., o *Absprachen*) foi empregado antes mesmo da sua efetiva regulamentação legal, por força de práticas informais nos tribunais, em que pese a grande crítica da doutrina especializada. Trata-se de um típico caso de tradução - muito mais do que de transplante - de um instituto jurídico de

um sistema para outro, com os correspondentes riscos de equívocos e deturpações.¹⁰⁸

Por sinal, Maximo Langer tem denominado o *plea bargaining* de Cavalo de Troia da *common law* para os sistemas da *civil law*.¹⁰⁹ Note-se também que as Cortes alemãs não chegaram a mencionar expressamente a influência da jurisprudência dos EUA para a solução dos casos, conquanto seja evidente a inspiração.

Mencione-se ainda o famoso texto de John Langbein, de 1979 – *land without plea bargaining* - em que se dizia que a Alemanha seria um resquício de terra sem acordo de colaboração processual. Isso restou superado, como facilmente se percebe da realidade atual do processo germânico.

Em 1986 foi realizado estudo tratando do emprego do *plea bargaining* alemão para a solução de casos envolvendo suspeitas da prática de crimes de colarinho branco. Posteriormente, o *Absprachen* foi ampliado, de modo a abranger outros delitos, sobretudo no âmbito da acusação da prática de estupros e outros delitos sexuais.

O detalhe está no fato de que, no âmbito da Alemanha, vigora um princípio inquisitório - i.e., *Amtsermittlungsgrundsatz* -, antagônico com o postulado dispositivo ine-

108 Sobre o tema, leia-se TURNER, Jenia L. *Op. cit.*, p. 73-100; LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations. The globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure in *Harvard International Law Journal*, vol. 45, p. 43 e ss.

109 LANGER, Maximo. *Op. cit.*, p. 35 (*Plea bargaining as a trojan horse of the adversarial system*).

rente ao *plea of agreement*. Tanto por isso, mesmo quando há acordo, o juiz alemão se vê obrigado a conferir o lastro probatório sobre o qual eventual acusação deve se assentar. O tema é versado no *Strafprozessordnung* - §§255 e ss., merecendo destaque o art. 170, StfPO, em que há previsão do princípio da obrigatoriedade da persecução penal, preenchidos os seus requisitos legais.

A partir de 1970, o legislador alemão promoveu determinadas alterações no Código de Processo Penal, em prol de alguma espécie de solução consensual, dando causa a um importante debate entre Thomas Weigend - criticando a medida -, de um lado, e Karl Lüderseen - a defendendo -, de outro.

O fato é que, até maio de 2009, não havia efetiva previsão legislativa de *plea bargaining* em solo alemão. Apenas a partir de então é que a lei foi alterada de modo a prever efetivamente o instituto, suscitando questionamentos junto aos tribunais.

A primeira decisão do BVG – *Bundesverfassungsgericht* -, de 1987, reputou válido o instituto, informalmente aplicado até então em solo tedesco. (*Kammerbeschluß*, 27 de janeiro de 1987, NJW 1987). A Corte enfatizou que não se poderia negociar sobre fatos, i.e., acordo sobre quais os fatos que teriam ocorrido. Também merece destaque a decisão do *Bundesgerichtshof* - BGH, em 1997. BGHSt – 43, 195.

Aquele Tribunal alemão enfatizou que os acordos deveriam ser examinados caso a caso, com base nos princí-

pios do devido processo legal. Ademais, a base fática deveria ser conferida rigorosamente pelos juizes, de modo que o Judiciário deveria examinar se a confissão do acusado corresponderia à verdade dos fatos e, quando necessário, promover diligências a fim de aferir isso (postulado inquisitorial). O acusado não pode ser pressionado a confessar mediante ameaças de aumento de pena ou por meio de promessas de benefícios não previstos na legislação.

Caso esses postulados sejam efetivamente seguidos, as Cortes alemãs estariam vinculadas ao acordo, não podendo desconsiderá-lo, salvo se graves novas circunstâncias posteriores ao acordo, anteriormente desconhecidas pela corte, possam influenciar o julgamento.

Outra grande decisão do STJ alemão (BGH) foi proferida em 03 de março de 2005 (BGH GSSt 1/04), com conteúdo semelhante. Aquela Corte Superior - equivalente ao STJ brasileiro - tem confirmado a validade do *Absprachen*, ao mesmo tempo em que enfatizou que o juiz não pode se envolver no julgamento; e que a Corte deve avisar o acusado de que ele possui o irrenunciável direito de, querendo, recorrer da decisão proferida pelo Judiciário.

Cuidou-se de uma unificação de jurisprudência do BGH a respeito (casos provenientes da 3ª Câmara), envolvendo acordos em que – como parte da barganha -, o acusado da prática de tráfico de drogas teria renunciado ao direito de recorrer, o que não tem sido aceito pelos tribunais

alemães¹¹⁰, ao mesmo tempo que os tribunais têm exigido uma avaliação da proporcionalidade da medida, com confronto entre gravidade das suspeitas/imputações e alcance dos benefícios negociados.

O detalhe está na constatação de que, na Alemanha, a Corte Superior enfatizou que a ocorrência dos fatos não poderia ser aferida pela simples existência de acordo. Ou seja, a barganha não poderia impedir o exame judicial da qualidade e legalidade das provas colhidas.

Ademais, a diferença de pena não pode ser tão expressiva (*sentence gap*) que não possa ser entendida como uma redução razoável da pena, diante da culpabilidade.

Naquela ocasião - i.e, em março de 2005 – o BGH disse ter conhecimento das críticas que foram lançadas sobre a decisão de 1997 (i.e., acórdão n. 43/195). Contudo, por mais que a lei ainda não houvesse previsto expressamente o *plea bargaining*, ele não seria inválido, desde que respeitados aqueles cuidados fixados pela Corte Superior.

Ela enfatizou também a necessidade de cuidado com o comportamento contraditório da parte (*non venire contra factum proprium*). Esses são alguns contornos da deliberação do BGH, sobre esse tema, sendo importante ressal-

110 O STF também reputou inválida cláusula semelhante, ao deliberar sobre a homologação do acordo de delação premiada de Alberto Youssef. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. STF. Petição 5244. Rel. Min. Teori Zavascki. Data de 19.12.2014. Disponível na internet: < <http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-alberto-youssef.pdf> > Acesso em 07.12.2016.

tar que se trata de um viés mais relacionado ao alcance do acordo quanto ao próprio delator, e não tanto quanto a eventuais delatados.

Mediante projeto encaminhado pelo Ministro da Justiça (projeto de 2006), a legislação alemã foi alterada em 2007, de modo a prever expressamente o *plea bargaining* (arts. 257 e ss., StfPO).

Repita-se, ademais, que, no âmbito acadêmico, a medida foi criticada pelo Thomas Weigend¹¹¹ em publicação de 2008. Klaus Lüderseen¹¹² e Markus Dirk Dubber a defenderam, por seu turno, sustentando que o acordo seria um meio racional de se solucionar o conflito e obter a justiça.

Weigend alegou cuidar-se de verdadeiro cheque em branco em favor das cortes, no que tocaria ao *Absprachen*. Ele enfatizou que, ainda que se imagine que o acusado poderia se retratar de uma confissão feita, isso dificilmente afastaria todos os efeitos dela decorrentes, dada a convicção judicial até então firmada com base nela.

Na Alemanha, ao contrário dos EUA e Canadá, em regra o acordo envolve também a Corte judicial. Ainda que - em boa parte dos casos -, o arguido possa negociar apenas com o acusador sobre o conteúdo das acusações, e então

111 WEIGEND, Thomas. The decay of the inquisitorial ideal. Plea bargaining invades German criminal procedure *in* JACKSON, John et al. **Crime, procedure and evidence in a comparative and international context**. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 44 e ss.

112 LÜDERSEEN, Karl. Abschaffen des Strafens? citado por TURNER, Jena. **Op. cit.**, p. 121-122.

apenas esperar aprovação do Judiciário, quando em causa imputações mais gravosas, o acordo envolveria o Judiciário, exigindo-se alguma espécie de indicação da aceitação e alcance de eventual pena a ser cominada.

Por outro lado, não há uma lista de crimes em que o acordo seja cabível. Contudo, existe certa relutância em aderir a acordos quanto a crimes graves/violentos, conquanto ele seja bastante empregado no âmbito de crimes sexuais, de modo a tentar evitar que a vítima testemunhe em juízo.

A discricionariedade dos acusadores alemães é muito inferior àquela reconhecida aos acusadores norteamericanos. Conquanto o *ad hoc plea bargaining* não seja formalmente aprovado na Alemanha, ele seria reconhecido na prática, situações em que os acusados aceitam, como parte do acordo, punições que não poderiam ser aplicadas no processo criminal, por ausência de previsão legal: pagar taxas, pagar valores a instituições de caridade etc. O BGH se recusa a mantê-las, quando a tanto convocado (BGH, decisão de 19 de fevereiro de 2004 – 4 StR 371/03 – BGHSt 49, 84).

Também há o acordo de cooperação – algo próximo à delação premiada brasileira -, as chamadas *Kronzeugen* (testemunhas da Coroa), versando sobre lavagem de dinheiro, tráfico e crimes de terrorismo. Em tais casos, o suspeito ou acusado pode ajudar a impedir um crime ou ajudar a investigar a suspeita da sua ocorrência – inclusive o crime cometido pelo próprio delator -, podendo receber significativa redução de pena.

Nesse âmbito, o jurista Alessandro Baratta dizia que “*la impunidad o las disminuciones punitivas previstas para el testigo de la corona (Kronzeuge) parecen hechas a la medida para los super-arrepentidos, es decir, para aquellos que tuvieron un rol de primer orden en las organizaciones terroristas, pero son prácticamente inaplicables a quienes (la mayoría) cuya posición en la estructura de esas organizaciones sólo les permite revelar sus propios delitos.*”

Registre-se, ademais, que o instituto também tem sido aplicado na Itália (*patteggiamento*), diante de reformas havidas no âmbito da legislação processual pertinente. Conquanto o tema renda reflexões mais densas que as aqui ensaiadas, convém apenas mencionar que, naquele país, há previsão de *reformatio pro societate*,¹¹³ com desconsideração da coisa julgada em prejuízo da liberdade, sempre que demonstrado que, tendo obtido vantagens processuais, reconhecidas em sentença transitado em julgado, um delator teria mentido.

Enfim, na Itália, pode-se desconsiderar a coisa julgada, se demonstrado que o acusado atuou com mendacidade no âmbito de um acordo de delação. Note-se que isso deve ser compreendido também quando se toma em conta o conhecido caso *Tortora*.

O *patteggiamento* prevê acordo sobre o conteúdo da sentença, sobre o tempo de reclusão e também modo de

113 Código de processo penal italiano, arts. 629 e ss.

cumprimento da sanção. A sentença pode ser reduzida até 1/3, observados alguns requisitos. Na Itália, não há necessidade de confissão para que o acordo seja homologado, segundo enfatiza Maximo Langer.¹¹⁴

Caso o acusador não aceite o pacto, o juiz pode aplicar os mesmos efeitos na sentença, caso reconheça base para tanto. O Judiciário deve examinar as razões da acusação para se recusar a celebrar acordo com o acusado.

Ao que releva, menciona-se também que esse instituto tem sido aplicado em países do Leste Europeu, com destaque para a Rússia, diante da modificação legislativa a partir de 1993, com consolidação em 1997. A medida teria sido adotada por pressão dos Estados Unidos, a partir de reforma da Constituição Russa (1993), tentando preconizar algumas garantias processuais (art. 123, Constituição da Rússia). A partir de 2001, algumas medidas de *plea bargaining* foram previstas nos arts. 314 a 317 do Código processual russo, como revela Ian Turner.¹¹⁵

O sistema russo se aproxima mais do *patteggiamento* italiano. Há previsão de que, havendo acordo, a pena não pode superar 2/3 da pena máxima que seria cabível em um processo. Já na Bulgária, o acordo em matéria penal foi previsto em 2000, com posterior consolidação com a reforma havida em outubro de 2005.

114 LANGER, Maximo. *Op. cit.*, p. 51 e ss.

115 TURNER, Jenia L. *Op. cit.*, p. 141-143.

A Argentina também preconizou mecanismos de *plea bargaining*, com a reforma de junho de 1997 (procedimento abreviado); a França adotou medidas de *plea bargaining* a partir de junho de 1999, com sua previsão nos arts. 41-2 e 41-3 do Código de Processo Penal francês.

Cortes Internacionais têm adotado esses mecanismos de barganha, o que pode ser ilustrado com o caso *Prosecutor v. Erdemovic*, em cujo âmbito o acordo de colaboração processual restou homologado.

6. Breves considerações sobre a delação premiada no Brasil:

É fato que os institutos da barganha e da delação têm um histórico bastante antigo, em solo brasileiro. De certo modo, ela se encontra presente no julgamento de Tiradentes, fundada em derramas periódicas;¹¹⁶ ela também está presente em inúmeros processos deflagrados no período da ditadura, como bem revela a obra *Brasil nunca mais*, coordenada pelo Cardeal Arns.¹¹⁷

Um histórico interessante sobre a confissão e a delação pode ser lido na obra *Tribunais da Consciência*, de Adriano Prospero,¹¹⁸ quem promove um interessante estudo

116 TOSTO, Ricardo Tosto et al. **O processo de Tiradentes**. São Paulo: Conjur, 2013.

117 ARNS, Paulo Evaristo (org.). **Brasil nunca mais**. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 20 e ss.

118 PROSPERI, Adriano. **Op. cit.**, p. 463 e ss.

sobre os processos inquisitoriais.

Ao que releva, é fato que a delação e colaboração processual encontraram previsão normativa, no Brasil, na lei n. 8072/1990 (art. 8º, parágrafo único), lei n. 9.034/1995 (art. 6º), lei 9080/1995 (arts. 1º e 2º), lei n. 9.269/1996 (art. 1º), lei n. 9.613/1993 (art. 1º, §5º), lei n. 9.807/1999 (arts. 13-15), lei n. 10.149/2002 (art. 2º - acordo de leniência), lei n. 11.343/2006 (art. 41), lei n. 12.850/2013 (arts. 4º e ss.), apenas para mencionar alguns diplomas normativos.

Dados os limites desse texto, interessa ter em conta, no momento, tão somente a lei n. 12.850/2013, responsável por conferir maior detalhamento - ainda que insuficiente - para esse instituto.

A mencionada lei preconiza, no seu art. 4º, que o juiz poderá - a requerimento das partes - conceder perdão judicial, reduzir a pena privativa de liberdade em até dois terços ou substituí-la por restritiva de direitos, quanto ao suspeito/acusado que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a apuração e processo criminal, desde que isso implique alguns resultados: (a) a identificação criminal dos demais coautores e partícipes de organização criminosa; (b) revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização delitiva; (c) prevenção de infrações penais decorrentes da organização criminosa; (d) recuperação total ou parcial do produto ou proveito do crime; (e) localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Não há necessidade de que todos esses resultados sejam obtidos simultaneamente, para que o acordo de delação seja celebrado. Do contrário, a sua aplicação seria realmente verdadeira singularidade, por conta da alta improbabilidade de algo semelhante acontecer. Ademais, deve-se atribuir peso para a colaboração efetiva do suspeito/arguido, sobretudo naqueles casos em que tais escopos não tenham sido atingidos apenas por imperícia estatal.

Note-se, todavia, que a legislação não chega a excluir a elevada margem de arbítrio, por parte do Ministério Público, quanto à identificação de eventuais beneficiários de acordos de colaboração. A quem a acusação poderá propor acordo? A lei não chega a fornecer roteiros mais explícitos, de modo que o tema fica submetido ao crivo dos representantes da acusação, o que pode comprometer o Estado de Direito, compreendido como *“a government of laws, not of men.”*

Por outro lado, a lei dispõe que delegados de polícia poderia ofertar acordos de delação (art. 4º, §§2º e 6º, art. 6º, II e IV), o que foi impugnado pela Procuradoria da República, perante o STF, mediante a ADI 5508/DF, distribuída ao insigne Min. Marco Aurélio. A AGU apresentou parecer, sustentando que a norma questionada seria válida; a causa pende de deliberação por parte da Suprema Corte.

Em princípio, a Procuradoria da República tem razão nos argumentos. Conquanto não se desconsidere o relevo da importante atividade dos Delegados de polícia, sobre-

modo no âmbito da apuração de crimes praticados por organização criminosa, o fato é que o Ministério Público – o *dominus litis* (art. 129, I, CF) - não fica vinculado às representações e deliberações das autoridades policiais. Daí que eventuais tratativas de acordo, porventura entabuladas entre delegados, suspeitos e seus advogados, não terão o condão de atingir a atuação do Ministério Público, caso o órgão discorde do que foi avençado.

Note-se também que, de certa forma, a lei 12.850 acaba por excepcionar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, previsto nos arts. 42 e 572, CPP, dado que ela permite - em certos casos - que o promotor de Justiça e procurador da República deixem de ofertar denúncia, desde que o delator não seja o líder da organização criminosa e tenha sido o primeiro a prestar efetiva colaboração processual.

Com isso, vê-se que a invocação ainda corriqueira do tal princípio da obrigatoriedade - não raro, um subterfúgio para se processar pessoas vulneráveis, acusadas de crimes bagatelares, como o furto de barras de chocolates - deve ser alvo de profunda reflexão no âmbito acadêmico e forense.

A lei viabiliza até mesmo a celebração de acordos de colaboração no momento subsequente à prolação da sentença, ainda que reduzindo o alcance dos benefícios (art. 4º, §5º, lei n. 12.850). Também há certa margem decisória para que o juízo modifique regimes de execução de pena, estipulando verdadeira progressão *per saltum* (art. 4º, §5º), o que pode ensejar perplexidades quanto à forma de acompanha-

mento e controle por parte do Juízo de execução, depois do trânsito em julgado, sobretudo quando se fizer necessária eventual regressão de regime, ditada pelo art. 118, LEP.

De outro tanto, a lei veicula uma latente contradição, na medida em que ela preconiza que o juízo não pode se envolver na celebração do acordo. Todavia, ao mesmo tempo, ela enfatiza que - a despeito disso -, o magistrado pode modificar as cláusulas negociadas ou se recusar a homologá-las, conforme se infere do seu art. 4º, §§6º e 7º.

Sem dúvida que, nesse âmbito, a instituição de um efetivo juízo de garantias, previsto no projeto de novo CPP, significaria um avanço, de modo a assegurar maior isenção de quem está encarregado de julgar o caso. Enquanto isso não ocorre, o fato é que essa interferência do Juízo nos termos pactuados pode comprometer a sua imparcialidade, tendendo para uma concepção inquisitorial do processo penal e riscos daí derivados, como já assinalado acima.

Outro tópico diz respeito ao sigilo conferido a tais pactos.

Nesse âmbito, convém mencionar o precedente da Suprema Corte, RHC 90.688/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 24 de abril de 2008, em que aquele venerando Tribunal reputou que os suspeitos e acusados não poderiam ter acesso a termos de acordo, mesmo quando figurem como delatados. Apenas poderiam ter conhecimento da existência do pacto e dos responsáveis pela sua celebração, como bem indica a ementa abaixo:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE COOPERAÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. DIREITO DE SABER QUAIS AS AUTORIDADES DE PARTICIPARAM DO ATO. ADMISSIBILIDADE. PARCIALIDADE DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUSPEITAS FUNDADAS. ORDEM DEFERIDA NA PARTE CONHECIDA. I - HC parcialmente conhecido por ventilar matéria não discutida no tribunal ad quem, sob pena de supressão de instância. II - Sigilo do acordo de delação que, por definição legal, não pode ser quebrado. III - Sendo fundadas as suspeitas de impedimento das autoridades que propuseram ou homologaram o acordo, razoável a expedição de certidão dando fé de seus nomes. IV - Writ concedido em parte para esse efeito.¹¹⁹

Com essa deliberação, a Suprema Corte acabou por referendar a deliberação do STJ, ao apreciar o HC 59.115/PR, relatado pelo Min. Gilson Dipp, também negando acesso, ao delatado, ao conteúdo do acordo.

Percebe-se, pois, que, quanto ao tópico, a publicação da lei n. 12.850 representou um importante avanço, dado que ela assegurou que suspeitos e acusados - i.e., delatados - tenham acesso ao conteúdo do acordo, tão logo recebida a denúncia (art. 7º, §3º). Remanesce problemática, todavia, a questão da confidencialidade do acordo na fase de inquê-

119 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. STF, HC 90.688/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12.02.2008, Dje-074, divulgado em 24.04.2008, publicado 25.04.2008.

rito policial, o que parece comprometer a garantia do pleno acesso às fontes de prova (súmula vinculante 14, STF), o direito ao confronto (*Pointer versus Texas*, USA, 1970 e art. 5º, LIV e LV, CF/1988) etc.

Ademais, também remanesce problemática a questão do sigilo, dado que comumente os aludidos acordos de colaboração processual podem envolver inúmeros delatados, com fornecimento de provas e dados quanto a suspeitos distintos, gerando inúmeros inquéritos na sequência. Isso acaba ensejando alguma dificuldade para que um determinado acusado tenha acesso pleno à totalidade das informações prestadas pelo delator, dado que isso pode comprometer a efetividade de diligências em curso, quanto a outros suspeitos.

Daí que, nesse âmbito, não raro, é o juiz da causa quem acaba selecionando e decidindo sobre que provas são relevantes e pertinentes à defesa desse ou daquele acusado. Cuida-se de tema melindroso, dado que, em princípio, essa é uma tarefa da própria defesa, diante do conhecimento da totalidade das provas colhidas. E esse conhecimento é inviabilizado em muitos desses casos.

Note-se, ademais, que o acordo cria a figura do delator nômade. Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá ser ouvido, na presença do advogado da sua confiança, pelo Ministério Público ou pelo Delegado, sempre que isso se fizer necessário para a elucidação de suspeitas ou imputações (art. 4º, §9º).

Nessa condição, ele deve renunciar ao direito de permanecer em silêncio - *privilege against self incrimination*, art. 5º, LXIII, CF -, segundo dispõe o art. 4º, §14, lei n. 12.850. Note-se, todavia, que a consequência disso não é a conversão do acusado em testemunha - o que ele não é, nem pode ser -, mas apenas reafirmar o compromisso, entabulado no acordo, de relatar a verdade sobre todas as questões relevantes para o caso.

Se o delator se recusar a promover declarações, advertido disso, a conduta não caracterizará perjúrio, na modalidade de ‘calar a verdade’ (art. 342, CP), dado que ele é suspeito/acusado, e não efetiva testemunha. A consequência será o eventual descumprimento do pacto, com a aplicação das cláusulas penais nele eventualmente previstas, com a retomada de eventual arguição penal, por exemplo.

Outro tópico importante diz respeito à suspensão do cômputo do prazo prescricional, prevista no art. 4º, §3º, lei 12.850. Cuidou-se de um avanço, dado que, antes, não havia lastro para algo semelhante, sendo que nem mesmo o art. 116, Código Penal permitia essa estagnação da contagem da prescrição. O problema está em se estipular um prazo limite/máximo, dado que a lei impõe uma suspensão por 06 meses, prorrogáveis, por igual período, o que parece indicar um prazo máximo de 01 ano.

O problema é que, como sabido, no Brasil, há uma tendência de que essa expressão ‘prorrogável por igual período’ acabe ensejando prorrogações duradouras, a exem-

plo do que tem ocorrido com a interceptação telefônica, a despeito do art. 5º da lei n. 9296/1996 ou com a reclusão de alguém em presídios federais, em situação em tudo semelhante ao RDD, a despeito dos limites temporais previstos no art. 10, §1º da lei n. 11.671/2008.

Note-se que, diante do postulado *odiosa sunt restringenda*, o ideal seria a imposição de um prazo máximo para a suspensão do cômputo da prescrição, impedindo-se a renovação de tais lapsos de estagnação. Todavia, ao mesmo tempo, impõe-se reconhecer que, em vários casos, diante da complexidade do processo, o período de 12 meses pode se revelar insuficiente.

Por outro lado, a lei deixa manifesto que nenhuma condenação pode estar calcada apenas na palavra de delatores (art. 4º, §16). Por sinal, quando muito, suas declarações se caracterizam como chamada de corrêu, o que há muito a Suprema Corte tem reconhecido como insuficiente para amparar eventual sentença condenatória.

Afinal de contas, “*o sistema processual brasileiro não admite a oitiva de corrêu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante, exceção aberta para o caso de corrêu colaborador ou delator, a chamada delação premiada, prevista na Lei 9.807/1999.*”¹²⁰

O problema talvez esteja no fato de que, não raro, o colaborador processual acaba muito mais por auxiliar a de-

120 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. STF. RHC 116.108. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão de 01.10.2013.

codificação de provas já amealhadas pelo Ministério Público (p.ex., extratos bancários, interceptações telefônicas) do que, propriamente, para a apresentação de documentos novos. De toda sorte, mesmo nesse âmbito, a palavra do delator não pode ser convertida em testemunho, dado o seu manifesto interesse na solução do processo criminal, por conta das suspeitas que pendem contra si e das benesses que lhe foram prometidas.

Outro tema relevante diz respeito ao fato de que a lei 12850 preconizou que, caso o acordo não seja homologado, as provas porventura apresentadas pelo interessado não poderiam ser empregadas no prejuízo da sua defesa (art. 4º, §10). Algo semelhante vinha previsto no art. 35-B, §10 da lei n. 8.884/1994, com a redação veiculada pela lei n. 10.149/2000, versando sobre o acordo de leniência: *“Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação.”*

Todavia, vê-se que a lei 12.850 acaba possibilitando, *a contrario sensu*, o emprego de tais provas em prejuízo da defesa dos demais suspeitos ou arguidos, potenciais delatados, o que pode gerar alguma perplexidade, à semelhança daquelas situações em que uma prova ilícita pode ser utilizada em favor de um dos acusados – cuja inocência ela demonstra -, mas não quanto aos demais, cuja culpa ela atestaria, não fosse o vício de origem, dando ensejo a con-

clusões judiciais diferentes, a respeito do mesmo estado de fato discutido no processo.

Por outro lado, como já se mencionou acima, o instituto pode suscitar algumas perplexidades, quanto ao exame da culpabilidade dos delatores. Afinal de contas, em regra, quem pode celebrar acordo é quem tem mais informações sobre as alegadas atividades delitivas; é justamente alguém que se encontra no ápice da cogitada estrutura criminosa, tendo com o que negociar. Dificilmente o personagem fungível - a mula do tráfico -, suscetível de ser trocada por alguma outra pessoa, lá adiante, teria maiores informações para entabular tratativas com o Ministério Público.

Ora, sem dúvida que a culpabilidade é antes limites do que fundamento da pena.¹²¹ Importa dizer: é possível que a pena não seja cominada, a despeito da prova cabal da prática de uma conduta objetiva e subjetivamente típica, ilícita e culpável pelo acusado (prescrição, decadência, perdão judicial, adesão ao REFIS etc.). O contrário é inadmissível: não se pode punir alguém sem a prova inequívoca da sua culpa, aferida sob devido processo.

Apesar disso, é fato que a redução de pena, em vetores mais significativos, justamente em favor de quem praticou conduta mais grave, encontrando-se no vértice decisório de organizações criminosas ou em estruturas intermediárias, parece agressivo ao princípio da proporcionalidade.

121 Sobre a culpabilidade penal, leia-se TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 118-120.

Pode-se conceder sanções premiaias justamente a quem se revela o mais oportunista, com conduta premeditada, mudando de canoa tão logo percebe que a água já ameaça soçobrar o barco.

Nesse âmbito, seria importante uma comparação densa entre esse instituto e outros tantos mecanismos de exoneração ou redução de pena, a exemplo das escusas absolutórias, perdão judicial, adesão a mecanismos de parcelamento de débitos tributários, prescrição, arrependimento eficaz, desistência voluntária, arrependimento posterior etc. Não há como se ensaiar uma análise mais densa desse tema, dadas as limitações deste artigo, como já se registrou acima.

Deixa-se também de se promover uma apreciação da moralidade de tais institutos - fundados no estímulo à traição -, dado que isso demandaria também o equacionamento denso de um conjunto significativo de concepções éticas: epicurismo, hedonismo, utilitarismo, pragmatismo, ética kantiana etc. Apenas se pontua, aqui, que alguns teóricos têm sustentado que o aludido instituto seria incompatível com a cláusula do devido processo, consagrada no art. 5º, LIV e LV, CF, justamente por escorar-se no pressuposto de que os fins justificariam os meios.

Abstraindo-se uma análise mais profunda disso, o fato é que - em determinados contextos - a delação premiada pode se revelar um instrumento importante para a tutela de bens jurídicos de extremo relevo. Conjeture-se

que - dizendo-se arrependido - um dos sequestradores de uma criança se comprometa a indicar o seu paradeiro e salvar-lhe a vida, caso obtenha alguma vantagem processual. Ainda que isso pareça oportunista, o Estado não pode simplesmente deixar que a criança morra, sendo razoável a oferta de algum benefício ao delator, em tal hipótese.

O tema se torna mais melindroso, porém, quando a delação não está destinada à inibição de uma infração penal em curso, mas - isso sim -, para a coleta de provas de um crime já ultimado/tentado. Nesse caso, a situação parece ganhar contornos mais borrados, diante da instrumentalização de um suspeito ou acusado para se colher provas contra outros, o que pode agredir os imperativos categóricos kantianos, diluídos nas constituições das democracias ocidentais.

Sem dúvida que, em determinados casos, esse instrumento pode se revelar extremamente útil, com destaque para a investigação de crimes cometidos sem a presença de testemunhos, a quatro parentes, com a aparência de licitude (formação de cartel, corrupção ativa/passiva, fraudes em licitações etc.). Nesse âmbito, a atuação de delatores pode cumprir papel de extremo relevo, o que não basta, porém, para que possam ser tomadas automaticamente como legítimas.

Repita-se: em uma democracia, meios e fins devem ser igualmente legítimos. O escopo do processo é a tutela de todo e qualquer inocente, ainda que ao custo da even-

tual impunidade de alguns culpados. Forma é garantia; razão pela qual os meios empregados pelo Estado devem ser alvo de rigoroso controle por parte da comunidade política, atentando-se para a pauta de direitos fundamentais conquistados ao fim de muita luta.

Tema igualmente sensível diz respeito à celebração de acordos de colaboração por parte de acusados ou suspeitos presos. Em princípio, não há nada de irregular nisso, desde que as prisões tenham sido decretadas de modo escorreito. O problema está muito mais na eventual decretação de tais medidas *ante tempus* como mecanismo de coação, no afã de se forçar a confissão e celebração de acordos.

Como é sabido, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil (art. 5º, LVII, CF), a prisão *ad custodiam* apenas pode ser decretada e apenas pode ser mantida quando indispensável. Importa dizer: quando preenchidos os requisitos do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

Destaque-se: a prisão processual é medida modulável, submetida à cláusula *rebus sic standibus* ou *secundum eventum litis*. Quando a situação de perigo que justificou sua imposição é debelada, ela deve ser revogada, como bem ilustra o art. 316, CPP.

Tanto por isso, deve-se examinar com muitas cautelas os acordos celebrados por suspeitos ou acusados presos, eis que a lei 12.850 expressamente dispõe - e não poderia ser diferente - que o pacto de delação premiada

apenas pode ser aceito se celebrado voluntariamente. O problema talvez esteja, portanto, no eventual emprego de prisões temporárias ou preventivas com o fim de se obter confissões ou delações, muito mais do que a celebração do acordo, em si considerado.

Dito em outras palavras, o problema estaria na prodigalidade do emprego da prisão *ante tempus*, não raras vezes fundada em categorias porosas como a pretensa agressão à ordem pública, por parte do suspeito ou acusado, e sem atentar para a regra do art. 282, §6º, CPP c/ lei n. 12.403/2008. Acrescente-se uma interessante análise da mencionada categoria ‘ordem pública’, enquanto fundamento de prisões preventivas, foi promovida pelo culto Min. Sepúlveda Pertence, no voto vencido apresentado no julgamento do HC 80.717/SP.

Em outras palavras, prisão preventiva não pode estar orientada à prevenção geral ou especial. Ela não pode estar orientada ao enfrentamento da impunidade - eis que não é sua função assegurar a punição antecipada de quem ainda responde à imputação penal -; ela não pode servir de ameaça edificante para as demais pessoas.

Enfim, nesse âmbito, o problema talvez esteja na decretação de prisões para se constranger acusados ou suspeitos, no afã de se obter confissões e delações, sobretudo quando também se promove a prisão dos seus familiares. Esse é um risco latente, bem se percebe, dado que o sistema penal ainda hoje funciona na base da chamada

*less eligibility*¹²² - menor escolha -, no fundamento de que sempre é possível piorar ou melhorar, tudo a depender da conduta do suspeito, acusado ou condenado.

Cuida-se de tema sensível, sobretudo quando se constata que determinados suspeitos ou arguidos - presos há considerável tempo - são logo soltos depois da celebração de acordo de colaboração. Se havia motivos para a decretação e manutenção de tais prisões, resta a dúvida que a celebração do pacto seria realmente suficiente para debelar aludidos receios de fuga, destruição de documentos, ameaça a testemunhas ou prática de crimes, se solto. Pode remanescer a impressão de que a custódia preventiva estaria sendo empregada como instrumento de obtenção de confissões e delações, algo absolutamente indevido.

Por fim, registre-se também que alguma perplexidade é causada diante da interdição de que delatados possam impugnar o procedimento de delação. Note-se que – partindo da distinção entre provas e meios de obtenção de provas – a Suprema Corte brasileira tem reputado que apenas os delatores poderiam questionar o procedimento de celebração

122 Cuida-se de categoria estudada por Rusch e Kirchheimer, com base na britânica *Poor law amendment act*, de 1834, em que se dizia que a qualidade de vida nos presídios deveria ser inferior às condições de vida do mais pobre operário, a fim de que não houvesse estímulo para alguém cometer crimes. No final das contas, isso traduz a noção de que sempre deve ser possível piorar, o que também é evidenciado com a concepção do regime disciplinar diferenciado - RDD e com as noções de progressão e regressão de regime, advogadas pela Nova Defesa Social de Felipo Grammatia e Marc Ancel (acolhidas pela lei n. 7210/1984).

de tais pactos, de modo que os delatados não poderiam invocar alguma pretensa coação para que os acordos fossem celebrados. De certo modo, essa foi a deliberação adotada pelo STF ao julgar o HC 127.483/PR rel. Min. Dias Toffoli e também Petição 5700, rel. Min. Celso de Mello.

Ora, *concessa venia*, da distinção entre provas, de um lado, e meios de obtenção de prova, de outro, não se segue a mencionada interdição. Note-se que a busca e apreensão também é um meio de obtenção de provas, e não efetivo mecanismo de demonstração direta de alguma alegação processual. E, a despeito disso, alguém duvidará que todos os atingidos por provas colhidas de forma ilícita, com violação ao domicílio, poderão se insurgir contra a sua utilização? Não apenas o sujeito cuja privacidade tenha sido violada poderá impugnar o emprego da prova ilícita, com força no art. 5º, LVI, CF, mas todos aqueles cuja pretensa culpa seja alvo de apuração com base em tais elementos colhidos de forma conspurcada.

Caso alguém seja torturado para celebrar um acordo de delação, por acaso apenas o próprio delator poderia impugnar tal ignomínia? Defende-se aqui que, em prol do devido processo, os suspeitos ou acusados atingidos por tais medidas possuem legitimidade para impugnar o procedimento empregado para a obtenção de delações, diante do postulado do direito ao confronto, já aludido acima.

7. Conclusões:

Diante do quanto se registrou acima, vê-se que os institutos do acordo processual e da delação premiada – eufemisticamente denominada pela lei de ‘acordo de colaboração processual’ – têm adquirido um peso cada vez maior no cenário internacional e também em solo brasileiro. Eles suscitam algumas angústias, por colocarem em xeque vetores fundamentais do devido processo legal.

De todo modo, é pouco provável que tais mecanismos venham a ser reputados inconstitucionais pela Suprema Corte brasileira, dado que já foram homologados pactos no âmbito daquele respeitável Tribunal Superior. Tanto por isso, sem prejuízo de que a academia continue a discutir a validade de tais instrumentos, deve-se caminhar também para uma estratégia de redução de danos, exigindo-se maior detalhamento e circunscrição no emprego desses instrumentos processuais, bastante gravosos e perigosos para o regime de liberdades públicas.

No geral, a lei n. 12.850 significou um avanço, se comparada com a ausência de maiores detalhamentos, no regime anterior. Todavia, remanescem várias lacunas no tratamento do tema, com destaque para o grande arbítrio envolvido na identificação dos beneficiários de eventual acordo de delação e também quanto ao considerável espectro de benefícios suscetíveis de serem conferidos ao delator.

Ademais, há necessidade de aprovação de códigos deontológicos, verbalizando os vetores que devem orientar

a conduta de juízes, promotores e advogados nesse âmbito, dado o risco de degradação do sistema de justiça em uma espécie de mercado persa, como se justiça pudesse se converter em uma espécie de toma lá, dá cá e como se fins pudessem justificar meios.

Conclui-se, aqui, com uma alegoria de Kenneth Kpnis, aludida por Richard L. Lippke.¹²³ Diz Kpnis que, em determinado colégio, há um professor muito conhecido pela sua fama de austero e rigoroso, dada a dificuldade das suas provas. Cansado, porém, de tanto trabalho para corrigir, o mestre propõe uma barganha para seus alunos: *“quem aceitar a nota 6.0, pode levantar a mão e sequer lerei as provas! Todavia, aquele que ficar insatisfeito com a nota, deve saber que sou muito rigoroso ao corrigi-las!”* Ora, para muitos alunos, talvez o negócio seja muito vantajoso; a prova estava difícil e dificilmente ele teria tirado a nota em questão. Para outros, porém, a nota certamente será injusta, dado terem estudado muito.

Qual é a objeção? Ora, um sistema educacional que funcione desse modo já corrompeu seus próprios princípios e fundamentos, dado que a prova é um instrumento para a avaliação do conhecimento dos alunos e, não apenas isso, também um instrumento para avaliação da qualidade das aulas, didática do professor, para obtenção de algum *feedback*.

123 LIPPKE, Richard L. *Op. cit.*, p. 13.

Quando a Justiça Criminal se socorre corriqueiramente de tais expedientes, estimulando a barganha e a delação, isso sinaliza que o sistema já se desnaturou em mera técnica, em mero algoritmo, como se fosse uma arapuca para se apreender suspeitos e acusados, sem o compromisso ético que deve estar na base do processamento criminal em uma democracia: a tutela de todo e qualquer inocente, quando confrontado com a violência do poder punitivo estatal, mesmo que ao custo da eventual impunidade de algum culpado.¹²⁴

Sabe-se bem que a arguição penal deve se traduzir em Direito Constitucional aplicado. Costuma-se dizer que o processo criminal é o termômetro do grau de civilização de uma determinada comunidade política. No momento, registra-se um estado verdadeiramente febril, como se a temperatura fosse aquela das labaredas de *Fahrenheit* 451.

É indispensável o enfrentamento da corrupção, debelando-se essa indevida confusão entre público e privado, tão comum em solo nacional. Isso deve ser empreendido,

124 Daí o relevo de se entabular comparações entre tais institutos - plea bargaining, delação premiada etc. - com os mecanismos de *whistleblower*, alvo de percuciente estudo de Ramon Ragués i Valés. Confirma-se VALLÉS, Ramon Ragués i. **Whistleblowing**: uma aproximación desde el Derecho penal. Madri: Marcial Pons, 2013, merecendo destaques o Whistleblower protection act, de 1989 (EUA), Sarbanes Oxley Act, de 2002 (EUA) e também o Dodd Frank Act, 2002 (EUA). Dessa forma, preconiza-se, em solo norteamericano, que o delator de alguma prática fraudulenta que permita ao Estado recuperar valores superiores a US\$ 1.000.000,00, pode obter uma vantagem entre 10 e 30% do total arrecadado. Com isso, estimula-se, porém, uma cultura de espionagem, oportunismo e desconfiança recíprocas.

porém, sem o sacrifício de garantias fundamentais duramente conquistadas ao longo da História, indispensáveis para a contenção do Estado de Polícia, o Leviatã que dormita no âmbito dos Estados de Direito.

Bibliografia:

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALSCHULER, Albert. Plea bargaining and its history *in Law and society review* n. 13, 1979.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ARNS, Paulo Evaristo (org.). **Brasil nunca mais**. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

BAUM, William M. **Compreender o behaviorismo: comportamento, cultura e evolução**. 2. ed. Tradução de Maria Teresa Araújo Silva. Porto Alegre: Artmed, 2006.

BELLO, Gabriel. O pragmatismo americano *in* CAMPS, Victoria (org.). **História de la ética**. 3. La ética contemporánea. 3. ed. Barcelona: Crítica, 2008, p. 39-86.

BLOOR, David. **Conhecimento e imaginário social**. Tradução de Marcelo do Amaral Penna-Forte. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

BOUDON, Raymond. **O relativismo**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Loyola, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUNGE, Mario. **Caçando a realidade: a luta pelo realismo**. Tradução do inglês por Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. Mettere il pubblico ministero al suo posto *in* **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1953. Volume VIII, parte I.

CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e delicto**. São Paulo: RT, 2008.

CARVALHO, Nátlia Oliveira de. **Delação premiada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CERBONE, David R. **Fenomenologia**. Tradução de Caesar Souza. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo I. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000.

CORSI, Giancarlo et al. **Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**. Tradução do italiano para o espanhol por Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

COUCEIRO, João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: RT, 2004.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Tradução de Pedro Éloi Duarte. Lisboa: Edições 70, 2005.

DERRIDA, Jacques. **Acts of literature**. Nova Iorque: Routledge Press, 1992.

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. **O direito à não auto-inculpação: nemo tenetur se ipsum accusare no processo penal e contraordenacional português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FERDINAND, Theodor. **Boston's lower criminal courts 1814-1850**. Newark: University of Delaware Press, 1992.

FERNANDEZ, Luis; BIERMAN, H. Scot. **Teoria dos jogos**. 2. Ed. Tradução de Arlete S. Marques. São Paulo: Pearson, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Tradução de Luiz Flávio Gomes e outros. São Paulo: RT, 2002.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Tradução de Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Editora da Unesp, 2007.

FISCHER, George. **Plea bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America**. Palo Alto: Stanford University Press, 2003.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOSTER, John. **The immaterial self: a defence of the cartesian dualist conception of the mind**. 2. ed. Nova Iorque: Routledge, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2005.

GIAMBERARDINO, André. **Crítica da pena e justiça restaurativa**. A censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GILES, Thomas Giles. **História do existencialismo e da fenomenologia**. São Paulo: EPU, 1989.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Buenos Aires: Astrea, 2007.

HÄBERLE, Peter. Os problemas da verdade no Estado Constitucional. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HAY, Douglas et al. **Albion's Fatal Tree: crime and society in eighteenth-century England**. 2. ed. rev. ampl. New York: Verso, 2011.

HEUMANN, Milton. **Plea bargaining**. The experiences of prosecutors, judges, and defense attorneys. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**. 3. ed. Tradução de Márcio Suzuki. Aparecida: Ideias & Letras, 2006.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

KAMISAR, Yale et al. **Modern criminal procedure**. St. Paul: West Publishing company, 1995.

LANGBEIN, John. Plea bargaining as torture *in* **University of Chicago Law Review**. Vol. 46, 1978, p. 3-22.

LANGBEIN, John. Understanding the short history of plea bargaining *in* **Law and Society Review** n. 13. 1979, p. 261-271.

LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations. The globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure *in* THAMAN, Stephen C. (org.). **World plea bargaining**. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 03-80.

LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations. The globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure *in* **Harvard International Law Journal**, vol. 45.

LIPPKE, Richard L. **The ethics of plea bargaining**. Oxford: Oxford Press, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LUCE, R. Duncan; RAIFFA, Howard. **Games and decisions: introduction and critical survey**. Nova Iorque: Dover Publications, 1985.

MAIER, Julio B. **Antología: el proceso penal contemporáneo**. Lima: Instituto de Ciencias Penales, 2008.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana.** Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Atenas, 2001.

MCCONVILLE, Mike; MIRSKY, Chester L. **Jury trials and plea bargaining: a true history.** Oregon: Hart Publishing, 2005.

MOORE, Michael S. **Placing blame: a theory of the criminal law.** Nova Iorque: Oxford University Press of New York, 2010.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo.** 5. ed. Tradução de Dulce Matos. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.

NAGEL, Thomas. **Visão a partir de lugar nenhum.** Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NASHERI, Hedieh. **Betrayal of due process: a comparative assessment of plea bargaining in the United States and Canada.** Lanham: University Press of America, 1998.

NORRIS, Christofer. **Epistemologia: conceitos-chave em filosofia.** Tradução de Felipe Rangel Elizalde. Porto Alegre: Artmed, 2007.

PACKER, Hebert. **The limits of criminal sanction.** California: Stanford Press, 1968.

PAWLIK, Michael. **La libertad institucionalizada:** estudios de filosofía jurídica y Derecho penal. Tradução do alemão Enrique Bacigalupo e outros. Madri: Marcial Pons, 2010.

PROSPERI, Adriano. **Tribunais da consciência:** inquisidores, confessores, missionários. Tradução de Home-ro Freitas de Andrade. São Paulo: Edusp, 2013.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales:** el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador. 3. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** o *princípio nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norteamericano.** São Paulo: RT, 2006.

ROBERTS, Paulo. Groundwork for a jurisprudence of criminal procedure *in* DUFF, R. A.; GREEN, Stuart P. **Philosophical foundations of Criminal Law.** Oxford: Oxford Press, 2013. p. 379-407.

RORTY, Richard. **Consequences of pragmatism.** Minneapolis: University of Minnesota Press, 1982.

ROSA, Alexandre Morais. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 3. ed. rev. ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

RYLE, Gilbert. **The concept of mind**. Edição do 60º aniversário. Nova Iorque: Routledge, 2009.

SÁNCHEZ, Juan Marcos Rivero. **Episteme y derecho: una exploración jurídico-penal**. Granada: Comares, 2004.

SCHULHOFER, Stephe. Is plea bargaining inevitable? *in Harvard law review vol. 97, n. 5*. Março de 1984, p. 1037-1107.

SCHULHOFER, Stephen. Plea bargaining as a disaster *in Yale law jornal n. 1979*. 1992.

SEARLE, John. **Liberdade e neurobiologia: reflexões sobre o livre-arbítrio, a linguagem e o poder político**. Tradução de Constância Maria Egrejas Morel. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

SOKOLOWSKI, Robert. **Introdução à fenomenologia**. Tradução de Alfredo de Oliveira Moraes. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea: introdução crítica**. 2. ed. Tradução de Adaury Fiorotti e Edwino A. Royer. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

STÜBINGER, Stephan. **Das idealisierte Strafrecht**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann Verlag, 2008.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2004.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TOSTO, Ricardo Tosto et al. **O processo de Tiradentes**. São Paulo: Conjur, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2004.

TURNER, Jenia J. **Plea bargaining across borders**. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2009.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

VOGEL, Mary E. **Coercion to compromise**. Plea bargaining, the courts and the making of political authority. Nova Iorque: Oxford Press of New York, 2007.

VON NEUMANN, John; MORGENSTERN, Oskar. Theory of games and economic behavior *in* **The review of economic statistics**. 39, p. 47-52, 1947.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WEIGEND, Thomas. The decay of the inquisitorial ideal. Plea bargaining invades German criminal procedure *in* JACKSON, John et al. **Crime, procedure and evidence in a comparative and international context**. Oxford: Hart Publishing, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico. Investigações filosóficas** (edição conjunta). 2. ed. Tradução de M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

A PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BENS IMÓVEIS, O DIREITO REAL DE AQUISIÇÃO E A EXECUÇÃO ESPECÍFICA DA OBRIGAÇÃO DE FAZER MEDIANTE AS TÉCNICAS DE SUB- ROGAÇÃO E DE COERÇÃO. DUAS CERTEZAS E UMA PROVOCAÇÃO

Eroulths Cortiano Junior

Doutor em Direito pela UFPR. Pós-Doutor em Direito pela Università di Torino. Professor da UFPR. Advogado. Conselheiro Estadual da OAB-PR

Resumo: No Brasil, o contrato-promessa de compra e venda de bens imóveis pode gerar direito real de aquisição que permite a adjudicação do bem objeto do contrato, desde que o contrato esteja registrado no registro imobiliário. Mesmo que o contrato não esteja registrado, o promi-

tente-comprador pode adjudicar o bem por intermédio da técnica de sub-rogação da sentença judicial. Além disso, os avanços doutrinários e legais ligados à execução indireta (as técnicas de coerção) também podem ser aplicáveis ao compromisso de compra e venda não adimplido. No entanto, o princípio da menor onerosidade da execução parece afastar esta última possibilidade. Este estudo relata as duas certezas acerca da adjudicação e debate a possibilidade do uso das técnicas de coerção contra o inadimplente da promessa de compra e venda

Palavras-chave: Promessa de compra e venda – direito real de aquisição – execução específica – técnica de sub-rogação – técnica de coerção – onerosidade da execução.

1. Os contratos-promessa. O tratamento peculiar do compromisso de compra e venda de bens imóveis.

De regra, todo tipo contratual admite o chamado contrato preliminar, pré-contrato, contrato-promessa ou compromisso¹²⁵. Esta é uma categoria que abrange os contratos que têm como causa a realização futura de um contrato, e cujo objeto é justamente a realização de um posterior negócio jurídico¹²⁶. Nas palavras de Orlando GOMES, “Ao

125 Paulo Lobo entende pela inadequação do termo compromisso – que deveria restringir-se à convenção de arbitragem – aos contratos-promessa. Paulo LOBO, *Direito Civil. Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 267.

126 Defende-se que as liberalidades (doação e testamento) não admitem

celebrá-lo, [as partes] não visariam modificar diretamente sua efetiva situação, mas, apenas, a criar a obrigação de um futuro *contrahere*¹²⁷. Como diz Caio Mário da Silva PEREIRA: “Originariamente a promessa de compra e venda há de ser um pré-contrato, que, como toda avença desta espécie, tem por objeto a celebração de outro, que será então o contrato definitivo”¹²⁸.

Francisco MUNIZ é extremamente didático, referindo-se ao contrato-promessa de compra e venda: “*Já referimos que, pelo contrato de promessa de compra e venda, uma das partes se obriga a comprar e a outra se obriga a vender. As partes se obrigam a celebrar o contrato definitivo. A promessa gera, pois, uma obrigação de contra-*

a modalidade pré-contrato, porque isso significaria tornar compulsório o que é exercício da mais pura liberalidade de atribuição. De uma maneira geral, se tem entendido – na doutrina e já jurisprudência – que o contrato de doação pura não pode ser objeto de contrato-promessa, mas que a promessa de doação realizada no âmbito de transação (por exemplo, num divórcio), perde seu caráter de liberalidade, podendo ser executável. Ver Marcos CATALAN *Reflexões acerca da eficácia da promessa de doação no direito brasileiro*. in:http://www.academia.edu/4712347/Reflex%C3%B5es_acerca_da_efic%C3%A1cia_da_promessa_de_doa%C3%A7%C3%A3o_no_direito_brasileiro. (acesso em 10/12/2016). Quanto ao tema, confira-se o enunciado 549 das Jornadas de Direito Civil: “*A promessa de doação no âmbito da transação constitui obrigação positiva e perde o caráter de liberalidade previsto no art. 538 do Código Civil*”.

127 Orlando GOMES. *Direitos reais*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 318. Deve ser registrado que Orlando Gomes entende que a promessa de compra e venda, por sua eficácia real, não pode ser considerada espécie de contrato preliminar, mas sim contrato típico.

128 Caio Mário da Silva PEREIRA. *Instituições de direito civil*. Vol. IV. Direitos Reais. 18ª ed. rev. e atual. por Carlos Edison do Rêgo MONTEIRO. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 446.

tar: emitir uma declaração de vontade de acordo com o contrato prometido”¹²⁹.

A distinção entre o contrato-promessa de compra e venda e o contrato de compra e venda é clara. Assim a explica, por exemplo, Luciano de Camargo PENTEADO:

“O compromisso de compra e venda envolve uma obrigação que se exaure basicamente em prestação de fazer. A obrigação principal do que promete a venda é a de, cumpridas as cláusulas do contrato pelo que promete a compra, prestar a escritura, enquanto a prestação principal a cargo do promissário comprador consiste no pagamento do preço acordado, em mecanismo de execução diferida.

Já a compra e venda imobiliária encerra uma obrigação de dar, isto é, uma obrigação de transferir a propriedade do bem sobre o que se enceta negócio jurídico. Assim como o compromisso de compra e venda, não transfere de per si a propriedade, exigindo-se o registro imobiliário para que o efeito aquisitivo se dê.”¹³⁰.

O contrato preliminar, por ser contrato preliminar, obrigará as partes a, posteriormente, contratar, isto é, a declarar uma vontade. Tratando-se de relação jurídica obrigacional (como se costuma dizer, de direi-

129 Francisco José Ferreira MUNIZ. *Embargos de terceiros à penhora*. A questão da posse do promitente comprador. In: *Textos de Direito Civil*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 121.

130 Luciano de Camargo PENTEADO. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 421.

to pessoal), o descumprimento da obrigação assumida gerará a responsabilização indenitária do inadimplente. Exemplificando, se alguém prometeu alugar e não alugou, o promitente-locatário não pode exigir a locação, mas uma indenização. Se alguém prometeu afiançar, e não afiançou, o prejudicado terá pretensão ressarcitória de eventual prejuízo, e assim por diante. A solução indenizatória decorre do fato de que ninguém pode ser constrangido, *manu militari*, a fazer algo: *nemo ad factum precise cogi potest ad factum*.

Há corrente que vai além, entendendo que o contrato preliminar não visa obrigar a parte a celebrar novo contrato, mas, se preenchidos todos os requisitos de existência, validade e eficácia, já é um contrato executável pela vontade dos contratantes. Assim explica Jefferson DAIBERT:

“Os adeptos da teoria, que o julgam capaz de obrigar a um novo contrato, dão ao seu conteúdo a característica da *obrigação de fazer*. Supõem necessária a declaração da vontade e a prática dos atos indispensáveis à realização do contrato que projetaram. Já foi dito, na justificação doutrinal, que se formaria uma entidade supérflua que causaria um *circuito inutilis*. Realmente, não se vê muita razão para que, novamente, se repitam os atos e condições traçados pelas partes. Aquela é a vontade de ambas.

Pela segunda teoria, aquela que julga ser o contrato dependente de ser executado, visa ela que a vontade das partes seja seguida e obedecida somente.

Aceitamos esta teoria como a mais viável e razoável. Se já foram acertadas as bases do negócio; se todos os elementos e requisitos se integram no pré-contrato, a sua transformação em definitivo surgirá tão somente do desejo das partes ou de uma só em efetivá-lo.”¹³¹.

No Brasil, a evolução dogmática do pré-contrato de compra e venda de bens imóveis (bem sinalizada nas lições acima transcritas) acaba por, grosso modo, criar figura peculiar, que faz surgir para as partes (nomeadamente ao promitente-comprador) a faculdade de exigir a eficácia imediata do contrato, com a transmissão da propriedade.

Como diz Maurício BUNAZAR:

“Destarte, e adotando *in totum* a conclusão do autor, pouco importa dizer que o compromisso de compra e venda é contrato preliminar ou contrato definitivo, afinal as duas categorias produzem o mesmo efeito jurídico, qual seja o de obrigar alguém a uma prestação em razão de uma única declaração de vontade que emitiu, seja sob o *nomen juris* de contrato definitivo, seja sobre o *nomen juris* de contrato preliminar, o que, no caso, implica a consequente transferência do bem ao comprador uma vez quitado o preço”¹³².

131 Jefferson DAIBERT. Dos contratos. Parte especial das obrigações. 4º ed. Atualizado por Edson Aguiar de VASCONCELOS. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 47-8

132 Maurício BUNAZAR. *Do compromisso de compra e venda: uma estrutura naturalmente funcionalizada*. In: Mario Luiz DELGADO e Jones Figueiredo ALVES. *Novo Código Civil. Questões controvertidas. Direito das*

2. A promessa de compra e venda de bens imóveis: entre o direito real de aquisição e a execução específica da obrigação com os instrumentos de sub-rogação e de coerção.

Esta dogmática, altamente refinada, decorre de uma dupla percepção do pré-contrato: a promessa pode ser fonte de um direito real de aquisição (que gera a eficácia da transmissão da propriedade) e também é fonte do direito de exigir a execução específica da obrigação de fazer consistente na emissão de manifestação de vontade (que pode acarretar a adjudicação do bem). É dizer: a adjudicação do bem imóvel objeto de promessa de compra e venda pode decorrer do direito real de aquisição ou do remédio processual da execução específica da obrigação de emitir declaração de vontade. A isto se some que a legislação processual, forte na busca da efetividade da relação obrigacional, tem admitido medidas coercitivas – de que são o melhor exemplo as *astreintes* – para constranger o devedor a cumprir a obrigação de fazer, e que poderiam ser utilizadas no descumprimento da promessa de compra e venda de bem imóvel.

Este estudo busca revisar e condensar estes três caminhos de proteção e defesa do direito do promitente-comprador. Em primeiro lugar os casos em que a promessa de compra e venda faz nascer às partes não apenas um direito pessoal (o direito de exigir a realização do contrato prometido e pretensão indenizatória em caso de sua não realiza-

Coisas. São Paulo: Método, 2008. p. 428.

ção), mas o direito real de aquisição do imóvel. Em segundo lugar, os casos em que é possível a execução específica da obrigação de fazer, gerando a transmissão da propriedade independentemente da vontade do promitente-vendedor. Em terceiro lugar, a utilização de medidas coercitivas para constranger o promitente-vendedor a firmar a escritura definitiva de compra e venda.

No primeiro caso, o preenchimento de certos requisitos atribui ao pré-contrato a aptidão de gerar direito real – absoluto e oponível *erga omnes* – de aquisição do imóvel objeto da promessa de venda. No segundo caso, independentemente do preenchimento de requisitos especiais (bastando os requisitos naturais do contrato-promessa) o comprador pode pleitear que a declaração de vontade do promitente-vendedor (o “vender”) seja suprida por decisão judicial. Nos dois casos, ainda que por caminhos diferentes, a sentença substitui a declaração de vontade não manifestada. E no terceiro caso, o promitente-vendedor inadimplente pode sofrer coerção até que ele mesmo – e não uma sentença judicial – cumpra o que prometeu.

O caráter dúplice de proteção (as duas possibilidades de adjudicação do imóvel por sentença judicial) é interessante, seja do ponto de vista da sua dogmática, seja por suas peculiaridades do ponto de vista negocial. Como dela diz Caio Mário da Silva PEREIRA, a promessa de compra e venda é “...modalidade contratual que a prática dos negócios incrementou de maneira notável no direito moderno, e salientamos que as condições peculiares da vida brasileira

estimularam uma evolução sem paralelo desse ato negocial em nosso direito”¹³³. O mesmo diz Luciano PENTEADO: “O contrato de compromisso de compra e venda é uma criação tipicamente brasileira”¹³⁴.

3. A promessa de compra e venda e o direito real de aquisição.

A necessidade de incrementar os negócios de aquisição da propriedade imóvel, a necessidade da regulamentação da ocupação por loteamentos, a ausência de facilidades de financiamento quando o Brasil não possuía um sistema de acesso ao crédito ou uma estrutura bancária adequada, e a justa proteção do adquirente, acarretaram a atribuição de efeitos reais aos contratos-promessa de compra e venda de bens imóveis em 1937. Até então se tinha situação de pouco incentivo e pouca garantia às transações imobiliárias, que pode ser exemplificada: **(a)** o interessado na aquisição de imóveis loteados não tinha, de regra, capital para aquisição do bem e não tinha acesso ao crédito bancário; **(b)** o proprietário/loteador poderia parcelar o pagamento, entregando a propriedade e ficando com um crédito (receber as parcelas faltantes); **(c)** o loteador tinha como garantia do pagamento do valor parcelado apenas o

133 Caio Mário da Silva PEREIRA. *Instituições de direito civil*. Vol. IV. Direitos Reais. 18ª ed., ver. e atual. por Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 445.

134 Luciano de Camargo PENTEADO. *Direito das coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 421

patrimônio geral do devedor/adquirente, que nem sempre era suficiente para satisfazer a dívida (e ele mesmo poderia ter alienado a outrem o imóvel comprado); **(d)** como a transmissão imediata da propriedade (ainda que com a titularidade de um crédito exigível em longo prazo) trazia riscos ao vendedor, a praxe começou a utilizar promessa de compra e venda: o contrato definitivo seria firmado apenas quando o preço estivesse integralmente pago (é dizer: o loteador continuava proprietário – quando muito autorizava a posse do promitente-comprador – até o pagamento total do preço); **(e)** este desenho contratual, malgrado protegesse o loteador, passou a prejudicar o promitente-comprador: por razões escusáveis (por exemplo, morte do loteador) ou inescusáveis (por exemplo, má-fé e atuação ilícita do loteador, que simplesmente se negava a firmar o contrato definitivo ou, mesmo, vendia o mesmo imóvel para outrem). Pronto o governo federal teve chamada sua atenção para o caso. Visando estabilizar o mercado e dar segurança jurídica às partes (principalmente ao promitente comprador que tivesse pago todo o preço) editou o Decreto-Lei nº 58 de 10/12/1937¹³⁵. No que interessa aqui, dispõe referido

135 Vale ler as *consideranda* do Decreto-Lei nº 58/1937:

Considerando o crescente desenvolvimento da loteação de terrenos para venda mediante o pagamento do preço em prestações;

Considerando que as transações assim realizadas não transferem o domínio ao comprador, uma vez que o art. 1.088 do Código Civil permite a qualquer das partes arrepender-se antes de assinada a escritura da compra e venda;

Considerando que êsse dispositivo deixa praticamente sem amparo numerosos compradores de lotes, que têm assim por exclusiva garantia a seriedade, a boa fé e a solvabilidade das empresas vendedoras ;

Decreto-Lei:

“**Art. 5º.** A averbação atribue *[sic]* ao compromissário direito real aponível *[sic]* a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior, e far-se-á à vista do instrumento de compromisso de venda, em que o oficial lançará a nota indicativa do livro, página e data do assentamento.

...

Art. 15. Os compromissários têm o direito de, antecipando ou ultimando o pagamento integral do preço, e estando quites com os impostos e taxas, exigir a outorga da escritura de compra e venda.

Art. 16. Recusando-se os comprometentes a passar a escritura definitiva no caso do art. 15, serão intimados, por despacho judicial e a requerimento do compromissário, a dá-la nos 10 dias seguintes à intimação, correndo o prazo em cartório.

§ 1º. Se nada alegarem dentro desse prazo, o juiz, por sentença, adjudicará os lotes aos compradores, (...)”.

Em síntese, o promitente-comprador de imóvel loteado, desde que inscrevesse o contrato no registro imobiliário, passaria a ser titular de um direito real sobre o

Considerando que, para segurança das transações realizadas mediante contrato de compromisso de compra e venda de lotes, cumpre acautelar o compromissário contra futuras alienações ou onerações dos lotes comprometidos;

Considerando ainda que a loteação e venda de terrenos urbanos e rurais se opera frequentemente sem que aos compradores seja possível a verificação dos títulos de propriedade dos vendedores;

bem objeto da negociação. Pago o preço e não outorgada a escritura definitiva de compra e venda, poderia requerer judicialmente a adjudicação do imóvel.

Parte da doutrina entendeu que o direito real seria apenas de oponibilidade a terceiros (portanto apenas para impedir a alienação do imóvel para terceiros, mas sem o direito de sequela ou o direito de adquirir o imóvel), mas prevaleceu a opinião de que o direito real atribuído era – além de oponível a terceiros – de aquisição do imóvel, servindo para a adjudicação do bem (se pago integralmente o preço) caso o promitente vendedor se recusasse a firmar o contrato definitivo. De qualquer maneira, o direito real seria atribuído apenas aos contratos-promessa de compra de imóveis loteados.

Não tardou para que o tratamento fosse estendido para a compra de imóveis não loteados. A Lei nº 649 de 11/03/1949 atribuiu ao registo do contrato-promessa de compra e venda de imóveis não loteados o mesmo direito real, permitindo a adjudicação compulsória em caso de negativa do promitente-vendedor. Para tanto, esta lei alterou o artigo 22 do Decreto-Lei nº 58/1937, que passou a ter a seguinte redação:

“Art. 22. Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato da sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito

real oponível a terceiros e lhes confere o direito de adjudicação compulsória, nos termos dos artigos 16 desta lei e 346 do Código do Processo Civil.”

Mais tarde, a Lei nº 6.014 de 27/12/1973 adaptou as referidas leis ao Código de Processo Civil, dando redação nova aos artigos 16 e 22 do Decreto-lei nº 58/1937:

“**Art. 16.** Recusando-se os compromitentes a outorgar a escritura definitiva no caso do artigo 15, o compromissário poderá propor, para o cumprimento da obrigação, ação de adjudicação compulsória, que tomará o rito sumaríssimo.

§ 1º. A ação não será acolhida se a parte, que a intentou, não cumprir a sua prestação nem a oferecer nos casos e formas legais.

§ 2º. Julgada procedente a ação a sentença, uma vez transitada em julgado, adjudicará o imóvel ao compromissário, valendo como título para a transcrição.

§ 3º. Das sentenças proferidas nos casos deste artigo, caberá apelação.

...

Art. 22. Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma, ou mais prestações, desde que, inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissos direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsó-

ria nos termos dos artigos 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil.”

Mais adiante no tempo, este tratamento jurídico vai ser reafirmado. A Lei nº 6.766 de 19/12/1979 (dispõe sobre o parcelamento do solo urbano), “reforçou a atribuição de direito real a ambas as hipóteses, convertendo explicitamente o promitente comprador em titular de um direito real específico”¹³⁶.

“**Art. 25.** São irretroatáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros.

Art. 26. Os compromissos de compra e venda, as cessões ou promessas de cessão poderão ser feitos por escritura pública ou por instrumento particular, de acordo com o modelo depositado na forma do inciso VI do art. 18 e conterão, pelo menos, as seguintes indicações:

I - nome, registro civil, cadastro fiscal no Ministério da Fazenda, nacionalidade, estado civil e residência dos contratantes;

II - denominação e situação do loteamento, número e data da inscrição;

III - descrição do lote ou dos lotes que forem objeto de compromissos, confrontações, área e outras características;

136 Paulo LOBO. *Direito Civil. Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 267.

IV - preço, prazo, forma e local de pagamento bem como a importância do sinal;

V - taxa de juros incidentes sobre o débito em aberto e sobre as prestações vencidas e não pagas, bem como a cláusula penal, nunca excedente a 10% (dez por cento) do débito e só exigível nos casos de intervenção judicial ou de mora superior a 3 (três) meses;

VI - indicação sobre a quem incumbe o pagamento dos impostos e taxas incidentes sobre o lote comprometido;

VII - declaração das restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente.”

Por fim, a lei nº 9.785 de 29/01/1999, entre outras disposições, agregou o § 6º ao artigo 26 da Lei nº 6.766/1979, assim redigido:

“§ 6º. Os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação.”

Este direito real não é apenas um direito de oposição ou de sequela, mas um direito real de aquisição: se o promitente-vendedor se recusa a firmar o contrato definitivo, o promitente-comprador pode adjudicar o imóvel. É possível dizer que, a rigor, o promitente-vendedor já deixou de ser proprietário (Barbosa LIMA SOBRINHO dizia que o promitente-vendedor tinha uma *lembrança*

da propriedade). O imóvel está apenas registrado em seu nome e necessita de outro ato (a escritura pública de compra e venda ou a sentença judicial) para ser transmitido formalmente ao promitente-comprador, mas o imóvel já é deste (até porque o compromisso é irrevogável e a posse, de regra, já lhe foi entregue).

O requisito fundamental para que o direito pessoal do promitente-comprador se convolva em direito real de aquisição é o registro do contrato – que pode ter forma particular – no registro imobiliário.

4. A adjudicação compulsória decorrente da execução específica da obrigação de fazer: a técnica da sub-rogação.

Porém, mesmo sem o registro do contrato-promessa no registro imobiliário, o promitente-comprador poderá adjudicar o bem. A causa, aqui, é outra: a chamada execução específica da obrigação de fazer.

Como se sabe, enquanto as obrigações de dar podem ser exigidas especificamente ou podem converter-se em indenização, as obrigações de fazer não admitem execução específica: em caso de inadimplemento, elas se transformam em indenização (obrigação de dar). No exemplo mais didático: se um artista plástico foi contratado para pintar um retrato e não o faz, não há como obrigá-lo a pintar o retrato: a obrigação de fazer converte-se em per-

das e danos¹³⁷. Assim se dá porque, em princípio, as obrigações de fazer são *intuitu personae*, ou infungíveis. Mas elas podem ser fungíveis:

“Distinguem-se as obrigações de fazer em fungíveis e infungíveis: tal é a transposição da ‘*idéia de fungibilidade, que é própria das coisas (v. comentários ao art. 85), para o plano obrigacional*’ (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições. p. 59). A divisão se dá conforme possam as obrigações de fazer serem satisfeitas por terceiro ou, ao revés, tenham sido pactuadas em razão das qualidades pessoais do devedor (*intuitu personae*); nas primeiras, o credor está interessado no resultado da atividade, enquanto as outras não podem ser executadas senão pelo devedor”¹³⁸.

Quando a obrigação de fazer não é *intuitu personae*, mas é fungível (isto é, pode ser realizada por outrem), ela admite execução específica. É o caso especial da obrigação de fazer constituída pelo dever de emitir uma vontade, realizar um negócio jurídico, firmar um contrato. Neste caso, é possível a aplicação das chamadas medidas sub-rogatórias. Trata-se de substituir a declaração de vontade da parte pela decisão judicial. Esta – a sentença – vai produzir os efeitos da declaração de vontade não manifestada. Diga-se por outras palavras: quando o “fazer” da obrigação de fazer

137 Alguns casos permitem que o credor faça executar a obrigação por outrem, à custa do devedor inadimplente.

138 Gustavo TEPEDINO *et alli*. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. 1. Parte Geral e Obrigações. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 511-512.

é a emissão de uma declaração de vontade, esta obrigação pode, por não ser *intuitu personae*, ser substituída pelo pronunciamento judicial. É o caso da obrigação de firmar um contrato de compra e venda.

Caio Mário da Silva PEREIRA explicava:

“...o art. 1.006 do Cód. de Proc. Civil de 1939, a pretexto de regular a execução das obrigações de fazer e de não-fazer, assentou norma jurídico-material, mais que formal, quando atinente com o próprio conteúdo da prestação. Com efeito, a norma processual declarada que, condenado o devedor a emitir declaração de vontade, será esta havida por enunciada logo que a sentença de condenação passe em julgado. É a própria *obligatio faciendi* que se acha em jogo. E quando o *facere* é um negócio jurídico supre-se a emissão volitiva do *reus debendi* pela vontade jurisdicional e sub-roga-se a sentença no lugar do ato devido.”

O velho Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608 de 18/09/1939) assentava:

“**Art. 1.006.** Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, será esta havida por enunciada logo que a sentença de condenação passe em julgado.”

O Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869 de 11/01/1973) dispunha acerca¹³⁹:

139 A Lei nº 8.952 de 13/12/1994 havia dado a seguinte redação ao art. 461 do CPC: “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da

“**Art. 639.** Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

Art. 640. Tratando-se de contrato, que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte, que a intentou, não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível.

Art. 641. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.”

A Lei nº 11.232 de 22/12/2005 (alterou o Código de Processo Civil no que toca ao cumprimento de sentença) revogou os artigos 639, 640 e 641 do código anterior, e inseriu nele os artigos seguintes:

“**Art. 466-A.** Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

Art. 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a ou-

obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”.

tra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

Art. 466-C. Tratando-se de contrato que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível.”

Por fim, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 16/03/2015) seguiu a mesma direção:

“**Art. 501.** Na ação que tenha por objeto a emissão de declaração de vontade, a sentença que julgar procedente o pedido, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.”

Este regramento vai desaguar na formulação da Súmula nº 239/STJ, de 28/06/2000, cujo teor é “*O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis*”. Esta compreensão jurisprudencial não decorre de qualquer direito real (que somente se constitui nos casos em que o contrato-promessa foi registrado), mas da eficácia sub-rogatória da sentença, por expressa – e lógica – previsão legal.

Basta checar – para comprovar que não se trata, aqui, de direito real – os precedentes que informaram referida súmula. De todos eles¹⁴⁰, vejam-se as ementas do mais an-

140 REsp 30-DF; REsp 9945-SP; REsp 10383-MG; REsp-16822-SP; REsp

tigo (REsp 30-DF, de 15/08/1989) e do mais recente (REsp 204.784-SE de 23/11/1999):

“Promessa de venda de imóvel – Instrumento particular – Adjudicação compulsória. Decreto-lei 58/37 – Lei 6766/79. A promessa de venda gera efeitos obrigacionais não dependendo, para sua eficácia e validade, de ser formalizada em instrumento público. O direito à adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrito aos contratantes, não se condicionando a obligatio faciendi à inscrição no registro de imóveis.

(STJ – 3ª Turma – REsp nº 30-DF – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – julg. 15/08/1989)”

“Adjudicação compulsória.

1. É torrencial a jurisprudência da Corte no sentido de que o “direito à adjudicação é de caráter pessoal, restrito aos contratantes, não se condicionando a obligatio faciendi à inscrição no registro de imóveis”.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ – 3ª Turma – REsp nº 204.784-SE – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – Julg. 23/11/1999)”

O arco, que vai de 1989 até 1999 (como dito, refere-se apenas aos julgados que informaram a prolação da súmula), revela o “torrencial” posicionamento do STJ

23675-RS;REsp 37466-RS; REsp 40665-SP;REsp 57225-RJ;REsp 184474-SP e REsp 204784-SE.

em favor da adjudicação independente de registro. Houve quem entendesse que o Superior¹⁴¹ teria julgado *contra legem* (já que a lei exigia expressamente o registro do contrato para a adjudicação compulsória), mas a posição é equivocada: aqui a causa jurídica da aquisição é o descumprimento de obrigação de fazer consistente em emissão de declaração de vontade (um *facere* fungível), que, uma vez inadimplida, pode ser substituída pela decisão de jurisdição. Os precedentes da súmula deixam claro que a questão debatida e resolvida é, por assim dizer, processual¹⁴².

Em suma: mesmo sem a titularidade de um direito real, o promitente-comprador pode adjudicar o bem objeto do negócio, porque pode executar especificamente a *obligatio faciendi*.

141 Na verdade, o Supremo é que tinha passado ao largo da eficácia subrogativa da sentença quando assentou as súmulas nº 167 de 13/12/1963 (“*Não se aplica o regime do Decreto-Lei 58, de 10.12.1937, ao compromisso de compra e venda não inscrito no registro imobiliário, salvo se o promitente vendedor se obrigou a efetuar o registro*”) e nº 413 de 01/06/1964 (“*O compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais*”).

142 Os temas da promessa de compra e venda e da autonomia da posse também foram brindados pela – então – revolucionária súmula nº 84/STJ (“*É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em Alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro*”) que foi de encontro à súmula nº 621/STF (“*Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis*”).

5. Um terceiro caminho: a obrigação de fazer e a técnica da coerção.

A evolução do sistema processual pauta a busca da máxima efetividade do processo, o que sugere poderem ser utilizadas, para a aquisição da propriedade em caso de inadimplemento do promitente-vendedor, as técnicas coercitivas que visam constranger, mediante atuação do Judiciário, o devedor a cumprir a obrigação de fazer.

A tutela jurisdicional vinca-se com um sistema integral de proteção aplicável a todas as prestações; este sistema protetivo oferece uma gama de medidas coercitivas que visam influenciar o devedor a cumprir o avençado. No que interesse aqui, abstraindo a questão da existência de título judicial ou extrajudicial no caso, o promitente-comprador pode se valer de uma série de instrumentos úteis para constranger o devedor, instrumentos que tentam atribuir a máxima eficácia à prestação jurisdicional. Este grande compromisso (dar a maior efetividade possível à tutela de direitos) aplica-se às prestações de fazer, não fazer e de entregar coisa.

No que toca às obrigações de fazer – na espécie, emitir declaração de vontade – autoriza-se o juiz, a requerimento da parte, de valer-se de uma série de medidas coercitivas em face do devedor renitente, como a cobrança de multa. É que a conversão de todas as prestações em perdas e danos – corolário de uma concepção um tanto quanto liberal do direito – acaba por negar a proteção ne-

cessária aos interesses das partes. O ponto de partida é: quem se obrigou, deve adimplir.

Por isso, o crédito deve ser satisfeito atribuindo-se ao credor exatamente aquilo que lhe foi prometido, de maneira que se busca antes o resultado prático equivalente (ao *facere*) e, somente em último caso, a indenização das perdas e danos¹⁴³:

“A doutrina contemporânea, todavia, evoluiu no sentido de se perseguir, sempre que possível, a execução específica, em favor da efetividade da relação obrigacional, em sua perspectiva dinâmica, funcionalizada aos interesses que o *vinculum iuris* pretende tutelar. Nesta direção parece superar-se, pouco a pouco, a ideia da inexequibilidade específica das obrigações de fazer e de não fazer, reforçando-se (não propriamente a posição do credor mas) o interesse merecedor de tutela veiculado por tais espécies de obrigações. (...).

...

Pode-se afirmar, portanto, que no sistema atual a regra é a tutela específica, a execução in natura, salvo se essa tutela se tornar impossível. Assim, nas obrigações de fazer o de não fazer pode e deve o juiz compelir o devedor a cumprir a obrigação mediante cominação de multa diária, que deverá incidir até o integral cumprimento da obrigação (...).¹⁴⁴

143 Gustavo TEPEDINO *et alli*. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. 1. Parte Geral e Obrigações. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 513.

144 Gustavo TEPEDINO *et alli*. *Código Civil Interpretado conforme a*

Esta tendência legislativa – chamada de execução indireta – é verificável no art. 84¹⁴⁵ do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11/09/1990) e é francamente assumida pelo Código de Processo Civil de 2016:

“**Art. 497.** Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. (...).

...

Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

...

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

Constituição da República. Vol. 1. Parte Geral e Obrigações. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 512-513.

145 “*Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.* § 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”.

§ 1º. Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Em síntese, o devedor recalcitrante pode sofrer medidas intimidadoras ou constrangedoras, colocadas à disposição do juízo, para que ele mesmo, devedor, faça o exato cumprimento do que comprometeu a fazer. Daí dizer-se que o credor tem mais um instrumento – agora coercitivo – para fazer valer o compromisso de compra e venda.

6. Fecho, com uma provocação.

Tudo indica que, agora, em matéria de inadimplemento de obrigação de fazer, a convolação em perdas e danos é a exceção: a regra é a execução específica, o exato cumprimento da obrigação descumprida.

Em relação ao compromisso de compra e venda de bens imóveis, o resultado pode ser atingido pela execução do direito real de aquisição (quando o contrato tiver sido registrado), pelas medidas sub-rogatórias (a sentença ocupa o lugar da declaração de vontade não emitida) e pelas medidas coercitivas (fixação de multa – ou outra medida adequada – até que o devedor cumpra o que prometeu).

As coisas, entanto, não são tão simples no que toca ao uso de medidas coercitivas. Considerando que **(a)** há previ-

são específica da tutela sub-rogatória e **(b)** a execução deve fazer-se pelo meio menos gravoso ao devedor, será possível a aplicação de medidas coercitivas – que encarecem, sob todos os pontos de vista – o cumprimento da prestação?

O artigo 805 do Código de Processo Civil formaliza o princípio da menor onerosidade da execução, nos seguintes termos:

“Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.”

Parece que a previsão específica do art. 805 do Código de Processo Civil afasta, no caso específico da obrigação de fazer consistente em emitir declaração de vontade, a incidência do art. 536. Afinal de contas, o credor (promitente-comprador) pode adjudicar a propriedade sem que seja necessário aplicar medida coercitiva (por exemplo, multa) sobre o devedor. Mesmo a existência de uma obrigação documentada (o contrato-promessa) parece não ser suficiente para que o credor ou o juiz façam esta opção.

Esta é a provocação que se coloca aos teóricos e aos práticos do direito. Bom estudo. Boa reflexão.

Referências

BUNAZAR, Maurício. *Do compromisso de compra e venda: uma estrutura naturalmente funcionalizada*. In: Mario Luiz DELGADO e Jones Figueiredo ALVES. *Novo Código Civil. Questões controvertidas. Direito das Coisas*. São Paulo: Método, 2008.

CATALAN, Marcos. *Reflexões acerca da eficácia da promessa de doação no direito brasileiro*. In: http://www.academia.edu/4712347/Reflex%C3%B5es_acerca_da_efic%C3%A1cia_da_promessa_de_doa%C3%A7%C3%A3o_no_direito_brasileiro. (acesso em 10/12/2016).

DAIBERT, Jefferson. *Dos contratos. Parte especial das obrigações*. 4º ed. Atualizado por Edson Aguiar de VASCONCELOS. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LOBO, Paulo, *Direito Civil. Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Embargos de terceiros à penhora. A questão da posse do promitente comprador*. In: *Textos de Direito Civil*. Curitiba: Juruá, 1998.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. IV. Direitos Reais. 18ª ed. rev. e atual. por

Carlos Edison do Rêgo MONTEIRO. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEPEDINO, Gustavo *et alli*. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. 1. Parte Geral e Obrigações. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BUSCA DA SOLUÇÃO CONSENSUAL E OS NOVOS RUMOS DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Inaiá Nogueira Queiroz Botelho

Advogada, graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2000). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Advogada em Curitiba atua nos ramos de Direito Tributário, Direito Societário, Direito Empresarial e Mediação e Arbitragem. Vice-Presidente da Comissão de Sociedade de Advogados da OAB-PR gestão 2016/2018.

1. Introdução

Consta do parágrafo 2º do artigo 3º do Novo Código de Processo Civil que “*o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos*”. Logo na sequência, o parágrafo 3º do mesmo artigo dispõe que “*a conciliação, a mediação e outros métodos de solução con-*

sensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Fomentar métodos consensuais não é necessariamente uma novidade no ordenamento jurídico nacional e para os operadores do direito. O Código Civil de 1973 já previa no inciso IV do artigo 125 que é dever o juiz “*tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes*”. O próprio rito do processo civil vigente prevê momentos específicos para busca da conciliação, como a audiência de conciliação (art. 277, CPC) e no início da audiência de instrução (art. 447, CPC).

Ressalte-se ainda que o antigo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, datado de 13/02/1995 já determinava em seu inciso VI do artigo 2º que é dever do advogado “*estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios*”, determinação que foi mantida no inciso VI do artigo 2º do novo Código de Ética e Disciplina publicado no dia 4/11/2015, tendo sido incluída a expressa menção de incentivo à mediação.

Não obstante a previsão legal, a conciliação sempre foi buscada timidamente e de forma quase que protocolar.

A brevidade como o tema é tratado no Código de Processo Civil de 1973 não impediu que o Poder Judiciário e o Poder Executivo, preocupados com o grande volume de processos judiciais, tomassem medidas de favorecimento da conciliação, como a Resolução 125 de 29/11/2010 do

Conselho Nacional de Justiça¹⁴⁶, a Estratégia Nacional de Não Judicialização – ENAJUD¹⁴⁷ e a Resolução 118 de 1/12/2014 do Conselho do Ministério Público, todas normativas de incentivo à adoção de métodos consensuais.

O sucesso dessas políticas públicas acabou por influenciar na redação do Novo Código de Processo Civil, que já na sua exposição de motivos deixa claro que a intenção é obter um processo judicial mais incluído no contexto social através de uma ênfase aos métodos autocompositivos, como a conciliação e a mediação:

Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.

No novo código a dinâmica processual foi alterada de forma significativa, tornando a audiência de conciliação ou mediação o primeiro ato do processo¹⁴⁸, inclusi-

146 Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, reconhece expressamente a conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios de redução da excessiva judicialização dos conflitos de interesses

147 Portaria Interinstitucional nº 1186 de 02/07/2014 do Ministério da Justiça.

148 De acordo com o artigo 334 do novo código, o réu será citado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação, sendo que o prazo

ve anterior à apresentação da contestação, denotando a evidente priorização da busca da solução consensual e a valorização da autocomposição¹⁴⁹ como instrumento de pacificação social. É criada a função estatal dos conciliadores e mediadores, elevados ao patamar de auxiliares da Justiça (art. 165 ao art.175, NCPC).

Evidencia-se, portanto, que no Novo Código de Processo Civil a busca da solução consensual dos conflitos ganha novos contornos, inaugurando um novo paradigma de acesso à justiça, conforme se verá adiante.

2. Da eleição da tutela jurisdicional como principal forma de resolução de conflitos e do quadro atual de congestionamento processual

O conflito é inerente à condição humana. Como relembra FÁBIO KONDER COMPARATO, em seu tratado sobre Ética, para HEGEL, “*não só o pensamento, mas toda a vida é uma tensão permanente entre elementos contraditórios*”. O conflito, na visão de HEGEL, seria “*o princípio de todo o movimento, de toda a vida e de toda a atividade na efetividade*”¹⁵⁰. A dialética,

para apresentação da contestação somente se iniciará caso não de não existir acordo, conforme regra do artigo 335 do CPC.

149 Autocomposição – Forma de resolução de conflitos em que a solução pacificadora é construída pelas próprias partes e não por um terceiro. Quando a solução do conflito é dada por um terceiro denomina-se de forma heterocompositiva. O exemplo mais comum de método heterocompositivo é a sentença judicial.

150 COMPARATO. Fábio Konder. Ética. Direito, moral e religião no mundo

assim entendida como a tensão entre posições antagônicas, é, portanto, a própria vida.

Segundo CARLOS EDUARDO VASCONCELOS o conflito não deve ser encarado de forma negativa, pois “é impossível uma relação interpessoal plenamente consensual” sendo que “*cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas*” e “*por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito, estará presente*”¹⁵¹.

Diante da inevitabilidade do conflito, não se pode conceber a paz social como a simples ausência de divergências¹⁵², mas sim, como o resultado do enfrentamento construtivo do conflito que possibilite uma convivência social sadia e marcada pela interação solidária e respeitosa entre as pessoas.

Como bem coloca PAULO BONAVIDES a “*concepção de paz no âmbito da normatividade jurídica configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais*”¹⁵³.

moderno. 2ª Edição. Editora Companhia das Letras. São Paulo. 2006. p. 309.

151 VASCONCELOS. Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. 3ª Edição. Editora Método. São Paulo. 2014. p. 21.

152 Segundo o dicionário Aurélio paz é a “1. Ausência de lutas, violência ou perturbações sociais, ou de conflitos entre pessoas. 2. Restabelecimento de relações amigáveis entre países beligerantes. 3. Sossego, serenidade.” FERREIRA. Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário da Língua Portuguesa. 8ª Edição. Editora Positivo. 2010.

153 BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malhei-

Durante muitos anos a administração da justiça e a pacificação foram feitas de forma particular, onde as pessoas faziam justiça pelas próprias razões (autotutela). Como relembra WAMBIER¹⁵⁴, paulatinamente, o exercício da autotutela foi sendo substituído pelo concurso de terceiros, desinteressados e imparciais, eleitos pelas partes e que interferiam na situação conflito para solucioná-la (arbitragem facultativa).

Foi somente com a evolução política e social da humanidade, especialmente com o Estado Democrático de Direito, que o monopólio da jurisdição passou a ser estatal¹⁵⁵. A lei dotou as pessoas de instrumentos importantíssimos para resolução dos conflitos e exercício de direitos, garantindo regras claras e não violentas para a aplicação da lei e construção da justiça e, conseqüentemente, da paz social. Foi através da construção legislativa de institutos processuais de defesa dos direitos individuais e coletivos que o conceito de paz foi equiparado ao de segurança jurídica.

E neste contexto, a Constituição Federal Brasileira de 1988 eleva as garantias processuais ao grau de direitos fundamentais, tais como, o direito ao julgamento pela autoridade competente (art. 5º, LIII), ao contraditório e ampla

ros.22ªEdição. São Paulo. 2008. p. 579 e 591.

154 WAMBIER. Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. Vol. 1. Teoria do processo e Processo de Conhecimento. 6ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2003. p.40.

155 GRECO FILHO .Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol.2 21ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2012. p.84.

defesa (art. 5º, LV), ao devido processo legal (art. 5º, LIV), dentre outros, todos esses corolários da segurança jurídica.

Para RAFAEL MENDONÇA, nessa busca pela segurança jurídica tentou-se criar uma “máquina jurídica” de resolver conflitos:

Na marcha histórica, em busca do ideal de segurança jurídica (ou comodidade, conforto psico-jurídico?), tentou-se criar uma ‘máquina jurídica’ que não gerasse problemas, fosse eterna, uma “Máquina Autônoma de Direito” (m.a.d.?), como, metaforicamente, numa máquina de lavar-roupas automática. Fantasia onde os usuários podem lá jogar suas ‘imundices’ e tratar de deixar que a engenhoca fizesse o trabalho (nessa máquina é o juiz aquele que lava a roupa suja). Para esse legado da ciência jurídica se criou a demanda de operadores hiperespecializados (da máquina de lavar), onde cada um, por seu papel, caberia melhor conhecer a área que pretende trabalhar (jus-mecânicos). A ‘Máquina Autônoma do Direito’ segue um caminho de simplificação na redução, descendo a minúcias abstratas e subjetivas até o ponto que não mais consegue retornar ao ponto inicial (o sujeito), perde a noção do todo, mas, se necessita, utiliza seu ‘senso comum teórico’ para ‘os casos que complicam’.¹⁵⁶

A questão é que essa “máquina de resolver conflitos” parece não estar mais funcionando de forma eficaz.

156 MENDONÇA, Rafael. (Trans) Modernidade e Mediação de Conflitos. Pensamento, devires e seus laços com um método de resolução de conflitos. Editora Habitus. Florianópolis. 2006. p. 69.

A estrutura judiciária brasileira não tem logrado êxito em dar vazão à enormidade de conflitos, de origens multifatoriais¹⁵⁷, que são diariamente judicializados.

Segundo informações divulgadas pelo Conselho Nacional de Justiça através do Relatório Justiça em Números¹⁵⁸ no ano 2014 os 90 tribunais brasileiros contavam com um total 99,7 milhões de processos. Atualmente o número de processos que ingressam é maior do que o número de processos que são baixados, o que significa que há um verdadeiro congestionamento processual. A taxa de congestionamento no ano de 2014 foi de 71,4%, o que significa que de cada 100 processos que tramitaram no ano de 2014, apenas 28,6 foram baixados no período.

Este verdadeiro “emperramento” da atividade jurisdicional compromete o acesso à justiça e à efetivação do princípio da garantia à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88), bem como contribui para a sensação de impunidade e coloca em descrédito o Poder Judiciário e todos os demais operadores do direito.

157 Não há como negar que humanidade passou por transformações significativas nos últimos anos, transmutando-se para uma sociedade complexa, plural, multicultural e marcada pela intersubjetividade. E toda essa evolução trouxe consigo um aumento no número de conflitos, assim como fez com que novos conflitos, antes inimagináveis, surgissem. Soma-se ainda a isso a maior concentração populacional, o que também contribuiu para o aumento do número de conflitos.

158 Relatório Justiça em Números do CNJ 2015 – Ano base 201: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>

3. O mito da sentença judicial como único instrumento de pacificação social – Do resgate dos métodos consensuais como forma de ampliar o acesso a justiça

De acordo com ALEXANDRE DE MORAES “*a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei ao caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses*”¹⁵⁹. Ou seja, o papel do Poder Judiciário é o de julgar e aplicar o direito, visando dirimir conflitos.

Trata-se de um modelo eminentemente heterocompositivo, onde um terceiro, no caso o Estado-Juiz, impõe através da sentença uma solução jurídica na intenção de acabar com o conflito e restabelecer a paz¹⁶⁰. A questão é: tem a sentença judicial cumprido a sua missão pacificadora?

Muito embora a transferência da legitimidade pela resolução de conflitos para o Estado tenha tornado mais civilizada a forma como as pessoas resolvem seus problemas e contribuído para a construção de uma sociedade mais justa, acabou também distanciando as pessoas da responsabilidade original pela resolução dos conflitos.

RAFAEL MENDONÇA chama a atenção para o distanciamento entre a sentença judicial e o resultado preten-

159 MORAES. Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª edição. Editora Atlas. São Paulo. 2008. p.498.

160 O ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de resolução do conflito pela via heterocompositiva privada, através do instituto da arbitragem, previsto na lei 9.307/96.

dido, no caso, a pacificação social, no que chamou de “Falácia Jurisdicional”:

Mas o que viria a ser essa pacificação? Tal questionamento se faz por decorrência do modo paradoxal utilizado pela jurisdição em busca da ‘paz’, tendo em vista que no sistema de jurisdição atual, as partes devem se enfrentar, defendendo o objeto litigado até que uma se renda ou venha a sucumbir, ou seja, um venha a ser derrotado. Pois bem, a derrota, infelizmente, no “mundo da vida”, gera no indivíduo a insatisfação pelo menos psíquica (sem contar somática), pois os desejos que tal indivíduo apresentava e que foram suplantados não vieram a ser elaborados, muitas vezes nem conhecidos, ficando reprimidos nas dimensões psíquicas.

Gera-se assim uma falácia jurisdicional, onde se faz acreditar, por uma cartilha processual, que se gera a ‘paz social’ em um sistema onde pelo menos metade dos interessados nas inter-relações conflituosas acaba saindo insatisfeito.¹⁶¹

A falibilidade da sentença judicial como instrumento pacificador também é abordada por ADA PELLEGRINI GRINOVER:

Revela, assim, o fundamento social das vias conciliativas, consistem na sua função de pacificação social. Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limite a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto, e que, na grande maioria

161 MENDONÇA. Rafael. (Trans) Modernidade e Mediação de Conflitos. Editora Habitus. 2006. Florianópolis. p. 93.

dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma-se insurgir-se com todos os meios na execução; e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide ideológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg.¹⁶²

E talvez, uma das causas da falibilidade da sentença como instrumento efetivo de pacificação resida no fato de que a linguagem jurídica processual acaba por transmutar o conflito, desconectando-o de sua motivação original.

Para VICENTE GRECO FILHO¹⁶³, o processo raramente trata do conflito de interesses existente entre as partes em sua totalidade, posto que, em regra, o objeto do processo não coincide necessariamente com o objeto do conflito.

Partindo-se da lógica de que a sentença é uma solução heterocompositiva, ou seja, dada por um terceiro, estranho e distante do conflito, parece muito mais lógico e até mais condizente com os objetivos de pacificação dar preferência aos métodos autocompositivos, que são aqueles em que a construção da solução pacificadora é feita pelas próprias partes envolvidas no conflito.

162 GRINOVER. Ada Pellegrini. WATANABE. Kazuo. LAGRASTA NETO. Caetano. Mediação e Gerenciamento do Processo. Revolução da Prestação Jurisdicional. Editora Atlas. 2008. São Paulo. p 3.

163 GRECO FILHO. Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol.2 21ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2012. p.85.

De acordo com LUIZ GUILHERME BITTENCOURT MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART os métodos consensuais permitem uma pacificação mais profunda, que transcende o plano jurídico e atinge também o plano sociológico:

Cabe lembrar que a conciliação permite que as causas mais agudas do conflito sejam consideradas e temperadas, viabilizando a eliminação do litígio não apenas na forma jurídica, mas também no plano sociológico, o que é muito importante para a efetiva pacificação social. Como alertou Mauro Cappelletti, a conciliação – ao contrário da decisão que declara uma parte “vencedora” e a outra “vencida” – oferece a possibilidade de que as causas mais profundas do litígio sejam examinadas, recuperando-se o relacionamento cordial entre os litigantes.¹⁶⁴

ANDRÉ GOMMA DE AZEVEDO relembra ainda a teoria de “substitutividade” da jurisdição proposta por CHIOVENDA, na medida em que a decisão de um terceiro (juiz ou árbitro) irá substituir a decisão das partes, as quais compete o dever primário de resolução do conflito, motivo pelo qual a tutela judicial deve ser vista como um recurso “alternativo”:

“Cabe registrar que, segundo a perspectiva tradicional de direito processual, a jurisdição é con-

164 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. (Curso de Processo Civil v. 2) 7ª ed. Editora RT. São Paulo, 2008.

siderada como “atividade secundária”, sendo definida, portanto, como poder estatal atribuído a uma determinada autoridade para aplicar a norma ao fato concreto, visando à composição de lides em razão da inexistência dessa resolução de controvérsia ter sido alcançada espontaneamente pelas partes. Assim, o dever principal ou primário de resolução de conflito é considerado como sendo das próprias partes – devendo o Estado intervir tão somente quando as partes não são bem sucedidas nesta atividade. Sob esta ótica da ‘substitutividade da jurisdição’ (CHIOVENDA, 2000, P. 17), pode-se afirmar que a principal forma de resolução de disputa é a negociação entre as partes e a forma “alternativa” seria a intervenção estatal por meio da jurisdição.”¹⁶⁵

Nesta mesma linha ROBERTO PORTUGAL BACELLAR em artigo intitulado “Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira” ressalta que “*a solução dos conflitos, primeiramente, deveria ser buscada diretamente pelos interessados e só excepcionalmente deveriam ser apresentadas divergências ao Poder Judiciário.*”¹⁶⁶

165 AZEVEDO. André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. *In* Mediação de Conflitos Novo paradigma de acesso à justiça. Coordenado por Luciane Moessa de Souza. 2ª Edição. Editora Essere nel Mondo. Santa Cruz do Sul. 2015. p. 18.

166 BACELLAR. Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e mediação na sociedade brasileira. *In* Mediação de Conflitos Novo paradigma de acesso à justiça. Coordenado por Luciane Moessa de Souza. 2ª Edição. Editora Esserenel Mondo. Santa Cruz do Sul. 2015. p. 80.

Os métodos consensuais, assim considerados como métodos autocompositivos, que incentivam a resolução do conflito pelas próprias partes através de técnicas não adversariais¹⁶⁷, têm como principal fundamento o resgate desta responsabilidade original pelo conflito e uma efetiva participação das partes na construção da solução pacificadora.

Da mesma forma, tem como fundamento a autonomia da vontade, sendo aplicável aos casos de conflitos envolvendo direitos disponíveis ou indisponíveis passíveis de transação¹⁶⁸, que correspondem a maior parte das demandas civis que hoje estão sendo objeto de discussão perante o Poder Judiciário.

Neste contexto, resgatar a responsabilidade original pela resolução do conflito e devolvê-la às partes, além de exercício de cidadania, é também um processo pedagógico, na medida em que torna as partes conscientes de suas respectivas responsabilidades, evitando a terceirização do conflito.

167 Entende-se por método não adversarial aquele em que as partes não são colocadas em situação de antagonismo. O binômio vencedor x perdedor é substituído pelo vencedor x vencedor, onde se busca a melhor alternativa de resolução em que todas as partes envolvidas na situação problema possam ser beneficiadas e saírem “vencedoras”.

168 Lei 13.140/2015 – Lei de Mediação:

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

4. Da conciliação e da mediação

Existem inúmeros métodos consensuais para resolução de conflitos, porém o Novo Código de Processo Civil concede especial ênfase à conciliação e à mediação, que são referidas em vários artigos.

Tanto a mediação como a conciliação são negociações assistidas, onde um terceiro, neutro e imparcial e sem função julgadora (mediador ou conciliador), intervém no conflito de forma a facilitar o diálogo e possibilitar às partes um ambiente comunicacional para a construção da solução pacificadora. A diferença entre esses dois institutos está na profundidade do enfrentamento das origens do conflito e na sua transformação.

Conforme conceito de CARLOS EDUARDO VASCONCELOS, “*mediação é método dialogal de solução ou transformação de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo.*”¹⁶⁹ A mediação não tem como foco principal a obtenção de um acordo, mas sim a transformação da relação com a desconstrução do conflito, proporcionando a construção de uma paz duradoura e que tenha reflexo para as futuras interações entre as partes. Justamente por isso faz um enfrentamento mais profundo da situação problema, suas origens e da dinâmica relacional entre as partes. É adequada

169 VASCONCELOS. Eduardo Carlos de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 3ª Edição. Editora Método. São Paulo. 2014. p. 54.

para resolver situações onde existe relação pré-existente ao conflito ou onde está continuará.

Já a conciliação tem uma abordagem mais superficial da situação problema, pois tem como principal objeto a obtenção de um acordo. Ela explora aspectos próprios do litígio, como culpa e juízo de valores envolvidos e, portanto, não tem como objetivo abordar questões relacionais afetas as partes. É recomendada para situações onde inexistente relação prévia entre as partes ou para os casos em que ela será provavelmente extinta após o fim do conflito. O conciliador, ao contrário do mediador, pode intervir de forma mais objetiva no conflito, inclusive sugerindo formas de acordo, o que não é permitido ao mediador.

A diferenciação entre os institutos valendo-se do critério da anterioridade da relação entre as partes está expressa nos parágrafos 2º e 3º do artigo 165 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior en-

tre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3o O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos

Apesar das diferenças entre os dois institutos, em ambos há uma participação direta do cidadão na construção da solução pacificadora.

E esta parece ser a intenção do novo diploma processual civil. Há uma nítida proposta de extensão da função jurisdicional, que deixa de ser eminentemente heterocompositiva, para incluir também a promoção da autocomposição, ampliando a participação do cidadão no processo de pacificação social e convertendo o processo em instrumento incluído no contexto social.

5. Da ampliação da participação do cidadão na atividade jurisdicional – Princípio da democracia participativa

Para PAULO BONAVIDES democracia é “*forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as*

questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo do poder legítimo".¹⁷⁰ Democracia, portanto, necessita de intervenção do povo.

Nos dizeres de CANOTILHO, o povo nas democracias atuais concebe-se como "*grandeza pluralística*", ou seja, "*como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de 'opiniões', 'vontades', 'correntes' ou 'sensibilidades' políticas nos momentos preconstituintes e nos procedimentos constituintes*"¹⁷¹. Só o "*povo real*" – concebido como comunidade de sujeitos constituintes que entre si "*contratualizam*", "*pactuum*" tem poder de disposição e conformação da ordem político-social. Justamente por isso "*o princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática de democracia*" sendo, portanto, um processo dinâmico, "*inerente de uma sociedade aberta e activa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político...*"¹⁷²

170 BONAVIDES, Paulo. A Constituição aberta. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 13.

171 CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Edição. Editora Almedina. Coimbra. Portugal. p. 76.

172 CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Edição. Editora Almedina. Coimbra. Portugal. p. 289.

Compreender a democracia em sua concepção dinâmica implica em reconhecer a necessidade de instrumentos que possibilitem de forma eficaz a participação do cidadão na construção das decisões que impactem na sociedade, especialmente nas que atinjam diretamente à sua esfera de direitos.

Neste contexto, convidar o cidadão, no curso do processo judicial, a participar diretamente da construção da solução pacificadora do conflito em que está envolvido, é uma forma de exercício de cidadania decorrente do princípio democrático, na medida em que possibilita uma participação direta na construção da paz social.

O princípio participativo, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, *“caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania a formação dos atos de governo”*¹⁷³.

Segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER o princípio participativo é um dos principais fundamentos do que a mesma chama de Justiça Conciliativa, pois há uma verdadeira participação popular na administração da justiça:

Com a manifestação da crise e comprovada insuficiência das estruturas políticas, econômicas e sociais, as instâncias de participação propuseram uma alternativa ao poder único do Estado, ou seja, ao poder exercido por poucos, ainda que em nome de todos. E acentuaram a necessidade

173 SILVA. José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª Edição. Editora Malheiros. São Paulo. 2010. p.141.

de submeter a delegação das vontades a efetivos controles populares.

Nasceu, assim, o princípio participativo, cujo núcleo se desdobra em dois momentos principais: o primeiro, consistente na intervenção na hora da decisão; o segundo, atinente ao controle sobre exercício do poder.¹⁷⁴

GRINOVER ainda ressalta que o princípio participativo exerce influência na atividade jurisdicional e, conseqüentemente, na construção do direito, posto que é evidente a intervenção de não operadores do direito, numa verdadeira intervenção popular na administração da justiça.¹⁷⁵

Também encontra amparo no princípio da autonomia da vontade, na medida em que possibilita que se busque de forma autônoma e sem a intervenção do Estado a solução pacificadora. Trata-se de um reconhecimento da legitimidade e responsabilidade do cidadão, enquanto sujeito de direitos e obrigações, pela condução de sua vida e pelos resultados de seus atos.

Da mesma forma entende o professor argentino e radicado no Brasil, LUIS ALBERTO WARAT, um dos mais célebres defensores da mediação como uma cultura de paz

174 GRINOVER. Ada Pellegrini. WATANABE. Kazuo. LAGRASTA NETO. Caetano. Mediação e Gerenciamento do Processo: revolução na prestação jurisdicional. Editora Atlas. São Paulo. 2007. p. 4.

175 GRINOVER. Ada Pellegrini. WATANABE. Kazuo. LAGRASTA NETO. Caetano. Mediação e Gerenciamento do Processo. Revolução da Prestação Jurisdicional. Editora Atlas. 2008. São Paulo. p 3.

social. Para WARAT a mediação é a melhor forma de realização da autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos, pois “*as práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício de cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de terceiros...*”¹⁷⁶.

Portanto, buscar a solução consensual, colocando à disposição das partes em litígio uma estrutura material e pessoal que possibilite o diálogo e a construção de uma composição, é uma forma de ampliação da participação do cidadão no processo jurisdicional, numa verdadeira efetivação do princípio participativo democrático.

6. Da busca da solução consensual no regime do Novo Código de Processo Civil – Priorização da auto-composição como instrumento de pacificação social

Consta do preâmbulo da Constituição Federal, dentre os valores supremos da sociedade brasileira, “*a solução pacífica das controvérsias...*” bem como o desenvolvimento de uma “*sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*”¹⁷⁷. O processo judicial brasileiro é um meio pacífico

176 WARAT. Luis Alberto. Surfando na Pororoca: O Ofício do Mediador. Editora Fundação Boiteux. Florianópolis. 2004. p. 66.

177 Como já decidiu o STF no julgamento da ADI 2.076 (Relator Ministro Carlos Velloso. DJ 08-08-2003) os dizeres do preâmbulo não se situam no âmbito jurídico, mas no domínio político, refletindo a posição ideológica do constituinte. Justamente por isso, contém forte carga axiológica.

para resolução de controvérsias, porém, não tem conseguido atingir a pacificação pela via exclusiva da atuação jurisdicional heterocompositiva.

Como já colocado, tanto na exposição de motivos como no artigo 3º do Novo Código de Processo Civil¹⁷⁸, está claro que a busca pela solução consensual é um dos pilares da nova ordem jurídica processual.

Enquanto no Código de 1973 a busca da conciliação era apenas uma competência do juiz (art. 125, IV), no novo regime processual é um dever, não apenas do juiz, mas também dos advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, conforme parágrafo 3º do artigo 3º.

O valor paz social, tutelado constitucionalmente e fim mediato da atuação jurisdicional, passa a ser priorizado pela via do consenso, sendo a sentença o recurso residual, aplicável apenas para os casos onde a solução consensual não for alcançada ou não for possível, como ocorre nos casos onde o direito em debate não admite transação¹⁷⁹.

178 *Art. 3o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.*

§ 1o É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2o O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

179 Como já esclarecido em momento anterior, nem todo litígio pode ser submetido à conciliação e à mediação. Somente os que envolvem direitos disponíveis e os indisponíveis passíveis de transação podem ser subme-

O rito do processo foi substancialmente alterado, a fim de priorizar a solução consensual. De acordo com o artigo 334 do novo código “*o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência*” e o prazo para contestação, nos casos em que as partes optarem pela realização da audiência, somente comerá a fluir “*da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver auto-composição;*” (art. 335, I, NCPC)

Pelo novo rito processual, antes de partir para a solução heterocompositiva (sentença), toda a estrutura do Poder Judiciário deve conceder às partes oportunidades efetivas e concretas para a construção de uma solução autocompositiva.

E o novo diploma processual vai além, posto que não basta a simples realização das audiências para atendimento do comando de priorização da busca da solução consensual. O poder Judiciário deve disponibilizar ainda toda uma estrutura material e pessoal para que haja uma efetiva oportunidade de autocomposição.

tidos à conciliação ou à mediação – Vide artigo 3º da Lei de Mediação (13.140/2015).

Logo no artigo 165¹⁸⁰ do novo código há uma determinação expressa para que os Tribunais criem centros judiciários de solução consensual de conflitos, que serão responsáveis pela realização das audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento das práticas de estímulo a autocomposição.

O Novo Código de Processo Civil trata a conciliação e a mediação como uma autêntica função estatal-jurisdicional, inclusive prevendo que serão informadas pelos princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade e informalidade, conforme artigo 166¹⁸¹. Há inclusive, previsão de aplicação de técnicas negociais e indicação de requisitos mínimos de formação do profissional conciliador e mediador

180 Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

181 Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1o A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2o Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3o Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4o A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

que serão fixados pelo CNJ, conforme §3 do artigo 166¹⁸².

Os conciliadores e mediadores foram elevados à condição de auxiliares do juízo (art. 139, V e art. 149), bem como há previsão de critérios de remuneração destes profissionais (art. 169), que poderão, inclusive, ser selecionados pela via do concurso público (art. 167, §6º) numa evidente valorização da atividade¹⁸³.

A importância dada pelo legislador à busca pela solução consensual no novo diploma processual erigiu a mesma a condição de função da atuação jurisdicional e resgata valores democráticos relevantes como a autonomia da vontade e a participação popular, inaugurando uma nova dinâmica processual de resolução de conflitos.

7. Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que as normas contidas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 3º do Novo Código de Processo Civil, interpretadas no contexto democrático constitucional vigente e em consonância com as demais regras criadas pelo novo código, elegem a solução consensual/autocompositiva como um dos objetivos da atuação jurisdicional.

182 No dia 24/6/2015 foi instituído pela Portaria 64 do CNJ o grupo de trabalho que fixará os parâmetros curriculares para formação de mediadores.

183 Convém relembrar que o Código de Processo Civil vigente a conciliação era uma iniciativa do juiz e não há previsão de auxílio de profissionais para essa atuação. Na prática as tentativas de conciliação eram realizadas de forma protocolar e não profissional.

Diferentemente do Código de Processo Civil vigente, que trata a solução consensual como uma possibilidade, o Novo Código trata a solução consensual como uma prioridade. A solução heterocompositiva (sentença) somente será buscada se não houver autocomposição, que deve ser priorizada, por se configurar num método mais adequado e efetivo de pacificação.

E mais do que uma forma de diminuir a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário e dar celeridade ao andamento dos processos, a solução consensual proporciona uma maior participação da sociedade na atuação jurisdicional.

Trata-se de uma valorização do princípio participativo democrático e do princípio da autonomia da vontade, permitindo que as partes em conflito construam o caminho para a pacificação. Ao contrário da justiça imposta pela sentença, coloca-se em primeiro plano a justiça construída pelas partes.

A busca pela solução pacificadora tem ainda uma atuação pedagógica, na medida em que, ao incentivar a autocomposição, acaba resgatando a responsabilidade original pelo conflito e ensinando as partes a resolverem seus problemas de forma autônoma e sem intervenção de terceiros.

Não se trata de um desmerecimento ou diminuição da importância da função jurisdicional heterocompositiva. Ao contrário. Ela é de tal forma essencial à democracia e à estabilidade social que deve ser resguardada apenas para casos de maior relevância, envolvendo direitos indisponí-

veis ou situações de conflito que afetem a sociedade como um todo, bem como nos casos onde a composição não for possível entre as partes. Trata-se de uma verdadeira valorização da atuação dos juizes brasileiros e reconhecimento da enorme responsabilidade que hoje sobrecarrega o Poder Judiciário.

Sem dúvida, representa novos rumos para a atuação jurisdicional e um enorme desafio não apenas para a estrutura do Poder Judiciário, mas também para todos operadores do direito, que terão que se adaptar a uma nova dinâmica processual, que prioriza a solução consensual, lembrando que todos possuem o dever de estimulá-la, nos termos do parágrafo 3º artigo 3º do Novo Código de Processo Civil, especialmente os advogados, essenciais à administração da justiça (art. 133, CF/88), conforme disposição expressa do inciso VI, do artigo 2º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Se o fim buscado pela atuação jurisdicional é a paz social, todos os operadores do direito são agentes pacificadores e deverão priorizar a busca pela solução consensual, conforme determina o novo regime processual.

Finaliza-se o presente artigo citando as belas palavras de PAULO BONAVIDES, para quem vivemos novos tempos, onde *“a ética social da contemporaneidade cultiva a pedagogia da paz. Impulsionada do mais alto sentimento de humanismo, ela manda abençoar os pacificadores.”*¹⁸⁴

184 BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malhei-

Bibliografia

AZEVEDO. André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. *In* Mediação de Conflitos Novo paradigma de acesso à justiça. Coordenado por Luciane Moessa de Souza. 2ª Edição. Editora Esserenel Mondo. Santa Cruz do Sul. 2015.

BACELLAR. Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e mediação na sociedade brasileira. *In* Mediação de Conflitos Novo paradigma de acesso à justiça. Coordenado por Luciane Moessa de Souza. 2ª Edição. Editora Esserenel Mondo. Santa Cruz do Sul. 2015.

BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros. 22ª Edição. São Paulo. 2008.

CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Edição. Editora Almedina. Coimbra. Portugal.

COMPARATO. Fábio Konder. Ética. Direito, moral e religião no mundo moderno. 2ª Edição. Editora Companhia das Letras. São Paulo. 2006.

FERREIRA. Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário da Língua Portuguesa. 8ª Edição. Editora Positivo. 2010.

GRECO FILHO. Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol.2 21ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2012.

ros. 22ª Edição. São Paulo. 2008

GRINOVER. Ada Pellegrini. WATANABE. Kazuo. LAGRASTA NETO. Caetano. Mediação e Gerenciamento do Processo. Revolução da Prestação Jurisdicional. Editora Atlas. 2008. São Paulo.

MALHADAS JR. Marcos Júlio Olivé. FIORELLI. Maria da Rosa. FIORELLI. José Osmir. Mediação e Solução de Conflitos. Teoria e Prática. 1ª Edição. Editora Atlas S/A. São Paulo. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. (Curso de Processo Civil v. 2) 7ª ed. Editora RT. São Paulo. 2008.

MENDONÇA. Rafael. (Trans) Modernidade e Mediação de Conflitos. Pensamento, devires e seus laços com um método de resolução de conflitos. Editora Habitus. Florianópolis. 2006.

MORAES. Alexandre de. Direito Constitucional. 23ª edição. Editora Atlas. São Paulo. 2008.

SILVA. José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª Edição. Editora Malheiros. São Paulo. 2010.

VACONCELOS. Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. 3ª Edição. Editora Método. São Paulo. 2014.

WAMBIER. Luiz Rodrigues. Curso Avançado de Processo Civil. Vol. 1. Teoria do processo e Processo de Conhecimento. 6ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2003.

WARAT. Luis Alberto. Surfando na Pororoca: O Ofício do Mediador. Editora Fundação Boiteux. Florianópolis. 2004.

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO TRIBUTÁRIO: REFLEXOS DECORRENTES DO NOVO CPC

Artur Barbosa da Silveira

Advogado. Procurador do Estado de São Paulo. Ex-Advogado da União. Ex-Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Pós graduação em Direito Público pela Faculdade Projeção, de Brasília/DF, em Direito Processual Civil pela UNIMESP de Guarulhos/SP e em Direito Tributário pela Universidade Estácio/SP. Palestrante, autor de livros e de artigos jurídicos.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo explorar, sob o prisma da doutrina e da jurisprudência, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, mormente em relação aos reflexos do novo Código de Processo Civil no direito tributário e no processo tributário-fiscal. Desse modo, analisaremos criticamente os dispositivos pertinentes da legislação tributária, em especial o Código Tributá-

rio Nacional, a Lei de Execuções Fiscais e também o novo Diploma processual civil que estabeleceu, de forma inédita na legislação, o procedimento a ser adotado pelo juiz no caso de pedido de descon sideração, além de prever a possibilidade de descon sideração inversa da personalidade jurídica, tema que até então havia sido enfrentando apenas no campo jurisprudencial.

Palavras-chave: Descon sideração. Personalidade. Jurídica. Direito. Tributário.

Abstract: This article aims to explore, in the light of the doctrine and jurisprudence, the disregard of the Institute of legal personality, especially in relation to the consequences of the new Civil Procedure Code in tax law and tax - tax process. Thus, critically analyze the relevant provisions of the tax law, in particular the National Tax Code, the Law of Fiscal Executions and also the new civil procedure Diploma established in an unprecedented way in the legislation , the procedure to be adopted by the judge in the case request disregard , in addition to providing the possibility of reverse piercing the corporate veil, a subject that until then had been facing only jurisprudential field.

Keywords: Disregard. Personality. Legal. Right. Tax.

Sumário: Introdução. 1- A aplicação da teoria da descon sideração da personalidade jurídica no direito tributário: aspectos doutrinários e jurisprudenciais. 2- A problemática envolvendo o artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional. 3- A descon sideração da

personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil. 4- Reflexos dos artigos 133 a 137 do novo Código de Processo Civil no processo tributário-fiscal. Conclusão. Referências bibliográficas.

Summary: Introduction. 1- The application of the theory of piercing the corporate veil in tax law: doctrinal and jurisprudential aspects. 2- The problem involving Article 116, sole paragraph, of the National Tax Code. 3. Disregard of legal personality in the new Civil Procedure Code. 4- Reflections of articles 133-137 of the new Code of Civil Procedure in the tax - tax process. Conclusion. References.

1. Introdução

A constituição de uma pessoa jurídica é ato humano volitivo, praticado mediante a observância de determinados requisitos formais, tal como o arquivamento dos seus atos constitutivos no registro público.

A partir da sua constituição, a pessoa jurídica de responsabilidade limitada passa a existir e a revestir-se de autonomia garantida pela lei, adquirindo patrimônio próprio e distinto do dos seus criadores, havendo, como decorrência, a separação do patrimônio social e a limitação da responsabilidade dos sócios nos atos e contratos praticados e celebrados com terceiros.

No entanto, frequentemente, as garantias atribuídas pela lei às pessoas jurídicas de responsabilidade limitada são mal utilizadas por indivíduos que, aproveitando-se da autonomia patrimonial e da limitação da responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade, passam a praticar, em próprio proveito, atos fraudulentos.

Surge, então, inicialmente nos campos doutrinário e jurisprudencial, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*), ou teoria da penetração, por meio do qual, em determinadas situações, a requerimento da parte interessada ou do Ministério Público, o magistrado pode desconsiderar as garantias de autonomia patrimonial e de limitação da responsabilidade social, imputando aos sócios o ônus pelos atos praticados com dolo ou fraude em nome da sociedade de responsabilidade limitada.

Atualmente, tal instituto possui previsão expressa em diversos diplomas pátrios, tais como o Código de Defesa do Consumidor, a lei Antitruste, a lei dos Crimes Ambientais, o Código Civil e, atualmente, o novo Código de Processo Civil, que regulamentou, de maneira percuciente, o processamento do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, prevendo ainda, de forma inédita na legislação, a desconsideração inversa da personalidade jurídica.

A doutrina discute a aplicação da novel legislação processual civil nos campos do direito tributário e do processo tributário, especialmente na execução fiscal, apresentando argumentos contrários, ligados principalmente à natureza

peculiar do crédito tributário, e argumentos favoráveis, relacionados à observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A importância do assunto é manifesta, uma vez que o novo diploma processual civil irradiou seus efeitos para diversos ramos do direito, dentre eles o direito tributário e o processo tributário, não havendo ainda jurisprudência firmada sobre o tema, sendo plenamente justificável, pois, o estudo em tela.

Desse modo, o presente trabalho explorará o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, analisando os reflexos do novo Código de Processo Civil no direito tributário e no processo tributário-fiscal, tudo isso à luz da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

2. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário: aspectos doutrinários e jurisprudenciais

No passado, a incidência da teoria da penetração no direito tributário gerou diversos questionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Para alguns autores, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário, anteriormente à edição do Código Civil de 2002, era inviável, ante a ausência de norma jurídica expressamente autorizadora, ou seja, para tais doutrinadores, no direito tributário, só seria possível a desconsideração mediante ex-

pressa previsão legal, até então inexistente. A propósito, o posicionamento de JUSTEN FILHO (1987, p. 110):

“O silêncio normativo não impede a aplicação da teoria do superamento da personalidade jurídica societária, no campo do direito privado. Contrariamente se passa no tocante ao direito tributário. E é assim porque a natureza e o objeto da regulação das normas tributárias e do direito privado se confundem”.¹⁸⁵

No ponto, cumpre ainda citarmos o entendimento minoritário de que a desconsideração da personalidade jurídica faz parte do campo da teoria geral do direito, sendo possível a sua aplicação independentemente de previsão legal, conforme as ideias contidas no excerto abaixo, da autoria de SILVA (2007, p. 212):

“A natureza desta não consideração da personalidade jurídica deriva do abuso do direito subjetivo à personalidade jurídica, sendo correto afirmar que a categoria geral do abuso de direito pertence à Teoria Geral do Direito, e é aplicável a todos os ramos do ordenamento jurídico, como um todo harmônico, num intenso diálogo de complementaridade que satisfaz a perspectiva da tão desejada unidade sistêmica”.¹⁸⁶

185 JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da Personalidade Jurídica Societária no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 110.

186 SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário. São Paulo: Quartier Lantin, 2007, p. 212.

Já para diversos doutrinadores e magistrados, inclusive de Tribunais Superiores, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário já era plenamente admitida mesmo anteriormente ao novo Código Civil, à luz dos artigos 134, 135 e 149, VII, do Código Tributário Nacional.

Assim, em muitos julgados – inclusive atuais -, a teoria em referência é fundamentada apenas no Código Tributário Nacional, conforme as seguintes ementas do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - INOCORRÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO - VÍNCULO FAMILIAR - DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA.

1. As hipóteses de configuração de litisconsórcio necessário estão no artigo 47 do CPC, o qual exige a imposição de lei, ou a existência de vínculo natural, pela natureza da relação jurídica.

2. A base fática da demanda descarta a existência de liame entre os litisconsortes, de relevância para o desfecho da causa, sendo certo que o fato de pertencerem os litisconsortes a uma só família não os coloca na mesma relação jurídica discutida nos autos.

3. Examinada a lei aplicável à espécie, o CTN, o primeiro diploma do direito pátrio a consagrar a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, não se encontra, nas hipóteses do artigo 134 do CTN, determinação legislativa justificadora do litisconsórcio.

4. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 436012 / RS, 2ª Turma, relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 17/06/2004, publicado no DJe de 27/09/2004)”.

“TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. REDIRECIONAMENTO PARA OS SÓCIOS-GERENTES. SÓCIO QUE NÃO EXERCIA PODERES DE GESTÃO À ÉPOCA DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA. REVISÃO DAS PREMISSAS DO ARESTO RECORRIDO. ÓBICE NA SÚMULA N. 7/STJ.

1. A desconsideração da personalidade jurídica, com a conseqüente invasão no patrimônio dos sócios para fins de satisfação de débitos da empresa, é medida de caráter excepcional, sendo apenas admitida nas hipóteses expressamente previstas no art. 135 do CTN ou nos casos de dissolução irregular da empresa, que nada mais é que infração à lei.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, não é possível o redirecionamento da execução fiscal em relação a sócio que não integrava a sociedade à época da dissolução irregular da empresa executada.

3. O ora recorrido não exercia poderes de gestão à época da dissolução irregular da empresa. Logo, no presente caso, não é cabível o redirecionamento da execução fiscal. A revisão das premissas fáticas do acórdão recorrido, além de escapar da função constitucional deste Tribunal, encontra óbice na Súmula 7 do STJ, cuja incidência é inquestionável no caso sob exame.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1534236 / PE, relator Ministro Humberto Martins, julgado em 18/08/2015, publicado no DJe de 25/08/2015)”.
O entendimento acima sempre sofreu diversas críticas, uma vez que os artigos 134 e 135, combinados com o artigo 149, VII, do Código Tributário Nacional, não traziam consigo os elementos essenciais da teoria da penetração, prevendo, ao invés disso, a responsabilidade direta e imediata do gerente ou administrador da sociedade que aja contrariamente à lei, estatuto, contrato social ou com excesso de poder, o que dispensaria a figura da desconsideração da personalidade jurídica.

Conforme as lições do professor AMARO (1993, p. 74):

“O Código Tributário Nacional (CTN) prevê, no art. 135, situações em que, por abuso do representante legal da pessoa jurídica, ele é pessoalmente responsabilizado por obrigações tributárias que, formalmente, seriam da empresa. Exemplos de responsabilidade subsidiária são dados pelos arts. 133, II, e 134.

(...)

Portanto, quando a lei cuida de responsabilidade solidária, ou subsidiária, ou pessoal dos sócios, por obrigações da pessoa jurídica, ou quando ela proíbe que certas operações, vedadas aos sócios, sejam praticadas pela pessoa jurídica, não é preciso desconsiderar a empresa, para imputar as obrigações

aos sócios, pois, mesmo considerada a pessoa jurídica, a implicação ou responsabilidade do sócio já decorre de preceito legal¹⁸⁷.

A verdade é que, a despeito das diversas críticas doutrinárias, a jurisprudência, mormente do Superior Tribunal de Justiça, até hoje, vem utilizando isoladamente os referidos artigos do Código Tributário Nacional para amparar decisões envolvendo desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito tributário.

Com a edição do Código Civil de 2002, especificamente da previsão expressa do seu artigo 50, a discussão acima foi, em parte, deixada de lado, pois muitas vezes, na doutrina e na jurisprudência, se inclinaram no sentido da aplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária com fundamento no referido dispositivo, desde que observados estritamente os requisitos da lei material civil (abuso de personalidade, desvio de finalidade e confusão patrimonial).

Todavia, filiamo-nos ao entendimento de que, a despeito do advento do Código Civil em 2002, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária não pode se dar somente nas hipóteses previstas na lei civil, devendo ser também levadas em conta as peculiaridades que revestem o processo judicial tributário, bem como ser privilegiada a interpreta-

187 AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 20, n. 58, Julho/1993, p. 74.

ção sistemática do ordenamento jurídico nacional, à luz da Constituição Federal (principalmente dos artigos 5º, inciso XXIII e do artigo 170, inciso III), bem como do próprio Código Tributário Nacional, em especial do artigo 116, parágrafo único, e dos já referidos artigos 134, 135 e 149, inciso VII.

3. A problemática envolvendo o artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional

Outra discussão bastante relevante na doutrina refere-se ao parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional (criado pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001), cuja previsão é a seguinte:

“Art. 116, CTN: [...] Parágrafo único: A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”

Referido dispositivo legal foi objeto de diversas controvérsias doutrinárias e também impugnado por Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 2.446, de autoria da Confederação Nacional do Comércio), ainda pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, cujos fundamentos podem ser extraídos no parecer emitido pela Procuradoria Geral da República, que se manifestou no sentido da improcedência da ação:

“LC 104/2001. Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada em face do art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001, na parte em que acrescenta parágrafo único ao artigo 116 do CTN. Dispositivo que cria a possibilidade de autoridade administrativa desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária. Suposta violação aos princípios da legalidade; da tipicidade fechada; da certeza e segurança das relações jurídicas; e, da separação dos poderes. Parecer pela improcedência da ação. Data: 27/09/2004”¹⁸⁸

Já segundo doutrinadores de peso, tais como MACHADO (2009, p. 132) e MARTINS (2005, p. 511), tal norma jurídica é inconstitucional por dois fundamentos, assim resumidos: i) A norma em referência é antielisiva, ao vedar indevidamente a utilização do planejamento tributário pelas empresas (elisão fiscal), não sendo possível, em um Estado Democrático de Direito, a desconsideração, pelo Fisco, de negócios jurídicos lícitos; e ii) o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional é inaplicável, posto que ainda depende de regulamentação por lei ordinária.

Colocada a discussão sobre a constitucionalidade da norma acima, a questão controvertida envolvendo o dispositivo em comento em sede de desconsideração da perso-

188 Disponível na internet. <http://www.ibet.com.br/procuradoria-geral-da-republica-parecer-no-2737-na-adin-2446-9600-df-ic-1042001/>. Acesso em 14/04/2016.

nalidade jurídica é que, caso consideremos que se trate de uma norma antielisiva e, principalmente, caso a lei ordinária prevista na parte final do dispositivo não seja editada, o art. 116, parágrafo único, do CTN não poderia, em tese, servir de fundamento à aplicabilidade da teoria da penetração, em razão de sua inconstitucionalidade.

Entretanto, analisando o teor do dispositivo em comento, podemos concluir que, na realidade, a norma em questão não trata em nenhum momento de planejamento tributário (norma antielisiva), mas veda a prática de atos dissimulados, cuidando-se, na verdade, de uma norma antielusiva.

Ademais, a palavra “dissimulação” prevista na norma tributária em tela, carrega em si um conteúdo mais amplo, compreendendo tanto a repressão às práticas simulatórias quanto a fraude à lei e o abuso de direito, sendo necessária uma interpretação conjunta entre a previsão do parágrafo único do art. 116 do CTN e dos requisitos encontrados no art. 50 do Código Civil.

Assim, as disposições da lei civil que contém os requisitos ensejadores da *disregard doctrine* servem de complemento à norma tributária, estabelecendo os procedimentos a serem observados pela autoridade administrativa para a desconsideração da personalidade jurídica.

A respeito desse tema, importante transcrever a doutrina de TORRES e QUEIROZ (2005, p. 57-59), para os quais:

“A desconsideração da personalidade jurídica, para os fins de aplicação da legislação tributária,

poderá ser praticada tanto quando se esteja em presença de leis especiais quanto na hipótese de aplicação de uma regra geral que a autorize, à luz de determinados pressupostos. [...]

Tratando-se da aplicação de regra geral, para os fins de desconsideração da personalidade jurídica de sociedades, para os fins de aplicação de normas de direito tributário, cabe-nos falar um pouco da relação entre o novo art. 50, do Código Civil, e o parágrafo único, art. 116, do CTN.

Temos que este dispositivo, em termos formais, vai além das limitações e possibilidades do art. 50, do CC, na medida que excepciona a exigência de ordem judicial, e, por conseguinte, o próprio andamento de um processo judicial; bastando-se com o trâmite do processo administrativo típico, pelo qual a Autoridade Administrativa poderá providenciar os atos de desconsideração da personalidade jurídica, para os fins de alcançar os bens particulares dos administradores ou sócio da pessoa jurídica.

Contudo, quanto às condições materiais, por que o parágrafo único, do art. 116, do CTN, não estabelece qualquer pressuposto substantivo, estes, sim, há de ser limites aos quais as autoridades administrativas deverão atender. A carência de causa e o dolo não de ficar evidenciados na qualificação do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, segundo as teorias subjetivistas e objetivistas, respectivamente. Nesse sentir, confirma-se nossa proposta teórica quanto à exigência de identificação da ausência de causa como forma de justificar

a presença da elusão tributária. Este deve ser um pressuposto inafastável para o cabimento de qualquer mecanismo de sanção baseado em descon sideração de atos, negócios ou sociedades”.¹⁸⁹

Cumpr e ressaltar que, conforme a doutrina acima, enquanto o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional permite formalmente à autoridade fiscal desconsiderar atos, negócios e a própria personalidade jurídica no âmbito administrativo, independentemente de processo judicial, no aspecto material, a norma tributária depende do atendimento aos requisitos do artigo 50 do Código Civil atual para que seja autorizada a aplicação da *disregard of legal entity*.

Pelo exposto, concluímos que a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto compatível com a esfera tributária, observadas as peculiaridades atinentes a esse ramo do direito.

4. A desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil

Acerca da importância do novo Código de Processo Civil para o ordenamento jurídico processual, assim dis corremos em nossa doutrina:¹⁹⁰

189 TORRES, Helene Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe. Coordenadores. Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 57-59.

190 SILVEIRA, Artur Barbosa da. Inovações no Processo Civil Brasileiro - Comentários Tópicos à Lei 13.105/15. Editora Juruá. 1ª Edição.

“As sucessivas alterações promovidas por leis posteriores tornaram o CPC de 1973 uma verdadeira “colcha de retalhos”, sendo justificável a elaboração de uma nova legislação, mais condizente com a Constituição Federal de 1988, que, diga-se de passagem, também sofreu diversas modificações por meio de emendas.

Assim, nos termos da exposição de motivos do CPC de 2015, a atual legislação que rege a matéria necessitou de reforma mais profunda, visando, sobretudo, a celeridade do Poder Judiciário e a eliminação (ou pelo menos a redução) dos entraves processuais, possibilitando uma Justiça mais rápida e efetiva.

O CPC de 2015 foi fruto de um trabalho árduo da comissão de juristas responsáveis pela sua elaboração, no sentido de atender aos anseios da população, privilegiando a simplicidade, a celeridade e efetividade do processo e da ação processual, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, respeitando e aperfeiçoando, contudo, os direitos básicos das partes ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal”.

O novo Código de Processo Civil inovou por ser a primeira legislação processual brasileira a prever o procedimento da desconsideração da personalidade jurídica e da desconsideração inversa da personalidade jurídica, cuja instrumentalização material já estava contida em diversas leis (Código de Defesa do Consumidor, Lei de Crimes Am-

bientais, Lei Antitruste, Código Civil e Código Tributário Nacional), conforme referido anteriormente.

Desse modo, a novel legislação supriu uma antiga carência do ordenamento jurídico, que realmente padecia de uma legislação que regulamentasse especificamente o procedimento da *disregard doctrine*.

A regra do atual diploma processual civil, tal como na legislação anterior, continua sendo a da intangibilidade do patrimônio privado (conforme o artigo 795 do novo CPC), logo, a desconsideração da personalidade jurídica ainda é tratada como medida excepcional, a ser utilizada somente nas hipóteses expressamente previstas em lei (artigo 133, § 1º, do novo CPC).

O novo CPC trata da desconsideração da personalidade jurídica e da desconsideração inversa da personalidade jurídica nos artigos 133 a 137, como modalidades de intervenção de terceiros, sendo que ambas as hipóteses de desconsideração observarão o mesmo procedimento (artigo 133, § 2º, do novo CPC).

Nos termos do artigo 133, *caput*, o incidente será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir obrigatoriamente no processo (artigo 178 do novo CPC), não podendo ser instaurado de ofício, sendo cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial (art. 134, *caput*), inclusive no processo de fa-

lência, conforme o enunciado número 247 da “Carta de Vitória” (Fórum Permanente de Processualistas Civis): “aplica-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar”.¹⁹¹

No ponto, sobreleva ressaltar que, para MARINONI e MITIDIERO (2015, p. 208), caso o incidente seja instaurado no Tribunal, “a atribuição originária é do relator, embora de sua decisão caiba recurso de agravo interno para o colegiado (art. 136, parágrafo único, CPC)”.¹⁹²

A instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica suspenderá o processo (artigo 134, § 3º), salvo quando a desconsideração for requerida na petição inicial da ação, hipótese em que o processo não será suspenso e será citado o sócio ou a pessoa jurídica (artigo 134, § 2º).

O requerimento da desconsideração deverá ser devidamente fundamentado, com demonstração suficiente dos pressupostos de direito material, previstos no artigo 50 do Código Civil.

No caso de cumulação do pedido de desconsideração com outro(s) pedido(s), haverá litisconsórcio passivo facultativo, nos dizeres do enunciado número 125 da “Carta de

191 Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em 19/02/2016.

192 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio C.; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 208.

Vitória” (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis)¹⁹³:

“Há litisconsórcio passivo facultativo quando requerida a desconconsideração da personalidade jurídica, juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentemente no processo em curso”.

Requerida a desconconsideração (ou a desconconsideração inversa) da personalidade jurídica, o sócio ou a pessoa jurídica serão citados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestarem e requererem as provas cabíveis (artigo 135 do novo CPC).

Nota-se, na espécie, que o legislador se preocupou em respeitar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, inclusive nos casos de desconconsideração da personalidade jurídica.

Nada impede, entretanto, que o contraditório seja diferido, caso haja pedido expresso na petição inicial e sejam comprovados pelo autor os requisitos da tutela de urgência, conforme se extrai da exposição de motivos constante do anteprojeto do novo Código de Processo Civil:

“O novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco da eficácia do processo e de eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte

193 Op. Cit.

se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independente de periculum in mora, por não haver razão relevante à espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano”.¹⁹⁴

Na contestação, a impugnação da desconsideração deve ser específica, abrangendo todos os pontos da causa, conforme o enunciado nº 248 da “Carta de Vitória” (Fórum Permanente de Processualistas Civis)¹⁹⁵:

“Quando a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, incumbe ao sócio ou a pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconsideração, mas também os demais pontos da causa”.

Frise-se que o entendimento acima somente é aplicável caso o pedido de desconsideração for formulado no processo de conhecimento. Já se o pedido for formulado em sede de execução ou mesmo após o trânsito em julgado da sentença, o novo CPC silencia acerca das matérias que podem ser alegadas pelo réu.

Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido mediante decisão interlocutória, impugnável por agravo de instrumento (conforme o artigo 1015, IV, do novo

194 Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível na internet: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 23/02/2016.

195 Op. Cit.

CPC) ou via agravo interno, caso a decisão seja proferida por relator no Tribunal (artigos 136 e parágrafo único).

Resolvida a desconsideração da personalidade jurídica na sentença, caberá apelação, conforme previsão genérica no artigo 1009, § 3º, do CPC e específica no enunciado número 390 da “Carta de Vitória” (Fórum Permanente de Processualistas Civis)¹⁹⁶.

O artigo 137 do novo CPC, por sua vez, estabelece a regra de que o acolhimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica não implica a anulação do ato praticado, mas somente a declaração de sua ineficácia.

Relativamente ao procedimento para a defesa do sócio (no caso de desconsideração da personalidade jurídica) ou da sociedade (na hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica) em sede de execução, o novo Código de Processo Civil silenciou, divergindo a doutrina¹⁹⁷ se haverá litisconsórcio passivo ulterior ou se o sócio ou a sociedade deverão ser qualificados como terceiros na execução.

A importância do enfrentamento da questão está na forma de defesa que será utilizada no processo executivo: caso seja considerada a existência de litisconsórcio passivo ulterior, a defesa do sócio ou da sociedade na execução será

196 Op. Cit.

197 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. Cit., p. 147.

feita por meio de embargos do devedor (ou impugnação ao cumprimento da sentença); já na hipótese do sócio ou da sociedade serem considerados terceiros interessados, a defesa será feita mediante embargos de terceiro.

O Superior Tribunal de Justiça, à luz das disposições do Código de Processo Civil de 1973, já manifestou reiteradamente o entendimento de que a defesa do sócio (ou da sociedade) em sede de execução, na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, será feita mediante embargos do devedor (ou impugnação ao cumprimento de sentença, se for o caso), conforme o seguinte excerto de julgado:

“Havendo desconsideração da personalidade jurídica, os sócios passam a ser partes no processo de execução, pelo que se mostra cabível o oferecimento de embargos do devedor, e não de terceiros”.¹⁹⁸

Embora haja uma tendência de manutenção desse entendimento, resta saber se realmente tal posicionamento será mantido pelo STJ após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.

Por fim, embora a nova lei processual civil nada veja em relação à condenação em custas e honorários advocatícios no incidente da desconsideração da personalidade jurídica, tal fixação deverá ser plenamente possível no caso de indeferimento do incidente, com fundamento no

198 STJ, 5ª Turma, AgRg no AgRg no Ag 656172-SP, julgado em 04/10/2005, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Disponível em www.stj.gov.br. Acesso em 19/02/2016.

princípio da sucumbência, tipificado no artigo 85, *caput* e parágrafos do novo CPC.

5. Reflexos dos artigos 133 a 137 do novo Código de Processo Civil no processo tributário-fiscal

Inicialmente, acerca da aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil, o artigo 15 da Lei n. 13.105 de 2015 dispõe que, “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Por sua vez, o artigo 108, *caput*, incisos e parágrafos, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), assim dispõe, *in verbis*:

“Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.”

Já a Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980), prevê, em seu artigo 1º, que “a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil”.

Analisando as normas acima, vemos que a legislação pátria, além de não vedar a aplicação do Código de Processo Civil ao processo tributário-fiscal, admite expressamente a utilização da lei processual civil caso não haja normatização própria sobre o tema.

Pois bem.

Sabe-se que, no sistema processual tributário atual, não há previsão de mecanismos que efetivamente assegurem ao devedor uma defesa prévia em sede de execução fiscal, havendo resistência da magistratura na aceitação da exceção de pré-executividade como meio próprio de defesa, tendo em conta a impossibilidade, nessa via, de dilação probatória.

Ressalte-se que, para quase a unanimidade da doutrina e da jurisprudência, a exceção de pré-executividade possui natureza jurídica de mero incidente processual, não sendo possível, no seu bojo, a discussão de todas as matérias arguíveis em sede de embargos, mas somente aquelas de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo juiz.

Nos termos do enunciado da Súmula nº 393 do STJ, “a exceção de pré-executividade é admissível na execução

fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”.

A propósito, ainda, as lições de MONTENEGRO FILHO (2012, p. 500):

“De acordo com o posicionamento quase unânime da doutrina e da jurisprudência, entendemos que a exceção de pré-executividade é incidente processual (assim como a impugnação ao valor da causa, a exceção de incompetência relativa, o incidente de falsidade documental etc.), processando-se não no interior da execução, mas em instrumento apartado, sendo a decisão que põe fim ao incidente prejudicial em relação à demanda executiva, pela só razão de poder acarretar a sua extinção sem a satisfação do crédito reclamado pelo exequente, que se autointitulou credor”.¹⁹⁹

À luz das ideias expostas acima, concluímos que, em havendo pedido de descon sideração da personalidade jurídica no bojo de uma execução fiscal, a defesa formulada pelo devedor, por ensejar, na grande maioria das vezes, discussão de matéria fático-probatória, não poderá ser suscitada pela via da exceção de pré-executividade, mas somente mediante a oposição de embargos à execução.

É óbvio que, caso a defesa do devedor se refira unicamente a argumentos ligados à ilegitimidade passiva, ocorrência de prescrição, dentre outras matérias que não ense-

199 MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil: Teoria geral dos recursos, Recursos em espécie e Processo de execução. São Paulo: editora Atlas: 2012, p. 500.

jarium o aprofundamento no contexto fático-probatório, a melhor opção é o manejo da exceção de pré-executividade.

Por consequência, constata-se que, no processo tributário-fiscal atual, as empresas submetidas ao crivo de uma execução fiscal com pedido cumulativo de descon sideração da personalidade jurídica, muitas vezes, necessitam aguardar longos anos até a apreciação dos seus embargos à execução, sujeitando-se a medidas constritivas, tais como penhora online de ativos financeiros, necessidade de oferecimento de bens para a garantia do débito, penhora de faturamento, inscrição em cadastros de inadimplentes, dentre outros, em detrimento das garantias fundamentais do prévio contraditório e da ampla defesa.

Com o advento das disposições contidas no novo CPC, observamos que o novel legislador corrigiu um antigo problema no sistema processual brasileiro, tendo em conta que, a partir da sua vigência, o magistrado, antes de decidir acerca da descon sideração da personalidade jurídica, deverá oportunizar às partes o contraditório e a ampla defesa.

A questão que surge é a seguinte: o novo procedimento da Lei nº 13.105/2015, atinente à descon sideração da personalidade jurídica, é aplicável ao contencioso tributário-fiscal, em especial à execução fiscal, mormente levando-se em conta a ausência de vedação legal, a previsão do artigo 1º da Lei de Execuções Fiscais e a maior garantia ao contraditório e à ampla defesa trazida pelo novo diploma processual civil?

Na realidade, embora, em um primeiro momento, a possibilidade da incidência do novo CPC ao contencioso tributário fiscal fosse uma resposta óbvia, não se olvida a existência de diversos argumentos robustos contrários à referida aplicação, conforme abaixo se verá:

O primeiro argumento contrário é o de que a responsabilidade tributária prevista no CTN diz respeito ao redirecionamento da execução fiscal, que, na essência, se diferenciaria do instituto da desconsideração da personalidade jurídica previsto na lei civil.

No ponto, veja-se o artigo 135, III, do Código Tributário Nacional se refere à responsabilidade pessoal os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, havendo, nessa hipótese, ilegitimidade passiva da empresa para figurar na execução fiscal, ensejando, conseqüentemente, o redirecionamento do feito para os responsáveis tributários, sem necessidade de desconsideração da personalidade jurídica.

Por seu turno, o artigo 50 do Código Civil atual não estabelece a ilegitimidade passiva da empresa, tampouco a responsabilidade pessoal dos sócios pelos atos praticados, mas apenas declara a ineficácia desses atos, no caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, determinando que os efeitos de certas e determinadas relações de obriga-

ções sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Dessa forma, a situação colocada poderia levar-nos à conclusão de que as disposições dos artigos 135, III, do Código Tributário Nacional e 50 do Código Civil, por serem incompatíveis, impossibilitariam a aplicação do novel diploma processual civil ao processo tributário-fiscal.

No mesmo sentido, citamos os seguintes enunciados aprovados em dois seminários promovidos pela ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), a tratar especificamente do tema em análise:

“Enunciado nº 6: “A responsabilidade tributária regulada no art. 135 do CTN não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133 do CPC/2015”.²⁰⁰

“Enunciado nº 53: “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015”.²⁰¹

Tal argumentação, contrária à aplicação do novo CPC às execuções fiscais, contudo, não procede prag-

200 Seminário “Os impactos do novo Código de Processo Civil na Execução Fiscal”. Disponível em <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/10/enunciadosforexec2015.pdf>. Acesso em 20/02/2016.

201 Seminário “O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil”. Disponível em <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em 20/02/2016.

maticamente, uma vez que a responsabilidade tributária pessoal dos sócios, prevista no Código Tributário Nacional, constitui apenas uma das espécies do gênero “desconsideração da personalidade jurídica” previsto no Código Civil, não havendo incompatibilidade, mas complementação entre os institutos do redirecionamento da execução fiscal e da desconsideração da personalidade jurídica.

Ademais, como já visto, são inúmeros os precedentes jurisprudenciais decidindo incidentes de desconsideração da personalidade jurídica com fulcro no Código Tributário Nacional, não sendo possível fechar os olhos para tal realidade que se coloca.

O segundo argumento contrário é que o artigo 1º da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais) prescreve que a execução fiscal será regida subsidiariamente pelo Código de Processo Civil, ou seja, somente na ausência de previsão na lei tributária é que as regras atinentes ao CPC seriam aplicáveis.

Para os defensores dessa tese, haveria previsão expressa na lei tributária a regular o procedimento da desconsideração da personalidade jurídica, a exemplo da disposição contida no artigo 185 do Código Tributário Nacional: “Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa”.

Do mesmo modo, referido argumento não merece subsistir, visto que, embora a legislação tributária trate da desconsideração da personalidade jurídica no seu aspecto material, ela é omissa no tocante ao procedimento do incidente, o que justifica a aplicação das regras contidas no novo Código de Processo Civil, de forma subsidiária, pelo menos enquanto não houver uma legislação própria na seara tributária tratando do assunto.

O terceiro argumento contrário à aplicação do novo CPC à execução fiscal é que a inovação dos artigos 133 a 137 provocará um aumento de atos e de incidentes processuais, ensejando, por consequência, uma excessiva quantidade do número de execuções fiscais em tramitação no Poder Judiciário, com violação ao princípio constitucional da razoável duração do processo.²⁰²

A mencionada argumentação contrária também não merece prosperar, porquanto o eventual aumento do número de atos, incidentes e feitos processuais não pode servir de pretexto para justificar a violação de princípios constitucionais fundamentais do cidadão-contribuinte, tais como o contraditório e a ampla defesa.

Mais a mais, a alegação de que a maior rapidez do procedimento irá comprometer a justiça das decisões é fa-

202 Nesse sentido: JÚNIOR, Cláudio Lopes Cardoso. Regra do novo CPC em execução fiscal contribui para o congestionamento do Judiciário. Publicação em 11/06/2015. Disponível em <http://jota.uol.com.br/regra-do-novo-cpc-em-execucao-fiscal-contribui-para-congestionamento-do-judiciario>. Acesso em 20/02/2016.

laciosas, sendo perfeitamente possível adotar um procedimento mais célere sem comprometer a justiça da decisão.

Por oportuno, as lições da doutrina de KOURI (2003, p. 117):

“O dilema de ontem, entre a segurança e a celeridade, hoje é um falso dilema. A rapidez, sem dúvida, deve ser priorizada, com o mínimo de sacrifício da segurança dos julgados. Da exacerbação do fator segurança, como ocorre em regra no nosso sistema, não decorre maior justiça das decisões. É perfeitamente possível priorizar a rapidez e ao mesmo tempo assegurar justiça, permitindo que o vencedor seja aquele que efetivamente tem razão”.²⁰³

Finalmente, o quarto argumento contrário à aplicação do novo incidente à execução fiscal é o de que, nos termos da redação do artigo 134, § 3º, do novo Código de Processo Civil, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica suspenderá o curso do processo, o que, em tese, não pode ocorrer na execução fiscal sem que haja a prévia garantia do juízo (artigo 16, § 1º, da Lei nº 6.830/80), não havendo, ainda, previsão legal de que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica constitua hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme o artigo 151 do CTN.

203 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 117.

A argumentação acima, embora seja defensável, não é suficiente para impedir a irradiação dos efeitos do novo CPC ao processo tributário, visto que o incidente de descon sideração da personalidade jurídica não figura na lei como causa que necessariamente suspende a exigibilidade do crédito tributário, sendo somente um incidente que poderá ou não suspender o feito, a depender do momento em que o requerimento for formulado (artigo 134, § 2º, do novo CPC).

Não há, portanto, conflito entre a previsão do novo diploma processual civil e as regras contidas nos artigos 16, § 1º, da Lei nº 6.830/80 e 151 do Código Tributário Nacional, podendo, no máximo, se falar na necessidade adaptação do procedimento da descon sideração da personalidade jurídica às peculiaridades atinentes ao crédito tributário.

Assim, é certo que a regra procedimental referente aos artigos 133 a 137 do novo Código de Processo Civil deverá, mesmo que parcialmente, irradiar os seus efeitos para o direito tributário e o processo tributário-fiscal, atendendo aos reclamos de grande parte da doutrina e da jurisprudência pátria.

Desse modo, requerida a descon sideração (ou a descon sideração inversa) da pessoa jurídica executada por dívida tributária, o sócio ou a pessoa jurídica serão citados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestarem e requererem as provas cabíveis, sem prejuízo da possibili-

dade de apresentação de exceção de pré-executividade ou embargos à execução em momento oportuno, se for o caso.

De fato, observamos que a jurisprudência posterior à vigência do atual Código de Processo Civil já começou, mesmo que timidamente, a se inclinar no sentido da aplicabilidade dos artigos 133 a 137 da lei processual civil às execuções fiscais.²⁰⁴

Portanto, o inovador procedimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica do novo CPC suprirá uma grande lacuna legislativa existente no direito tributário, oportunizando, antes da apreciação do pedido de redirecionamento, que a parte apresente defesa, produza provas e tenha os seus argumentos apreciados, em observância ao prévio contraditório e ao devido processo legal.

6. Conclusão

O instituto da desconconsideração da personalidade jurídica, surgido inicialmente nos campos doutrinário e jurisprudencial, implica que, em determinadas situações, a requerimento da parte interessada ou do Ministério Público, o magistrado pode desconsiderar as garantias de autonomia patrimonial e de limitação da responsabilidade

204 A primeira decisão de que se tem notícia determinando a aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica em casos de redirecionamento de débito fiscal foi proferida nos autos da Execução fiscal nº 0000123-84.2011.4.03.6113, Vara Federal de Franca/SP, disponibilização no Diário da Justiça Federal de São Paulo em 08/04/2016. Acesso em 28/07/2016.

de social, imputando aos sócios o ônus pelos atos praticados com dolo ou fraude em nome da sociedade de responsabilidade limitada.

O novo Código de Processo Civil, de forma inédita, estabeleceu o procedimento a ser adotado pelo juiz no caso de pedido de desconsideração, além de prever a possibilidade de desconsideração inversa da personalidade jurídica, tema que até então havia sido enfrentando apenas no campo jurisprudencial.

Atualmente, tal instituto possui previsão expressa em diversos diplomas pátrios, sendo que a doutrina discute a aplicação da novel legislação processual civil nos campos do direito tributário e do processo tributário, especialmente na execução fiscal.

Analisando o conteúdo das leis tributárias e civis e, a partir das diversas teorias desenvolvidas pela doutrina e pela própria jurisprudência, concluímos que, apesar de existirem diversos argumentos em sentido contrário, a *disregard doctrine* é um instituto compatível com a esfera tributária, sendo que as disposições do novo Código Civil devem ser aplicadas ao processo contencioso tributário-fiscal, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, observadas, contudo, as peculiaridades atinentes a esse ramo do direito.

Referências bibliográficas

AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, vol. 20, n. 58, Julho/1993.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – Lei nº 13.105, de 16/03/2015. Disponível na internet: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 23/02/2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Desconsideração da Personalidade Jurídica Societária no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

Koury, Suzy Elizabeth Cavalcante. A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 30.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio C.; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Cofins e PIS – planejamento tributário – incompatibilidade entre o sistema tributário brasileiro e eventual norma antielisão – art. 116 parágrafo único do CTN – carência de eficácia – planejamento que, ademais, harmoniza-se com os objetivos das

leis 10.637/02, 10.640/03, 10.833/03 e MP 164/04 – opinião legal. In: TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe. (Coord.) Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de direito processual civil: Teoria geral dos recursos, Recursos em espécie e Processo de execução. São Paulo: editora Atlas: 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Lei 13.105/2015. 1ª edição, São Paulo: Método, 2015.

SILVA, Alexandre Couto. Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro. São Paulo: LTR: 1999.

SILVA, Alexandre Alberto Teodoro da. A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário. São Paulo: editora Quartier Lantin, 2007.

SILVEIRA, Artur Barbosa da. Inovações no Processo Civil Brasileiro - Comentários Tópicos à Lei 13.105/15. Editora Juruá. 1ª Edição. Curitiba: 2015.

TORRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe. Coordenadores. Desconsideração da Personalidade Jurídica em Matéria Tributária. São Paulo: editora Quartier Latin, 2005.

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO KOMPETENZ- KOMPETENZ PELO STJ: UM BREVE COMENTÁRIO AO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.602.076/SP

Artur Mitsuo Miura

Advogado de Hasson Advogados. Pós Graduado em Processo Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público IBDP.

Rodrigo Cesar Nasser Vidal

Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC/PR. Advogado Sócio de Hasson Advogados. Prof. da Disciplina de Mediação e Arbitragem do Curso de Direito do Unicuritiba. Coord. do Grupo de Estudos em Arbitragem e Contratos Internacionais do Unicuritiba. Coord. da Pós Graduação em Mediação e Arbitragem do Unicuritiba. Presidente da Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná - ARBITAC. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Eficácia da Cláusula Compromissória na Lei 9.307/96; 2.1. Autossuficiência da Cláusula Compromissória; 2.2. Execução Específica de Cláusula Compromissória; 2.3. Princípios Universais da Arbitragem; 2.3 - A. Princípio da Autonomia da Cláusula Compromissória; 2.3 - B. Kompetenz-Kompetenz; 3. A recepção do Kompetenz-Kompetenz; 4. As teorias da relativização do Kompetenz-Kompetenz; 5. A relativização Kompetenz-Kompetenz aplicada pelo STJ; 6. Referências bibliográficas.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO

ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA “PATOLÓGICA”. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016.

2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às Regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico.

3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo,

como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96.

4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é Identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral. (Grifo nosso)

5. Recurso especial conhecido e provido.

(Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1602076 / SP. 3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 30/09/2016. Julgado em 15/09/2016)

1. Introdução

O presente trabalho busca comentar, ainda que de maneira sucinta e sem pretensão ao esgotamento, a alteração de posicionamento havido no âmbito da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso Especial 1.602.076/SP (REsp 1.602.076/SP), sobre a aplicação, na arbitragem, do princípio Kompetenz-Kompetenz.

A despeito de outras questões igualmente importantes, tratadas no julgamento do mencionado Recurso, tais como a requalificação dos contratos de franquia à modalidade de contratação de adesão, o presente artigo cingir-se-á à questão da arbitragem, relacionada a cláusula

compromissória, em especial a relativização do princípio Kompetenz-Kompetenz.

O Julgado do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrighi, tem origem em demanda na qual se buscava a anulação do contrato de franquia ou, subsidiariamente, sua rescisão, com a condenação da franqueadora a devolução dos pagamentos feitos a título de taxas de franquia e de royalties.

Foi arguida pelo franqueador a preliminar de convenção de arbitragem a qual foi rejeitada sob o argumento de que a cláusula arbitral seria nula, uma vez que o contrato de franquia se caracterizava como contrato de adesão e, em assim sendo, deveria ser observada a formalidade do artigo 4º, par. 2º, da Lei 9.307/96, que prevê:

“Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

Esta decisão foi objeto de agravo de instrumento. O Acórdão no agravo de instrumento entendeu que estavam afastadas as disposições do Código de Defesa do Consumidor, posto se tratar de relação paritária entre empresários. Reconheceu, ainda, a validade de cláusula compromissória firmada entre as partes para extinguir o feito sem resolução do mérito, por incompetência absoluta da Justiça Comum.

O franqueado, prejudicado pela decisão do Tribunal de origem (TJSP), interpôs Recurso Especial com o escopo de ver afastada a validade da cláusula compromissória presente no contrato de franquia, porquanto entendia se tratar de contrato de adesão e, assim, estaria a relação jurídica sob o manto protetivo das disposições do Código de Defesa do Consumidor.

A Ministra Fátima Nancy Andrichi, relatora do referido recurso especial, enfrentando as questões trazidas pelos litigantes, corretamente afastou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de franquia, regidos pela Lei 8.955/94, pois não se trata evidentemente de uma relação hipossuficiência e regida por aquele diploma, mas de fomento econômico, com o intuito de estimular as atividades empresariais do franqueado.

Em relação ao alcance do disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem), pontuou que o contrato de franquia ou franchising é inegavelmente um contrato de adesão, e assim sendo, as cláusulas compromissórias nele incluídas deveriam seguir o requisito formal exigido art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. No presente caso, a cláusula não atendia referido requisito, não estando em negrito, muito menos com a rubrica do aderente ao lado.

Prosseguindo o Acórdão para o ponto que é objeto deste ensaio, foi abrandado o princípio do Kompetenz-Kompetenz, autorizando que o Poder Judiciário aprecie e declare a nulidade de cláusulas compromissórias que pos-

sam ser identificadas *prima facie* nulas, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

Pois bem, para melhor compreensão sobre o tema, o presente artigo tratará dos elementos de eficácia da cláusula compromissória, dentre eles a consagração em nossa legislação e jurisprudência do princípio do Kompetenz-Kompetenz. Então, serão apresentadas as teorias de relativização do princípio e ao final um breve sobre a decisão do STJ bem como suas consequências para o mundo jurídico arbitral brasileiro.

2. A Eficácia da Cláusula Compromissória na Lei 9.307/96

A Lei Brasileira de Arbitragem revolucionou o ambiente arbitral ao dar a merecida importância à cláusula compromissória. Vale lembrar que antes de sua entrada em vigor, não bastava a existência de uma cláusula compromissória para que as partes fossem levadas a um procedimento arbitral; para que chegassem a este, dependiam, necessariamente de um compromisso arbitral²⁰⁵.

O problema fica de mais fácil visualização quando lembramos a diferença básica entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, qual seja, o tempo em que nascem. A primeira, de acordo com o art. 4 da Lei 9.307/96, antes do surgimento do litígio; a segunda, de

205 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 4

acordo com o art. 9 da mesma Lei, após o surgimento do litígio. Natural, portanto, que, devido ao momento em que surgem, as cláusulas compromissórias, elaboradas conjuntamente com o contrato e portanto em momento em que as partes gozam de harmonia recíproca, sejam, desde sempre, o tipo mais usual de convenção de arbitragem. E em um tempo em que não possuíam eficácia, fácil a constatação do grande número de procedimentos arbitrais que nem chegaram a ter início.

Ciente desta carência, o legislador percebeu que a cláusula compromissória merecia tratamento especial na nova legislação. A arbitragem, somente após a elaboração de um compromisso arbitral, estava com os dias contados. Era preciso dar a cláusula compromissória a eficácia que jamais teve.

Foi assim que a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, trouxe 3 (três) elementos que sustentam a eficácia da cláusula compromissória; primeiro, dotando a cláusula de autossuficiência; segundo, prevendo, para os casos de defeito da cláusula, uma ação judicial específica para a correção do defeito e terceiro, a consagração dos princípios da autonomia da cláusula compromissória e do kompetenz-kompetenz.

2.1. Autossuficiência da Cláusula Compromissória. O primeiro elemento, previsto no art. 5 da Lei de Arbitragem, garante a cláusula compromissória autossuficiência. Significa dizer que, desde 1996, a cláusula compromissória

tem condições de levar as partes para um procedimento arbitral, sem a necessidade de ratificar o acordo por meio de um compromisso arbitral, ou seja, este não mais é imprescindível para o início da arbitragem. Importante destacar que nem todas as cláusulas compromissórias terão esta benesse. Somente aquelas que se reportem as regras de alguma instituição arbitral, ou quando as partes estabelecerem na própria cláusula a forma para a instituição de arbitragem; em suma, para ser autossuficiente, a cláusula deve trazer a forma pela qual se dará a escolha dos árbitros, são as chamadas cláusulas cheias ou completas.

2.2. Execução Específica de Cláusula Compromissória. E quando, por lapso ou mesmo por erro, a cláusula não for redigida desta forma? Estaremos diante das chamadas cláusulas vazias ou patológicas, que impossibilitam a nomeação de árbitros e conseqüentemente o início de qualquer arbitragem. Para este caso, o legislador implementou na Lei de Arbitragem o segundo elemento de eficácia da cláusula compromissória, a execução específica da cláusula compromissória.

Uma ação judicial, muito parecida com a execução de obrigação de fazer, onde a parte interessada em dar início a arbitragem, diante de uma cláusula vazia ou patológica, aciona o Poder Judiciário a fim de compelir a parte recalcitrante, que se nega a consertar o defeito da cláusula, a firmar um compromisso arbitral judicial. Mesmo defeituosa a cláusula compromissória terá eficácia.

2.3. Princípios Universais da Arbitragem. O terceiro elemento são os princípios. A Lei 9.307/96 consagra dois princípios universais da arbitragem. Universais porque em praticamente todas as legislações nacionais sobre arbitragem são previstos. Temos (A) no art. 8²⁰⁶ da Lei, o princípio da autonomia da cláusula compromissória e (B) em seu Parágrafo Único²⁰⁷ o kompetenz-kompetenz.

A. Princípio da Autonomia da Cláusula Compromissória. A essência do princípio é a de que a validade de uma cláusula compromissória não está vinculada à validade do contrato, e vice-versa. Autonomia da cláusula compromissória é o princípio através do qual se reconhece que a cláusula arbitral é um contrato separado, independente e distinto do contrato em que está inserido²⁰⁸.

Como dito, o princípio tem guarida na legislação nacional, mas também em outras normas na arbitragem, como por exemplo, na Lei Modelo da UNCITRAL, em seu art. 16²⁰⁹ e também no Regulamento de Arbitragem

206 A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, na nulidade da cláusula compromissória.

207 Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

208 LEW, Julian D. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan. Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: 2003, Kluwer Law International. p. 102.

209 Artigo 16. Competência do tribunal arbitral para decidir sobre a sua própria competência.

(1) O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo

da CCI²¹⁰, das mais prestigiosas instituições arbitrais do mundo.

Como afirma PIETER SANDERS²¹¹, na falta de autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato principal, o árbitro que admite a nulidade do contrato principal deveria *ipso jure* negar a sua competência, de tal forma que não poderia decidir sobre o mérito da causa, nem pronunciar a nulidade constatada. Deparar-se-ia face a um impasse que só seria resolvido através de um novo processo perante o tribunal judicial. A autonomia significa que mesmo verificada a invalidade do contrato, o árbitro não perde por este motivo a sua competência.

Antes do seu reconhecimento, pela Lei de Arbitragem, uma parte com intenção de procrastinar o início da arbitragem, a ela poderia se opor alegando que o contrato principal seria nulo. Devido ao fato da cláusula compro-

do qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo autônomo das demais cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica *ipso jure* a nulidade da cláusula compromissória.

210 Art. 6(4)

9 Salvo estipulação em contrário, a pretensa nulidade ou alegada inexistência do contrato não implicará na incompetência do tribunal arbitral, caso este entenda que a convenção de arbitragem é válida. O tribunal arbitral continuará sendo competente para determinar os respectivos direitos das partes e para decidir as suas demandas e pleitos, mesmo em caso de inexistência ou nulidade do contrato.

211 SANDERS, Pieter, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, La Haye, 1999, p. 33.

missória estar incluída no contrato principal, com a alegação de nulidade contratual geral, sustentava-se prejudicada também a cláusula arbitral. Em suma, as partes não estavam vinculadas à arbitragem, pois o acordo era suspeito, era, supostamente, uma avença inválida.

A mera alegação de invalidade do contrato principal dava às Cortes Estatais jurisdição para decidir se um contrato de arbitragem válido existia. A intervenção judicial atrasava a arbitragem e impedia o início da arbitragem. Tal prática, obviamente, produzia estratégias dilatórias. A teoria da autonomia foi introduzida para se opor a essas estratégias dilatórias.²¹²

Assim, com a consagração do princípio da autonomia da cláusula compromissória, a legislação pátria passou a dispor de regra que veda a mera alegação de nulidade como pressuposto de derrogação da competência do árbitro ao juízo estatal. Com ele, mesma que haja alegação de nulidade do contrato, será o árbitro competente para dirimir a questão.

B. Kompetenz-Kompetenz. Ao lado da autonomia da cláusula arbitral está o princípio do kompetenz-kompetenz. Este princípio garante ao árbitro, e consequentemente afasta do Poder Judiciário, a análise de questões relacionadas à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória.

212 CARBONNEAU, 2000, p. 21 apud MARTINS, 2008

São princípios que se complementam na tarefa de combater as chamadas *anti suit injunctions* - ações anti-arbitragem que buscam retardar ou impedir o início ou o andamento de uma arbitragem. Enquanto o princípio do kompetenz-kompetenz dá poderes ao tribunal arbitral para decidir sobre sua própria jurisdição, o princípio da autonomia da cláusula compromissória garante que os árbitros decidam sobre o mérito.

É sobre este princípio, sua recepção pela jurisprudência e sua atual flexibilização que este artigo tratará.

3. A recepção do Kompetenz-Kompetenz

Sabe-se que o princípio do kompetenz-kompetenz é uma das pedras de toque da arbitragem, porquanto, como já dito, sua correta aplicação, atribui competência ao árbitro para decidir sobre sua própria competência.

Assim, como na autonomia da cláusula compromissória o princípio vem consagrado em inúmeras legislações.

No Direito francês, o artigo 1466° do Novo Código de Processo Civil²¹³ (NCPC); no Direito alemão, no artigo 1040° do *Zivilprozessordnung* alemão (ZPO)²¹⁴

213 Artigo 1466° NCPC: Se, perante o árbitro, uma das partes contestar no seu princípio ou na sua extensão o poder jurisdicional do árbitro, compete a este último decidir sobre a validade ou os limites da sua investidura.

214 Artigo 1040° ZPO. O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, inclusive sobre qualquer exceção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem. Para esse efeito, uma cláusula compromissória integrada num contrato é considerada como uma convenção

de 1998; no Direito inglês, o *Arbitration Act*²¹⁵ de 1996, através do seu artigo 30º, n.º 1; no Direito belga ²¹⁶, no seu artigo 1697º; no Direito português, no artigo 21º, n.º 1 da Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, sobre a Arbitragem Voluntária, (LAV), consagra o princípio da competência-competência nos seguintes termos:

“O tribunal arbitral pode pronunciar-se sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção”.

Assim, todo órgão jurisdicional (partimos da premissa que o processo arbitral é manifestação de jurisdição) tem uma competência mínima que lhe é atribuída para decidir questões correlatas a sua própria competência.

Do princípio kompetenz-kompetenz irradiam dois efeitos na arbitragem. O positivo que, como dito acima, per-

distinta das outras cláusulas do contrato.

215 Artigo 30º ARBITRATION ACT (Competence of tribunal to rule on its jurisdiction)

1. Salvo convenção contrária das partes, o tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, para apreciar:

- a) se existe uma convenção de arbitragem válida;
- b) se o tribunal foi regularmente constituído, e
- c) sobre se as questões submetidas à arbitragem são de acordo com a convenção arbitral

216 Artigo 1697º CPJ:

“1. “a competência para decidir sobre a sua própria competência e, para esse efeito, apreciar a validade da convenção de arbitragem”.

mite ao árbitro decidir sobre sua própria competência e o negativo que implica no fato do árbitro não ser o único a dizer sobre sua jurisdição, mas, sim, o primeiro a decidir, cabendo ao Judiciário, eventualmente, a revisão da decisão.²¹⁷

O efeito positivo do princípio da competência-competência consiste, precisamente, na atribuição de competência ao árbitro para decidir sobre a sua própria competência para julgar o litígio ou o dissídio. Deste ponto de vista, os diversos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais supra referidos reconhecem tal efeito positivo, mas nem todos consagram o seu efeito negativo.

O efeito negativo do princípio da competência-competência traduz-se na primazia que têm os árbitros em relação à jurisdição estadual no conhecimento de questões relativas à validade, eficácia ou aplicabilidade da convenção de arbitragem. Por outras palavras, o efeito negativo do princípio da competência-competência proíbe ao tribunal judicial, ao qual uma parte tenha recorrido, quer para apreciação da competência do tribunal arbitral, quer para decisão do mérito da causa, apesar da existência de uma convenção de arbitragem, de decidir sobre as questões relativas à existência ou à validade desta, antes de o tribunal arbitral pronunciar-se sobre tais questões.

Significa dizer que o árbitro, segundo referido princípio, tem competência para apreciar a existência, valida-

217 BERVALDO. Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas. 1º ed. 2014. p, 193.

de e eficácia da clausula compromissória em um primeiro momento. Não significa exclusividade, o árbitro não será o único, mas o primeiro a se manifestar sobre a questão, cabendo as Cortes Estatais a análise do tema, em caso de provocação, caso uma das partes promova a demanda de que trata o art. 33 da Lei de Arbitragem.

A Lei 9.307/96 em seu art. 20, parágrafo 2, indica à parte, que não teve seu pleito de invalidade da convenção de arbitragem acolhida pelo Tribunal Arbitral, o caminho do art. 33, para se buscar tal reconhecimento.

Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

(...)

§ 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Como dito anteriormente, a boa compreensão e aplicação do princípio vem servindo, ao longo dos anos pós Lei de Arbitragem, para bem organizar a competência de árbitros e magistrados.

Evidentemente que nos primeiros anos da legislação arbitral, o kompetenz-kompetenz não era muito

bem compreendido pelas Cortes Estatais. As chamadas *anti suit injunctions* eram muito comuns em nosso Poder Judiciário, beneficiando as partes que contestavam a jurisdição do árbitro, muitas vezes com fins apenas protelatórios.²¹⁸

Mas o princípio ficou conhecido e logo a jurisprudência brasileira se posicionou no sentido de respeitar os limites da competência-competência, de maneira a prever que ao árbitro caberá, em um primeiro momento, a análise sobre a validade, eficácia e existência da convenção de arbitragem, podendo, contudo, o Poder Judiciário discorrer sobre o assunto em momento posterior.²¹⁹

4. As teorias da relativização do Kompetenz-Kompetenz

Ainda que a Jurisprudência pátria tenha firmado posição, sempre temos os casos específicos, aqueles em que a aplicação do kompetenz-kompetenz possa gerar, de alguma forma, um prejuízo às partes. E se o Juiz Estatal, antes de instaurada a arbitragem, se deparar com uma cláusula compromissória evidentemente nula? Somente por respeito

218 TJDF. 3ª Turma Cível. Apelação cível n.º 1999.01.1.083360-3. Desembargador Vasquez Cruxên. Julgado em 05 de março de 2.001)

219 STJ. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 371993/RJ. 3ª Turma. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 14/10/2014. DJe 06/11/2014. STJ. Conflito De Competência 2016/0145422-2. Data de Julgamento 23/11/2016. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 30/11/2016. Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze.

ao princípio mandará as partes para uma arbitragem, sabedor de que logo, ou não tão logo, voltarão para o Poder Judiciário para a discussão de mérito?

É o caso da cláusula compromissória nula por não atender um dos requisitos de validade formal, quando o vício resta evidente, como por exemplo o não atendimento ao requisito previsto no Art. 4, § 2, da Lei. Ou, ainda, quando da cláusula compromissória em contrato de consumo que estabeleça a arbitragem de forma compulsória, contrariando previsão do art. 51, VII do Código de Defesa do Consumidor. Nulidades que não dependem de prova, mas que estão a saltar os olhos.

Por estes casos, algumas discussões acerca do kompetenz-kompetenz surgiram ao longo dos tempos, lançando a comunidade jurídica algumas propostas. Vale lembrar que a primeira é aquela majoritária em nosso Tribunais pátrios, de que o árbitro tem a primazia, restando ao Poder Judiciário eventual análise sobre o tema quando for provocado em sede de pedido de anulação da sentença arbitral, ou seja, apenas quando findo o procedimento arbitral. A segunda proposta é a de que o árbitro tem a primazia, mas tão logo haja a decisão, o Poder Judiciário já estaria autorizado a se pronunciar sobre o tema, não precisando aguardar o encerramento da arbitragem²²⁰,

220 Nesse sentido: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem*: In Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional. 2 ed. Paulo B. Casella (coord.). Sao Paulo: LTr, 1999, p. 313. BERALDO. Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem, nos termos da Lei nº

podendo inclusive, determinar a suspensão da arbitragem enquanto o Poder Judiciário decide a questão²²¹. A terceira, que é considerada uma exceção à primeira, quando a invalidade, *prima facie*, se mostrar presente na convenção de arbitragem, ou seja, de fácil constatação, sem que haja necessidade de dilação probatória, estaria o Poder Judiciário autorizado a se manifestar.²²² E uma última que defende a competência do Poder Judiciário de analisar a (in)validade da convenção de arbitragem, mesmo antes do árbitro se pronunciar²²³.

A segunda e a última proposta, embora sugeridas por pesos pesados da doutrina arbitralista, nos parece, não podem prosperar. Primeiro porque permitir que a parte recorra ao Judiciário para se insurgir contra deci-

9.307/96. São Paulo: Atlas. 1º ed. 2014. p, 193

221 Nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 176

222 Nesse sentido: ALVES, Rafael Francisco. *A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 190-193. LESSA NETO, João Luiz. *A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo*. Revista Brasileira de Arbitragem. CBar & IOB, Volume XII, Issue 48, 2015. p. 32-33. WALD. Arnoldo. Os meios judiciais de controle da sentença arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

223 TEPEDINO. Gustavo. *Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisprudência estatal*: in Arbitragem no Brasil Aspectos jurídicos relevantes. 1 ed. Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 158-161. WALD. Arnoldo. O Regime da Cláusula Compromissória na Jurisprudência Recente. In: Aspectos atuais da arbitragem. 1 ed. Adriana Noemi Pucci (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 27.

são do árbitro sobre a validade da convenção de arbitragem antes de uma sentença, significaria a supressão da competência do árbitro, ao passo que poderia ele, até a prolação da sentença, mudar de ideia sobre sua decisão (salvo nos casos de uma sentença parcial de jurisdição). Segundo, porque a busca ao Judiciário antes de uma sentença arbitral poderia resultar em decisões conflitantes que trariam incertezas quanto a eventual cumprimento. Terceiro, porque contraria a sistemática prevista no art. 20, parágrafo 2 da Lei 9.307/96. E por último, ainda que se entenda sensata a decisão de suspender a arbitragem até que o Judiciário decidisse sobre o tema, significaria a possibilidade de utilização da medida com intuito protelatório. À parte recalcitrante bastaria alegar uma invalidade perante o Judiciário para conseguir suspender a arbitragem, justamente aquilo que o kompetenz-kompetenz tem o objetivo de evitar.

A melhor solução parece ser mesmo a da jurisprudência pátria, que bem reconhece os efeitos positivo e negativo do kompetenz-kompetenz. O árbitro tem primazia para analisar questões que envolvam a validade, existência e eficácia de uma convenção de arbitragem, podendo o Poder Judiciário ser acionado, após a sentença, quando de pedido de sua anulação. Admitindo ainda a sua exceção, nos casos em que o Poder Judiciário verifica, *prima facie*, esta invalidade.

5. A relativização Kompetenz-Kompetenz aplicada pelo STJ

Este foi o entendimento trazido pelo acórdão em comento. Reconhece o kompetenz-kompetenz e sua importância para o desenvolvimento e segurança jurídica da arbitragem. Mas traz a possibilidade de sua exceção, nos casos em que a invalidade possa ser detectada de forma superficial, sem a necessidade de dilação probatória.

Vale destacar trecho pertinente do corpo do acórdão:

Levando em consideração todo o exposto, o Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula instituidora da arbitragem, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

Como dito em linhas anteriores o árbitro possui primazia sobre os juízes de valores que possam ser instados a fazer os juízes estatais, vez que atraia para si a competência para resolver questões relacionadas à convenção de arbitragem, inclusive de existência, validade e eficácia, forte no teor do artigo 8º e parágrafo da Lei de Arbitragem.

Fato é que o princípio não é de caráter absoluto. Prova disso é que o art. II, item 3, da Convenção de Nova Iorque de 1958, ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002, assim dispõe:

“O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.”

Esta posição já foi defendida nos idos de 2003: Emmanuel Gaillard, no III Congresso Internacional de Arbitragem Comercial, proferiu palestra sob o tema “O acordo de arbitragem na Convenção de Nova York”, na qual já defendia que juiz estatal poderia declarar a nulidade de convenção arbitral quando se desse conta da ilegalidade que se apresentasse *prima facie* reconhecível²²⁴.

CARLOS ALBERTO CARMONA²²⁵ prosseguindo com análise do pensamento do Professor Gaillard ilustra que:

“...poderia o juiz togado reconhecer a invalidade de um compromisso arbitral a que falte qualquer de seus requisitos essenciais, ou a impossibilidade de fazer valer uma convenção arbitral que diga respeito à questão de direito indisponível; mas não poderia determinar o prosseguimento da instrução probatória para verificar o alcance da convenção arbitral ou para aferir se algum dos contraentes teria sido forçado ou induzido a celebrar o convênio arbitral”.

224 In CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 177

225 Idem, p.177

Ou seja, a tese da relativização do kompetenz-kompetenz não é de hoje, nem nasceu com a decisão ora comentada pelo STJ, mas nele encontrou precedente importante, em uma jurisprudência que se assentava até então no absolutismo do princípio.

A grande preocupação da comunidade jurídica arbitral é a de que este precedente signifique um retrocesso na compreensão e aplicação do princípio pela jurisprudência brasileira. Certo é que advogados se basearão na decisão para voltar a utilizar prática, até então, descontinuada das chamadas *anti suit injunctions*. As ações judiciais que visam o reconhecimento de uma nulidade da cláusula compromissória, talvez não tão aparente, não tão *prima facie* reconhecida, podem aparecer nos Tribunais pátrios com frequência maior. E a chance de que em alguns casos, mesmo sem fundamento, estas demandas anti arbitragem alcancem seus objetivos, e atrapalhem o início ou o prosseguimento de um procedimento arbitral, aumentam.

A grande preocupação vem também com a grande dúvida: de que maneira os Magistrados entenderão este precedente? Qual a interpretação que darão ao *prima facie*?

Se entenderem que a exceção ao Kompetenz-Kompetenz, reconhecida e proclamada pelo referido acórdão, só deve ser aplicada nos casos em que a invalidade da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral seja flagrante, ostensiva, manifesta, teratológica, óbvia, indiscutível²²⁶ e

226 BERVALDO. Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem, nos termos da

cuja dilação probatória seja totalmente desnecessária, os estragos serão minimizados. Caso contrário, corre-se o risco de andarmos para trás, aumentando a insegurança jurídica em torno da arbitragem.

Referências bibliográficas

ALVES, Rafael Francisco. A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2009.

BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de Arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas. 1º ed. 2014

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem: In Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional. 2 ed. Paulo B. Casella (coord.). Sao Paulo: LTr, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2019.

GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009

JUNIOR, Luiz Antônio Scavone. Manual de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. 2009

Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas. 1º ed. 2014. p, 193.

LESSA NETO, João Luiz. A competência-competência no novo Código de Processo Civil: decisão arbitral como pressuposto processual negativo. *Revista Brasileira de Arbitragem*. CBAr & IOB, Volume XII, Issue 48, 2015. p. 32-33.

LEW, Julian D. MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: 2003, Kluwer Law International

SANDERS, Pieter, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, La Haye, 1999

TEPEDINO. Gustavo. *Invalidez da cláusula compromissória e seu controle (também) pela jurisprudência estatal*: in *Arbitragem no Brasil Aspectos jurídicos relevantes*. 1 ed. Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008

WALD. Arnaldo. Os meios judiciais de controle da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Almiro Eduardo de Almeida

Artur Barbosa da Silveira

Artur Mitsuo Miura

Edgard Katzwinkel Junior

Eroulths Cortiano Junior

Fabio Artigas Grillo

Flavio Antônio da Cruz

Inaiá Nogueira Queiroz Botelho

Joeci Machado Camargo

Luiz Fernando Coelho

Marcelo L. F. de Macedo Bürger

Oscar Krost

Rodrigo Cesar Nasser Vidal