



REVISTA JURÍDICA

DA SEÇÃO JUDICIÁRIA
DE PERNAMBUCO

NÚMERO 12

2019

REVISTA JURÍDICA **da Seção Judiciária de** **Pernambuco**



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária de Pernambuco

Número 12
2019

PUBLICAÇÃO DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Juiz Federal Diretor do Foro
FREDERICO JOSÉ PINTO DE AZEVEDO

Juíza Federal Vice-Diretora do Foro
CAROLINA SOUZA MALTA

Diretora da Secretaria Administrativa
ANNA IZABEL FURTADO DE MIRANDA LUNARDELLI

Juízes Federais Integrantes do Conselho Editorial
FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER – Diretor do Conselho Editorial
JOAQUIM LUSTOSA FILHO
RODRIGO VASCONCELOS COELHO DE ARAÚJO
MARCOS ANTONIO MACIEL SARAIVA
BERNARDO MONTEIRO FERRAZ
FELIPE MOTA PIMENTEL DE OLIVEIRA
RAFAEL TAVARES DA SILVA

Bibliotecária
MARIA DE LOURDES CASTELO BRANCO

Secretária da Revista
LUANA SILVEIRA TUCCI

Revisão de Texto:
ANA PAULA GONÇALVES BRITO

Capa
ANA BEATRIZ NUNES DE AGUIAR

Arte da Capa
JÚLIA COSTA – Servidora Aposentada da JFPE

Editoração Eletrônica
NYLHERMANN MIRANDA DE BRITO SILVA

Endereço: Justiça Federal de Primeira Instância
Seção Judiciária de Pernambuco
Av. Recife, 6250 – Jiquiá
CEP: 50.865-900, Recife-PE
www.jfpe.jus.br

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.
Os trabalhos publicados nesta Revista foram gentilmente cedidos pelos autores.

Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco / Seção Judiciária de Pernambuco. n. 12 (2019) Recife, 2019

Anual

ISSN 1984 – 512X

1. Direito – Periódico. 2. Doutrina. 3. Justiça Federal – Pernambuco.

CDU 34(05)

Composição do Tribunal Regional Federal da 5ª. Região

Presidente

Desembargador Federal **Vladimir Souza Carvalho**

Vice-Presidente

Desembargador Federal **José Lázaro Alfredo Guimarães**

Corregedor

Desembargador Federal **Carlos Rebêlo Júnior**

Desembargador Federal **José Lázaro Alfredo Guimarães**

Desembargador Federal **Paulo Roberto de Oliveira Lima**

Desembargador Federal **Manoel de Oliveira Erhardt**

Desembargador Federal **Vladimir Souza Carvalho**

Desembargador Federal **Rogério de Meneses Fialho Moreira**

Desembargador Federal **Edilson Pereira Nobre Júnior**

Desembargador Federal **Fernando Braga Damasceno**

Desembargador Federal **Francisco Roberto Machado**

Desembargador Federal **Paulo Cordeiro**

Desembargador Federal **Cid Marconi Gurgel de Souza**

Desembargador Federal **Carlos Rebêlo Júnior**

Desembargador Federal **Rubens de Mendonça Canuto Neto**

Desembargador Federal **Alexandre Costa de Luna Freire**

Desembargador Federal **Élio Wanderley de Siqueira Filho**

Desembargador Federal **Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho**

Composição da Seção Judiciária de Pernambuco

Juízes Federais:

Roberto Wanderley Nogueira
Francisco Alves dos Santos Júnior
Edvaldo Batista da Silva Júnior
Ubiratan de Couto Mauricio
Hélio Sílvio Ourem Campos
Nilcéa Maria Barbosa Maggi
Frederico José Pinto de Azevedo
Joana Carolina Lins Pereira
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto
Cesar Arthur Cavalcanti de Carvalho
Tarcísio Barros Borges
Ara Cárita Muniz da Silva Mascarenhas
Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo
Arthur Napoleão Teixeira Filho
Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti
Tiago Antunes de Aguiar
Georgius Luís Argentini Príncipe Credídio
José Baptista de Almeida Filho Neto
Carolina Souza Malta
Jorge André de Carvalho Mendonça
Flávio Roberto Ferreira de Lima
Frederico Augusto Leopoldino Koehler
Roberta Walmsley Soares Carneiro Porto de Barros
Daniela Zarzar Pereira de Melo Queiroz
Polyana Falcão Brito
Marília Ivo Neves
Allan Endry Veras Ferreira
Ivana Mafra Marinho
Kylce Anne Pereira Collier de Mendonça
Thalynni Maria de Lavoura Passos
José Moreira da Silva Neto
Paulo Roberto Parca de Pinho

Joaquim Lustosa Filho
Claudio Kitner
Leonardo Augusto Nunes Coutinho
Edwiges Conceição Caraciolo Rocha
Rodrigo Vasconcelos Coêlho de Araújo
Flávia Tavares Dantas
Ethel Francisco Ribeiro
Temístocles Araújo Azevedo
Mateus de Freitas Cavalcanti Costa
Marcos Antonio Maciel Saraiva
Tarcísio Corrêa Monte
Madja de Sousa Moura
Bernardo Monteiro Ferraz
Luiz Bispo da Silva Neto
Felipe Mota Pimentel de Oliveira
Carlos Vinícius Calheiros Nobre

Juízes Federais Substitutos:

Liz Corrêa de Azevedo
Isaac Batista de Carvalho Neto
Guilherme Soares Diniz
Danielli Farias Rabêlo Leitão Rodrigues
Augusto Cesar de Carvalho Leal
Diêgo Fernandes Guimarães
Rafael Tavares da Silva
Katherine Bezerra Carvalho de Melo
Joaldo Karolmenig de Lima Cavalcanti
Fernando Braz Ximenes
Jaime Travassos Sarinho
Caio Diniz Fonseca
Marina Cofferri
Aline Soares Lucena Carnaúba

SUMÁRIO

A MULTIPLICIDADE DE IRDRs SOBRE A MESMA QUESTÃO DE DIREITO E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Agatha Gonçalves Santana e João Paulo Baeta Faria Damasceno 13

O QUE É UM PRECEDENTE?

Bianor Arruda Bezerra Neto 33

AUTOCOMPOSIÇÃO: CAUSAS DE DESCUMPRIMENTO E EXECUÇÃO — UM PANORAMA SOBRE MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O PROCESSO DE EXECUÇÃO NO NOVO CPC

Bruna Braga da Silveira e Bruno Lopes Megna 43

A EXECUÇÃO FISCAL E A PENHORA DE BENS DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti 65

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: BREVE ESTUDO DE SUA APLICABILIDADE NA JUSTIÇA FEDERAL DE PERNAMBUCO À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL¹

Diego Idelgardo Arraes Barbosa 89

CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA: INOVAÇÕES LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS NO ÂMBITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Fernando Henrique Franco de Aquino 119

UTILIZAÇÃO DE EMPRESAS OFFSHORE PARA A LAVAGEM DE DINHEIRO

Iam Phillippe Monteiro de Brito Candido.....147

A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL EM EXECUÇÃO PENAL: A CONTROVÉRSIA SOBRE AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM REGIME SEMIABERTO E ABERTO

José Flávio Fonseca de Oliveira.....169

CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA EM RAZÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: OS DESDOBRAMENTOS DA INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE AO TRÂNSITO EM JULGADO NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Larissa Cavalcanti da Rocha Dutra 181

AS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DA JUSTIÇA FEDERAL POR ELAS, AS JUÍZAS FEDERAIS

Leda de Oliveira Pinho 195

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA ALEMANHA

Leonardo Estevam de Assis Zanini.....211

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A RACIONALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Luiz Rodrigues Wambier 233

IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI: INCIDÊNCIA NA SAÍDA DE PRODUTO DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA DO ESTABELECIMENTO IMPORTADOR EM OPERAÇÃO DE REVENDA

Natália Cursino Farias de Arruda 251

A FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL: AS PECULIARIDADES DO CONTROLE DIFUSO

Paulo de Tarso Duarte Menezes e Vitória Souza da Silva 265

POLÍTICAS FISCAIS E O COMBATE À DESIGUALDADE DE RENDA: A REDISTRIBUIÇÃO DA RIQUEZA COMO ELEMENTO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL

Pedro Dias de Oliveira Netto 287

A TRANSAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ANÁLISE COM BASE NO NOVO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Renato Henrique Barbosa de Oliveira Filho 305

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresento a 12ª Edição da Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, composta por dezesseis artigos doutrinários que proporcionam ao leitor um excelente material acerca de temas jurídicos presentes na atualidade.

Como ressaltou Gilberto Freyre, sem um fim social o saber será a maior das futilidades, razão pela qual foram selecionados trabalhos que, ao mesmo tempo que despertam controvérsias no meio acadêmico, auxiliam profissionais do direito no aprimoramento técnico de matérias controvertidas em processos que tramitam no âmbito dos tribunais brasileiros e, em especial, na Justiça Federal.

Os trabalhos selecionados foram elaborados por integrantes das mais diversas profissões jurídicas, como juízes, advogados públicos e privados, servidores da Justiça e professores universitários. Muitas das abordagens trouxeram exemplos práticos decorrentes de problemas que surgiram no exercício profissional de cada um dos autores. É que, como ensina Confúcio, a essência do conhecimento consiste em aplicá-lo.

Da mesma forma, a pluralidade esteve presente na titulação acadêmica daqueles que contribuíram com a revista, abrangendo pós-doutores, doutores, mestres, pós-graduados e até mesmo graduandos, de diferentes unidades da Federação, afastando eventual regionalismo e proporcionando a visão de diferentes escolas jurídicas do Brasil.

Os trabalhos na seara do direito constitucional revelam pensamentos questionadores e problematizantes sobre a atuação judicial no controle difuso de constitucionalidade, inclusive com a análise do sistema jurídico português. Destaque, ainda, na seara do direito constitucional, para a abordagem acerca da eventual relação entre as competências constitucionais da Justiça Federal e a representatividade feminina nos Tribunais Regionais Federais.

No âmbito do processo civil existem diversos temas analisados, vez que o advento do Código de Processo Civil de 2015 exige uma releitura de antigos institutos e o constante aperfeiçoamento de mecanismos trazidos pelo novo diploma. Foram destaques as abordagens acerca da solução consensual de conflitos, da teoria dos precedentes, do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, do Incidente de Desconsideração da Pessoa Jurídica, bem como eventuais questionamentos, na fase de cumprimento de sentença, decorrentes da inconstitucionalidade superveniente ao trânsito em julgado.

Na área tributária são relevantes os trabalhos que versam sobre a incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados na saída de produtos de procedência estrangeira do estabelecimento importador em operação de revenda, a penhora de bens de empresas em recuperação judicial no procedimento de execução fiscal, bem como sobre o combate à desigualdade de renda através das políticas fiscais.

Na área de direito penal foram analisadas as temáticas relacionadas à utilização de empresas *offshore* para a lavagem de dinheiro, bem como algumas controvérsias relacionadas à competência da Justiça Federal em matéria de execução penal. Já no âmbito do direito civil houve interessante análise acerca da proteção dos direitos da personalidade na Alemanha, proporcionando interessantes reflexões sobre essa proteção no direito brasileiro.

Os artigos doutrinários aqui apresentados possuem muitas vezes caráter multidisciplinar, com menções a dados econômicos, sociológicos e históricos, sem perder, contudo, o enfoque jurídico e a necessidade de se construir uma jurisprudência íntegra, estável e coerente, especialmente em relação aos Tribunais Superiores.

Pernambuco tem sua história marcada por revoluções, muitas delas estimuladas pela disseminação de novas ideias em jornais e periódicos. Um grande exemplo foi o *Typhis Pernambucano*, jornal que Joaquim da Silva Rabelo, mais conhecido como Frei Caneca, fundou e dirigiu de 25 de dezembro de 1823 a 5 de agosto de 1824. “*Quem bebe da minha caneca tem sede de Liberdade*”, dizia Frei Caneca.

Sem qualquer pretensão revolucionária, a Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco pretende continuar a tradição local de disseminação de ideias através de periódicos, funcionando como fonte para aqueles que têm sede de conhecimento jurídico e tentando contribuir para o constante aperfeiçoamento das resoluções de conflitos no âmbito da Justiça Federal.

Merecem efusivos agradecimentos a Direção do Foro, o Diretor da Revista, os servidores e magistrados colaboradores, os autores dos trabalhos e toda a comunidade jurídica pela nova Edição da Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco.

Boa leitura a todos!

Rodrigo Vasconcelos Coêlho de Araújo
Juiz Federal da 35ª Vara/PE

A MULTIPLICIDADE DE IRDRs SOBRE A MESMA QUESTÃO DE DIREITO E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE MULTIPLICITY OF IRDRS ON THE SAME RIGHT ISSUE AND ITS IMPLICATIONS IN BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE

Agatha Gonçalves Santana

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA)
Professora Titular da Universidade da Amazônia (UNAMA)
Associada do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)
Associada do Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil (IBERC)

João Paulo Baeta Faria Damasceno

Acadêmico do 10º semestre da Universidade da Amazônia (UNAMA)
Membro do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Processual
Civil (LAJUPA).

RESUMO: O presente artigo analisa o problema gerado a partir do processamento concomitante de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), sobre o mesmo objeto de direito, em sede de Tribunais distintos, dentro do território nacional, podendo representar uma situação de insegurança no ordenamento jurídico, pois colidiria com os ideais de interesse público do Estado. Isso porque a possibilidade da ocorrência de um julgamento conjunto e com resultados conflitantes poderia resultar na interpretação de existência de dois precedentes, formando, em estrutura e função normativa dentro desta decisão, uma mesma situação jurídica em sentidos opostos. O objetivo principal deste artigo é firmar a segurança jurídica e o interesse público como justificativa pela necessidade de manter o sistema jurídico íntegro e coerente, para que não haja inconsistência no sistema de precedentes instituído com advento do atual Código de Processo Civil de 2015. Com base na metodologia de análise documental e utilização do método dedutivo, demonstra-se que a inobservância de determinados aspectos poderá proporcionar abalos em relação à segurança jurídica, tão comprometida já nos tempos hodiernos. Conclui-se assim que o tema suscita debates em prol de

alcançar soluções factíveis de modo que não seja comprometida a segurança jurídica, tendo em vista que o Brasil é um país de dimensões continentais.

ABSTRACT: *This article analyzes the problem originated by the concomitant processing of Repeat Requests Incidents (IRDR), on the same legal object, in distinct Courts, within the national territory, and may represent a situation of insecurity in the legal system, because it would cause conflict with the ideals of public interests. That is because the possibility of a joint trial and conflicting results could induce an interpretation of the existence of two precedents, forming, in structure and normative function within this decision, a same legal situation in opposite directions. The main objective of this article is to establish legal certainty and public interest as a justification for the need to keep the legal system intact and coherent so that there is no inconsistency in the system of precedents established with the advent of the current Brazilian Civil Procedure Code/ 2015. Based on in the methodology of documentary analysis and use of the deductive method, it is demonstrated that the nonobservance of certain aspects may provide concussion in relation to legal security, so compromised already in modern times. It concludes that the topic raises debates in order to reach feasible solutions so that legal security is not compromised, once Brazil is treated as a country with continental dimensions.*

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como perspectiva a análise do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), trazido como inovação pelo novo Código de Processo Civil, com o advento da Lei n.º 13.105/2015.

O objetivo principal do presente artigo é analisar a possibilidade do processamento de dois Incidentes paralelos em âmbito nacional, a serem julgados por tribunais distintos, tratando exatamente sobre mesma questão de direito e, assim ocorrendo, se isso pode proporcionar alguma forma de abalo ao ordenamento jurídico pátrio.

A questão teórica acima analisada merece atenção em razão da hipótese desses julgamentos serem em sentidos diversos, ou seja, determinado tribunal decidir uma dada questão com interpretação dissonante em relação a outro, que também tratou a mesma questão de direito sobre o procedimento do IRDR.

Percebe-se que, no problema de pesquisa acima levantado, existe a possibilidade de coexistência de duas normas jurídicas de natureza vinculante,

regulamentando mesmo tema, em sentidos diferentes. É válido mencionar que tal possibilidade representaria problemas de ordem jurídica, notadamente no que concerne à coerência do ordenamento jurídico¹.

Assim, o objetivo nuclear do presente artigo é verificar se a sistematização do IRDR realmente comporta a eventual possibilidade de coexistência de normas jurídicas, sobre mesma questão, em sentidos opostos, sem que isso possa colidir com a segurança jurídica².

Imperioso analisar também o contexto e o papel que o direito processual civil passa a desempenhar na atualidade, em que cada vez mais se busca alcançar a finalidade maior do processo que é a efetividade, bem como a realização das normas e valores da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Não se pode olvidar ainda que o instituto em estudo, justamente, inserido nesta nova ordem processual constitucional, busca notadamente resguardar o interesse público³⁻⁴, bem como de toda uma integridade e coerência no ordenamento jurídico, essencialmente em relação às normas constitucionais.

A metodologia utilizada foi a análise documental, através da doutrina especializada acerca do tema, aplicando-se o método predominantemente dedutivo por meio do diálogo entre as fontes utilizadas, escolhendo-se a técnica de análise qualitativa, dada a novidade do tema, o qual, apesar de inúmeros debates e opiniões divergentes, ainda carece de análise mais aprofundada dentro da doutrina e jurisprudências pátrias.

1 Porém, a coerência do direito afirmado pelo Poder Judiciário constitui um problema bastante diferente da coerência do ordenamento jurídico. Cada dispositivo legal é apenas uma norma legal, sempre devendo ser compatível com o restante do ordenamento jurídico, de modo que ela seja coerente. No entanto, uma decisão não exclui a outra ou não a torna inválida. Como várias decisões podem atestar, o significado de um só texto legal, o direito produzido pelo judiciário, constitui um problema de coerência e não de compatibilidade. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 168-169.

2 O Ministro Luís Roberto Barroso conceitua que é: “Uma manifestação do princípio da segurança jurídica que se desenvolveu na doutrina e na jurisprudência recentes foi a proteção da confiança, destinada a tutelar expectativas legítimas e a preservar efeitos de atos inválidos, presentes determinadas circunstâncias. Com base nela, o STF tem admitido não dar efeito retroativo à declaração de inconstitucionalidade, bem como tem preservado os efeitos de atos que, ainda quando inválidos, permanecem em vigor por tempo suficiente para tornar irrazoável seu desfazimento”. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 368).

3 Aliás, neste sentido imperioso destacar o magistério de André Beckmann de Castro que aduz o seguinte: “(...) Então, neste ponto, alcança-se o centro de toda a argumentação que caracteriza a técnica de julgamento como fruto de uma política pública: a concretização de direitos fundamentais sociais”. (MENEZES, 2018, p. 92).

4 A respeito do IRDR, Didier Junior afirma que: “O objetivo é garantir a segurança jurídica e, de resto, a isonomia”. (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 637).

No que atine à compartimentalização do presente artigo, ocorrerá da seguinte forma: a primeira seção apresenta o Instituto do IRDR, abordando os pontos de partida, tais como os aspectos conceituais, finalidades e objetivos, além de destacar a origem do Instituto e sua conformação ao direito brasileiro. A segunda seção busca traçar a natureza jurídica do Incidente, demonstrando seu íntimo caráter de interesse público. A terceira e derradeira seção demonstra a possibilidade de formação de precedentes sobre uma mesma questão, em sentidos diversos, e seu impacto à segurança jurídica.

Por fim, serão firmadas considerações finais sobre o tema, com o propósito, mesmo que de forma pretensiosa, de tecer algumas sugestões para garantir o melhor funcionamento do mecanismo processual ora estudado, de maneira a tentar preservar a integridade do sistema de precedentes de modo harmônico e coerente com o ordenamento jurídico brasileiro.

2. A CRISE DOS MEIOS DE RESOLUÇÃO DE LIDES PROCESSUAIS TRADICIONAIS E A OPÇÃO PELO IRDR

O novo Código de Processo Civil, Lei Federal n.º 13.105/2015, foi pensado pelos legisladores em um contexto de evidentes desafios enfrentados pelo Poder Judiciário há décadas. Dentre eles, destaca-se o congestionamento do sistema judiciário e, também, a qualidade das decisões, tendo em vista o tratamento diferenciado que os processos que versam sobre questões de direito idênticas recebem, a depender do tribunal que julga a demanda⁵.

Notadamente, tais problemas são, em grande medida, oriundos da tradição do direito brasileiro ser voltada para as demandas eminentemente contenciosas e litigiosas, ou seja, para resolução de caso a caso⁶⁻⁷.

Entretanto, com o advento da globalização, houve o incremento das relações, inclusive de consumo, fato este que propiciou o aumento da intensidade de riscos, danos e consequente aumento dos conflitos na sociedade e, por conseguinte, o recrudescimento do número de ações judiciais, como, por exemplo, ações de danos morais⁸.

5 Com a multiplicação de ações individuais que tramitam perante diversos órgãos judiciais, por vezes espelhadas por todo território nacional, os juízes chegam, com frequência, a conclusões e decisões variadas e até mesmo antagônicas. TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 31.

6 Nesse sentido, destaca Leonardo Carneiro da Cunha: “Nós nos formamos no litígio, na advocacia de contencioso, e nos focamos nas posições [...]”. (Informação verbal proferida por Leonardo Cunha. Disponível em: https://youtu.be/_57fRamZsYo. Acesso em: 29 mar. 2019).

7 Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): “O Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva”. (BRASIL, 2018, p. 73).

8 Sobre o tema, Sofia Temer (2017) diz que: “A concentração demográfica nos centros urbanos, a globalização, a distribuição seriada de produtos, a universalização do acesso aos serviços e sua precarização, a

Com isso, o sistema de gerenciamento das demandas judiciais, que já se via em crise desde final da década de 1980, passou a apresentar, cada vez mais, sinais de insuficiência no que concerne à prestação de assistência jurisdicional efetiva.

Tendo em vista esse cenário caótico e sua mencionada insustentabilidade, foi necessário pensar em inovações no processo civil, bem como realizar uma completa releitura da própria jurisdição e de como suas novas características afetam as técnicas processuais⁹. Diante desse panorama, inúmeras reformas legislativas ocorreram na tentativa de conferir o aumento da efetividade do Poder Judiciário, como por exemplo, a implementação dos juizados especiais, o fortalecimento do direito coletivo, dentre outras medidas que alteram o próprio Código de Processo Civil (CPC) de 1973¹⁰.

Contudo, mesmo após as várias reformas, o sistema judiciário não apresentou aumento da efetividade esperada. Muito disso pode ser explicado em razão dos novos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, que passou a receber questões cada vez mais complexas, que impõem um verdadeiro desafio para que a tutela jurisdicional consiga alcançar eficiência mínima aos jurisdicionados.

Ao presente estudo pode-se destacar o surgimento das demandas repetitivas¹¹, as quais se mostram desafiadoras ao processo tradicional, levando-se em conta a extensa estrutura territorial brasileira. Não por isso é que é comum observar-se causas semelhantes ou idênticas sendo tratadas de forma totalmente diferentes a depender do local onde está sendo analisada.

A esse panorama impôs-se a criação de medidas adequadas para tutelar de forma adequada as diversas formas de litigiosidade¹².

virtualização das relações jurídicas, entre inúmeros outros fatores, vem gerando o crescimento e a repetição dos vínculos jurídicos e, por consequência, dos conflitos levados ao judiciário”. TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, P. 31.

9 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. São Paulo: Foco, 2019, p. 14.

10 A partir dos anos de 1990, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas liderada pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais às mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições. CÉSPEDES; Lívia. ROCHA, Fabiana Dias da. **Vade Mecum (OAB)** 16.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 286.

11 Theodoro Jr.; Bahia; Pedron (2016) definem com precisão o conceito de demandas repetitivas: “(...) embasadas prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e /ou fáticas) comuns para a resolução da causa, e nos quais a subrepresentação também se mostra evidente pelo fato da técnica de julgamento por amostragem (causa-piloto) não consegue, em regra, analisar todos os fundamentos e interesses em discussão no julgamento, p.ex., de um recurso repetitivo”. (Theodoro Jr.; Bahia; Pedron, 2016, p. 18).

12 Há, hoje, diferentes tipos de litigiosidade para os quais a dogmática e o instrumental tradicional não ofertam soluções adequadas. (Bahia; Nunes; Costa, 2019, p. 17.)

Nesse contexto, o Poder Legiferante pátrio, no momento da criação de um novo código de processo civil, buscou trazer novas ferramentas, as quais possam garantir maior efetividade frente aos atuais desafios do Poder Judiciário. Com efeito, a opção da legislação processual civil foi a criação¹³ do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), regulamentado nos arts. 976 ao 987 do CPC.

Pode-se afirmar que esse instituto objetiva garantir, de uma vez, isonomia jurídica aos jurisdicionados, redução dos números de processos repetitivos, e julgamento dos processos em duração razoável.

A aplicação do IRDR sobre determinada questão de direito objetiva que aquela matéria seja tratada de forma isonômica, tendo em vista que a decisão modelo servirá como baliza para as questões de mesma natureza em andamento, e também para os casos futuros¹⁴.

Além disso, espera-se outros efeitos com a aplicação do Incidente, como, por exemplo, o desestímulo ao ajuizamento de demandas, tendo em vista que a partir da fixação do precedente o mesmo deverá ser obrigatoriamente respeitado pelos órgãos do Poder Judiciário circunscritos ao tribunal que julgou o IRDR, bem como pelo próprio tribunal.

De igual modo, muitos processos serão resolvidos de modo mais célere, já que, após a fixação da tese jurídica (*ratio decidendi*) do precedente, caberá aos juízos em que tramitam os processos suspensos apenas a aplicação da tese firmada.

Todavia, a inovação pretendida pelo atual Código de Processo Civil não esteve imune às duras críticas e descrédito de parcela importante da doutrina. Há críticas acerca da inconstitucionalidade das técnicas de julgamento de casos repetitivos, posto que as teses advindas desses julgamentos somente poderiam ter força vinculante com a outorga da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁵.

13 Sobre o tema, Bueno faz uma importante reflexão sobre a importação de institutos estrangeiros para o direito brasileiro: “Não me animo a querer legitimar as escolhas feitas pelo CPC de 2015 porque elas teriam vindo de institutos do direito estrangeiro. Não precisamos migrar para o *common law* para termos um direito processual mais efetivo ou, menos que isto, maior estabilidade, integridade e coerência na jurisprudência dos nossos Tribunais e na adoção dela nos casos concretos em busca de maior isonomia”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4. ed., ampliada atualizada e integralmente revista. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 698.

14 A igualdade perante a jurisdição, e aí compreendida a igualdade perante as decisões judiciais, é consectário lógico do Princípio Constitucional da Isonomia e deveria ser indissociável da concepção de processo justo [...]. MENDONÇA JUNIOR, Raimundo Rolim. **Os precedentes obrigatórios e a isonomia processual: breves anotações sobre o Código de Processo Civil de 2015**. *Jus Fundamental*, v. 02, 2015, p. 4).

15 Neste sentido, Bueno (2018) afirma que: “Saber se o CPC 2015 pode querer que os efeitos das decisões paradigmáticas devam ser acatados pelos órgãos jurisdicionais em geral, criando-se, com isso, verdadeira hierarquia no Judiciário Federal e Estadual, é questão que não pode mais ser evitada. Sim, porque sou daqueles que entendem decisão jurisdicional em caráter vinculante no sistema brasileiro depende de prévia

Outrossim, há autores como Cassio Bueno que apresentam contrapontos contundentes à pecha do microssistema de precedentes previstas pelo CPC/2015, pois as técnicas previstas na legislação processual podem ser resumidas a uma simples obediência e ao respeito às decisões advindas dos Tribunais Superiores¹⁶. Autores como Teresa Wambier denominam tais técnicas adotadas pela novel legislação como “Direito Jurisprudencial”¹⁷, não obstante reconhecendo-se o grau de vinculação dos Tribunais a esses tipos de decisões.

Após a apresentação do instituto processual analisado neste artigo, é necessário realizar um apanhado histórico das bases que influenciaram e inspiraram a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no direito brasileiro, para melhor compreensão e desenvolvimento do assunto.

É interessante saber a escola jurídica que influenciou o legislador brasileiro e qual sua natureza. Notadamente, é possível perceber que a inspiração do IRDR tem íntima relação com o instituto da *musterverfahren* direito alemão, como se encontra expresso na própria exposição de motivos do CPC, o que será abordado de forma mais detida posteriormente¹⁸.

Com efeito, pode-se afirmar que o IRDR é fruto de um conjunto de múltiplas influências¹⁹, todas elas ligadas ao julgamento do caso-modelo²⁰, ou

autorização constitucional - tal qual a EC n.º45/2004 - e, portanto, está fora da esfera de disponibilidade do legislador infraconstitucional”. BUENO. Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4. ed., ampliada atualizada e integralmente revista. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 693.

16 “Não consigo ver, portanto, nada do CPC de 2015 que autoriza afirmativas genéricas que vêm se mostrando comuns, no sentido que o direito brasileiro migra em direção ao *common law* ou algo do gênero. Simceramente, prezado leitor, não consigo concordar com esse entendimento. O que há, muito menos do que isso, é uma aposta que o legislador infraconstitucional vem fazendo desde as primeiras reformas estruturais pelas quais passou o CPC 73 (abandonando a já mencionada ‘uniformização de jurisprudência’), no sentido de que, se as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores e aquelas proferidas pelos tribunais de Justiça e pelos Regionais Federais forem observadas (acatadas) pelos demais órgãos jurisdicionais, haverá redução sensível do número de litígios e maior previsibilidade, e maior segurança jurídica e tratamento isonômico a todos”. BUENO. Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4. ed., ampliada atualizada e integralmente revista. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 694.

17 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

18 Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. CÉSPEDES; Lívia. ROCHA, Fabiana Dias da. **Vade Mecum** (OAB) 16.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 286.

19 Didier Junior (2018) menciona essa característica do direito brasileiro, afirmando que: “[...] como seu povo, é miscigenado, e isso não é necessariamente ruim. Não há preconceitos jurídicos no Brasil: busca-se inspiração nos mais variados modelos estrangeiros, indistintamente [...]”. DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal**. 13. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. v. 3. p. 59.

20 Alexandre de Freitas Câmara e Antonio do Passo Cabral, citados por Sofia Temer (2017). TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 66.

causa-piloto²¹, a depender da corrente doutrinária a ser adotada.

O próprio direito brasileiro possui influência na atual roupagem do IRDR, haja vista que o legislador brasileiro revisitou os próprios institutos nacionais, e retirou determinadas características que serviram como inspiração ao IRDR, como por exemplo, o julgamento dos casos repetitivos e também do Incidente de uniformização de jurisprudência^{22 23}.

Nesse particular, é imperioso destacar que a inserção do IRDR no Código de Processo Civil parece não se referir a mera importação de instituto estrangeiro ao ordenamento jurídico pátrio. Em verdade, o IRDR representa um autêntico instituto criado pelo legislador brasileiro, com a finalidade de gerenciar processos repetitivos.

Destaca-se que o fato de que a conformação do instituto em análise apresenta, inegavelmente, a finalidade de formar precedentes, portanto, característico da tradição do *common law*, que pode parecer incongruente com a sistemática jurídica pátria, pois têm suas raízes na tradição jurídica do *civil law*. Talvez, justamente essa seja a razão de alguns eventuais problemas com a procedimentalização do IRDR no ordenamento jurídico brasileiro^{24 25 26}.

21 Aluisio Gonçalves de Castro e Dierle Nunes, citados por Sofia Temer (2017). TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017. p. 67.

22 Não obstante a fonte estrangeira, pode-se apontar que o novo Instituto encontra raízes também nos denominados Incidentes de Recursos Repetitivos, previstos nos artigos 543-B e 543-C do CPC/1973, respectivamente, para os recursos extraordinário e especial, e a partir dos anos de 2016 e 2008. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 29.

23 Instituto previsto nos artigos 476 a 479, previstos na **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, que Institui o Código Processual Civil.

24 Com habitual sabedoria, Barbosa Moreira já advertia sobre a questão, ao afirmar que “[...] no caso de nosso país, o máximo de cuidado há de ser posto justamente na abertura das portas jurídicas aos produtos vindos dos Estados Unidos, dada a notória diferença estrutural dos dois sistemas – o brasileiro, de linhagem europeia continental, com predomínio de fontes escritas, e o norte-americano, muito mais aperfeiçoado à formação jurisprudencial do direito. Devo declarar com absoluta sinceridade, por exemplo, acerca da atribuição de eficácia vinculativa a precedentes judiciais, que a julgo conatural a este último sistema, enquanto me parece duvidoso, para dizer o menos, que se harmonize com aquele”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O futuro da justiça: alguns mitos**. Revista de Processo, São Paulo, vol. 102/2001, abr. – jun. 2001, p. 5).

25 Apesar da doutrina contemporânea ressaltar a interlocução entre os sistemas do *civil law* e do *common law*, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2017) faz a seguinte ressalva: “É interessante notar, contudo, que a aproximação supramencionada é, por vezes, relativa, pois, embora se procure estudar e conhecer melhor a realidade alheia, inclusive com a eventual introdução de mecanismos inspirados no direito estrangeiro, as diferenças estruturais, culturais e sistêmicas podem continuar sendo gritantes, ou talvez, possam ficar ainda mais perceptíveis, o que não deixa de ser, ou poder ser, um segundo passo para uma reanálise dos institutos e, por conseguinte, modificações mais profundas”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 77.

26 Note-se que, recentemente, cresce uma tendência doutrinária em se destacar o caráter híbrido do sistema jurídico brasileiro, não sendo passível de filiação absoluta a nenhuma das duas grandes famílias ocidentais. ZANETI JUNIOR, Hermes. **Brasil: um país de common law? As tradições jurídicas de common law e civil law e a experiência da Constituição brasileira como constitucionalismo híbrido**. In:

Inobstante a isso, inegavelmente, a escola alemã foi a que mais inspirou na formação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Tal marca fica bastante clara na própria exposição de motivos, formulada pela Comissão que elaborou o anteprojeto do Código de Processo Civil²⁷. Muito provavelmente isso se deu pelo fato de o Instituto de matriz tedesca ser o mais bem regulamentado e seus resultados serem mais efetivos, quando analisado sob a luz dos demais procedimentos existentes²⁸.

Mediante a crise enfrentada pelo Poder Judiciário, houve a necessidade de serem pensadas inovações que pudessem alcançar a efetividade no julgamento dos processos, com a garantia de que as decisões desses julgamentos fossem uniformes e uníssonas quando versassem sobre mesmo objeto.

Assim, por meio de inúmeras influências, tanto nacionais, quanto as do direito comparado, foi criado esse peculiar Instituto, que por sua característica inovadora, necessita ser muito bem analisado, para que sua concretização no sistema jurídico não possa ceder ao descrédito de sua eventual ineficiência.

3. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: NATUREZA DE AÇÃO COLETIVA?

O IRDR, conforme mencionado anteriormente, constitui instituto declaradamente inspirado no direito comparado alemão (*musterverfahren*). Todavia, o mesmo possui autenticidade brasileira, na medida que representa mecanismo de julgamento de demandas repetitivas criada pela novel legislação processual vigente, dentro de uma tentativa do legislador em adequá-la à realidade do ordenamento jurídico pátrio.

Talvez por essa razão ainda ocorra a polarizada discussão a respeito de questões relacionadas à natureza jurídica do incidente, sendo que parcela

DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.). Pontes de Miranda e o direito processual. Salvador: JuspodIvm, 2013, p. 421-464.

27 Nesse sentido, Aluisio Mendes (2017) aponta que “[...] de modo publicamente assumido, o incidente de resolução de demandas repetitivas inspirou-se, em termos de experiência estrangeira, principalmente no instrumento alemão”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 29.

28 Tal ideia é reforçada por Aluisio Mendes (2017), quando diz que “[...] sob o prisma desta espécie de mecanismo, o procedimento-modelo alemão é o mais regulado e o mais analisado e comentado no âmbito nacional e internacional”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 29.

respeitada da doutrina sustenta que o IRDR é modelo de causa piloto^{29 30}, e parcela diversa se refere a procedimento modelo³¹.

Tal discussão se apresenta justamente para caracterizar ou não a cindibilidade do julgamento do incidente, de modo que na causa modelo haveria, além da formação da tese jurídica, o julgamento do caso subjetivo. De outra sorte, o procedimento modelo configura-se por tratar restritamente da fixação da tese jurídica, sem se imiscuir na análise do caso concreto.

Não obstante, a presente seção deste trabalho não pretende adentrar sobre tal controvérsia, apesar de sua grande relevância tanto para a investigação que se pretende, quanto para sedimentação das exatas premissas do IRDR. Em verdade, o que se busca investigar nesta parte específica do presente ensaio acerca do incidente de resolução de demandas repetitivas é a sua relação com o direito/processo coletivo.

Tal investigação se faz necessária tendo em vista que o objetivo maior do presente artigo é averiguar se a legislação processual permite que a má procedimentalização do IRDR possa ocasionar problemas à segurança jurídica e isonomia do sistema jurídico.

Desse modo, caso o IRDR seja inserido ao microsistema de processo coletivo, restará inequívoco o valor de ordem pública³² e o interesse público

29 Esse é o entendimento de Alexandre Câmara, citado por Sofia Temer (2017), que afirma que o IRDR apenas pode ser instaurado a partir de processo em trâmite perante os tribunais, porque “[...] o processo em que tal instauração ocorra será afetado para julgamento por órgãos que se tenha especificamente atribuído a competência para conhecer do incidente, o qual julgará o caso concreto como uma verdadeira causa-piloto, devendo o julgamento desse caso concreto ser, além da decisão definitivamente do julgado, um precedente que funcionará como padrão decisório para outros caso, pendentes e futuros [...]”. TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017 p. 66.

30 No mesmo sentido é o entendimento de Cabral e Cramer (2015), citados por Sofia Temer (2017), apontam que “[...] o panorama que se ensaiava para o IRDR na tramitação do novo Código no Congresso Nacional era claramente de um procedimento-modelo”, mas que “após a inserção pelo Senado Federal do art. 978, parágrafo único, o incidente de Resolução de Demandas Repetitivas será, via de regra, uma causa-piloto [...]”. TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 67.

31 Sofia Temer destaca o posicionamento de Dierle Nunes. Vejamos o posicionamento do autor mineiro: “[...] também parece ser a posição de Dierle Nunes, que expressamente afasta o modelo de causa-piloto para o incidente, o qual apenas ocorre nos recursos especial e extraordinário repetitivos, onde há “o julgamento completo da causa pelo tribunal, diversamente das técnicas de procedimento-modelo nas quais há uma cisão cognitiva (como no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR)”. TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 67.

32 A Professora Gisele Goés apresenta com habitual clareza o conceito do *valor ordem pública* da seguinte forma: “A ordem pública não é mais somente aspecto do direito público como pensavam os romanos, por meio da máxima *privatorum conventio iure publico no derogat* ou como sinônimo da vontade do legislador, sendo apenas o que ele diz ou sendo mero casuismo empregado de conformidade com o ramo do direito, instituições jurídicas envolvidas etc. Hodiernamente ela é uma simbiose da organização social associada ao interesse geral. O interesse geral decorre da sociedade, sendo materialização da vontade da coletividade. Só se pode imaginar uma sociedade democrática, cujo caminho da ordem pública esteja assentado num mínimo organizacional com gerenciamentos internos e externos (*outputs e inputs*) de interesses gerais como

do objeto do incidente.

Com efeito, tem-se posicionamentos bastantes divergentes na doutrina a respeito da natureza ou não de processo coletivo do instituto em estudo. Autores como Temer³³ afastam a ideia de que a natureza do incidente esteja relacionada ao direito coletivo, asseverando que sua natureza é de processo objetivo, isto é, para a autora, a técnica do incidente não está relacionada substancialmente à resolução da lide, mas somente da fixação de uma norma jurídica.

O posicionamento acima destacado não parece ser o mais coerente. De outro giro, encontra-se em parcela relevante da doutrina entendimento no sentido de que o IRDR guarda sim relações bastante estreitas com o direito coletivo. Tal posicionamento se mostra bastante acentuado na obra de Menezes, cujas lições encontram-se bem fundamentadas por importantes nomes do Direito Processual, como Didier, Zaneti e Câmara³⁴. Para os referidos doutrinadores, a essência do processo coletivo estaria calcada primordialmente na solução de situação jurídica coletiva.

O presente trabalho se inclina a este entendimento. Imperioso destacar que houve, e ainda há, enorme esforço legislativo no sentido de buscarem, cada vez mais, o gerenciamento das demandas³⁵.

E o sentido do termo gerenciamento proposto anteriormente deve ser entendido como forma de buscar solucionar casos repetitivos, ou casos que envolvam vários atores com direitos a serem tutelados a um mesmo tempo, buscando garantir isonomia e celeridade no deslinde dos casos.

Com efeito, o que se percebe é que o processo passou a ser pensado para garantir maior efetividade, a qual deverá buscar cada vez mais que menos processos possam proporcionar decisões que tenham o condão de pacificar vários conflitos³⁶.

os da coletividade de modo geral". GOÊS, Gisele Santos Fernandes. **Ordem pública e os papéis da justiça do trabalho**. Ministério Público do Trabalho. Revista TST, Brasília, Vol. 77, n.º 2, abr / jun 2011. p. 188.

33 TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

34 (...) Há o critério qualificador do processo coletivo apontado por Didier Júnior e Zaneti Júnior: o objeto é a solução de uma situação jurídica coletiva. MENEZES, André Beckmann de Castro. **IRDR como política pública judiciária: a proteção ao princípio da igualdade a partir da adequada representação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 49.

35 Preocupação cada vez maior de países como Brasil e Portugal, o que pode ser melhor observada em estudos como os de Nuno Coelho, para quem a gestão dos Tribunais e a gestão processual perpassa por uma verdadeira administração da equidade e da justiça. COELHO, Nuno. **Gestão dos tribunais e gestão processual**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

36 Tal fenômeno é bem retratado na obra de Grinover, que destaca que o processo coletivo vai molecularizar os litígios, evitando o emprego das técnicas tradicionais, que empregam uma visão atomizada dos processos. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial** / coordenação de Eduardo Ferreira Jordão / Fredie Souza Didier Jr. – Salvador : Juspodivm, 2017, p. 32.

Assim, reafirmando-se o posicionamento de Menezes³⁷, entende-se que o fator preponderante a ser levado em consideração para colocar no mesmo grupo processos coletivos e demandas repetitivas, é o objeto de que a decisão ou o provimento se volte à coletividade.

E mesmo a parcela da doutrina que refuta completamente a aproximação entre o direito coletivo e as demandas repetitivas, acaba se rendendo às chamadas zonas de convergência entre os dois institutos³⁸, afirma que, inobstante a dessemelhança entre os objetos das ações coletivas e do IRDR, pode-se imaginar a existência de certa convergência entre as zonas de atuações.

Portanto, entendendo que a fixação da tese jurídica do IRDR busca alcançar o interesse de uma coletividade, não resta dúvida que suas essências estão relacionadas com o objeto do direito coletivo. Destarte, analisar se eventual procedimentalização inadequada do instituto poderia acarretar em implicações ao sistema jurídico, essa preocupação passa a ser ainda mais justificada, tendo em vista o caráter público da tese a ser fixada e sua repercussão no plano jurídico.

4. IRDR E DECISÕES CONFLITANTES SOBRE MESMA QUESTÃO DE DIREITO E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA

Somente após a aplicação prática e efetiva de determinados Institutos processuais foi possível estabelecer um estudo mais detalhado de questões de ordem procedimental. Todavia, não se pode olvidar que tal análise ainda está assentada em premissas precárias, tendo em vista que o atual Código e seus Institutos inéditos possuem pouca experimentação.

Diante desse cenário, a análise do processamento do IRDR se mostra bastante salutar para considerar se os objetivos pretendidos – segurança jurídica, tratamento isonômico e celeridade – têm sido alcançados, bem como avaliar a própria efetividade do instituto.

Analizando alguns Incidentes suscita-se a possibilidade de repetição de questões de direito processadas por Tribunais de Justiça com competências territoriais diversas. Ou seja, exemplificativamente, o Tribunal Regional da Primeira Região pode estar discutindo mesma questão de direito que o Tribunal Regional da Quinta região, ambos sob o procedimento do IRDR.

37 MENEZES, André Beckmann de Castro. **IRDR como política pública judiciária: a proteção ao princípio da igualdade a partir da adequada representação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

38 ALVES, Gustavo da Silva. **Ações coletivas e julgamento de casos repetitivos: Zonas de atuação e convergência entre os objetos a partir da prejudicialidade de uma questão**. Revista de Processo, Vol. 293/2019, jul / 2019, p. 03.

No entanto, como resultado do julgamento desses processos, pode ocorrer que as decisões não se coincidam. Mesmo estando os julgadores vinculados às normas constitucionais, aos textos legais e aos princípios gerais, muitas outras características podem influenciar no resultado do julgamento.

A qualidade do contraditório, o papel das partes e dos advogados são fatores variáveis que, com toda certeza, podem modificar a sorte de um julgamento. É por isso que há a possibilidade de que uma mesma questão de direito seja tratada de forma diferenciada a depender do local do seu processamento.

Tal situação gera um quadro preocupante, pois, a partir do momento em que houver o trânsito em julgado dos julgamentos, haverá a formação de normas jurídicas com *status* de precedentes judiciais, cujos efeitos terão natureza vinculante.

Isso implica dizer que no ordenamento jurídico brasileiro há a possibilidade de coexistirem duas normas jurídicas de aplicação obrigatória, já que existe, também, a natureza vinculante regulamentando sobre uma mesma questão de direito, mas em sentidos conflitantes.

Notadamente, a possibilidade acima delineada significa permitir a concretização de coexistência de precedentes obrigatórios, em sentidos opostos. E tal cenário representaria a fragilização do primado da segurança jurídica³⁹.

Pode-se afirmar que admitir a possibilidade de coexistência de precedentes judiciais sobre uma mesma questão em sentidos diferenciados é retroceder a passos largos a momento histórico anterior à vigência do Código de Processo Civil de 1939, em que cada Estado da Federação tinha sua própria legislação processual. Em outras palavras, significaria a institucionalização da própria insegurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio⁴⁰.

Além do mais, a coexistência de precedentes dissonantes representa o próprio esvaziamento do Instituto do IRDR, tendo em vista que um de seus escopos é justamente a pacificação do entendimento sobre determinada

39 Se a reprodução de causas com a mesma questão jurídica transcender a competência do Tribunal de 2º grau onde o Incidente for instaurado em primeiro lugar, não poderão ser instalados outros Incidentes em outros Tribunais, sob pena de permitir que se concretize o oposto da razão de existir do Incidente: o tratamento desigual. CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado federal e a da Câmara dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs). **Novas tendências do processo civil**. Vol. III. Salvador: JusPodivm, 2014, p. p. 295.

40 Nesse sentido, o Professor Flávio Pedron retrata bem sobre essa época, afirmando que: “O Código de Processo Civil de 1939 unificou as normas processuais civis, visto que, até aquele momento, os Estados tinham competência para legislar sobre matéria de processo civil livremente, o que causava certa insegurança jurídica no país”. PEDRON, Flávio Quinaud; COSTA, Jéssica Nayara Duarte. **O saneamento do processo civil como instrumento de efetividade da atividade jurisdicional**. Revista de Processo, São Paulo, vol. 274/2017, dez. 2017.

questão. Assim, ao possibilitar o surgimento de precedentes distintos sobre a mesma questão, volta-se ao problema que pretendia combater⁴¹.

O cenário acima estabelecido representa uma possibilidade, posto que em situações dessa natureza o esperado é que haja a suspensão nacional dos processos, para que os Tribunais Superiores uniformizem e pacifiquem o entendimento sobre o tema, sendo que os efeitos dessa decisão se vinculam a todo o Poder Judiciário, nos termos do artigo 982, §3º do CPC 2015.

Entretanto, em análise atenta ao procedimento do IRDR, percebeu-se não existir qualquer obrigatoriedade, na hipótese estabelecida acima, para que haja a suspensão nacional dos processos⁴².

Data maxima venia, o legislador brasileiro não deveria ter tratado a suspensão dos processos como uma mera faculdade. Em verdade, o uso de tal instrumento deveria representar importante ferramenta para que obstasse qualquer possibilidade de multiplicação de IRDRs sobre a mesma questão de direito e, consequentemente, com riscos de formação de precedentes em sentidos distintos.

Em outro giro, também merecem reparos o pequeno rol de legitimados para propor a suspensão nacional dos processos. A preceito do artigo 982, conjugado com o artigo 977, ambos do CPC, contam como aptos a suscitar a suspensão somente o julgador, as partes, Ministério Público e Defensoria pública, uma vez que exercem funções essenciais à justiça, constitucionalmente reconhecidas.

Ainda nesse sentido, pontualmente em relação às partes, faz-se uma crítica no sentido de que somente será requerida a suspensão nacional dos processos pelas partes quando houver manifesto interesse para o litígio.

Destarte, depreende-se que além do estreito rol de legitimados a requererem a suspensão de processos, podem haver fatores que permitiriam as

41 A respeito do tema, assim leciona Humberto Theodoro Júnior: “As medidas de publicidade do art. 979 têm dupla função: (i) das ampla divulgação aos incidentes propostos e julgados, de modo a evitar a continuidade e o julgamento das ações individuais homogêneas, sem atentar para necessidade de sujeição à tese de direito definida, ou em vias de definição no tribunal; e (ii) impedir a multiplicidade de incidentes de igual natureza ou de igual força uniformizadora sobre uma mesma questão de direito, o que enfraqueceria a próprio a função do instituto, comprometendo-lhe a utilidade e eficácia”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. III. 51. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2018 p. 969.

42 Acerca do assunto, pontuam Lamy e Salomon: “É certo que a simples demonstração da existência de múltiplos processos versando sobre a mesma questão de direito em tramitação em mais de um Estado (ou região) já autoriza a suspensão nacional dos feitos (art. 982, §§ 3º e 4º, CPC/2015), requerida ao STF ou ao STJ por qualquer parte do processo que verse sobre questão de direito discutida no IRDR (independentemente dos limites territoriais da competência do tribunal), mas a disciplina legal do incidente não obriga que, diante de possível abrangência nacional das questões as Cortes Superiores devam solucionar a questão”. LAMY, Eduardo de Avelar. SALOMON, Nadine Pires. **Os desafios do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em face do federalismo brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 277, mar. 2018, p.11.

partes do processo abrirem mão de solicitar a afetação nacional, aumentando ainda mais a possibilidade de tramitarem ao mesmo tempo IRDRs versando sobre mesma questão de direito.

Nota-se que a normatização referente à suspensão nacional teve o único objetivo de atender as demandas que representam repercussão no país, sem, contudo, atentar-se para a possibilidade de tramitação simultânea de IRDRs.

Nesse diapasão, em observância ao interesse público ao qual se volta o objetivo do IRDR, pontualmente a segurança jurídica, seria salutar considerar a obrigatoriedade da suspensão nacional dos processos quando houvesse a concomitância de temas sendo discutidos por Tribunais distintos⁴³. Tal medida poderia ser efetivada por meio de alteração legislativa, com a inclusão de dispositivo ao Código de Processo Civil, onde fosse imposta a obrigatoriedade de suspensão nacional dos processos, quando houvesse a multiplicidade sobre mesma questão de direito.

Com isso, além de impedir a formação de variadas teses jurídicas sobre a mesma questão de direito, também seria possível a formação de precedentes concebidos a partir de discussões mais amplas e melhores estruturadas pelos Tribunais Superiores.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito de ter se afirmado na Introdução deste trabalho a pretensão de apresentar sugestões visando a melhor procedimentalização do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o presente artigo não tem a finalidade de esgotar a discussão sobre o tema. Com isso, serão apresentadas considerações finais a respeito do assunto abordado, com a supramencionada sugestão para a melhor compatibilização do Instituto ao ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, pode ser observado que a criação do IRDR representa a tentativa do legislador pátrio em proporcionar o melhor gerenciamento dos múltiplos casos repetitivos que habitualmente estão na pauta de julgamento de todo o Poder Judiciário.

Nítidamente, o novo Instituto pretende, a um só tempo, garantir decisões judiciais mais isonômicas, na medida em que questões de mesma natureza receberão o mesmo tratamento a partir de tese jurídica formada pelo caso-modelo.

43 É oportuno destacar que este é o entendimento do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, a saber: (art. 982, §§ 3º, 4º e 5º) A suspensão de processos na forma deste dispositivo depende apenas da demonstração da existência de múltiplos processos versando sobre a mesma questão de direito em tramitação em mais de um estado ou região. (ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CÍVILS, 2018, p.31).

Consequentemente, o número de demandas tende a ser reduzido consideravelmente por haver julgamentos em lotes e novas ações judiciais sobre aquela matéria devem ser desencorajadas, pois já terá tese precedente formada.

Desse modo, o que se apurou foi a natureza jurídica do Incidente voltada diretamente ao interesse público, na medida que visa prioritariamente assegurar pela segurança jurídica do ordenamento jurídico nacional.

Justamente, mediante o relevo do IRDR para o interesse público, é que se buscou chamar atenção para o problema de ordem prática que pode proporcionar a própria fragilização e desnaturação do Instituto, qual seja a formação de precedentes diversos sobre mesma questão de direito, conquanto em tribunais distintos.

Caso tal cenário ocorra efetivamente, representará abalos a questões de ordem sensíveis aos princípios democráticos de direito, dentre eles, a isonomia processual e a própria segurança jurídica do ordenamento jurídico.

Tal possibilidade restou demonstrada em razão dos restritos atores jurídicos que podem solicitar a suspensão nacional dos processos, com base nos artigos 977 e 982 do CPC. Além da restrição do número de legitimados, o diploma processual previu que as partes podem requerer a suspensão nacional dos processos, quando, na verdade, podem agir no caso concreto apenas de acordo com seus interesses processuais, de maneira estratégica.

Mediante esse panorama, é fundamental buscar ferramentas técnicas com o escopo de se evitar que tribunais distintos, ao julgarem a mesma questão de direito sob a técnica do IRDR, formem precedentes de maneiras divergentes.

Nesse sentido, o presente estudo buscou contribuir, apresentando algumas sugestões para o problema de pesquisa apresentado. Assim, quando houver a multiplicidade de IRDRs sobre a mesma questão de direito, deve haver obrigatoriamente a suspensão nacional dos processos, para que apenas um Tribunal de Justiça possa julgar a questão ou que, nesses casos, as próprias Cortes de Vértice sejam competentes para julgar e definir a tese a ser aplicada em todo território nacional.

Outrossim, de forma alternativa, deve ser pensado a respeito do redimensionamento do rol dos legitimados a requererem a suspensão nacional do processo em que sejam afeitos ao interesse de mais de um Tribunal. Com base nessa alternativa, não se pode olvidar a importância de ferramentas que suscitem a ampla publicidade dos IRDRs em trâmite em todos os Tribunais, bem como a melhor interlocução entre esses a respeito dos temas em julgamento ou mesmo os já julgados.

Acredita-se que, com os devidos acertos procedimentais acima indicados, a utilização da técnica de julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pode proporcionar o melhor gerenciamento do caótico sistema judiciário brasileiro, pois, diante da acusada crise conjuntural, somente por meio de técnicas de gerenciamento de demandas é que se poderá obter maior efetividade na entrega de respostas mais satisfatórias aos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Gustavo da Silva. **Ações coletivas e julgamento de casos repetitivos: Zonas de atuação e convergência entre os objetos a partir da prejudicialidade de uma questão**. Revista de Processo, Vol. 293/2019, jul / 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código Processual Civil. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

_____. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 16 mar. 2015.

_____. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 24 maio 2019.

BUENO. Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4. ed., ampliada atualizada e integralmente revista. São Paulo: Saraiva Educação, 201.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais: entre publicismo e privatismo**. 2015. 308f. Tese (Livre-Docência), Faculdade de Direito Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. São Paulo: Foco, 2019.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado federal e a da Câmara dos Deputados**. In: FREIRE, Alexandre et al. (Orgs). *Novas tendências do processo civil*. Vol. III. Salvador: JusPodivm, 2014.

CÉSPEDES; Livia. ROCHA, Fabiana Dias da. **Vade Mecum** (OAB) 16.ed. são Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COELHO, Nuno. **Gestão dos tribunais e gestão processual**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal**. 13. ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. v. 3.

NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno federici (Orgs.). **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais**. [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Ed. Fi, 2019.

ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. 9., 2018. **Carta de Recife**, mar. 2018. Recife: Ed. JusPodivm, 2019.

GOÉS, Gisele Santos Fernandes. **Ordem pública e os papéis da justiça do trabalho**. Ministério Público do Trabalho. Revista TST, Brasília, Vol. 77, n.º 2, abr / jun 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial** / coordenação de Eduardo Ferreira Jordão / Fredie Souza Didier Jr. - Salvador : Juspodivm, 2017.

LAMY, Eduardo de Avelar. SALOMON, Nadine Pires. **Os desafios do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em face do federalismo brasileiro**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 277, mar. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENEZES, André Beckmann de Castro. **IRDR como política pública judiciária: a proteção ao princípio da igualdade a partir da adequada representação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O futuro da justiça: alguns mitos**. Revista de Processo, São Paulo, vol. 102/2001, abr. – jun. 2001.

PEDRON, Flávio Quinaud; COSTA, Jéssica Nayara Duarte. O saneamento do processo civil como instrumento de efetividade da atividade jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 274/2017, dez. 2017.

MENDONÇA JUNIOR, Raimundo Rolim. **Os precedentes obrigatórios e a isonomia processual**: breves anotações sobre o código de processo civil de 2015. JusFundamentalis, v. 02, 2015.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2. ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. III. 51. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WANDERLEY, João Flávio Vidal. O objeto e a natureza do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: as situações jurídicas repetitivas e os direitos individuais homogêneos no cerne do debate. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 285, nov. 2018.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Brasil: um país de *common law*? As tradições jurídicas de *common law* e *civil law* e a experiência da Constituição brasileira como constitucionalismo híbrido**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (coord.). Pontes de Miranda e o direito processual. Salvador: Juspodivm, 2013.

O QUE É UM PRECEDENTE?

WHAT IS A PRECEDENT

Biano Arruda Bezerra Neto
Juiz Federal da TR/PB e da TNU
Diretor da ESMAFE/PB
Doutor pela PUC/SP

RESUMO: No presente artigo, a partir da visão do direito como linguagem, apresenta-se o conceito de precedente, confrontando-o com a ideia de jurisprudência, bem como enfatizando a necessidade de mudança de paradigma para a sua compreensão no contexto do CPC/2015.

Palavras-chave: linguagem, decisão judicial, jurisprudência, precedente, mudança de paradigma, CPC/2015.

ABSTRACT: *In the present article, from the view of law as language, the concept of precedent is presented, confronting it with the idea of jurisprudence, as well as emphasizing the need for a paradigm shift for its comprehension in the context of CPC / 2015.*

Keywords: *language, court decision, jurisprudence, precedent, paradigm shift, CPC / 2015.*

Para a construção de decisões judiciais, tão importante quanto citar “textos normativos” é a citação de julgados dos tribunais, o que é feito a partir da referência à respectiva jurisprudência.

A razão dessa importância está no fato de que, tanto quanto o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, por meio do exercício de sua função jurisdicional, acrescenta “normas jurídicas” ao ordenamento, que o integram e devem ser levadas em conta pelos julgadores em suas decisões. Há diferenças, contudo. A primeira delas está na circunstância de que, enquanto os legisladores produzem “textos normativos” a partir de “decisões políticas”, os juízes e tribunais produzem “normas jurídicas” a partir de “decisões judiciais”. E a segunda grande diferença é que todos os “textos normativos” postos pelo legislador vinculam os magistrados (art. 927 do CPC/2015), enquanto que,

no caso das “normas jurídicas” postas pelo Poder Judiciário, algumas os vinculam, outras, porém, são meramente indicativas.

Em textos anteriores, publicados aqui no CONJUR, abordei a importância da compreensão acerca da diferença entre “texto normativo” e “norma jurídica”¹, enfatizando que desconhecer essa realidade implica na falta de consciência do que significa a própria ideia de decisão judicial, porque esta, em sua essência, consiste exatamente na **passagem** que os juízes fazem dos “**textos normativos**” para as “**normas jurídicas**” (norma do caso concreto), bem como da “**narrativa das partes**” para a sua “**própria narrativa**” (fatos componentes das “questões jurídicas”² que lhes são submetidas a julgamento).

No presente texto, o objetivo é diferenciar **jurisprudência** e **precedente**, o que será feito a partir do exame acerca do uso desses termos no CPC atual e no anterior, bem como responder à pergunta sobre se estamos prontos para compreender e aplicar a grande meta constante do art. 926 do Código de 2015: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

O CPC de 1973 já utilizava os termos jurisprudência e precedente para se referir a conceitos diferentes. A palavra jurisprudência aparecia indicando um conjunto de decisões judiciais que resolvia questões jurídicas de maneira uniforme. O Código revogado, contudo, não esclarecia se essa uniformidade dizia respeito à atividade hermenêutica e à atividade argumentativa realizada para construir a decisão judicial, ou apenas ao resultado do julgado.

Houve, no CPC de 1973, a preocupação de criar um capítulo próprio para tratar da uniformização da **jurisprudência**; porém, a julgar pela tradição do direito brasileiro de criar súmulas de jurisprudência, que valorizam muito mais o resultado do julgamento, em detrimento da maneira como a decisão paradigma foi construída, é correto inferir-se que, no marco do código anterior, por jurisprudência, deve-se entender apenas a convergência do tribunal com relação ao resultado do julgamento das causas³.

1 Acerca da diferença entre “texto normativo” e “norma jurídica”, consultar: CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. Noeses: São Paulo, 2013; CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2014; CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2012; GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. São Paulo: Malheiros, 2013.

2 Sobre os conceitos de ‘ponto’, ‘questão’, ‘causa’ e ‘caso’, consultar: BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define uma decisão judicial**. Quais os limites dos juízes. São Paulo: Noeses, 2017.

3 Acerca da hipótese apresentada, conferir o art. 7.º, VII, 11, III, 102, “caput”, art. 102, §4.º, 103, 359, IV, todos do Regimento Interno do STF, nos quais as súmulas são tratadas como o extrato fundamental da jurisprudência dominante.

A grande **dificuldade** do Poder Judiciário brasileiro em uniformizar seu entendimento a respeito da forma de se construir a decisão judicial confirma essa hipótese reducionista e limitada. Essa hipótese também é corroborada pelo próprio enunciado do art. 479, que, expressamente, afirma que a jurisprudência dominante pode ser conhecida por meio de súmulas: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”⁴ (grifei).

Por essas mesmas razões é que o termo **precedente**, já constante do art. 479 do CPC anterior, é apresentado ali de forma bastante simplista, como sinônimo de julgado, ou seja, como o resultado do julgamento de um caso. Em tais termos, segundo o citado dispositivo, precedente era tido como o “julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal”. Assim, vários precedentes comporiam a jurisprudência dos tribunais ou tribunal.

Esse tipo de noção é totalmente compatível com a cultura jurídica de sua época, que não diferenciava “texto normativo” e “norma jurídica”⁵. Para esse tipo pensamento, o ordenamento jurídico seria composto pelo conjunto de leis produzidas apenas pelo Poder Legislativo; o trabalho do juiz seria aplicar a lei com justiça, a moral seria totalmente separada da lei, a decisão judicial seria resultado da subsunção lógica da lei aos fatos e a atividade interpretativa do juiz consistiria em descobrir o sentido dos textos normativos, através da utilização dos métodos interpretativos: lógico, gramatical, histórico, teleológico e sistemático⁶.

Em outros termos, o conceito de **jurisprudência** era reduzido ao conjunto de julgados que convergiam em torno de determinada conclusão quanto à solução de uma mesma “questão jurídica” e **precedente**, por sua vez, era apenas o julgado, em sua unidade. Não havia, assim, qualquer preocupação em descrever a atividade hermenêutica e a atividade argumentativa desenvolvidas para a passagem da “narrativa das partes” para a “narrativa do juiz”, bem como do “texto normativo” para a “norma jurídica”. Em suma: não

4 No CPC de 1973, o termo aparece outras nove vezes. Em nenhuma delas é possível encontrar elemento que permita concluir de forma diferente daquela exposta neste parágrafo: art. 120, art. 475, §3.º, art. 541, parágrafo único, art. 543-A, §3.º, art. 543-C, §2.º, art. 544, §4.º, II, “b” e “c” e art. 557 e art. 557, §1.º. Nesse mesmo sentido, consultar a Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990.

5 Sobre a diferença entre “texto normativo” e “norma jurídica” no contexto da construção da decisão, consultar: BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define uma decisão judicial**. Quais os limites dos juízes. São Paulo: Noeses, 2017.

6 Para uma crítica acerca do uso dos métodos tradicionais, conferir: ALEXYY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

importava, para os conceitos de precedente e jurisprudência, como a decisão judicial era construída, ou seja, como o juiz, o desembargador, o ministro ou tribunal chegavam às suas conclusões, mas apenas quais seriam essas conclusões.

Ora, se uma conclusão qualquer, impulsionada por puro voluntarismo, ou mesmo por interesses inconfessáveis, fosse repetida várias vezes, tornaria-se jurisprudência, formada por precedentes. Se ela fosse solitária e isolada, por outro lado, seria apenas uma divergência. O que interessa frisar é que estaria indene de críticas e blindada contra escrutínios por parte dos cidadãos, porque, simplesmente, a atividade interpretativa e a atividade argumentativa não importavam. Tanto é assim que bastava que fossem justificadas através de ementas de outros julgados, de súmulas, de conceitos vagos ou através de paráfrases de textos legais. Para o CPC atual, esse tipo de prática, segundo o art. 489, deveria levar à nulidade da decisão judicial.

O CPC de 2015, por sua vez, da mesma forma como já o fazia o anterior, diferencia de forma clara **precedente e jurisprudência**. Todavia, o sentido que lhes dá é muito mais rico e essa virada advém não da forma como esses termos são utilizados ao longo do código, especialmente nos arts. 521, IV, 978, 1.029, §1º, 1.034, §3º, I, e 1.043, §4º, mas da maneira como eles aparecem nos arts. 489, 926 e 927, justamente aqueles que trazem o grande diferencial do atual CPC na matéria, uma vez que veiculam os dois grandes cometimentos em relação aos quais a magistratura brasileira é chamada a aderir: a) o compromisso com o emprego de criteriosa atividade hermenêutica e argumentativa quando da construção da decisão judicial; b) o compromisso com a estabilidade, integridade e coerência do caminho utilizado para dar cabo do cometimento anterior.

Mas, afinal, o que é precedente? Ao contrário do CPC de 1973, o atual não o conceitua. Dessa forma, o caminho utilizado pela doutrina brasileira⁷ tem sido buscar inspiração na lição dos tratadistas de países cujo sistema jurídico opera a partir da existência de um “direito comum” (“common law”). Segundo essa tradição, o “direito comum” seria histórica e costumeiramente construído pela sociedade⁸ e suas instituições políticas. Dentre estas últimas, está o próprio Poder Judiciário, que não apenas tem a função de revelar as normas desse sistema, mas também de construí-las, a partir de suas decisões.

7 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: RT, 2013; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2015; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v.2. Salvador: JusPodivm, 2016; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do direito e decisão racional**: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

8 Importante frisar que a “Constituição” britânica é não escrita e que a norte-americana é sintética.

É na referida tradição, portanto, que o precedente, na qualidade de decisão que revela e materializa o “direito comum”, dada sua imensa relevância, tem sido objeto de atenção e estudo. A importância que os “textos normativos” têm para a compreensão da ideia de ordenamento jurídico, bem como para a construção das decisões judiciais, em nossa tradição, o precedente tem para a o sistema da “common law”, e o seu conceito, como o das “normas jurídicas”, somente pode ser entendido a partir da reflexão sobre como o juiz efetua a passagem do “texto normativo” para a “norma jurídica”. Para esse sistema jurídico, essa noção está nos conceitos de “**ratio decidendi**” e “**holding**”. Vamos a eles, então.

Para Frederick Schauer⁹, da Universidade da Virgínia, a *ratio decidendi*, que em bom português pode ser traduzida “como o fundamento ou os fundamentos da decisão”, ao lado do “holding”¹⁰, que, segundo o “Black’s Law Dictionary”, significa declarar as conclusões da corte a respeito da incidência da lei sobre determinado fato¹¹, são os fatores que permitem identificar e qualificar como precedente determinada decisão judicial. Em outras palavras, uma decisão judicial é identificada pelos fundamentos utilizados para a resolução das questões postas, bem como pelas suas conclusões, e **não apenas destas**. Dessa forma, precedente não é um tipo de decisão judicial, mas uma **qualidade** do julgado, que é construído pelo julgador de forma a possibilitar o conhecimento acerca dos aspectos hermenêuticos e argumentativos determinantes para a conclusão a que nela se chegou.

Ainda segundo ele, muita tinta já foi gasta na tentativa de definir esse conceito de “ratio decidendi”, podendo-se citar pelos menos três grandes correntes acerca do tema¹²: a) para a primeira corrente, a “ratio decidendi”

9 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p.36-53.

10 Schauer adverte que os conceitos de “ratio decidendi” e “holding” são apenas similares, porém não idênticos, e que este é mais utilizado na prática jurídica dos Estados Unidos, enquanto aquele no Reino Unido: “Much of the foregoing discussion connects with the traditional distinction between the holding of a case (roughly, but only roughly, equivalent to what in Great Britain is called the ratio decidendi) and the dicta that a court may also offer in the process of issuing an opinion. According to the traditional distinction, the holding of a case consists of what is necessary to support the result in that case.” (SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p.180).

11 “To adjudge or decide, spoken of a court, particularly to declare the conclusion of law reached by the court as to the legal effect of the facts disclosed.” (BLACK, Henri Campbell. **Black’s Law Dictionary**. Saint Paul: West Publishing, 1968, p.864).

12 “Much theoretical ink has been spilled over the question of just how one determines the rationale of some potential precedent case, with some theorists arguing that it is a matter of connecting the facts as found by the court with the outcome, others saying that it must be the connection of *material* facts with outcome and still others believing that it is a matter of actually extracting the argument from the opinion of the first decision (Goodhart 1930; Goodhart 1959; Montrose 1957; Schauer 1991, p.181-87; Simpson 1958).” (Precedent. In: MARMOR, Andrei (Editor). **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2012, p.129).

é um problema de como os juízes e tribunais identificam os fatos discutidos na causa e os conectam com o resultado do julgamento; b) para a segunda, a “ratio decidendi” é um problema de como os juízes e tribunais identificam na norma os fatos juridicizados e os conectam com o resultado do julgamento; c) para a terceira, a “ratio decidendi” envolve, sim, o problema de saber como os juízes e tribunais interpretam e identificam os fatos juridicizados pela norma e os conectam com o resultado, mas a questão não é essa, mas extrair quais os argumentos eles utilizaram para justificar essa operação, pois são eles os elementos tangíveis para se identificar a razão de decidir.

A chave para encontrar a resposta acerca dos argumentos utilizados, prossegue o autor norte-americano, está em, primeiramente, identificar por quais razões a lei ou outra fonte normativa, torna relevantes determinados fatos, ou seja, está em identificar os fatos juridicizados pela norma. Em seguida, o esforço reside em compreender como a decisão judicial, no caso o precedente, identificou e descreveu os fatos relevantes da demanda, bem assim que razões utilizou para, conectando-os com a lei ou outras fontes normativas, chegar às conclusões acerca da resolução do caso¹³.

Em tais termos, quando uma decisão judicial é construída mediante a exposição desses elementos, ela pode ser considerada verdadeiramente um **precedente**, o qual se apresenta como guia obrigatório para as cortes inferiores, no caso da imposição de observância vertical imposta pelo sistema jurídico, ou como guia sugestivo para as cortes de mesma hierarquia, quando a observância horizontal do precedente não seja imposta.

Nesse último caso, o **precedente** é identificado como “stare decisis”¹⁴, expressão latina que pode ser traduzida para o português como “apoio ao já

13 Na lição de Neil MacCormick, a maior autoridade inglesa sobre precedentes é Rupert Cross, para quem “o fundamento da decisão de um caso é qualquer norma do direito tratada por um juiz em termos explícitos ou implícitos como um passo necessário para chegar à conclusão, relacionada à linha de raciocínio adotada por ele.” Em seguida, MacCormick oferece sua lição: “o fundamento da decisão é a deliberação explícita ou implícita oferecida por um juiz que seja suficiente para determinar um ponto do direito posto em questão pelos argumentos das partes num caso, sendo ele um ponto a respeito do qual uma deliberação era necessária para sua justificação (ou uma de suas justificações alternativas) da decisão no caso. (Aqui é preciso que se repita a advertência de que, de acordo com essa perspectiva, nem todos os casos – mesmo casos que ‘firmam jurisprudência’ – possuem um único fundamento da decisão)”. (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.281).

14 “As regras do ‘stare decisis’ e a natureza vinculante do precedente são conceitos fundamentais no sistema jurídico dos Estados Unidos. ‘Stare decisis’ é um termo (sic) latino que tecnicamente significa ‘deixe como está’; o sujeito oculto da sentença é o precedente ou casos decididos anteriormente. Constitui também a tendência de uma Corte de seguir a corrente adotada por cortes anteriores em questões legais semelhantes quando apresentam fatos materiais similares. Deste modo, os casos decididos anteriormente formam um conjunto de precedentes que vinculam as cortes em decisões subsequentes. Elas tendem a seguir a corrente adotada em casos anteriores, mesmo que não alcancem o mesmo resultado previsto em um primeiro momento.” (FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.76).

decidido”, ou “respeito ao já decidido”, no sentido de que o juiz ou o tribunal, mesmo que não seja obrigado a tanto, ao julgar caso idêntico ao já julgado pelo mesmo ou outro juiz ou tribunal de mesma hierarquia, reconhece na sentença ou no acórdão passado a existência de bons motivos para julgar o caso presente mediante: (I) a consideração dos mesmos fatos juridicizados, (II) o alcance das mesmas conclusões e, sobretudo, (III) a partir da utilização das mesmas razões para vincular os fatos tidos como relevantes (ou juridicizados pela norma) às conclusões a que chegou.

Por fim, Schauer diz que, à primeira vista, seguir um precedente obrigatoriamente, apenas porque veio de uma corte superior ou apenas porque se trata de uma decisão proferida anteriormente parece **irracional**. Todavia, quando se considera a estabilidade do sistema jurídico, o respeito ao quanto já decidido antes confere relevância à atitude que prega o “*stare decisis et non quieta movere*”, sempre ressalvada a possibilidade de revisão (*overruling*¹⁵), nos casos em que isso for admitido a cortes inferiores ou de mesma hierarquia. Todavia, conclui, se o que se chamar de precedente não puder ser identificado por meio da “*ratio decidendi*”, do “*holding*” ou de suas conclusões, **falar de precedente não passa de uma grande ilusão**.

Essa advertência é bastante válida para a realidade brasileira, uma vez que, como visto, apesar dos diversos mecanismos e técnicas processuais para a identificação e uniformização das decisões judiciais, o resultado esperado sempre foi muito aquém do necessário para alcançar tais objetivos.

No Brasil, estamos em pleno processo de **transição** entre a cultura do antigo e do novo CPC. Ainda continuamos valorizando a ideia de precedente como uma unidade de jurisprudência, sendo esta apenas o conjunto das decisões de um tribunal convergentes em torno de determinada conclusão, sem qualquer preocupação quanto à compreensão como as decisões foram efetivamente construídas, isto é: como o juiz efetuou a passagem do “texto normativo” para a “norma jurídica”, bem assim a passagem da “narrativa das partes” para a sua própria “narrativa”.

Esse tipo de pensamento nunca permitirá o cumprimento das metas do art. 926 do CPC, nem tampouco permitirá aos cidadãos o controle das decisões do Poder Judiciário, instância de poder cada vez mais relevante para a criação

15 O termo “*overruling*” significa o ato de sobrepor uma decisão. Toni M. Fine, após reforçar que a tradição formada em torno da ideia do ‘*stare decisis*’ é consolidada nos Estados Unidos, porém não tem caráter absoluto, cita esclarecedora declaração da Suprema Corte do seu país, proferida por ocasião do julgamento do caso “*Ring v. Arizona*”: “A doutrina do ‘*stare decisis*’ é de fundamental importância para a ‘legalidade material’ (‘*rule of law*’), (mas) nossos precedentes não são sacrossantos. Já sobrepussemos decisões anteriores nas quais a necessidade e a propriedade de fazê-lo foram definidas”. (FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.84).

de “normas jurídicas” integrantes do conjunto que chamamos ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. **O que define uma decisão judicial**. Quais os limites dos juízes. São Paulo: Noeses, 2017.

BLACK, Henri Campbell. **Black's Law Dictionary**. Saint Paul: West Publishing, 1968.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do direito e decisão racional**: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses.

_____. **Direito tributário, linguagem e método**. Noeses: São Paulo, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. v.2. Salvador: JusPodivm, 2016.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução de Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2015.

MARMOR, Andrei (Editor). **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York: Routledge, 2012.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: RT, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

**AUTOCOMPOSIÇÃO: CAUSAS DE DESCUMPRIMENTO
E EXECUÇÃO – UM PANORAMA SOBRE MEIOS
ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O
PROCESSO DE EXECUÇÃO NO NOVO CPC**

***SETTLEMENT BREACH AND ENFORCEMENT CAUSES – AN
OVERVIEW OF ALTERNATIVE DISPUT RESOLUTION AND THE
JUDICIAL EXECUTION PROCESS ACCORDING THE [BRAZILIAN]
NEW CIVIL PROCEDURE CODE***

Bruna Braga da Silveira

Doutora em Direito Processual pela USP

Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP

Professora da graduação e pós-graduação da Faculdade Estácio do Pará

Membro do IBDP. Advogada

Bruno Lopes Megna

Doutorando e Mestre em Direito Processual pela USP

Foi aluno visitante da graduação em Direito da USP na Yale University

Membro do CEAPRO

Procurador do Estado de São Paulo

RESUMO: O presente artigo traz um breve panorama sobre o estudo do processo de execução no contexto dos métodos alternativos de solução de conflitos.

Palavras chave: MASC, autocomposição, acordo, descumprimento, execução.

ABSTRACT: *This article provides a brief overview on the study of the brazilian execution process in the context of alternative dispute resolution.*

Key words: *ADR, settlement, agreement, failure, execution.*

1. INTRODUÇÃO: QUANDO AUTOCOMPOSIÇÃO E EXECUÇÃO SE ENCONTRAM

A expansão dos meios alternativos de solução de conflitos (“MASC”, ou, na sigla em inglês, “ADR” — “Alternative Dispute Resolution”) já é um fato consumado no mundo jurídico brasileiro.¹

Como é sabido, essa expansão tem sido incentivada por juízes e advogados, porque se espera, dentre outras coisas, que as partes cumpram espontaneamente os acordos concertados por elas próprias, evitando-se, assim, não só desgaste do processo de conhecimento, mas, principalmente, o da fase ou processo de execução. No entanto, é possível que isso não ocorra.

Naturalmente, nem todos os institutos jurídicos — de fato, nenhum — têm funcionamento perfeito. É de se esperar, portanto, que uma margem deles descumpra sua finalidade: a efetivação do acordo.

Essa falta de efetividade, quando não decorre da superveniência de fatores que o inviabilizam, revela, em regra, uma característica da má-formação do acordo, conforme analisado no item 2.

Isso em nada diminui a importância destes métodos nem desaconselha o seu uso, mas, simplesmente, indica a importância do estudo da sua execução — forçada, se necessário.

Por sua vez, pode acontecer também o inverso. Embora não tenham realizado nenhum acordo no curso do processo de conhecimento, pode acontecer de as partes preferirem acordar sobre a forma de execução da decisão (judicial ou arbitral) que lhes foi imposta.

Verifica-se, dessa forma, que há dois momentos em que os meios alternativos de solução de conflitos e os procedimentos executórios podem se cruzar. O primeiro é a necessidade do uso da execução forçada para fazer cumprir o acordo firmado pelas próprias partes, mas não espontaneamente cumprido por qualquer delas. O segundo é a possibilidade de uso dos meios alternativos de solução de conflitos como método da própria execução, pelo qual as partes usam sua autonomia para acordar a forma com que levarão a efeito a decisão que obtiveram de juiz ou árbitro.

Cada uma dessas hipóteses é analisada nos itens 3 e 4, respectivamente.²

1 Sobre a evolução dos meios alternativos de solução de conflitos no Brasil, Cf. MEGNA, Bruno Lopes. *Alternative Dispute Resolution: the early Brazilian experience*. Publicado em 2010. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Newsletter_2010_Final.pdf. Acesso em: 30/3/2015.

2 No presente texto, utiliza-se o vocábulo “acordo” para se referir a qualquer pacto ou acerto entre as partes em conflito pelo qual dispõe sobre seus interesses e direitos mediante quaisquer meios. Utiliza-se o termo “meios consensuais” e as siglas “MASCs” e “ADRs” para se referir, indistintamente, a qualquer meio alternativo de solução do conflito à via de adjudicação pelo Poder Judiciário, como a mediação, a conciliação, a negociação, e quaisquer outros meios de transação ou entendimento que possam levar a uma solução de direito material ou processual que parte do consenso das próprias partes, e não seja imposta por

2. ACORDOS NÃO CUMPRIDOS: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DO USO DE MEIOS INADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Em todos os meios consensuais de solução de conflitos — seja um consenso material, isto é, sobre o conteúdo do conflito, como se busca na mediação e na conciliação, seja um consenso processual, isto é, sobre o método de conflito, como se acorda ao escolher a arbitragem³ — espera-se, precisamente pela sua origem consensual, que o cumprimento do acordado seja espontâneo, isto é, prescindindo da execução forçada pelo Poder Judiciário, por exemplo, com o cumprimento de obrigações de fazer sob força policial ou cumprimento de obrigações de pagar mediante expropriação de bens. Mas, como já dito, os meios consensuais não estão a salvo dessa necessidade.

Antes de tudo, cabe observar os porquês de os meios consensuais não estarem a salvo da necessidade de execução forçada pela via judicial. Duas podem ser as razões: a má-formação do acordo, que nasce com prognóstico de insucesso, e a superveniência de situações que inviabilizam o acordo.

A má-formação do acordo é algo de extrema relevância, e que não pode ser negligenciado no estudo dos meios alternativos de solução de conflitos, sob pena de os casos de insucesso contaminarem tais meios com pecha de ineficientes — como já ocorre com as conciliações judiciais, na perspectiva de alguns⁴ — e, principalmente, de prejudicar as partes do acordo, cuja má-formação pode não só deixar de solucionar seu conflito, como também agravá-lo.

Essa má-formação do acordo pode advir, resumidamente — e sem pretensão de esgotá-las —, de três causas: (i) a escolha de meio inadequado de solução do conflito; (ii) o uso inadequado das técnicas pelo profissional que assiste as partes; e (iii) o fechamento de um acordo não realista pelas próprias partes.

um juiz estatal. Por fim, utiliza-se a sigla “CPC/1973” para se referir à Lei 5.869/1973, com suas alterações até janeiro de 2015, e as siglas “NCPC” ou “NCPC/2015” para se referir à Lei 13.105/2015.

3 Ou ainda, sobre as regras procedimentais, como permitem o novidadeiro art. 190 do NCPC/2015. V. MEGNA, Bruno Lopes; e CIANCI, Mirna. *Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o debate*, 2015, no prelo; e CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. Texto preparado para o I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual e apresentado em Lima, no Peru, em novembro de 2014, p. 9. Disponível em: <http://ufpe.academia.edu/LeonardoCarneirodaCunha>. Acesso em: 8/3/2015.

4 Alunos da Universidade de São Paulo têm registrado, após visitas em centros de conciliação judicial e extrajudicial, percepções de insatisfação com as conciliações judiciais, decorrentes principalmente da má aplicação do método. “É frustrante perceber que instrumento tão valioso como a audiência conciliatória seja tão mal utilizado pelos conciliadores”, relatou um aluno. Cf. SALLES, Carlos Alberto et al. A experiência do Núcleo de Estudos de Meios de Solução de Conflitos (NEMESC). In: *Revista Direito GV*, v. 6. São Paulo: FGV, jan-jun 2010, p. 79.

A primeira causa — a escolha inadequada de um meio para a solução do conflito — é uma causa anterior (*ex ante*) que condena o acordo ao insucesso, e que está diretamente relacionada ao conhecimento do sistema multiportas de solução de conflitos e à compreensão das finalidades de cada método.⁵ Por isso é que se insiste tanto, recentemente, em se falar não mais simplesmente em “meios alternativos de solução de conflitos”, mas em “meios adequados de solução de conflitos”, pois, mais importante que buscar meios “alternativos” com os ares de modernidade e apelo de desobstrução do Judiciário, é buscar meios “adequados” que efetivamente solucionem da melhor forma a controvérsia das partes.⁶ Essas partes não devem ser vítimas de um método inadequado, nem de um profissional que conduziu o método inadequadamente, nem muito menos de uma política pública judiciária mais preocupada em diminuir o volume de trabalho no Judiciário do que em solucionar controvérsias de forma adequada.

O Novo CPC tenta atender a necessidade de adequação de método com a previsão de que, preferencialmente, será aplicada a conciliação para os casos em que as partes não tiverem relação prévia (por exemplo, em uma batida de carros entre desconhecidos), e a mediação para casos em que as partes já têm relação prévia (por exemplo, em um conflito societário).

Porém, é criticável na sua ânsia de impor os meios consensuais às partes da lide (como se o consenso pudesse ser imposto), no próprio ambiente judiciário, colocando-os como atos preliminares a todo e qualquer processo judicial. Isso é compensado, um pouco, com a lucidez do artigo que faculta às partes, desde logo, manifestar o desinteresse em acordo (art. 334, §5º do NCPC). Porém, trata-se de uma compensação imperfeita. A audiência de conciliação “ou de mediação” só deixará de ser realizada se *ambas* as partes peticionarem dizendo que não têm intenção de transigir. Por consequência, basta que uma das partes fique em silêncio para obrigar a outra a comparecer contra sua vontade à audiência de conciliação, sob pena de ato atentatório à dignidade da Justiça e multa de dois por cento (art. 334, §8º do NCPC).

5 Segundo PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA, “os métodos de resolução de conflitos direcionam-se, de modo geral, a dois resultados básicos: a decisão e o acordo. A jurisdição e a arbitragem, por exemplo, visam a uma decisão que sirva como regra para as partes — eliminando o conflito. A conciliação e a mediação, por sua vez, visam que os conflitantes cheguem a um consenso — que soluciona efetivamente o conflito. Outros métodos visam ambos: a avaliação de terceiro neutra e o *mini-trial*, por exemplo, podem servir para que as partes cheguem a um consenso como também podem servir para um terceiro proferir uma decisão justa”. (Solução de controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo: Método, 2012, p. 21).

6 Cf. LORENCINI, Marco Antonio G. L. Sistema multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: ____; SALLES, Carlos Alberto de. SILVA, Paulo Eduardo Alves (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito*. São Paulo: Método, 2012, p. 61.

É claro que a previsão tenta incentivar a formação de uma “cultura da pacificação” em detrimento da atual “cultura da sentença”, conforme expressão cunhada por KAZUO WATANABE,⁷ pois, de fato, é comum que as partes procurem o Judiciário sem cogitar se esse é mesmo o meio mais adequado para solução de seu conflito.

Por outro lado, é questionável se a apresentação desses meios no ambiente judiciário é sempre adequada, a ponto de tomá-la como regra para todo e qualquer processo. Ainda que a quebra de uma cultura possa justificar esse incentivo enérgico que se dá à audiência de conciliação ou mediação, a fórmula um tanto simplista que pretende impor tal fase ao processo sem atentar para as especificidades do caso concreto pode ser inócuo, senão deletério. Inócuo, se essa verdadeira *obrigação* de comparecer à audiência (para fugir à multa do não comparecimento) se transformar em mero ato pró-forma, como já acontece quanto ao dever do juiz de “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes” (art. 125 do CPC/1973 e art. 139, V do NCPC/2015). Deletério, se esse incentivo à conciliação se impuser de tal forma que prejudique outras funções da jurisdição, como a de aplicar sanções, a de promover o equilíbrio entre as partes, e a de formar precedentes jurisprudenciais.⁸ Não podem os acordos se revelarem uma onda contrária à concretização de direitos, como costuma alertar OWEN FISS.⁹

Em todo caso, é certo também que a tutela jurisdicional não é dada somente pela via da adjudicação (vulgarmente, por uma sentença), mas sim pela justa tutela e o adequado tratamento do conflito do jurisdicionado.¹⁰

O ideal seria que, antes de se impor a mediação ou conciliação — método escolhido como “padrão” para fomentar acordos judiciais desde a Resolução CNJ nº 125 de 2010 —, fosse feita uma análise de qual o método mais adequado para cada conflito. Essa análise prévia pressupõe tempo, dinheiro e boa vontade raramente encontrados no mundo real, razão que tem

7 WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In Yarshell, Flavio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPI, 2005, p. 684/690.

8 Anotam DANIELA GABBAY, DIEGO FALECK E FERNANDA TARTUCE que “em alguns casos, métodos facilitativos como negociação e mediação podem ser menos benéficos ao interesse público que a adjudicação; são exemplos (i) casos de definição de precedente que traga segurança e previsibilidade a uma série de outras disputas semelhantes; (ii) casos de má-fé ou fraude, para ajudar a estancar violações recorrentes; (iii) casos de necessidade de sanção ou coerção estatal; (iv) casos em que uma das partes é incapaz de negociar efetivamente, havendo desequilíbrio de poder e habilidades.” (*Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 13).

9 FISS, Owen. *Against Settlement*. In: FISS, O. *The Law as it could be*. Nova Iorque (EUA): New York University Press, 2003, p. 90.

10 Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. IN *Revista de Processo*, n. 74, abril-june/94. São Paulo: RT, 1994.

levado o legislador a preferir a previsão de uma etapa obrigatória de tentativa de conciliação, a fim de ao menos incentivar a reflexão das partes para a busca da melhor solução da lide.

Mas não se pode ignorar que a experiência com as audiências preliminares de conciliação (do art. 331 do CPC/1973) já demonstrou que a tinta da lei não basta para alterar a cultura forense. E não há de ser diferente com as novas “audiências de mediação e conciliação” (do art. 334 do NCPC/2015). O sucesso desses métodos no âmbito judiciário não depende da sua previsão, mas da sua aplicação. Por isso, é fundamental a compreensão e o treinamento dos profissionais do direito, a começar pelos juízes, cuja conduta pode fazer dessa oportunidade um momento de construção de um ambiente amigável para solução espontânea do conflito ou um momento de desperdício de tempo e esforço processual, como hoje ocorre com muita frequência. Esse sucesso, portanto, dependerá da qualidade da compreensão dos profissionais do direito de que “os mecanismos alternativos não concorrem com a jurisdição estatal, mas a ela se somam, propiciando novos canais para dar efetividade à garantia de prestação do serviço judiciário”, conforme feliz expressão de Carlos Alberto de Salles.¹¹

A segunda causa — o uso inadequado das técnicas do método de solução do conflito — ocorre ao longo da formação do acordo, no *iter* de aplicação das técnicas de comunicação, aproximação e fechamento do acordo, e está relacionada com o preparo do profissional que auxilia as partes. Trata-se de questão fundamental, pois a escolha de um método inadequado (como apontado na hipótese anterior) pode até ser remediada com a condução habilidosa do profissional que auxilia as partes, mas será muito mais difícil remediar a condução desastrosa de um método, ainda que adequado, por um profissional inadequado. Não é difícil imaginar os prejuízos causados pelo despreparo de um profissional de mediação que conduz de forma errada as técnicas de comunicação, piorando a situação conflituosa, ao invés de transformá-la em consenso.¹²

E não é só nos meios autocompositivos que existe esse risco. A má indicação de arbitragem — ou, pior, a negligência na avaliação das consequências, a começar pelos custos, de assinar um contrato que contenha

11 SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz et al (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 782.

12 Segundo FERNANDA TARTUCE, “revela-se importante a noção de ‘transformação do conflito’. Sendo o conflito constituído pela percepção da relação vivida, alterar o modo de visualizar os fatos reputados conflituosos pode gerar uma mudança de comportamento e, com isso, repercutir no andamento da controvérsia, transformando-a em uma nova experiência”. (*Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 33).

cláusula arbitral — pode ser desastrosa para o cliente aconselhado por um advogado que não está em sintonia com esse instituto.

No novo CPC, há previsão de um “quase-estatuto” para os profissionais de mediação e conciliação que atuam no âmbito judiciário (art. 165 e ss. do NCPC/2015). Dentre as previsões, destaca-se a que prevê a remuneração para esses profissionais (art. 169 do NCPC), ressalvada a hipótese de o Tribunal ter quadro próprio de mediadores e conciliadores providos por concurso público, o que não remedia a prática altamente criticável que se tem adotado no Judiciário brasileiro de ter um quadro de conciliadores judiciais voluntários, não-remunerados e nem sempre adequadamente treinados. A falta de remuneração tem consequências óbvias. Uma delas é a de que se o conciliador não é remunerado ao longo desse horário, é pouco provável que dedique mais um outro horário não remunerado para sua preparação, ou que invista o próprio dinheiro em formação e treinamento para uma atividade que não lhe traz igual retorno. Além disso, é necessário entender que o fato de esse trabalho poder ser prestado voluntariamente, não implica que ele seja isento de custos, tanto para os jurisdicionados, cujo tempo é desperdiçado com um serviço que muito provavelmente será de baixa qualidade, como para o próprio Judiciário, em que reverberarão os efeitos dos acordos mal formados — além de acumular mais esse fator de descrédito à sua imagem institucional.

Por isso a previsão de remuneração dos profissionais que auxiliarão na autocomposição das partes, ainda que tímida, é bem-vinda, na medida em que incentiva a sua aplicação por pessoas habilitadas e atentas aos propósitos dos métodos, o que representa um ganho de qualidade quando comparada à aplicação por juízes, cuja formação, em geral, não inclui essa habilitação.¹³

A terceira causa é a conclusão de um acordo não realista pelas próprias partes. Essa causa também passa pelo despreparo do profissional que conduz o método, mas não se pode imputá-la exclusivamente a ele. O profissional que auxilia as partes, por definição, deve ser imparcial, e embora possa alertar e esclarecer as condições do acordo para as partes, não pode chegar ao ponto de desaconselhá-lo. Aí está a importância de haver profissionais parciais (advogados) auxiliando as partes na formação do acordo. Ao contrário do que alguns advogados temem, a autocomposição não é uma ameaça de extinção de sua função, mas sim um fator que lhes traz uma função adicional à de litigar em juízo, que é a função de aconselhar, cuja importância há de ser mais reconhecida pela sociedade.

13 Há, ainda, quem aponte que a condução da mediação ou conciliação pelo juiz pode comprometer sua imparcialidade. Cf. RESNIK, Judith. *Managerial judges*. *Yale Faculty Scholarship Series*, 1982. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/951.

E esse aconselhamento não deve vir apenas a quem tenha advogado pago, mas também a quem tenha advogado gratuito, por meio da Defensoria Pública. Ainda mais no contexto do NCPC/2015, em que os meios alternativos são incentivados, não poderá a Defensoria Pública perder de vista a defesa dos seus clientes nesses casos, que também demandam a assistência jurídica (e não apenas judiciária) dos destinatários do artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal.

Todo esse acompanhamento é necessário para que o acordo seja concluído de forma realista, adequada e exequível, a fim de evitar que o próprio acordo não seja origem de um novo conflito, que é o da execução. Assim, a atenção em detalhes até mesmo comezinhos — como um prazo razoável para se praticar a obrigação de fazer e um valor compatível das parcelas da obrigação de pagar com a renda da parte —, e para detalhes mais complexos — como a previsão de regras de calibração do acordo, como o agendamento de um programa das etapas de execução do acordo e de cláusulas escalonadas prevendo o uso de diferentes métodos de solução de conflitos (como uma cláusula *med-arb*) — não podem ser negligenciados.

A outra hipótese de inviabilidade do acordo é a superveniência de situações que tornem impraticável o cumprimento do acordo. Em um acordo ideal, oriundo de um método bem escolhido, de técnicas corretamente aplicadas e compromissos assumidos de forma realista — o que inclui a previsão de regras de calibração —, será fácil solucionar essa nova situação com a repactuação do acordo, mediante a reaplicação das técnicas já usadas, agora para calibrar o acordo com vistas à nova realidade. Caso isso não tenha ocorrido, haverá aí uma nova oportunidade de se corrigir as falhas do acordo original, que, mais uma vez, com a aplicação adequada das técnicas, poderá trazer aquela experiência conflituosa de volta para um ponto de solução. E essa nova oportunidade, note-se bem, não aparece apenas quando um acordo não deu certo, mas também quando acordo nenhum foi feito previamente e, no curso de um processo de execução, por exemplo, decidem se valer de meios não judiciais para solução de seu conflito, conforme se expõe no item 4.

Ocorridas quaisquer dessas hipóteses de insucesso do acordo já pactuado, caberá às partes de duas uma: tentar repactuar o acordo — o que dependerá de uma compreensão e de uma disposição das partes ainda mais rara do que a necessária para o acordo inicial — ou simplesmente executar o acordo forçadamente. É do que passamos a tratar a seguir.

3. EXECUÇÃO DE ADRs: O PROCESSO DE EXECUÇÃO PARA CUMPRIR ACORDOS NO NOVO CPC

Ficando, por enquanto, no descumprimento de acordos pré-realizados, e nenhuma solução de calibração tendo sido dada — o mundo real é farto em exemplos como esse — aguardará a parte interessada o socorro do Poder Judiciário para fazer valer seu acordo pela via forçada.

3.1. Execução de Autocomposições Extrajudiciais

No caso do descumprimento de um acordo resultante de método autocompositivo extrajudicial, à parte interessada caberá promover a ação judicial própria.

Se o Termo de Acordo não preencher os requisitos de título executivo extrajudicial, caberá ação monitória (mantida, após idas e vindas, no art. 700 do NCPC), ou simplesmente ação ordinária (de cobrança, ou de obrigação de fazer ou não-fazer).

Por sua vez, se o Termo de Acordo preencher os requisitos de título executivo, caberá ação (autônoma) de execução.

Para tanto, deve, em primeiro lugar, haver a obrigação certa, líquida e exigível (art. 585 do CPC/1973 e art. 783 do NCPC/2015), sob pena de nulidade (art. 618 do CPC/1973 e art. 803 do NCPC/2015). Aqui, é louvável a inovação que prevê a obrigatoriedade da óbvia, porém nem sempre observada, conduta de discriminar os cálculos com os índices, taxas e períodos utilizados (art. 798, parágrafo único do NCPC/2015). Em segundo lugar, a obrigação deverá estar documentada de forma regular.

As formas que essa documentação pode assumir são: (i) escritura ou documento público assinado pelo devedor; (ii) documento particular assinado pelo devedor e duas testemunhas; ou (iii) instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pelos advogados dos transatores e, a partir de agora, também “pela Advocacia Pública” ou “por conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal” (art. 784 do NCPC).

A previsão de escritura ou documento público assinado pelo devedor significa que as partes tenham tornado o termo de acordo público, por exemplo, mediante lavratura de escritura perante o Tabelião de Notas. Não significa que tenha sido o método conduzido por agente público.¹⁴

14 Sobre a possibilidade de realização de conciliação nos cartórios extrajudiciais, cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Parecer para a Associação dos Notários e Registradores do Brasil. Disponível em: <http://www.anoreg.org.br/images/stories/arquivos/conciliacaoMediacaoCelsoFernandes.pdf>. Acesso em: 25/01/2015.

Quanto ao “referendo” do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos advogados dos transatores, da Advocacia Pública ou do “conciliador ou mediador credenciado”, algumas questões podem ser suscitadas, em razão das funções não claras ou mal compreendidas que cada uma dessas instituições enumeradas assume.

A primeira questão diz respeito à Advocacia Pública. No NCPC/2015, há bem-vinda inovação que prevê que a União, os Estados e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação para a solução de conflitos administrativos (art. 174 do NCPC). A inovação é inspirada no Decreto Federal nº 7.392 de 13/12/2010, que já instituiu tal câmara no âmbito federal por intermédio da Advocacia Geral da União.

Porém, o novo Código de Processo Civil não cuidou das diferenças existentes entre a autocomposição no âmbito interno da Administração (ou seja, entre órgãos da Administração) e a do âmbito externo da Administração (ou seja, entre Administração e administrado). Isso é importante para definir o papel do “referendo” da Advocacia Pública na constituição do título executivo. Caberá ao intérprete preencher essa lacuna e, conforme entendemos, só há uma interpretação possível: (i) quando se tratar de autocomposição no âmbito interno da Administração (isto é, entre pessoas jurídicas de um mesmo ente da federação, como autarquias e fundações), o referendo da Advocacia Pública equivalerá ao do “conciliador ou mediador credenciado”, que poderá atuar como intermediário dessas partes (preferencialmente por profissionais habilitados para tanto);¹⁵ e (ii) quando se tratar de autocomposição entre Administrador e administrado, o papel da Advocacia Pública será de procurador (representante, mandatário) da Administração,¹⁶ agindo com parcialidade em contraposição ao administrado, de modo que, neste caso, o referendo da Advocacia Pública equivalerá ao de um dos “advogados dos transatores”, sendo imprescindível o referendo do advogado da parte contrária. Afastamos, com isso, a hipótese em que a Administração faz entendimento direto com o administrado, acordo este que, sem o referendo do advogado do administrado, não terá valor de título executivo extrajudicial pela só assinatura de um advogado público.

15 Não se cogita do referendo para formação de título executivo extrajudicial no caso da conciliação entre órgãos da mesma pessoa jurídica de direito público, pois aí não há duas pessoas que poderão executar o título uma contra outra. Mesmo assim, a atividade de conciliação e mediação pela Advocacia Pública pode ser extremamente útil, como, por exemplo, nos casos em que há controvérsia sobre a competência de Ministérios, Secretarias e órgãos da Administração direta.

16 Não se desconhece nem se quer afastar, aqui, o papel de “presentante” dos advogados públicos, que, na expressão de Pontes de Miranda, não “representariam”, mas “presentariam” a Administração, sendo suas manifestações verdadeiras expressões da própria Administração, conforme a teoria organicista. Porém, para fins do paralelo aqui realizado (Administração *versus* administrado), essa questão é diminuta, e não interfere no fato de que, nessa dinâmica, o advogado público estará cumprindo o papel da parte interessada, portanto, com parcialidade.

A segunda questão diz respeito à Defensoria Pública. Como o legislador fez questão de separar a rubrica “Defensoria Pública” da rubrica “advogado dos transatores”, igualmente aqui, caberá ao intérprete suprir a omissão quanto a diferença da Defensoria na qualidade de mediadora e na qualidade de advogada. Assim, (i) o referendo do defensor público que atuar como mediador ou conciliador de duas partes constituirá título executivo extrajudicial, desde que esse defensor não esteja patrocinando nenhuma das partes, pois (ii) se o defensor público estiver representando uma das partes, seu referendo será nada mais que o de um “advogado dos transatores”, que dependerá do referendo do advogado da parte contrária para constituir título executivo extrajudicial.

A conclusão pode parecer óbvia, mas não é. O defensor que aconselhar inicialmente uma das partes não poderá funcionar como conciliador ou mediador, assim como, caso uma das partes queira ser aconselhado sobre o acordo (isto é, não apenas esclarecido sobre o acordo, mas também sobre a defesa de seus interesses individuais), não poderá ser atendido pelo mesmo defensor que funcionou como conciliador ou mediador. Além disso, tais defensores, advogados que são, deverão guardar o sigilo que devem aos seus clientes, assim como o defensor que funcionar como conciliador ou mediador. O seguimento dessas regras éticas dependem, portanto, de muito cuidado, sendo que a falta de infraestrutura, de pessoal ou de divisões institucionais e a proximidade natural que têm membros da mesma carreira não poderão se sobrepor a tais regras éticas, sob pena de se comprometer o sucesso desse método — em larga escala.

No caso do Ministério Público, a omissão do legislador é mais problemática. Nada impede sua atuação na qualidade de conciliador, como de fato faz o Ministério Público do Trabalho nos conflitos coletivos,¹⁷ caso em que seu referendo há de ser bastante para constituir o título em executivo. Por sua vez, nos casos em que atua na defesa de interesses determinados, pode haver quem interprete que a independência funcional e a função de fiscal da lei que tem o Ministério Público conferem-lhe imparcialidade suficiente para referendar termos de acordo, de modo que também nesses casos basta o referendo de um membro do *Parquet* para constituir o termo em título executivo. Não nos parece a melhor interpretação. A partir do momento em que o Ministério Público encampa a defesa de uma posição, torna-se parte (parcial), de modo que não poderá ter o poder de unilateralmente constituir um termo em título executivo, sendo indispensável o referendo do advogado

17 Cf. SILVA FILHO, Cicero V. da. O ministério público do trabalho como órgão mediador, conciliador e árbitro natural dos conflitos coletivos de trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, v.7, n.14, p.105-13, set. 1997.

da contraparte, a fim de resguardar o equilíbrio de armas.¹⁸

Quanto aos mediadores e conciliadores credenciados pelo Tribunal, o NCPC/2015 traz inovação, dotando-lhes do poder de referendar acordo, bastando sua assinatura para constituí-los em título executivo extrajudicial. Trata-se de medida que visa avançar e incentivar as chamadas conciliações “pré-processuais”, há tempos patrocinadas pelos Tribunais brasileiros, mas cujos termos de acordo, se não assinados por duas testemunhas, referendadas pelos advogados ou homologados em juízo, ainda não tinham caráter de título executivo sob o CPC/1973.

Ajuizada a execução, o executado será citado para pagar em três dias a quantia certa (art. 829 do NCPC), para entregar a coisa certa em quinze dias (art. 806 do NCPC), ou para fazer ou deixar de fazer a obrigação devida no prazo assinalado pelo juiz (art. 814 do NCPC).

Poderá o devedor, em quinze dias e independentemente de penhora (arts. 914 e 915 do NCPC) se defender em embargos à execução, no qual poderá alegar “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento” (art. 743 do CPC/1973 e art. 917 do NCPC/2015).¹⁹ Essa previsão deve ser interpretada com moderação. Devem ser lembrados, aqui, os princípios de boa-fé válidos para todos os negócios jurídicos (entre os quais se inclui a autocomposição), coibindo-se condutas de devedores que tenham por objetivo apenas se esquivar do cumprimento do acordo que fez em condições hígidas e de livre vontade.

Quanto às mediações, conciliações e transações realizadas com auxílio de profissional não credenciado pelo Tribunal, continua existindo a possibilidade de homologá-las em juízo para torná-las títulos executivos judiciais, agora, porém, mediante procedimento de jurisdição voluntária (art. 723, VIII do NCPC/2015). Dada a natureza de título executivo judicial, e não extrajudicial, os atos executivos seguirão o rito do cumprimento de sentença, conforme comentado no item 3.2, a seguir.

18 Assim, comentado o tema no âmbito penal, em que o *Parquet* sempre assume posição parcial, José RENATO NALINI afirma que “na conformação do sistema judicial brasileiro, só o juiz – ou seus auxiliares – podem promover a conciliação. Não o Ministério Público. Ele é parte no processo-crime e, como tal, suscetível também de se submeter à decisão homologatória” (O Brasil e a mediação penal. In: *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 2, n. 1, p. 109-129, 1998).

19 O professor HUMBERTO THEODORO JÚNIOR ensina que “como o direito feito valer pelo credor nunca passou por acerto em juízo, embora documentado em título executivo, tem o executado o direito de erguer contra ele tudo o que poderia objetar contra uma pretensão formulada numa comum ação de conhecimento”, no entanto, na medida em que os embargos têm natureza de ação, e não de contestação, “o ônus da prova dos fatos suscitados pelo embargante ficará inteiramente a seu cargo”. (*Processo de execução e cumprimento de sentença*. São Paulo: EUD, 2014, p. 466/467).

3.2. Execução de Autocomposições Judiciais

No caso do acordo celebrado no bojo de um processo judicial, caberá ao juízo homologar o termo respectivo, que, se for o caso, será executado mediante cumprimento de sentença (art. 515, II do NCPC/2015 e art. 475-N, III do CPC/1973).

Nesse ponto, o Novo Código de Processo Civil evolui para dispor que constitui título executivo a decisão homologatória de (qualquer) autocomposição judicial, e não apenas a resultante de conciliação ou transação, conforme previa a lei anterior. A nova redação, mais genérica, é mais coerente com a abertura para o sistema multiportas de solução de conflitos, dando igual eficácia para todos eles.

O Novo Código de Processo Civil avança, ainda, desta vez com redação menos louvável, ao prever que “a autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo” (art. 515, §2º do NCPC/2015).

O fato de versar sobre relação jurídica que envolva as próprias partes e não tenha sido deduzida em juízo *ainda* não traz nenhum inconveniente quando, trazida por uma das partes perante o juízo, for resolvida em conjunto com a outra parte mediante consenso. Problema nenhum. Em todo caso, a redação é prudente ao esclarecer (e resguardar de futuras impugnações) o fato de que a estabilização da demanda pela causa de pedir (teoria da substanciação)²⁰ não é impeditiva para que, no momento do acordo, as partes resolvam não só a relação jurídica posta perante o juízo até aquele momento (*e.g.*, os problemas do consumidor com sua fornecedora de internet), como também outras relações jurídicas que aquelas eventualmente possam ter (*e.g.*, os problemas de telefonia que o mesmo consumidor tem com o mesmo fornecedor, porém em contrato diverso).

Mais atenção deve-se dar, porém, à previsão de que a autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo. Rigorosamente, a única hipótese em que a autocomposição poderá envolver terceiro é aquela em que esse terceiro venha a participar do acordo, tornando-se parte desse acordo, pela regra óbvia de que ninguém pode dispor de direito de terceiro, conforme prevê o art. 844 do Código Civil (*e.g.* o terceiro pode aceitar comprar a casa objeto do litígio, desde que concordem todas as partes da lide). É isto que quis dizer

20 Parece-nos que ainda é verdade que “o Direito brasileiro adota, quanto à causa de pedir, a chamada doutrina da *substanciação*, que difere da *individuação*, para a qual o que conta para identificar a ação proposta é a espécie jurídica invocada (coação, crime de homicídio etc.) não as meras ‘circunstâncias de fato’ que o autor alega.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 261).

o legislador, e é a isto que se deve atentar: nada impede que terceiro venha, de própria vontade, compor o acordo judicial, tanto quanto nada o impediria de fazê-lo extrajudicialmente. Porém, a partir do momento em que integrar o acordo e se sujeitar ao respectivo processo homologatório do acordo, o terceiro deixará a condição de estranho e estará obrigado a cumprir o acordo na condição de verdadeira parte que é desse título executivo judicial, sujeito às regras do cumprimento de sentença tanto quanto as partes da lide originária.

Chama-se atenção para não se confundir esse dispositivo com a eficácia (externa) natural da sentença. A eficácia natural da sentença é *erga omnes*,²¹ e por isso deve ser observada por terceiros (e.g. a homologação do acordo de quitação das dívidas do consumidor para com o fornecedor obriga o Tabelião a cancelar o protesto da dívida, não porque o Tabelião seja parte do acordo, mas porque a sentença homologatória tem eficácia *erga omnes*).²² Não é o caso desse dispositivo, em que o terceiro há de ser chamado a participar do acordo, tornando-se, portanto, verdadeira parte, que deverá cumprir o acordo homologado por sentença em razão da eficácia (interna) da coisa julgada que se opera *inter partes*.

Não há de se cogitar, é claro — e aí está a parte pouco clara da redação — que se faça acordo envolvendo terceiros sem chamá-los para serem parte, seja porque não se poderá dispor de direito de terceiros no bojo do acordo (regra de direito material — art. 844 do Código Civil), seja porque o juízo não poderá homologar o acordo proferindo sentença contra parte que não pertenceu ao processo (princípio processual do contraditório — art. 5º, LV da Constituição Federal). A parcela da sentença homologatória do acordo que couber ao terceiro que não participou do pacto e do respectivo processo homologatório será ineficaz perante esse terceiro, conforme (nova) previsão expressa do art. 115, II do NCPC/2015.

Homologado o acordo e não sendo cumprido por uma das partes, à outra caberá promover o cumprimento de sentença (art. 475-N, III do CPC/1973 e art. 515, II do NCPC/2015), intimando-se o devedor para que cumpra o acordo em quinze dias, sob pena de multa de dez por cento (art. 475-J do CPC/1973 e art. 523 do NCPC/2015). Passado o prazo de quinze dias, o credor poderá se valer de muito bem-vinda inovação trazida pelo NCPC/2015, que é o protesto da decisão (no caso, homologatória) transitada em julgado, depois de transcorrido o prazo de quinze dias para pagamento voluntário (art. 517

21 CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, obra citada, p. 306.

22 Da mesma forma, os negócios jurídicos celebrados entre partes têm eficácia perante terceiro, não porque sejam parte do negócio jurídico, mas porque todos devem respeito a este. Sobre a eficácia externa dos contratos, cf. VARELLA, Antunes. *Das obrigações em geral*, 10ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, vol. I, nº 44..

do NCPC/2015). Trata-se de um método alternativo à execução judicial que, embora não disponha dos meios de coerção direta contra o devedor, mostra-se por vezes mais eficiente,²³ já que a consequente inscrição do devedor no cadastro negativo de proteção ao crédito funciona como meio coercitivo (mediato, indireto) para que o devedor resolva com prontidão essa pendência.²⁴

Por fim, poderá o credor prosseguir no cumprimento forçado do acordo, pelos meios de expropriação disponíveis. Ao devedor, por sua vez, caberá se defender pela via da impugnação ao cumprimento da sentença.

Questão que se põe é se, na impugnação ao cumprimento de sentença, poderá o devedor tentar rever o acordo, alegando, por exemplo, onerosidade excessiva superveniente da obrigação de fazer (art. 478 do Código Civil). A resposta é negativa, pois, homologado o acordo por sentença, opera-se a coisa julgada, não cabendo mais a revisão do mérito, de modo que, no caso da onerosidade excessiva superveniente, caberá ao prejudicado apenas o pleito pela conversão da obrigação em perdas e danos, como de resto já ocorreria em qualquer processo executivo (art. 633 do CPC/1973 e art. 816 do NCPC/2015). Aí está a importância da formação de um acordo adequado e realista, como já exposto no item 2.

O que interessa neste ponto, porém, é que, precisamente por advir a execução de um título formado pelo consenso das partes, é possível e desejável que se tente um novo acordo (respeitada a coisa julgada, claro), restaurando os benefícios do ambiente amigável e consensual original, conforme se passa a expor a seguir.

4. ADRs EM EXECUÇÃO: ACORDOS PARA CUMPRIR EXECUÇÕES NO NOVO CPC

Embora o Novo Código de Processo Civil tenha entre seus objetivos “converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado”, com “ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação”,²⁵ pouco

23 O próprio Poder Público tem percebido a efetividade do uso do protesto de títulos como meio alternativo à execução judicial de suas dívidas fiscais. Cf. ABOUD, Alexandre. *A experiência do estado de São Paulo com o protesto das certidões de dívida ativa como meio alternativo de cobrança e de diminuição de litígios*. Tese apresentada ao XXXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado (2013) Disponível em: http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_alexandre_aboud2013.pdf. Acesso em 26/01/2015.

24 Conforme anota CASSIO SCARPINELLA BUENO, o fato de o ato cartorário ser mais efetivo do que uma “condenação judicial”, mesmo sendo essa condenação “mais *ordem* que condenação”, “é o que basta para pensarmos – e muito – em termo de uma renovada ordem de cidadania e de respeito às *ordens* do Judiciário. Tudo para evitar clara inversão de valores”. (*Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 266).

25 Exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil In: BRASIL, Comissão de Juristas Re-

dispôs sobre o tema dos meios alternativos de solução de conflitos em fase de execução.

Em todo o Livro II, que dispõe sobre o processo de execução, há inovação apenas no rol de títulos executivos extrajudiciais, que tem entre eles reconhecido o instrumento de transação referendado não só pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores, mas agora também “pela Advocacia Pública” ou “por conciliador ou mediador credenciado pelo tribunal”.

Prevê, ainda, a bem-vinda possibilidade de se protestar a sentença judicial transitada em julgado (art. 513 do NCPC/2015), o que provavelmente aumentará o imediato cumprimento de decisões e também a busca de soluções amigáveis de seu cumprimento pelos devedores — os quais deverão passar a procurar mais os seus credores, ao contrário de se esconder, como vinha acontecendo sob a vigência do CPC/1973.

Não trata, porém, da possibilidade de se utilizar de meios consensuais ao longo do processo executivo, nem muito menos da possibilidade de se utilizar arbitragem. Mesmo assim, é evidente que esses meios são plenamente cabíveis em fase de execução.

Em primeiro lugar, porque o NCPC/2015 reafirma a posição do CPC/1973 de que cabe ao juiz tentar conciliar as partes a qualquer tempo. E, nesse ponto, avança tecnicamente, usando o termo mais amplo “autocomposição”, o que denota a possibilidade de se valer de quaisquer das multiportas disponíveis às partes com base em sua autonomia de vontade, bem como avança institucionalmente, prevendo que essa composição se deve dar, preferencialmente, com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais (art. 139, V do NCPC/2015).

A preferência por conciliadores e mediadores judiciais se dá quando a autocomposição for promovida por juiz, mas não quando promovida pelas próprias partes, caso em que não há — nem deve haver — obstáculo algum para se valer desse tipo de profissional no meio extrajudicial, ou para se realizar entendimentos diretos entre as próprias partes.²⁶ Nesse último caso, convém, é claro, notificar o juízo para que se promova a suspensão do processo executivo (art. 311, II do NCPC/2015).

Em segundo lugar, porque os meios alternativos de solução de conflitos são tão úteis na fase de execução quanto na fase de conhecimento, senão mais. É notório e sabido que a fase de execução é particularmente problemática,

responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010, p. 21.

26 Lembrando-se que esse entendimento direto não pode ser feito pelo advogado com a parte contrária, sem autorização do seu cliente e ciência do advogado da parte contrária (art. 34 da Lei 8.906/1994).

e não raro se resume a uma eterna perseguição do exequente ao executado que foge. E no contexto dessa história de perseguição e fuga, igualmente não é raro que os atos das partes se motivem por um ranço de vingança, às vezes por parte do exequente que quer exercer seu direito potestativo não só para executar o devedor na proporção da dívida objetiva, mas também na proporção de seu ressentimento de prejuízo subjetivo, outras vezes por parte do executado, que se vale do abuso das garantias processuais para se ocultar e para procrastinar a satisfação de um dever que ele jamais aceitou. Em resumo, e para usar o jargão dos consensualistas, é um típico caso em que se projetam nas posições os interesses mal resolvidos (os “conflitos contingentes”).²⁷

E por assim ser, a execução é um típico caso em que os meios alternativos de solução de conflitos podem ser de grande utilidade — e é por isso surpreendente que pouco se fale e pouco se valha dos meios consensuais de solução de conflitos quando se trata de execução.

5. CONCLUSÃO

Com o presente ensaio, tentou-se expor um breve panorama sobre o estudo do processo de execução no contexto dos métodos alternativos de solução de conflitos, que se justifica na medida em que, com o aumento do número de acordos que se realizam por esses métodos, é natural que parte deles sejam descumpridos e os respectivos remédios sejam acionados.

Esses descumprimentos, como se viu, podem advir principalmente de três causas: (i) a escolha de meio inadequado de solução do conflito; (ii) o uso inadequado das técnicas pelo profissional que conduz o método entre as partes; e (iii) o fechamento de um acordo não realista pelas próprias partes.

O Novo CPC expressa nítida tentativa de evitar esses vícios com a classificação dos tipos de relação que irão para a conciliação (casos em que as partes não têm relação prévia) ou para a mediação (casos em que as partes têm relação prévia) e com a previsão de um “estatuto” que rege as atividades de conciliadores e mediadores, que serão preferencialmente remunerados. No entanto, o prognóstico é de que tais problemas se agravem, na medida em que se impõe uma etapa obrigatória de conciliação ou mediação, (i) sem atentar para as situações em que tais meios não são os mais adequados — como nos casos em que a jurisdição traria mais benefícios, seja pela formação de um importante precedente, seja pela garantia de um equilíbrio que não existiria entre as partes na negociação; (ii) sem se preocupar em perquirir as causas

27 Sobre a tipologia dos conflitos, V. DEUTSCH, Morton. A resolução de conflitos. In AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Vol. 3. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p; 53/64.

da experiência inócua e deletéria das audiências preliminares de conciliação previstas no CPC/2013; e, principalmente, (iii) sem investir em recursos humanos e materiais com a mesma ânsia, intensidade e proporção com que previu a aplicação praticamente obrigatória desses métodos.

Frustrado o cumprimento do acordo, caberá à parte interessada promover a execução.

As principais novidades se concentram na formação do título executivo. Títulos executivos extrajudiciais podem ser agora referendados não apenas por membros do Ministério Público, pelos advogados dos transatores, mas também pelos próprios conciliadores ou mediadores (desde que credenciados). Dentro do grupo de advogados dos transatores estão os advogados públicos e os defensores públicos. E dentro do grupo de conciliadores ou mediadores (embora não credenciados) também podem estar os membros da Advocacia Pública e da Defensoria Pública. A redação do NCPC não distingue quando essas duas figuras atuam numa ou noutra posição. Mas a boa compreensão sobre as funções dessas instituições — que já tarda entre nós — e o seguimento de regras éticas suprirão a omissão legislativa. Outra novidade é a de que a autocomposição (judicial) poderá compreender relações jurídicas entre as mesmas partes que não tenham sido postas em juízo inicialmente, bem como terceiros estranhos à lide. O novo Código avança, ainda, na terminologia, ao prever que constitui título executivo a decisão homologatória de (qualquer) autocomposição judicial (e não só da “conciliação ou transação” como previa antes), o que é mais consentâneo com a abertura para o sistema multiportas de solução de conflitos.

Quanto às regras processuais para tal execução, pouco mudou. Acordos que correspondem a títulos extrajudiciais são executados em ação autônoma, os que correspondem a títulos judiciais são executados em cumprimento de sentença, e os acordos que não correspondam a título executivo podem ser demandados em ação monitória ou ação ordinária (de cobrança ou de obrigação de fazer ou não fazer). Muito bem-vinda é a novidade que permite protestar perante o Tabelião a sentença transitada em julgado (homologatória inclusive), o que provavelmente aumentará o imediato cumprimento de decisões e também a busca de soluções amigáveis de seu cumprimento pelos devedores — que provavelmente passarão a procurar mais os seus credores, ao invés de se esconder deles.

Em todos os casos, é claro, poderá o devedor apresentar impugnação ao cumprimento da sentença ou embargos à execução, e neste último caso poderá alegar todas as matérias que poderia deduzir em processo de conhecimento. É importante, porém, lembrar que essas defesas devem sempre ser encaradas

pela perspectiva da boa-fé, de modo a coibir atitudes contraditórias com o acordo feito em condições hígidas e de livre vontade pelo próprio devedor, que agora só quer fugir ao seu cumprimento.

Por fim, ao invés de se valer de meios judiciais de execução forçada, poderá tentar um novo acordo, o que é de todo desejável, assim como em qualquer processo executivo. De fato, o processo de execução (normalmente cheio de “conflitos contingentes”) é um típico caso em que os meios alternativos de solução de conflitos podem ser de grande utilidade, e é até surpreendente que pouco se fale e pouco se valha dos meios consensuais nesse momento processual.

De todo modo, não é da lei que se espera a construção de uma cultura jurídica mais consensual, mas das pessoas que a operam. Nesse sentido, se de um lado as previsões do novo Código de Processo Civil não empolgam nem trazem bom prognóstico em termos de qualidade na aplicação desses meios, de outro lado certamente trará questões que terão de ser enfrentadas com mais frequência pelos profissionais do Direito, os quais, por sua vez, acabaram se acostumando e se sensibilizando com o tema. E é da qualidade da atuação desses profissionais — da sensibilização de juízes e membros do Ministério Público, da profissionalização de conciliadores e mediadores e, principalmente, do preparo dos advogados, que ganham renovada importância neste cenário em que o aconselhamento extrajudicial é tão ou mais importante que a representação judicial — que dependerá o sucesso dos meios consensuais de solução de conflitos, cujo poder, muito mais do que propiciar acordo com bons índices de execução, está em transformar situações de conflito em situações de boa convivência cívica.

REFERÊNCIAS

ABOUD, Alexandre. *A experiência do estado de São Paulo com o protesto das certidões de dívida ativa como meio alternativo de cobrança e de diminuição de litígios*. Tese apresentada ao XXXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado (2013). Disponível em: http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_alexandre_aboud2013.pdf. Acesso em: 05/04/2015.

BRASIL, Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Parecer para a Associação dos Notários e Registradores do Brasil. Disponível em: <http://www.anoreg.org.br/images/stories/arquivos/conciliacaoMediacaoCelsoFernandes.pdf>. Acesso em 05/04/2015.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. IN *Revista de Processo*, n. 74, april-june/94. São Paulo: RT, 1994.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. Texto preparado para o I Congresso Peru-Brasil de Direito Processual e apresentado em Lima, no Peru, em novembro de 2014, p. 9. Disponível em: <http://ufpe.academia.edu/LeonardoCarneirodaCunha>. Acesso em 8/3/2015.

DEUTSCH, Morton. A resolução de conflitos. In AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Vol. 3. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p; 53/64.

FISS, Owen. Against Settlement. In: FISS, O. *The Law as it could be*. Nova Iorque (EUA): New York University Press, 2003.

GABBAY, Daniela; TARTUCE, Fernanda; e FALECK, Diego. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

MEGNA, Bruno Lopes. *Alternative Dispute Resolution: the early Brazilian experience*. Publicado em 2010. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Newsletter_2010_Final.pdf. Acesso em 30/3/2015.

MEGNA, Bruno Lopes; e CIANCI, Mirna. *Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o debate*, 2015, no prelo.

NALINI, Renato. O Brasil e a mediação penal. In: *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 2, n. 1, p. 109-129, 1998).

RESNIK, Judith. Managerial judges. *Yale Faculty Scholarship Series*, 1982. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/951. Acesso em 05/04/2015.

SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz et al (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 782.

SALLES, Carlos Alberto et al. A experiência do Núcleo de Estudos de Meios de Solução de Conflitos (NEMESC). In: *Revista Direito GV*, v. 6. São Paulo: FGV, jan-jun 2010.

SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. LORENCINI, Marco Antonio G.L. (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito*. São Paulo: Método, 2012.

SILVA FILHO, Cicero V. da. O ministério público do trabalho como órgão mediador, conciliador e árbitro natural dos conflitos coletivos de trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, v.7, n.14, p.105-13, set. 1997.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. São Paulo: EUD, 2014.

VARELLA, Antunes. *Das obrigações em geral*, 10ª edição, v.1. Coimbra: Almedina, 2000.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YASHELL, Flavio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

A EXECUÇÃO FISCAL E A PENHORA DE BENS DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

THE TAX EXECUTION PROCEDURE AND THE SEIZURE OF ASSETS OF COMPANIES UNDER JUDICIAL REORGANIZATION

Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti

Doutora em Direito Processual pela USP

Mestre em Direito Público pela UFPE

Professora Adjunta da FDR/UFPE

Juíza Federal

RESUMO: O artigo traz uma breve reflexão sobre o problema dos atos judiciais passíveis de serem praticados pelo Juízo da execução fiscal quando o executado ingressa com pedido de recuperação judicial. Analisa-se, no contexto da jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, e a partir de um caso concreto, se o crédito tributário está sujeito ao processo de recuperação judicial, se a execução fiscal pode ter continuidade e até que ponto, bem como quais os limites dos atos do juízo da execução fiscal quanto à penhora e alienação de bens da recuperanda.

ABSTRACT: *This article brings a brief reflection over the the problem of the judicial acts that can be practiced by the Judge of tax execution procedure when the executed party files for judicial reorganization. It analyzes if tax credit is subject to judicial recovery process, if tax execution can persist and to what extent, and which are the limits of the fiscal execution judge actions regarding garnishment and disposal of assets of the recovery party, all in the context of Superior Tribunal de Justiça current jurisprudence and from a practical case.*

1. INTRODUÇÃO

Tem-se tornado uma constante, nos processos de execução fiscal, o questionamento acerca de quais são atos judiciais praticáveis pelo Juízo executivo quando a sociedade empresária executada encontra-se em processo de recuperação judicial.

A matéria é bastante tormentosa e ainda controversa no âmbito da jurisprudência, gerando incompreensões que podem findar pela paralisação completa do processo executivo, algo que, como se verá, não parece ter sido contemplado pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei 11.101/2005).

Em um caso concreto, as empresas Zihuatanejo do Brasil Açúcar e Álcool S/A e outras do denominado “Grupo Cucaú”, em recuperação judicial, postularam que o Juízo da Execução Fiscal revogasse a ordem de penhora de imóveis rurais apontados pelo credor e requereram a suspensão do processo enquanto não se manifestasse o Juízo responsável pela recuperação judicial.

Argumentaram que a penhora e avaliação dos imóveis rurais afrontaria decisões proferidas pela Min. Maria Isabel Gallotti, do Superior Tribunal de Justiça, em especial aquela lançada nos autos do Conflito de Competência 150.935/PE.

Para o deslinde da questão, foram cotejados dispositivos do plano de recuperação judicial das empresas, decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em casos de conflito de competência envolvendo devedores em recuperação judicial, além de pronunciamentos do Juízo da recuperação e do respectivo administrador judicial.

2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL

O processo de recuperação judicial – previsto na Lei 11.101/2005 – foi concebido e merece ser compreendido como uma espécie de favor legal em que a devedora busca saldar e repactuar seus créditos mediante condições diferenciadas e prazos alargados. A ele se submetem, nos termos do art. 49 da citada Lei, todos os créditos existentes na data do pedido de recuperação, ainda que não vencidos, definição ampla que, todavia, não alcança os créditos tributários, já que o art. 187 do Código Tributário Nacional estabelece que a cobrança judicial do crédito tributário – seja federal, estadual, distrital ou municipal – não se sujeita a concurso de credores.¹

1 Cf. MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. v. 4. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, p. 130. Isso não significa, porém, que a Fazenda possa desrespeitar a classificação de créditos do art. 83 da Lei 11.101/2005, havendo créditos que devem ser satisfeitos antes,

Em torno da atividade empresarial gravitam, como destaca Fábio Ulhoa Coelho, diversos interesses, muito além dos investidores, empreendedores e empresários: aos trabalhadores em geral interessa o fortalecimento das empresas, porque geram postos de trabalho; aos empregados interessa a manutenção do seu emprego; aos consumidores, atender a suas necessidades, adquirindo o produto ou serviço fornecido pela empresa; ao fisco, os tributos gerados pela atividade.²

Diante desse quadro, no dizer de Waldo Fazzio Júnior, “o pedido de recuperação judicial tem por meta sanear a situação gerada pela crise econômico-financeira da empresa devedora (...). Seu objeto *mediato* é a salvação da atividade empresarial em risco e seu objeto *imediato* é a satisfação, ainda que atípica, dos credores, dos empregados, do Poder Público e, também, dos consumidores”³, embora seja certo que, modo geral, nenhuma recuperação de empresa se viabiliza sem o sacrifício, pelo menos em parte, dos direitos dos credores.

Tal processo, portanto, concilia, ao mesmo tempo, interesses privados (dos credores que buscam valer seus direitos) e normas de ordem pública, estas visando a preservar a atividade econômica da empresa que cumpre sua função social. Do princípio da função social da empresa deriva, assim, o da *preservação da empresa*, justificado pelos diversos interesses envolvidos.

Em razão dos variados – e, por vezes, antagônicos – interesses em gestão, é comum que, após instaurado processo de recuperação judicial de uma empresa, divergências surjam quanto ao andamento de execuções fiscais ajuizadas contra a recuperanda e em relação à prática de atos executivos contra ela. Por isso, inúmeros conflitos de competência são deflagrados, provocando-se o Superior Tribunal de Justiça a posicionar-se nessas questões.

A matéria, bastante controversa e com orientações ainda algo desconexas, é objeto de alguns recursos submetidos ao regime dos repetitivos (entre eles, os Recursos Especiais 1.694.261/SP, 1.694.316/SP e 1.712.484/SP), afetados pela Primeira Seção daquele Sodalício como Tema Repetitivo n.º 987, cuja questão jurídica central é a seguinte: “Possibilidade de prática de atos constritivos, em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal de dívida tributária e não tributária”.

Enquanto ainda não efetuado o julgamento paradigmático, conjugar a continuidade da execução fiscal com a tramitação da recuperação judicial

como os acidentários, os trabalhistas até o limite de 150 salários mínimos, e os créditos com garantia real, até o limite do valor do bem gravado (*Idem*, p. 44-45.)

2 COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo manual de direito comercial**. 29. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 354.

3 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 18. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 621-622).

tem sido um desafio para o Poder Judiciário, que deve sempre ter em mente as seguintes premissas:

- Manutenção da fonte produtora

Lei 11.101/2005

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Consoante pontua Manoel Justino Bezerra Filho, ao tratar do postulado da manutenção da fonte produtora, “[a] lei, não por acaso estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a ‘manutenção da fonte produtora’, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o ‘emprego dos trabalhadores’. Mantida a sociedade empresária, a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os interesses dos credores”.⁴

Deve o juiz, pois, sempre ter em mente essa orientação principiológica, com foco na manutenção da fonte produtora, sem perder igualmente de vista, por outro lado, a manutenção do grau de efetividade da prestação jurisdicional, vetor e fim último de todo o processo.

- Requisitos do plano de recuperação

Lei 11.101/2005

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

II – demonstração de sua viabilidade econômica; e

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

⁴ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresa e falência**: Lei 11.101/2005, comentada artigo por artigo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 167.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.

O cerne do plano de recuperação judicial é a discriminação dos meios de soerguimento da empresa (art. 53, I), momento em que ela deve explicar o que se pretende, detalhando a sua operação. A demonstração da viabilidade econômica da proposta (art. 53, II) indicará os pontos positivos do plano, demonstrando que é possível, por aquele caminho, atingir a superação da crise econômica da empresa.

Por último, o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor (art. 53, III) é importante na medida em que permite aos credores compreenderem a situação patrimonial do devedor. E, conforme lembra Ronaldo Vasconcelos, “sem a efetiva aferição do valor da empresa e de seus ativos, aliado ao adequado posicionamento no mercado, torna-se impossível a tarefa de avaliação da viabilidade da empresa, requisito fundamental para o deferimento de qualquer recuperação judicial”⁵. Voltaremos a falar do laudo no item 4 deste trabalho.

- A execução fiscal não se suspende em razão da recuperação judicial

Lei 11.101/2005:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. (...)

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

O art. 57 da Lei 11.101/2005 prevê expressamente a necessidade de apresentação da certidão negativa de débitos tributários pelo devedor, como pressuposto para o deferimento da Recuperação Judicial. Os créditos da Fazenda Pública deveriam estar previamente regularizados, justamente porque não se incluem no Plano a ser aprovado pela assembleia geral de credores (art.

⁵ VASCONCELOS, Ronaldo. Impactos do novo Código de Processo Civil na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis n. 11.101/2005 e 13.015/15. In: COSTA, Eduardo Fonseca da; SICA, Heitor Vitor Mendonça (Coord.). **Legislação processual extravagante**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 294.

53 da Lei 11.101/2005), da qual, registre-se, a Fazenda Pública não faz parte (art. 41 da Lei 11.101/2005).

A orientação jurisprudencial da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça flexibilizou a norma dos arts. 57 e 58 da Lei 11.101/2005 para autorizar a concessão da recuperação judicial independentemente da apresentação da prova de regularidade fiscal. Tal entendimento se justificou em razão da demora do legislador em cumprir o disposto no art. 155-A, § 3.º, do CTN, ou seja, instituir modalidade específica de parcelamento dos créditos fiscais para as empresas em recuperação judicial (diploma este que veio ser editado em 2014 – Lei 13.043/2014 – mas que não repercutiu na jurisprudência do STJ sobre a competência do juízo universal).

Mais tarde, a Segunda Turma daquela Corte reviu a jurisprudência relativa ao tema e concluiu que: a) apresentada a CND ou CPD-EN, a execução fiscal fica suspensa; b) deferida a recuperação sem a CND ou CPD-EN, deve haver prosseguimento da execução fiscal, justamente conforme prevê o art. 6º, § 7º, da LRF. Afinal, como destacado no julgamento do REsp 1.488.778/SC, não seria legítimo “concluir que a regularização do estabelecimento empresarial possa ser feita exclusivamente em relação aos seus credores privados, e, ainda assim, às custas dos créditos de natureza fiscal”.⁶

Já no âmbito da Segunda Seção, o posicionamento pode ser bem ilustrado com o julgamento do AgRg no AgRg no CC 119.970/RS (rel. Min. Nancy Andrichi, v.u., DJe 17/9/2013), no qual se decidiu que:

1. As execuções fiscais ajuizadas em face da empresa em recuperação judicial não se suspenderão em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, ou seja, a concessão da recuperação judicial para a empresa em crise econômico-financeira não tem qualquer influência na cobrança judicial dos tributos por ela devidos.
2. Embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, são vedados atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto for mantida essa condição. Isso porque a interpretação literal do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05 inibiria o cumprimento do plano de recuperação judicial previamente aprovado e homologado, tendo em vista o prosseguimento dos atos de constrição do patrimônio da empresa em dificuldades financeiras.

⁶ Rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª Turma, v.u., DJe 30/5/2016.

É compreensível que assim aconteça, pois exigir a quitação ou o parcelamento das dívidas fiscais antes do ajuizamento da recuperação judicial seria inviabilizar o instituto. Como anota Manoel Justino Bezerra Filho, a observação da realidade demonstra que qualquer pessoa que adentre num estado de crise econômico-financeira suspende, em primeiro lugar, o pagamento dos tributos em geral, para só por último, suspender o pagamento dos fornecedores (credores quirografários), já que a suspensão do pagamento destes é causa de inviabilização imediata da atividade empresarial.⁷

Logo, via de regra, tratando-se de execução de natureza fiscal, não haverá suspensão e o feito correrá normalmente, desde que não seja objeto de parcelamento ou plano de refinanciamento do crédito tributário⁸.

3. O PROBLEMA DA PENHORA DE BENS DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Considere-se, portanto, que a quase totalidade dos processos de recuperação judicial são instaurados por empresas que se encontram com passivo fiscal avantajado e, muitas vezes, com execuções fiscais contra si ajuizadas. E, não possuindo o devedor certidão de regularidade fiscal (grande maioria dos casos), as execuções têm seu normal andamento, tal qual previsto na Lei.

Daí que, paralelamente às determinações, por parte dos juízos executivos, de penhora no rosto dos autos da recuperação judicial, como medida apta a dar conhecimento aos credores do débito tributário existente e, se for o caso, salvaguardar a preferência do crédito tributário (mesmo que esse não seja o objetivo da recuperação judicial), surge o problema acerca da permissividade, ou não, de atos constitutivos sobre bens específicos, encontrando-se em nossos tribunais uma profusão de julgados, nem sempre consistentes e convergentes, tratando sobre o tema.

Ao apreciar o Conflito de Competência 150.935-PE, envolvendo o “Grupo Cucaú”, o Superior Tribunal de Justiça, deparando-se com uma decisão emanada do juízo da execução fiscal que determinara o bloqueio de valores (dinheiro) de empresa em recuperação judicial, decidiu que os *“atos que impliquem o bloqueio ou alienação de bens ou valores da empresa suscitante”* deveriam ficar sobrestados. Veja-se:

7 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresa e falência**: Lei 11.101/2005, comentada artigo por artigo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 213.

8 “O deferimento do processamento da recuperação judicial não tem, por si só, o condão de suspender as execuções fiscais, na dicção do art. 6º, § 7º, da Lei n. 11.101/2005.” (AgInt no CC 162709/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, 2ª Seção, v.u., DJe 31/5/2019).

(...) determinando o sobrestamento de atos que impliquem o bloqueio ou alienação de bens ou valores da empresa suscitante na execução objeto dos autos em curso perante o Juízo Federal da 11ª vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco.

Na mesma decisão, a Relatora designou o Juízo de Direito da 25.ª Vara Cível de Recife/PE (juízo da recuperação judicial), para resolver, provisoriamente, as medidas urgentes sobre bens ou valores da empresa suscitante, eventualmente penhorados ou bloqueados, devendo ficar à disposição do juízo da recuperação judicial, que decidiria sobre sua liberação.

Efetuada o desbloqueio dos valores, restaria saber se os atos de penhora ulteriormente praticados (sobre imóveis) representavam descumprimento à decisão do STJ, que sobrestou, claramente, apenas atos de bloqueio (de valores) e de alienação de bens.

Em vários outros casos envolvendo as empresas integrantes do indigitado “Grupo Cucaú”, a quizila chegou igualmente ao STJ, do qual emanaram decisórios que tentarei sistematizar a fim de identificar um fio condutor válido para as ações executivas fiscais. Restringindo a pesquisa à Ministra Maria Isabel Gallotti, relatora por prevenção dos conflitos de competência envolvendo a recuperação judicial das empresas do citado grupo, e trazendo as decisões mais recentes, temos o seguinte panorama (grifos ora apostos):

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 164.501 - PE (2019/0076770-0)
SUSCITANTE: COMPANHIA GERAL DE MELHORAMENTOS
EM PERNAMBUCO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
SUSCITADO : JUÍZO DE DIREITO DA 25A VARA CÍVEL DE
RECIFE - PE

SUSCITADO : JUÍZO FEDERAL DA 33A VARA DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Desse modo, os atos de alienação ou de constrição que comprometam o cumprimento do plano de reorganização das empresas somente serão efetivados após a anuência do Juízo da recuperação judicial. Por outro lado, não se sujeitam os créditos tributários à deliberação da assembleia de credores, à qual submetido o plano homologado pelo juiz estadual.

Em face do exposto, defiro a liminar, determinando o sobrestamento da decisão proferida Juízo Federal da 33ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, designando, conforme disposto no art. 955

do Código de Processo Civil, o Juízo de Direito da 25ª Vara Cível de Recife/PE para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes. Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão aos Juízos suscitados, a quem devem ser solicitadas informações (art. 954 do Código de Processo Civil).

Intimem-se. Brasília (DF), 8 de abril de 2019.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 137.532 - PE (2014/0330350-4)
SUSCITANTE: ZIHUATANEJO DO BRASILACUCAR E ALCOOL S.A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

SUSCITANTE: COMPANHIA GERAL DE MELHORAMENTOS EM PERNAMBUCO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 25A VARA CÍVEL DE RECIFE - PE

SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 9A VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DE SÃO PAULO - SP

Cabe ao Juízo da recuperação judicial, por fim, avaliar a essencialidade do bem para o propósito de soerguimento das empresas suscitantes. (...)

No caso, portanto, de confirmação da liminar.

Fica, por fim, prejudicado o agravo interno de fls. 358/390.

Em face do exposto, com fundamento no artigo 957 do Código de Processo Civil, conheço do conflito para declarar competente para qualquer ato de constrição ou alienação de bens ou valores das suscitantes o Juízo de Direito da 25ª Vara Cível de Recife, PE.

Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 159.108 - PE (2018/0142922-9)
SUSCITANTE: COMPANHIA GERAL DE MELHORAMENTOS EM PERNAMBUCO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 25A VARA CÍVEL DE RECIFE - PE

SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 33A VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Desse modo, os atos de alienação ou de constrição que comprometam o cumprimento do plano de reorganização das empresas somente serão efetivados após a anuência do Juízo da recuperação judicial.

Por outro lado, não se sujeitam os créditos tributários à deliberação da

assembleia de credores, à qual submetido o plano homologado pelo juiz estadual.

O prosseguimento da execução fiscal e eventuais embargos, na forma do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, deverá se dar, portanto, perante o juízo da ação executiva competente, ao qual caberão todos os atos processuais, inclusive a ordem de citação e penhora, exceto a apreensão e alienação de bens.

Ademais, cumpre resguardar a existência, ao cabo da recuperação, de bens hábeis à garantia dos créditos tributários, observado o privilégio legal respectivo.

No presente caso, está comprovado ter sido deferido o pedido e homologado o plano de recuperação judicial do grupo econômico do qual faz parte a suscitante (fls. 64/67), bem como determinado o prosseguimento da execução fiscal objeto dos autos, como leilão do bem em questão (fls. 83/84).

Como tanto o juízo da recuperação como o administrador judicial estão acordes quanto à essencialidade do bem, deve ser confirmada a liminar, nos termos acima, cuja motivação não precisa de acréscimo. Em face do exposto, com fundamento no artigo 957 do Código de Processo Civil de 2015, conheço do conflito para declarar competente para qualquer ato de constrição ou alienação de bens ou valores da suscitante, na execução fiscal referida nos autos, o Juízo de Direito da 25ª Vara Cível de Recife, PE.

Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 15 de outubro de 2018.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 161.053 - PE (2018/0245925-1)
SUSCITANTE: SA LEAO IRMAOS ACUCAR E ALCOOL - EM
RECUPERAÇÃO JUDICIAL

SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 25A VARA CÍVEL DE
RECIFE - PE

SUSCITADO: JUÍZO DA 7A VARA DO TRABALHO DE MACEIÓ - AL
Verifico que, de fato, no presente caso, a Recuperação Judicial foi concedida pelo Juízo de Direito da 25ª Vara Cível de Recife/PE, e está em pleno curso (e-STJ fls. 266/269), tendo sido dado prosseguimento à execução referida nos autos (fl. 245) em curso perante o Juízo da 7ª Vara do Trabalho de Maceió/AL.

Em face do exposto, defiro a liminar, determinando o sobrestamento da reclamação trabalhista referida nos autos, em curso perante o Juízo da 7ª Vara do Trabalho de Maceió/AL, bem como de todos os atos

tendentes à alienação de bens ou valores da empresa, designando, conforme disposto no art. 955 do Código de Processo Civil de 2015, o Juízo de Direito da 25ª Vara Cível de Recife/PE para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

Os bens ou valores da suscitante, eventualmente penhorados ou bloqueados, deverão ficar à disposição do Juízo da Recuperação Judicial que decidirá sobre a sua liberação.

Comunique-se o inteiro teor desta decisão aos Juízos suscitados, a quem devem ser solicitadas informações (art. 954 do Código de Processo Civil).

Em seguida, após recebidas as respostas, ouça-se o Ministério Público Federal. Intimem-se. Brasília (DF), 24 de setembro de 2018.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 155.503 - PE (2017/0298105-4)
SUSCITANTE: COMPANHIA GERAL DE MELHORAMENTOS
EM PERNAMBUCO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 25A VARA CÍVEL DE
RECIFE - PE

SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 22A VARA DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Por fim, em nenhum momento foi atribuída ao Juízo da recuperação judicial a competência para conduzir a execução fiscal, apenas a incumbência de apreciar atos de constrição e alienação de bens submetidos à recuperação judicial.

Em face do exposto, confirmo a liminar deferida e, com fundamento no artigo 957 do Código de Processo Civil de 2015, conheço do conflito, para declarar competente para qualquer ato de constrição ou alienação de bens ou valores da suscitante, na execução referida nos autos, o Juízo de Direito da 25ª Vara Cível de Recife/PE.

Intimem-se. Brasília (DF), 1º de agosto de 2018.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 159.108 - PE (2018/0142922-9)
SUSCITANTE: COMPANHIA GERAL DE MELHORAMENTOS
EM PERNAMBUCO EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 25A VARA CÍVEL DE
RECIFE - PE

SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 33A VARA DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Desse modo, os atos de alienação ou de constrição que comprometam

o cumprimento do plano de reorganização das empresas somente serão efetivados após a anuência do Juízo da recuperação judicial.

Por outro lado, não se sujeitam os créditos tributários à deliberação da assembleia de credores, à qual submetido o plano homologado pelo juiz estadual.

O prosseguimento da execução fiscal e eventuais embargos, na forma do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, deverá se dar, portanto, perante o juízo da ação executiva competente, ao qual caberão todos os atos processuais, inclusive a ordem de citação e penhora, exceto a apreensão e alienação de bens.

Ademais, cumpre resguardar a existência, ao cabo da recuperação, de bens hábeis à garantia dos créditos tributários, observado o privilégio legal respectivo.

No presente caso, está comprovado ter sido deferido o pedido e homologado o plano de recuperação judicial do grupo econômico do qual faz parte a suscitante (fls. 64/67), bem como determinado o prosseguimento da execução fiscal objeto dos autos, como leilão do bem em questão (fls. 83/84).

Em face do exposto, defiro a liminar, determinando o sobrestamento da execução objeto dos autos, em trâmite perante o Juízo Federal da 33ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, bem como de todos os atos tendentes à alienação do imóvel penhorado, designando, conforme disposto no art. 955 do Código de Processo Civil, o Juízo de Direito da 25ª Vara Cível de Recife para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão aos Juízos suscitados, a quem devem ser solicitadas informações (art. 954 do Código de Processo Civil), manifestando-se o Juízo da 25ª Vara Cível de Recife sobre a essencialidade do imóvel Engenho Gruta.

Promova o Juízo Federal a juntada dos documentos de “fls. 127/229” dos autos da execução fiscal, por meio dos quais teria a Fazenda Nacional comprovado que o mencionado bem não está incluído na recuperação judicial (fl. 84).

Comprove a suscitante, tendo em vista a alegação de essencialidade do bem, que o imóvel é utilizado para atividade produtiva, considerando que o laudo de avaliação de fl. 180 não é conclusivo a esse respeito.

Em seguida, após recebidas as respostas, ouça-se o Ministério Público Federal.

Intimem-se. Brasília (DF), 26 de junho de 2018.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 154.206 - PE (2017/0223521-0)
SUSCITANTE: COMPANHIA GERAL DE MELHORAMENTOS
EM PERNAMBUCO EM RECUPERAÇÃO

JUDICIAL - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 25A VARA CÍVEL DE
RECIFE - PE

SUSCITADO: JUÍZO FEDERAL DA 11A VARA DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Desse modo, os atos de alienação ou de constrição que comprometam o cumprimento do plano de reorganização das empresas somente serão efetivados após a anuência do Juízo da recuperação judicial.

Por outro lado, não se sujeitam os créditos tributários à deliberação da assembleia de credores, à qual submetido o plano homologado pelo juiz estadual.

O prosseguimento da execução fiscal e eventuais embargos, na forma do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05, deverá se dar, portanto, perante o juízo da ação executiva competente, ao qual caberão todos os atos processuais, inclusive a ordem de citação e penhora, exceto a apreensão e alienação de bens.

Ademais, cumpre resguardar a existência, ao cabo da recuperação, de bens hábeis à garantia dos créditos tributários, observado o privilégio legal respectivo.

No presente caso está comprovado ter sido deferido o pedido de Recuperação Judicial da suscitante (fls. 126/129), bem como determinado o prosseguimento da execução fiscal objeto dos autos (fls. 142/146).

O Juízo Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco manifestou-se afirmando que, de fato, determinou atos de constrição de bens da empresa suscitante, com o registro no rosto dos autos da recuperação judicial, por entender pela possibilidade de prosseguimento da execução fiscal.

Em face do exposto, confirmo a liminar deferida e, com fundamento no artigo 957, do Código de Processo Civil de 2015, conheço do conflito, para declarar competente para qualquer ato de constrição ou alienação de bens ou valores da suscitante, na execução referida nos autos, o Juízo de Direito da 25ª Vara Cível de Recife/PE.

Intimem-se. Brasília (DF), 06 de março de 2018.

Pois bem. Pode-se concluir, desses decisórios, que a jurisprudência do STJ alinha-se sobre a premissa de que o Juízo da Recuperação Judicial deva anuir com qualquer ato que possa afetar a reorganização das empresas, principal objetivo do processo de recuperação.

Conforme expressões utilizadas pela Ministra Relatora nos precedentes retrotranscritos, os *atos de alienação de bens*, bem como os *atos de constrição que comprometam o cumprimento do plano* de reorganização dependerão sempre de anuência do juízo recuperacional, que avaliará a essencialidade daquele bem para o escopo de soerguimento das empresas.

Outrossim, extrai-se que bens ou valores penhorados ou bloqueados, e todos os atos tendentes à sua *alienação*, devem ficar à disposição do juízo da recuperação, que decidirá sobre sua liberação ou venda. Os conflitos de competência deixam sempre claro que a execução fiscal deve prosseguir, cabendo ao juízo executivo todos os atos processuais, *inclusive a ordem de citação e penhora, exceto a apreensão e alienação de bens*, tudo isso tendo em mira o propósito de evitar a realização de medidas expropriatórias individuais que possam prejudicar o cumprimento do plano.

Em suma, continua válida a orientação traçada quando do julgamento, pela Segunda Seção, do AgRg no AgRg no CC 119.970/RS, adrede referido, segundo a qual “são vedados atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto for mantida essa condição. Isso porque a interpretação literal do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05 inibiria o cumprimento do plano de recuperação judicial previamente aprovado e homologado”.

Com efeito, o entendimento atual da Segunda Seção do STJ, no sentido de que o juízo recuperacional tem competência para a prática de atos de execução relativamente ao patrimônio da sociedade afetada, é fundamentado “no desiderato de evitar a realização de medidas expropriatórias individuais que possam prejudicar o cumprimento do plano de recuperação”⁹.

Em suma, conquanto não se suspendam as execuções fiscais contra empresas em recuperação judicial, são vedados os atos judiciais que reduzam, comprometam ou excluam parte do patrimônio da empresa do processo de recuperação, para que não se obste o cumprimento do plano aprovado.

Sabe-se que o processo executivo visa à adoção das medidas necessárias e suficientes à satisfação do direito do credor e, conseqüentemente, a compelir o devedor a adimplir a obrigação, seja de pagar quantia, entregar coisa, fazer ou não fazer. Nesse ponto, cumpre distinguir os diversos atos executivos que podem, em tese, *reduzir o patrimônio* ou *comprometer o cumprimento*

9 STJ, AgInt no CC 159257/PE, rel. Min. Marco Buzzi, 2ª Seção, v.u., DJe 6/11/2018.

do plano de recuperação empresas, atos esses que, pelo próprio objetivo do processo recuperacional, não poderão ser praticados.

A partir das diversas decisões judiciais já mencionadas, tem-se como certo que as seguintes medidas comprometem diretamente o plano de recuperação judicial, por repercutirem na liquidez imediata das empresas em recuperação:

- penhora *online* de ativos financeiros das recuperandas (CC 150.935-PE);
- restrição de circulação de veículos empregados na atividade açucareira;
- penhora de precatórios (não vinculados ao plano de recuperação);
- apreensão de bens ligados à atividade fim das recuperandas;
- alienação judicial de bens que inviabilize diretamente a atividade fim da empresa.

Mercê do exposto, quando não se tratar de nenhuma medida dessa natureza, e considerando que a decisão emanada do STJ especificamente para o processo em estudo visou, expressamente, obstar o bloqueio de valores (já liberados) e a alienação de bens (de que, até então, sequer se cogitara), não se visualiza nenhum impedimento à penhora de bens imóveis das empresas executadas, em especial os indicados pela exequente como não integrantes do plano de recuperação judicial.

4. OBJETO DA CONSTRIÇÃO: BENS INTEGRANTES OU NÃO PLANO DE RECUPERAÇÃO?

Tem-se observado que as decisões lançadas em sede de conflito de competência em matéria de recuperação judicial são, no mais das vezes, sucintas, até reducionistas, e, ao versarem sobre *penhora* (constrições, em geral), não enfrentam o ponto sobre estar o bem inserido ou não no plano de recuperação judicial. Todavia, é sobremodo relevante a questão de identificar quais bens integram efetivamente o plano de recuperação judicial da empresa, visto que, a depender dessa circunstância, o regime jurídico adotado para a continuidade de atos executivos pode ser diferente.

Cumpra então resolver se os bens indicados à penhora pela exequente fazem ou não parte do plano de recuperação judicial e se podem ser penhorados ou, modo inverso, se o prosseguimento dos atos de penhora é prejudicial ao cumprimento do referido plano pelas empresas devedoras.

No ponto, colho lição doutrinária sobre o *princípio da especificidade* aplicado à recuperação judicial:

O plano de recuperação, para atender ao requisito da especificidade, deve identificar e individualizar, com exatidão, os ativos que serão objeto de alienação, o estabelecimento, a UPI, a fábrica, a filial, ou seja, o conjunto de bens que constituem a unidade de negócios.

A partir da individualização e descrição pormenorizada da UPI ou filial, o laudo de avaliação que deve acompanhar o plano (LRF, art. 53, III) determinará o valor patrimonial ou real atribuído ao ativo, quantificando o preço mínimo para a alienação.

Não é cabível, portanto, que o plano venha a referir-se, de modo simplista e genérico, que a empresa recuperanda poderá alienar ativos, filiais ou estabelecimentos, sem indicar qual ou quais, sem quantificar o valor de avaliação desses bens e seu preço mínimo, e sem determinar como ocorrerá, também, de modo específico, a destinação dos recursos arrecadados com a venda dos ativos.

O plano deve ser específico no aspecto da alienação de ativos, porque tal medida representará, invariavelmente, a principal estratégia destinada à obtenção de recursos para pagamento aos credores. A ausência de especificidade importa em evidente generalização, por simples referência a dispositivos da lei, sem determinar, claramente, como se dará, na prática, a aplicação dos meios de recuperação, e se a empresa, ao final da execução do plano, voltará a ser economicamente viável.¹⁰

Em face do *princípio da especificidade*, apenas os bens diretamente eleitos no plano de recuperação é que devem estar a salvo da penhora judicial, justamente porque eles foram destacados e inclusos no Plano para serem destinados ao pagamento dos credores, com a sua alienação, se preciso. Assim, a penhora de bens imóveis não integrantes do plano de recuperação não resvalará, por si só, em comprometimento do plano de reorganização da empresa.

Isso porque a penhora de bens imóveis, nesse caso, *não implicará desapossamento, expropriação, apreensão ou bloqueio de recursos, nada que prive o devedor do uso e fruição do bem* enquanto ele for útil à recuperação, tampouco a privação do seu domínio. A penhora de bem imóvel, em verdade, representará um simples registro na sua matrícula, visando a garantir o juízo da execução para fins de embargos. Sob esse prisma, a penhora é também medida essencial por permitir o contraditório e a ampla defesa via embargos à

10 FIGUEIREDO, Ivanildo. *Alienação de Ativos na Recuperação Judicial*. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_27044185_ALIENACAO_DE_ATIVOS_NA_RECUPERACAO_JUDICIAL.aspx.

execução fiscal e, em última análise, quiçá liberar definitivamente o patrimônio do devedor, em caso de cobrança indevida.

Ao se analisar o plano de recuperação judicial das codevedoras, colhe-se no seu último parágrafo o seguinte registro:

Este Plano é firmado pelos representantes legais das Recuperandas, assim constituídos na forma dos respectivos estatutos e contrato social, e é acompanhado do laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos, subscritos por empresas especializadas, na forma da Lei de Falências.

De acordo com o Plano de Recuperação Judicial¹¹, as recuperandas selecionaram determinados imóveis para venda (item 7.1.1) e adjudicação (item 7.1.2) em prol do pagamento das dívidas. Justificaram a escolha em razão de estarem os imóveis “isolados dos riscos de sucessão tributária, previdenciária e trabalhista, exatamente como previsto na LRF”.

Continuam a sua fundamentação dizendo que “[t]ais imóveis, apesar de serem operacionais e atualmente estarem sendo utilizados para o plantio de cana-de-açúcar, matéria-prima fundamental para a continuidade das atividades do Grupo, estão localizados em proximidades das áreas urbanas, que face à valorização do mercado, tornaram-se mais atrativos à exploração imobiliária do que à manutenção da atividade rural”. São esses os imóveis verdadeiramente inseridos no plano de recuperação judicial e, portanto, a salvo (via de regra) de determinações de penhora de outros juízos.

Sobre tal questão, o juízo executivo destacou que os bens indicados à penhora pela credora não integrariam o plano de recuperação judicial das devedoras, ao passo que as executadas insistiam na defesa de que os referidos bens são parte integrante do plano de recuperação judicial. O que ocorre, na verdade, é que tais bens estão elencados no anexo III do Plano, denominado de “*laudo de avaliação de bens e ativos*”, formalidade que atende à exigência do art. 53, III, da Lei 11.101/2005, mas não se confunde com a listagem de bens selecionados com finalidade primacial de venda para atendimento dos credores (indicação dos meios que servirão à recuperação: art. 53, I, da mesma Lei).

Como visto, a lei de recuperação de empresas obriga o devedor a apresentar laudo econômico-financeiro, para auxiliar na análise técnica do Juízo sobre o estado econômico-financeiro de uma empresa, nem sempre fácil

11 Para acessar o Plano de Recuperação Judicial do Grupo Cucaú: <https://docplayer.com.br/12999748-Grupo-cucau-plano-de-recuperacao-judicial-conjunto.html>.

de se realizar, a depender do grau de complexidade do procedimento concursal e/ou do porte econômico-financeiro da empresa.¹²

Ao tratar do assunto, Gladston Mamede explica que o laudo exigido no art. 53, III, da LRF compõe-se de duas partes: (i) laudo econômico-financeiro, no qual o avaliador considerará o ativo (bens, direitos e créditos) e o passivo (obrigações), examinando os resultados econômicos da empresa, suas receitas e despesas, seu fluxo de caixa e outros fatores relevantes para compreender a sua crise e os caminhos para superá-la e (ii) laudo de avaliação dos bens e ativos do devedor, que apenas traz um retrato do ativo, discriminando-o (bens móveis, imóveis, direitos, créditos, avaliados por valor de mercado).¹³

Assim, a avaliação de bens e ativos da empresa recuperanda sempre deverá ser feita e visa a promover o levantamento, avaliação ou reavaliação dos bens e ativos, como imóveis comerciais, galpões, terrenos, áreas, propriedades rurais, maquinários e complexos industriais, máquinas, equipamentos e implementos agrícolas, semoventes, ativos florestais e agrícolas. Tal procedimento é inerente à avaliação da situação financeira da empresa para apurar *todas* as dívidas e os créditos (nele incluído o patrimônio).

Ao se analisar o plano de recuperação judicial, observa-se que o “Grupo Cucáú”, ao qual pertencem as executadas recuperandas, deixou de fora dele imóveis de sua propriedade que poderiam garantir as dívidas tributárias, previdenciárias e trabalhistas, justamente porque tais débitos não fazem parte do plano de recuperação. Sobre tais bens não integrarem o Plano, a própria Cia. Geral de Melhoramentos, uma das empresas do grupo, nos autos do processo recuperacional, explicara que o fato de os imóveis descritos não terem sido indicados no plano de recuperação judicial como objeto de venda não implica que são totalmente desnecessários para a manutenção da atividade empresarial e produtiva do grupo.

Assim, a empresa admite que esses bens, de fato, não foram *especificados* no plano com o objetivo de venda, centrando sua defesa, agora, sobre a essencialidade deles à manutenção do grupo, coisas, porém, distintas. A essencialidade do bem não integrante do plano de recuperação impedirá – como se descortinará adiante – a sua alienação ou despojamento, não porém o simples ato de penhora.

Repisa-se, portanto, que os bens cuja constrição se requereu são imóveis rurais operacionais da empresa Cia. Geral de Melhoramentos, *não incluídos no plano* de recuperação judicial, de modo que nada obsta a sua

12 Cf. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 18. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 628.

13 MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. v. 4. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, p. 158.

penhora, ficando, porém, os atos de alienação à mercê do juízo da recuperação.

5. ESSENCIALIDADE DOS BENS PARA O SOERGIMENTO DAS EMPRESAS

Em consonância com o projeto de saneamento econômico-financeiro da empresa, o procedimento de execução fiscal que caminha paralelo ao da recuperação judicial deve recuar quando o objeto da constrição seja necessário ao plano de reestruturação da recuperanda.

O Juízo da execução fiscal havia indagado ao Juízo da recuperação judicial sobre a viabilidade de alienação dos imóveis cuja penhora sequer havia se completado ainda. A indagação sobre alienação dos bens fora precipitada, visto que sequer se cogitara de aliená-los no processo, centrando-se os atos executivos tão somente na penhora de imóveis indicados pela exequente.

Em resposta, o Juízo da recuperação entendeu que os imóveis indicados à penhora ainda seriam importantes para a cultura da cana-de-açúcar até a colheita deste ano. Instruiu sua resposta com as considerações feitas pelo administrador responsável pela fiscalização do cumprimento do plano de recuperação judicial, nas quais se baseou.

Do conteúdo desse documento, extrai-se que as recuperandas vêm cumprindo o plano de recuperação aprovado. Especificamente em relação aos questionamentos quanto à viabilidade de *alienação* dos imóveis indicados à penhora pela União, o administrador judicial limitou-se a afirmar que os bens penhorados no presente feito são importantes para o plano de recuperação.

Ademais, as razões elencadas pelo administrador judicial caracterizam-se por extrema generalidade, trazendo o entendimento de que a *alienação* de todo e qualquer bem prejudicaria a boa execução do plano. Ora, não se pode pensar que a elaboração de um plano de recuperação importe em blindagem de todo o patrimônio das empresas. No rastro do entendimento do STJ, atos de constrição patrimonial poderão ser praticados, desde que não comprometam o princípio da preservação da empresa.

Diante disso, a alegação genérica de que os imóveis rurais (indicados à penhora pela União) são empregados na atividade canavieira e, via de consequência, sua penhora comprometeria o plano de recuperação, precisaria ser acompanhada de provas concretas de tal efeito, pois, se essenciais ao plano de recuperação, deveriam ter sido expressamente erigidos à categoria de essenciais.

Quando os bens não estejam elencados no plano de recuperação

judicial, os atos que antecedem a sua alienação judicial podem e devem ter prosseguimento.¹⁴

Pelos termos do pronunciamento do Juízo recuperacional, vê-se que ele diz respeito à viabilidade de *alienação* dos bens – que, por serem considerados essenciais à produtividade do grupo, não convém sejam vendidos –, não havendo dúvida, porém, sobre a possibilidade de penhora e avaliação, uma vez que tais atos não impedirão, em absoluto, a continuidade das atividades das empresas (inclusive colheita das safras deste ano e vindouras) e, portanto, a contribuição desses bens para o sucesso do plano de recuperação.

Em suma, está-se diante de bens imóveis operacionais não incluídos no plano, de modo que a *mera penhora e avaliação* dos imóveis rurais indicados pela União não prejudicará o desenvolvimento da atividade canavieira. Não se fala, veja-se bem, em penhora da safra, mas sim do imóvel, ou seja, um simples registro da constrição no cartório imobiliário, *sem qualquer desapossamento ou expropriação* do bem.

Não se vislumbra, portanto, qualquer óbice à continuidade da penhora dos imóveis rurais indicados pela exequente, não constantes do plano de recuperação, inviabilizada somente a sua expropriação/leilão, atos que estarão sujeitos, em todo caso, ao beneplácito do Juízo da recuperação judicial.

A corroborar essa linha de raciocínio, recente decisão liminar da Ministra Maria Isabel Gallotti, datada de 27 de junho de 2019, em novo conflito de competência instaurado pelas empresas executadas (CC 166.477-PE), manteve a penhora determinada sobre bens imóveis de empresa do “Grupo Cucaú”, em recuperação judicial, considerando que a medida não afetaria o cumprimento das atividades destinadas ao soerguimento das recuperandas:

Desse modo, os atos de alienação ou de constrição que comprometam o cumprimento do plano de reorganização das empresas somente serão efetivados após a anuência do Juízo da recuperação judicial.

Por outro lado, não se sujeitam os créditos tributários à deliberação da assembleia de credores, à qual submetido o plano homologado pelo juiz estadual. (...)

Ademais, cumpre resguardar a existência, ao cabo da recuperação, de bens hábeis à garantia dos créditos tributários, observado o privilégio legal respectivo.

No presente caso está comprovado ter sido deferido o pedido de Recuperação Judicial das suscitantes pelo Juízo de direito da 25ª Vara

14 Há como se distinguir, ainda, os bens operacionais (que poderão ser penhorados, mas não alienados pelo juízo da execução) e os não operacionais (que em tese poderão, inclusive, ser alienados).

Cível de Recife/PE e que o processo está em pleno curso (fl. 244), bem como determinado, pelo Juízo da 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco, o prosseguimento da execução fiscal, com atos de penhora de bens das suscitantes.

(...) verifico, todavia, que não houve ordem de alienação dos imóveis, mas apenas averbação da penhora no rosto dos autos da recuperação para conhecimento aos credores do crédito tributário existente e, se for o caso, salvaguardar a preferência do crédito tributário. Segundo consta na mencionada decisão, os bens imóveis em questão não estão referidos no plano de recuperação como destinados à alienação para pagamento de credores, sendo utilizados apenas para plantio, o que não será afetado pela existência da averbação da penhora. (...)

No presente caso, não tendo sido obstado o prosseguimento das atividades desenvolvidas pela recuperanda nos imóveis, mas apenas determinada a averbação da penhora, não considero, em exame liminar, que haja prejuízo ao plano de recuperação nem invasão de competência.

Em face do exposto, indefiro a liminar.

Poder-se-ia argumentar que a só penhora de imóveis de empresas em recuperação judicial não teria, a rigor, nenhum efeito prático no processo de execução fiscal. Entretanto, como já se anotou, levando-se em conta que o processo executivo não se suspende, a penhora de bens aptos a garantir o juízo executivo proporciona a abertura do prazo de embargos do devedor, esgotando a fase de defesa ordinária na execução.

Ao fim, caso acolhidos os embargos, é uma execução que se extingue ou uma dívida que se reduz, em benefício da então devedora. Lado outro, se rejeitados os embargos, o bem já penhorado ficará apenas no aguardo de autorização do juízo recuperacional para ser alienado ou, ao menos, poderá ser incluído em hasta pública tão logo chegue ao fim o processo de recuperação judicial, em benefício do credor (Fisco), em todo caso realçando-se o postulado da efetividade da jurisdição.

6. CONCLUSÃO

O processo de recuperação judicial visa a propiciar meios para que a devedora renegocie créditos em condições diferenciadas, tendo em mira um projeto de preservação e continuidade da empresa.

O Superior Tribunal de Justiça vem assentando que o prosseguimento

da execução fiscal e eventuais embargos, na forma do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, deve dar-se “perante o juízo da ação executiva competente, ao qual caberão todos os atos processuais, inclusive a ordem de citação e penhora, exceto a apreensão e alienação de bens” (Precedentes: CC 150.935-PE, CC 154.206-PE, CC 155503-PE).

No entanto, são vedados ao Juízo executivo, via de regra, atos que impliquem expropriação, apreensão, despojamento, bloqueio ou alienação de bens da recuperanda, os quais ficam na esfera de decisão do juízo recuperacional, guiado pelo princípio da essencialidade.

Por outro lado, não estando os bens inclusos no plano de recuperação judicial, mas apenas arrolados no “laudo de avaliação de ativos” (que engloba, necessariamente, todos os bens da devedora), é possível a sua penhora em processo executivo, desde que não implique apreensão ou despojamento, nem limite o seu uso e fruição pela empresa, enquanto durar o processo de reorganização de suas dívidas.

Assim, é dado ao juízo da execução fiscal, como forma de impulsionar a execução, determinar a penhora de determinados bens, sempre que a simples penhora, sem se cogitar de alienação, não comprometer o cumprimento do plano de recuperação, ou seja, não limitar qualquer parcela do uso e fruição dos bens pela parte executada, os quais continuarão vinculados a sua atividade produtiva e rendendo-lhe frutos.

Nesse toar, embora o deferimento da recuperação judicial não suspenda o executivo fiscal, é defeso ao juízo da execução apreender ou alienar bens por sua própria conta, estando sua atuação, no que tange à persecução de bens, restrita à penhora para fins de garantia e oposição de embargos à execução.

Tal é a exegese que parece melhor conciliar, de um lado, o interesse do devedor em sanear seus débitos não fiscais sob as condições benéficas oferecidas no processo de recuperação judicial e, de outro, o imperativo da efetividade do processo de execução fiscal, na medida em que, esgotada a fase de defesa ordinária do executado, será possível alienar o bem, quer excepcionalmente, durante o processo de recuperação judicial (mediante autorização específica do juízo recuperacional), quer – hipótese mais provável – após encerrado o processo de recuperação.

REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresa e falência**: Lei 11.101/2005, comentada artigo por artigo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo manual de direito comercial**. 29. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 18. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

FIGUEIREDO, Ivanildo. **Alienação de Ativos na Recuperação Judicial**. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_27044185_ALIENACAO_DE_ATIVOS_NA_RECUPERACAO_JUDICIAL.aspx.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: falência e recuperação de empresas. v. 4. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas.

VASCONCELOS, Ronaldo. Impactos do novo Código de Processo Civil na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis n. 11.101/2005 e 13.015/15. In: COSTA, Eduardo Fonseca da; SICA, Heitor Vitor Mendonça (Coord.). **Legislação processual extravagante**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 287-313.

**O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA: BREVE ESTUDO DE
SUA APLICABILIDADE NA JUSTIÇA FEDERAL DE
PERNAMBUCO À LUZ DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL¹**

***THE INCIDENT OF DISCONTINUATION OF LEGAL
PERSONALITY: A BRIEF STUDY OF THEIR APPLICABILITY
IN PERNAMBUCO FEDERAL JUSTICE IN THE LIGHT OF THE
CIVIL PROCEDURE CODE***

Diego Idelgardo Arraes Barbosa

Pós-graduado em Gestão Pública pelo IFPE
Graduando em Direito pela Faculdade ASCES
Servidor da Justiça Federal de Pernambuco

RESUMO: O estudo busca promover um exame sistemático acerca dos incidentes de desconsideração da personalidade jurídica ajuizados na Justiça Federal de Pernambuco de 1º grau, analisando importantes aspectos de sua aplicação nos casos concretos, tais como celeridade, eficácia e respeito às garantias constitucionais, sob a égide das regras preceituadas pelo Código de Processo Civil – CPC (Lei n.º 13.105/2015). A pesquisa explora também o redirecionamento da cobrança judicial de dívida tributária baseada no artigo 135 Código Tributário Nacional – CTN (Lei n.º 5.172/1966), percorrendo a recente divergência forense sobre a aplicação do incidente de desconsideração padronizado pelo CPC nas execuções fiscais, quando o pedido for fundamentado no art. 135, III, do CTN.

PALAVRAS-CHAVE: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Código de Processo Civil. Justiça Federal de Pernambuco. Redirecionamento.

ABSTRACT: *The study seeks to promote a systematic examination about the incidents of disregard of the legal personality judged in the Federal Court of Pernambuco of 1st degree, analyzing important aspects of its application*

¹ Artigo científico elaborado com base em trabalho de conclusão de curso de graduação em direito, na Faculdade ASCES, sob orientação do Professor Dr. Silvano José Gomes Flumignan.

in concrete cases, such as speed, effectiveness and respect of constitutional guarantees, under the aegis of the rules established by the Code of Civil Procedure - CPC (Law no. 13.105/2015). The research also explores the redirection of the judicial collection of tax debt based on article 135 National Tax Code (CTN) (Law No. 5.172 / 1966), traveling the recent forensic divergence on the application of the CPC default incident in tax foreclosures, when the request is based on article 135, III, of the CTN.

KEYWORDS: *Disregard Doctrine. Code of Civil Procedure. Federal Court of Pernambuco. Redirection.*

1. INTRODUÇÃO

A personalidade jurídica representa uma das mais significativas concepções legais para o direito societário, na medida em que, dentre outros aspectos, proporciona a separação entre o patrimônio da sociedade e o dos sócios, possibilitando assim, maior segurança nas relações empresarias. Contudo, essa segmentação pode levar à prática de atividades ilícitas encobertas sob o manto da autonomia patrimonial do ente de direito privado.

Buscando coibir atividades ilegais, desenvolveu-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que possibilita que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica, em caso de abuso de personalidade.

A desconsideração da personalidade jurídica teve seu procedimento prescrito no Brasil por meio do Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015, constituindo-a como incidente processual, consagrando assim garantias constitucionais como a do devido processo legal, a da ampla defesa e do contraditório.

Desta forma, a presente pesquisa se propõe a analisar, através de exame sobre os processos distribuídos à Justiça Federal de 1º grau em Pernambuco, se o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica possui aplicação eficaz e congruente com as normas preceituadas pelo Código de Processo Civil - CPC.

Buscando discernir a utilização do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica em casos concretos, o artigo se propõe a explorar o tema por meio da produção doutrinária desenvolvida, passando pela verificação dos principais aspectos trazidos pelo CPC, finalizando com um exame da utilização do incidente junto à Justiça Federal de 1º grau em Pernambuco, durante o breve período de vigência da norma.

2. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O desenvolvimento do instituto da personalidade jurídica, no decorrer da história moderna, simboliza uma evolução significativa na seara do direito empresarial, na medida em que, além de balizar os limites entre a identificação pessoal e patrimonial da entidade e dos sócios que a compõem, fornece maior segurança àqueles que eventualmente venham a manter relações comerciais e jurídicas com tais entes. Para Gladston Mamede, a personalidade jurídica consiste em um “... artifício que foi cunhado ao longo da evolução social, econômica e jurídica da humanidade como forma de otimizar a marcha desenvolvimentista das relações interindividuais.” (MAMEDE, 2010, pág. 232).

A partir do registro de seu ato constitutivo, a sociedade desponta legalmente como pessoa jurídica de direito privado, detentora de direitos e obrigações, e sua existência se caracteriza por ser distinta da de seus sócios integrantes.

Dentre os principais aspectos provenientes da personificação das sociedades, um possui suma relevância na concretização da segurança jurídica das relações negociais: a autonomia patrimonial. A sociedade possui patrimônio distinto dos sócios integrantes. No entendimento de Sérgio Campinho, por exemplo:

O patrimônio social não se confunde com o dos sócios. É o patrimônio da sociedade, seja qual for o tipo por ela adotado, que irá responder por suas obrigações. A responsabilidade é sempre ilimitada, ou seja, a sociedade irá responder pelo seu passivo com todas as forças do seu ativo. (CAMPINHO, 2003, pág. 62).

Todavia, o manto da personalidade – e da autonomia patrimonial dela decorrente – pode proporcionar a prática de ilícitos e dar margem à realização de fraudes pelos seus integrantes, com o objetivo de obter benefícios próprios, lesando, assim, terceiros de boa-fé.

Visando inibir a má-fé e o uso ilícito da personalidade jurídica, desenvolveu-se a chamada doutrina ou teoria da desconsideração da personalidade jurídica ou doutrina da desconsideração do ente legal – *disregard doctrine*. Tal conceito permite que os efeitos das obrigações da pessoa jurídica sejam estendidos àqueles que, de fato ou de direito, sejam seus sócios, administradores ou sociedades coligadas, e que tenham promovido o mau uso da pessoa jurídica. (MAMEDE, 2010, pág. 234).

Para Fábio Ulhoa Coelho, a desconsideração da personalidade jurídica:

... autoriza o Poder Judiciário a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, sempre que ela tiver sido utilizada como expediente para realização de fraude. Ignorando a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar-se, direta, pessoal, e ilimitadamente, o sócio por obrigação que, originalmente, cabia à sociedade. (COELHO, 2010, pág. 126).

Verifica-se, assim, a necessidade da caracterização da violação legal como pressuposto ao emprego da desconsideração da personalidade jurídica, e a consequente aplicação da constrição patrimonial daqueles responsáveis pelo ilícito. Assim, tornou-se necessário definir quais requisitos caracterizariam a transgressão empresarial. Para o deslinde do tema, tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitem no ordenamento brasileiro duas correntes, conhecidas como *teoria menor* e *teoria maior*.

Sucintamente, de acordo com a *teoria menor*, para que o magistrado autorize a superação da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, basta à caracterização do prejuízo do credor, derivado da insolvência da sociedade. Sob essa ótica, não seria necessário, por exemplo, comprovar a atuação fraudulenta do sócio.

Já para a corrente doutrinária e jurisprudencial que adota a *teoria maior*, o abuso e a comprovação de fraude por parte dos sócios constituem requisitos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Por sua vez, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2011, pág. 251), a teoria maior se divide em *objetiva* e *subjativa*. Segundo o autor, na teoria objetiva o pressuposto necessário e suficiente para a desconsideração consiste na confusão patrimonial. Já para a linha subjativa, é pressuposto inafastável o abuso da personalidade societária, exigindo assim a comprovação do desvio de finalidade.

Importante frisar que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica não deve ser confundida com a extinção da sociedade ou de sua despersonalização. Uma vez deferida pelo magistrado, a sanção é episódica, ligada ao caso em si. Oportuna é a lição de Flávio Tartuce nesse sentido:

Não se retirou a personalidade jurídica, mas apenas a desconsidera em determinadas situações, penetrando-se no patrimônio do sócio ou administrador. Na verdade, não se pode confundir a desconsideração com a *despersonificação* da empresa. No

primeiro instituto apenas desconsidera-se a regra pela qual a pessoa jurídica tem existência distinta de seus membros. Na despersonalização, a pessoa jurídica é dissolvida. Sendo assim. No caso de ser deferida a desconsideração da personalidade jurídica pelo juiz da causa, deve-se manter a pessoa jurídica no polo passivo da demanda e incluir os sócios e administradores. (TARTUCE, 2012. Pág. 152).

2.1. Normatização no Direito Brasileiro

Para alguns estudiosos, a exemplo de Roberta Nioac Prado e Ângela Donaggio, o art. 2.º, § 2º da consolidação das leis do trabalho – Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 –, alterada pela Lei 13.467/2017², foi o primeiro artigo de lei que expressamente previu a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. Tal dispositivo prediz a responsabilidade solidária da empresa principal e de cada uma das subordinadas, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, em face das relações de emprego.

Em estudo desenvolvido, as autoras – utilizando como exemplos decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho – chamam a atenção para o fato de que, embora o referido dispositivo legal se reporte apenas à desconsideração da personalidade jurídica das sociedades que participassem de um mesmo grupo econômico, a Justiça do Trabalho, por um longo período, entendeu que poderia recorrer a tal dispositivo para justificar a responsabilidade pessoal de qualquer sócio por dívidas trabalhistas da sociedade insolvente ou dissolvida. (PRADO, DONAGGIO, 2007).

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – normatizou, em seu artigo 28³, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, fazendo-o em prol do consumidor nas relações negociais, consagrando, assim, a *Teoria Menor* comentada anteriormente.

2 Art. 2º (...)

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.

3 Art. 28 O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

A abrangência da previsão legal contida no CDC suscita questões relevantes acerca dos critérios que fundamentam a desconsideração. Sobre a possibilidade de se invocar a teoria em face da falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados pela má administração, Sérgio Campinho – por exemplo – faz ressalvas à aplicabilidade da regra estabelecida no art. 28 do CDC. Para o autor, o “administrador honesto, de boa-fé, porém infeliz nos atos de administração, sendo até mesmo incompetente, não poderá ser responsabilizado com estribo no preceito legal em comento”. (CAMPINHO, 2003, pág. 62).

Ainda sobre o artigo 28 do CDC, o seu parágrafo 5º prevê a possibilidade de a pessoa jurídica ser desconsiderada sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores⁴.

Já o art. 50 do Código Civil de 2002, que sofreu recentes alterações pela chamada “medida provisória da liberdade econômica” (MP n.º 881/2019), estabelece em seu *caput* que:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (grifo nosso).

Ao instituir o desvio de finalidade e a confusão patrimonial como fundamentos caracterizadores da desconsideração, o Código Civil abarca a *teoria maior* da desconsideração da personalidade jurídica. Nesse entendimento:

No que tange ao Código Civil, observa-se que as hipóteses de cabimento da superação da personalidade jurídica assumem matizes distintas das que foram acolhidas pela legislação consumerista, já que, nas relações paritárias de Direito Civil e de Direito Empresarial não vigora a exigência de tutela da

4 Art. 28(...)

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

pessoa vulnerável, como se dá no Direito do Consumidor. Se, como vimos, pela lei n.º 8.019/1990, foi recepcionada a teoria menor da desconsideração, o não ocorreu na lei nº 10.406/2002. (SILVA, THIBAU, 2017, pág. 223)

Outras normas trataram sobre as hipóteses de cabimento da *disregard doctrine* no ordenamento jurídico brasileiro. São os casos do art. 18 da lei 8.884/94⁵ (Lei do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE), que foi revogado pela lei 12.529/2011, do art. 4º da lei 9.605/98⁶, e do art. 14 da lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção)⁷.

Os dispositivos legais preditos ora se aproximam dos requisitos previstos no art. 50 do Código Civil, ora daqueles normatizados pelo art. 28 do CDC. Todavia, embora o Direito Material tenha definido o instituto, a efetiva aplicação forense permanecia sem a devida segurança jurídica, ante a ausência de legislação processual correlata. Essa omissão perdurou até o advento da Lei 13.105 de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015, no que se refere à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, propôs-se a preencher as lacunas existentes no direito positivo brasileiro, no tocante à regulamentação processual do tema. A norma vigente, em comparação com a omissão do Código de 1973, traz em seu texto um capítulo dedicado ao tema, intitulado *Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica* (Capítulo IV, Título III “Da Intervenção de Terceiros”), além de outros dispositivos esparsos, também atinentes ao assunto.

Como mérito do CPC, destaca-se o esforço em prol da uniformização das práticas processuais da *disregard doctrine*, ante os principais pontos

5 Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

6 Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

7 Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

conflitantes que a ausência da norma processual ulterior permitiu prosperar, como se verá adiante.

3.1. Cabimento

Na ausência da norma processual específica, coube ao Poder Judiciário apreciar os casos práticos de aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica. Tal situação levou à diversidade de procedimentos forenses. Gladston Mamede assim destacou a desordem:

Como se só não bastasse para o caos, doutrina e jurisprudência não se pacificaram até os nossos dias, havendo posições que afirmam desde a possibilidade do reconhecimento incidental, no curso do processo executório de título extrajudicial, execução de sentença, decisão interlocutória em processo de falência ou de insolvência, até posições que, diametralmente opostas, negam mesmo a possibilidade de deferimento liminar da medida, asseverando que somente poderá decorrer do processo de conhecimento, fruto da interposição imperativa de uma ação autônoma, dirigida contra a sociedade e contra o terceiro. (MAMEDE, 2010, págs. 266,267).

A preocupação apresentada pelo autor, ao ponto de adjetivá-la como “caos”, não é vã. De um lado, há os que entendem que a desconconsideração não deve ser aplicada diretamente ao processo de execução sem que o pedido tenha sido discutido por meio de um procedimento com cognição própria. Alinha-se a essa corrente Fábio Ulhôa Coelho. Para o autor:

Não é correto o juiz, na execução, simplesmente determinar a penhora de bens do sócio ou administrador, transferindo para eventuais embargos de terceiro a discussão sobre a fraude, porque isso significa uma inversão do ônus probatório.

A desconconsideração não pode ser decidida pelo juiz por simples despacho em processo de execução; é indispensável a dilação probatória através do meio processual adequado. (COELHO, 2012, pág. 86)

Outra vertente prega a possibilidade de utilização da medida na fase de execução, com natureza incidental. Como exemplo desta última corrente, no

juízo do Recurso Especial 1326201/RJ promovido pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o egrégio colegiado entendeu pela adoção da medida de desconsideração da personalidade jurídica incidentalmente ao processo de execução⁸:

Também é possível encontrar os que defendam uma posição intermediária ao embate, como é o caso de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Para os autores, se no momento do ajuizamento do processo de conhecimento, os requisitos caracterizadores – desvio de finalidade ou confusão patrimonial – eram preexistentes, corre desnecessário risco o autor que não suscita o instituto na propositura de sua demanda, não sendo razoável ao magistrado sanar essa falta de zelo na execução. Por sua vez, se na fase de conhecimento a pessoa jurídica se encontrava em reta e proba situação financeira, e os fatos autorizativos da desconsideração da personalidade jurídica surgiram em momento posterior, seria razoável a aceitação de um procedimento incidental na execução, garantidos o contraditório e a ampla defesa. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2015, pág. 285).

Dissipando os conflitos referentes ao momento da apreciação da *disregard doctrine*, e consolidando a segurança jurídica aos que buscam a tutela do Poder Judiciário, o CPC, em seu artigo 134, *caput*, prescreve que “o incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”.

O artigo retro pacifica a vasta discussão acerca do momento processual em que a desconsideração deve ser invocada, instituindo que o incidente passa a ser admissível no processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial, e em qualquer de suas fases, sendo cabível assim, antes ou depois da composição do título executivo.

Outras duas observações são importantes acerca da instauração da 8 DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. AUSENTE. SÚMULA 284/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO INCIDENTAL DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE EXECUTADA. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INADMISSIBILIDADE.

(...)

5- As conclusões do acórdão recorrido - quanto (i) ao cabimento da desconsideração da personalidade jurídica em razão da confusão patrimonial detectada; (ii) à **admissibilidade da adoção dessa medida incidentalmente no processo de execução**; e (iii) à possibilidade de se atingir o patrimônio de sociedades integrantes do mesmo grupo econômico quando evidenciado que sua estrutura é meramente formal **se coadunam com a jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal.** (grifos nossos).

disregard doctrine. O artigo 932, inciso VI, do CPC⁹, prevê a possibilidade de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica diretamente no segundo grau de jurisdição.

Cabe salientar, também, a expressa previsão de cabimento do incidente nos Juizados Especiais Cíveis. Assim, dispõe o art. 1.062 do CPC: “*O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais.*” É nítida e extremamente válida a intenção do legislador de se evitar futuros conflitos de competência, quando da instauração do incidente.

3.2 Observância aos Princípios Constitucionais

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica estabelecido pelo CPC consagrou relevantes garantias contidas na Carta Magna de 1988, consolidadas no art. 5º, incisos LIV (devido processo legal) e LV (ampla defesa e contraditório).

A observância de tais princípios é fundamental à consolidação e à legitimação do processo constitucional brasileiro. Diante da sistemática processual materializada pela Constituição, tornaram-se inconcebíveis decisões judiciais que permitam que as obrigações de uma pessoa jurídica estendam seus efeitos ao patrimônio de seus sócios, sem que a esses não seja dada a oportunidade de que se defendam. Para Fredie Didier Júnior, por exemplo: “A garantia do contraditório é um direito fundamental e, nessa condição, qualquer questão que envolva a possibilidade de sua mitigação ou eliminação deve ser vista com muita reserva”. (DIDIER JR. et al, 2010, pág 282).

Com relação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, o artigo 135 do CPC procurou se alinhar às preditas garantias constitucionais ao estabelecer que “*instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias*” (grifo nosso). Desta maneira, o dispositivo legal visa não permitir que as pessoas jurídicas (no caso da desconconsideração inversa, como será visto adiante) ou os sócios sofram restrições a seu patrimônio originárias de um processo de que não tenham participado. Nesse sentido, lecionam Roxana Cardoso Brasileiro Borges e Irena Carneiro Martins:

9 Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

VI - decidir o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal;

Assim, aos sócios (ou a pessoa jurídica) não apenas deve ser dado o conhecimento sobre o pedido de desconsideração, convocando-o para integrar a lide, como o juiz só pode decidir sobre a questão após ter oportunizado a manifestação dos citados. A manifestação pode tratar de questões, de fato e de direito, e, se for o caso, pode incluir pedido de produção de provas, em obediência ao princípio da ampla defesa, o que levará o incidente à fase de instrução. (BORGES, MARTINS, 2017, pág. 276).

Outro ponto trazido pelo CPC corresponde ao terceiro que, ao ter seu patrimônio atingido pela desconsideração da pessoa jurídica no cumprimento de sentença, não teria participado da constituição do título, não tendo possibilidade de exercer suas garantias constitucionais (MAMEDE, 2010, págs. 272/273). Essa matéria foi contemplada no art. 674, §2º, II do CPC, em que ao possível prejudicado foi prevista a possibilidade de ingresso com *embargos de terceiro*.¹⁰ Tem-se, dessa maneira, a observância, mais uma vez ao devido processo legal, visto que a regra consiste na participação durante a fase de instrução do incidente daquele que possa vir a sofrer a ampliação dos efeitos do ente desconsiderado.

3.3 A Desconsideração Inversa

Um dos pontos mais inovadores trazidos pelo CPC de 2015 foi, talvez, a formalização da possibilidade de se aplicar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos casos de *desconsideração inversa*. Tal hipótese sobrevém quando “é afastado o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio (...)” (GONÇALVES, 2011, pág. 255).

Podem-se verificar facilmente tais situações, a título exemplificativo, nas relações conjugais, onde um dos cônjuges oculta do outro seus bens adquiridos, através do “véu” do patrimônio da pessoa jurídica.

A teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica não vinha encontrando previsão no ordenamento positivo nacional. A lei

10 Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

(...)

§ 2º Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos:

(...)

III - quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte;

13.105/2015 (CPC) estabeleceu em seu artigo 133, parágrafo 2º que: “*aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.*”. Para Silvano José Gomes Flumignan: “Não se trata do meio mais adequado de se fazer uma previsão de direito material, mas diante da omissão legislativa sobre o tema, a utilidade da previsão, mesmo em lei processual, é importante.” (FLUMIGNAN, 2017, pág. 294).

3.4 Natureza Incidental

O caráter de “*incidente processual*” que a lei 13105/2015 confere à desconsideração da personalidade jurídica se evidenciou nos primeiros artigos tratados, bem como no próprio título do capítulo destinado ao tema: *DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA*. Neste sentido:

A nova codificação, no seu artigo 134, *caput* acabou por recepcionar uma faculdade que já se encontra, ostensivamente, estampada na dogmática jurídica que, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, reconhece a viabilidade de que o pedido de desconsideração seja formulado por simples incidente, de instauração autorizada nos âmbitos cognitivo e jurissatisfativo. (SILVA, THIBAU, 2017, pág. 227).

Reforçando a linha de pensamento, leciona Silvano José Gomes Flumignan: “A declaração de desconsideração ocorrerá incidentalmente a um processo principal. A opção poderia ser por um processo cognitivo próprio, mas a escolha da comissão optou pela possibilidade de declaração no próprio processo.” (FLUMIGNAN, 2017, pág. 295).

Antônio Pereira Gaio Júnior, através de análise sobre desenvolvimento do instituto no anteprojeto do então novo Código de Processo Civil, à luz do Princípio da Cooperação dos partícipes da demanda - espírito latente da elaboração da norma -, apresentou o seguinte entendimento acerca da natureza incidental:

Neste sentido é que será nos próprios autos do processo, após provocação para tal, que o magistrado, estabelecerá o contraditório e ampla defesa para o pleno conhecimento e análise meritória do pedido de desconsideração da personalidade jurídica em questão. (GAIO JÚNIOR, 2013).

Destacou-se, dessa forma, o prestígio dado a princípios como o da economia e o da celeridade processual, sem, no entanto, desfavorecer outras garantias constitucionais. “A opção legislativa adotada parece ser o melhor caminho para se encontrar o equilíbrio necessário entre a concretização do contraditório e da ampla defesa dentro de um procedimento realmente efetivo e célere.” (OLIVEIRA FILHO, FERREIRA, KNOBLAUCH, 2017, pág. 255).

A própria norma alinha-se com os autores citados, em seu artigo 136, *caput*, reforçando a natureza de incidente ao privilegiar a resolução interlocutória do pedido, *in verbis*: “Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.”.

Cumprе ainda salientar o instrumento recursal que a norma estabeleceu para as decisões proferidas sobre a descon sideração da personalidade jurídica: o Agravo de Instrumento¹¹.

Uma vez instaurado, o incidente de descon sideração da personalidade jurídica suspenderá o processo, nos termos do art. 134, § 3º do CPC. Só não haverá a interrupção do feito, e a própria instauração do incidente, se a descon sideração for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica, conforme o art. 134, § 3º do CPC¹². Dessa forma, essa última previsão normativa se constitui na exceção ao caráter incidental da descon sideração da personalidade jurídica, na medida em que, nesses casos, o pedido será apreciado quando da própria resolução do mérito.

4. REDIRECIONAMENTO X DESCONSIDERAÇÃO

O artigo 135 Código Tributário Nacional (CTN)¹³ - Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966 - disciplina a principal espécie de responsabilidade de terceiros em matéria tributária. Estabelece a norma que, na hipótese de atos exercidos por mandatários, prepostos, empregados, diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, além dos que estão elencados no at.

11 Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
(...)

IV - incidente de descon sideração da personalidade jurídica;

12 Art. 134. O incidente de descon sideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ (...)

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a descon sideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

13 Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

134 do referido código¹⁴, praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, serão esses pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias decorrentes dessas ações.

Para a caracterização das hipóteses em que a Fazenda Pública possa redirecionar a Execução Fiscal do contribuinte (pessoa jurídica responsável pela obrigação tributária) para os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, possibilitando assim à persecução patrimonial dos que agirem ilicitamente, é indispensável a demonstração da capacidade do agente e a ação voluntária e proposita de transgredir a norma, ou seja, o dolo elementar da conduta. De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha:

Para a tipificação das condutas atentatórias, é necessária a capacidade do agente para sua prática e que as obrigações fiscais decorram de fatos geradores contemporâneos ao seu gerenciamento ou a sua participação na sociedade. O mero inadimplemento da obrigação tributária não constitui infração à lei¹⁵, sendo necessária para sua configuração, o ato intencional do administrador de burlar a lei tributária. É preciso enfim que haja alguma conduta dolosa ou irregular que seja contemporânea ao fato gerador da execução fiscal. (CUNHA, 2014, pág. 433).

No tocante à modalidade de responsabilidade estabelecida pelo art. 135 do CTN, a doutrina apresenta divergências quanto à sua natureza jurídica. Uma parte a considera como hipótese de responsabilidade por substituição. Desse modo, o contribuinte seria vítima de atos abusivos e ilegais, cometidos por aqueles que o representam. A obrigação, nesses casos, seria pessoal e exclusiva de terceiro, refutando o benefício de ordem e fazendo com que o ônus não recaísse sobre o contribuinte, e sim sobre o responsável pelo ato praticado com abuso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatutos.

14 Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

15 Súmula n.º 430 do Superior Tribunal de Justiça: *O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.*

(SABAG, 2015, págs. 798/799).

Por outro lado, há autores que sustentam o caráter solidário entre o terceiro responsável pelo ato transgressor e o contribuinte. Nesses casos, a obrigação tributária recairia tanto no patrimônio da pessoa jurídica como também no do terceiro atingido. Nesse sentido:

Há quem defenda que o fato da responsabilidade ser “pessoal” afastaria qualquer obrigação dos contribuintes, que ficariam, pois, exonerados. Não penso assim. A responsabilidade exclusiva do agente pode se restringir às infrações, devidamente previstas no art. 137 (...) Mas, quanto ao tributo em si, não vejo como excluir os contribuintes da solidariedade, afinal de contas são eles que detêm relação pessoal e direta com a situação que constituiu o fato gerador, ou seja, são eles que realizam o fato previsto na lei como tributável, ainda que por seus representantes. (FARIA, 2013, págs. 709/710).

Não obstante a discussão doutrinária sobre a constituição da obrigação tributária, verifica-se que o redirecionamento fiscal regrado pelo art. 135 do CTN se aproxima do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, na medida em que objetiva a satisfação do crédito (nesse caso, o tributário) junto ao patrimônio do terceiro originalmente estranho à lide. Entretanto, vale salientar que o Superior Tribunal de Justiça há muito pacificou que, estando o nome do sócio gerente ou do diretor inscrito na Certidão de Dívida Ativa, a Execução Fiscal desde logo deve ser ajuizada contra esse, como se pode ver no seguinte precedente:

EMEN: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SOLIDARIEDADE. ART. 13 DA LEI 8.620/1993. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF (ART. 543-B DO CPC). PRECEDENTE DO STJ EM RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. NOME DO SÓCIO CONSTANTE DA CDA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO. INCIDÊNCIA DO ART. 135 DO CTN. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE. SÚMULA 7/STJ. 1. Constata-se que não se configura a alegada ofensa ao artigo 533 do Código de Processo Civil de 1973 uma vez que o

Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou, de maneira amplamente fundamentada, a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. 2. **O entendimento deste Tribunal é de que, quando o nome do sócio constar da Certidão da Dívida Ativa (CDA), a presunção de liquidez e certeza do título executivo faz com que o ônus da prova seja transferido ao gestor da sociedade.** Contudo, verifica-se que, no caso em análise, a inclusão do nome dos sócios na CDA se deu somente em razão do disposto no art. 13 da Lei 8.620/1993. 3. No julgamento do REsp 1.153.119/MG, recurso representativo de controvérsia, a Primeira Seção desta Corte decidiu pela inaplicabilidade do art. 13 da Lei 8.620/1993, ante a sua declaração de inconstitucionalidade pelo STF no RE 562.276, apreciado sob o regime do art. 543-B do CPC/1973, o que confere especial eficácia vinculativa ao precedente e impõe sua adoção imediata em casos análogos. 4. **É pacífico o entendimento desta Corte de que o sócio somente pode ser pessoalmente responsabilizado pelo inadimplemento da obrigação tributária da sociedade, nas hipóteses do art. 135 do CTN, se comprovado que agiu dolosamente, com fraude ou excesso de poderes ou, ainda, se houve dissolução irregular da sociedade.** 5. Desse modo, a análise da controvérsia depende de reexame do contexto fático-probatório, o que é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp n.º 1698639, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Herman Benjamin, 19/10/2017, grifos nossos).

Assim, para que o sócio possa ser pessoalmente responsabilizado pela obrigação tributária da pessoa jurídica, deve ser comprovado o dolo na sua ação. Dessa maneira, o art. 135, III, do CTN permite alcançar o patrimônio do diretor, gerente ou responsável pela empresa sob a égide da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Na lição de Leonardo Carneiro da Cunha:

No caso de dívida tributária, a situação é a mesma. O que difere é, apenas, a fundamentação legal. Ao invés de a responsabilidade ter escoro no art. 135 do CTN, incide o art. 50 do Código Civil de 2002, permitindo-se seja a execução proposta contra o sócio ou que se promova a desconsideração da personalidade jurídica

para que se atinjam os bens do sócio, administrador ou diretor (...). Na hipótese de não haver seu nome na CDA, poderá haver o redirecionamento, desde que comprovado o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. (CUNHA, 2014, págs. 433/434).

Contudo, embora o CPC tenha regulado o procedimento referente à desconconsideração, a prática forense enfrenta atualmente a questão sobre a aplicação do incidente junto às Execuções Fiscais, como será demonstrado mais adiante.

5. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA FEDERAL DE PERNAMBUCO

A Seção Judiciária de Pernambuco faz parte da primeira instância da Justiça Federal, encontrando-se subordinada ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Com um total de 179.264 ações judiciais em tramitação, recebeu, entre os meses de setembro de 2017 e agosto de 2018, 89.915 novo feitos, possuindo assim uma distribuição média mensal de 6.910 processos no período.

A escolha da Justiça Federal de Pernambuco – JFPE – como universo de amostragem para o exame da aplicação prática dos conceitos debatidos até aqui, deu-se, além dos números tratados no parágrafo anterior, em razão de sua relevância dentro da estrutura do poder judiciário, bem como da diversidade de sua competência, estabelecida precipuamente no art. 109 da Constituição Federal, o que pode gerar, em tese, diferentes hipóteses de proposição e cabimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

5.1 O Incidente de Desconconsideração em Números¹⁶

Do dia 18 de março de 2016, data em que se iniciou a vigência do CPC, até o dia 31 de dezembro de 2018, foram ajuizados 21¹⁷ incidentes de desconconsideração da personalidade jurídica no sistema eletrônico da Justiça

¹⁶ Para o presente estudo, foram analisados, apenas, os incidentes que tramitaram ou tramitam autonomamente, cadastrados no sistema informatizado utilizado pela JFPE (Processo Judicial Eletrônico – PJe) com a classificação estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça por meio do Sistema de Gestão de Tabelas Processuais Unificadas, disponível em http://www.cnj.jus.br/sgt/consulta_publica_classes.php. Eventuais pedidos de desconconsideração da personalidade jurídica que tenham sido processados e julgados dentro dos próprios autos originários não foram objeto desta análise, devido à ausência desses dados em bancos de informações oficiais.

¹⁷ Os incidentes catalogados neste trabalho se encontram individualizados na tabela constante do anexo único.

Federal de Pernambuco, o PJe (Processo Judicial eletrônico). Um número que pode ser considerado pequeno frente ao total de ações ajuizadas em média na JFPE, mas significativo, se levado em consideração a curtíssima vigência da norma.

Desse total, um deles não foi recebido¹⁸, tendo o Magistrado Federal proferido decisão indeferindo seu prosseguimento ante a ausência dos requisitos elencados no art. 50 do Código Civil (abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial). Em outro processo pesquisado, foi determinada a suspensão do feito originário antes da análise de recebimento do incidente de desconconsideração. Dessa maneira, ao todo, dezenove incidentes foram recebidos, dos quais dezoito foram julgados (todos por meio de decisão interlocutória) e um aguarda decisão. As informações pesquisadas podem ser resumidas na tabela seguinte:

Incidentes de desconconsideração da personalidade jurídica na JFPE	Quant.
Total de incidentes ajuizados até 31/12/2018	21
recebidos	19
recebidos e decididos	18
recebidos e pendentes de decisão	1
com pedidos procedentes	15
com pedidos improcedentes	3
com decisão recorrida através de agravo de instrumento	3
Não recorridos	15
Incidentes com pedido de desconconsideração inversa	1

Os números levantados indicam que os incidentes de desconconsideração da personalidade jurídica que tramitam/tramitaram na JFPE vêm atendendo os preceitos estabelecidos pelo CPC para essa modalidade de intervenção de terceiros, e, por consequência, observando os limites do princípio constitucional do devido processo legal.

Ainda no tocante à garantia constitucional supramencionada, destaca-se outro dado verificado através do estudo. Do conjunto total dos dezenove incidentes recebidos, em todos eles foi constatada a regular citação dos suscitados, conforme preceitua o art. 135 do CPC¹⁹. Esse índice não só atende ao devido processo legal, como também consagra a garantia ao contraditório, posto que a citação se configura como consequência natural e obrigatória da

18 Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica n.º 0800907-90.2017.4.05.8302.

19 Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

citada proteção constitucional. Como bem leciona Dirley da Cunha Jr.:

É obvio que, para o sucesso dessas garantias (ampla defesa e contraditório), é necessário que a pessoa tome conhecimento dos fatos que lhe atingem para poder, ouvida a respeito, deles se defender e apresentar as provas necessárias. Negar essa possibilidade é abuso manifesto, é arbitrariedade, pois viola frontalmente a Constituição e o estado Democrático de Direito. (CUNHA JR., 2012, pág. 742).

Outro aspecto levantado por meio da pesquisa diz respeito ao tempo de tramitação dos incidentes de desconconsideração da personalidade jurídica na JFPE. Os feitos já decididos apresentaram uma duração média de 182 dias²⁰ até o julgamento, com incidentes que variaram entre 69²¹ e 440 dias²². Tal informação passa a ser significativa quando analisada à luz da razoável duração do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII da Carta Magna²³, incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Sobre a referida proteção constitucional, pontua Gilmar Ferreira Mendes:

(...) a pretensão que resulta da nova prescrição não parece estar além do âmbito da proteção judicial efetiva, se a entendermos como proteção assegurada em tempo adequado. A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como também compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais. (MENDES, 2010, pág. 597).

Contudo, como aferir esse “tempo adequado” nos incidentes de desconconsideração ora estudados? A duração razoável ganha destaque, nesses casos, considerando que o art. 134, § 3º do CPC instituiu que “*A instauração do incidente suspenderá o processo(...)*”, salvo nos casos em que for requerido na

20 Como marco inicial foi levado em consideração o dia em que foi proferida a decisão de recebimento do incidente, já que alguns deles foram ajuizados diretamente no sistema PJe, e outros foram peticionados na ação originária.

21 Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica n.º 0800789-80.2018.4.05.8302.

22 Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica n.º 0800946-87.2017.4.05.8302.

23 Art. 5º (...)

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

petição inicial. Sendo assim, o tempo médio de tramitação, visto anteriormente, parece-nos um indicador (não o único) capaz de nortear a questão.

O relatório “Justiça em números” de 2018²⁴ – elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) –, indicou que a duração do processo baixado no Poder Judiciário, ou seja, o tempo efetivamente despendido entre o recebimento e o primeiro movimento de baixa do processo em cada fase, é de 1 ano e 5 meses na fase de conhecimento e de 5 anos e 6 meses na fase de execução, no 1º grau de jurisdição.

Considerando os números apresentados pelo CNJ, o tempo médio de tramitação dos incidentes de desconconsideração da personalidade jurídica julgados na JFPE (182 dias, ou pouco mais de 6 meses), que com o CPC passaram a ter um procedimento de cognição própria, indicam, se não uma total adequação à duração razoável do processo, ao menos o acatamento a um de seus principais desdobramentos: a celeridade processual.

5.2 Os Incidentes de Desconconsideração da Personalidade Jurídica e as Execuções Fiscais

Consoante visto em capítulo pretérito, o art. 135, III, do CTN possibilita o redirecionamento da execução fiscal para o os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, referente aos créditos correspondentes de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

A norma se aproxima da desconconsideração da personalidade jurídica, na medida em que permite alcançar o patrimônio de terceiro, de personalidade distinta da pessoa jurídica de direito privado, fundamentado na prática de atos ilegais praticados por aqueles. Contudo, após a entrada em vigência do CPC, a prática judicial vem enfrentando a questão sobre a necessidade de aplicação do incidente de desconconsideração quando o pedido for fundamentado no art. 135, III, do CTN.

Diante desse enfrentamento, foram constatados julgamentos díspares na JFPE. Como exemplo, podemos destacar este trecho da decisão que determinou a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica em face do pedido de redirecionamento fundado no art. 135, III do CTN, proferida na Execução Fiscal n.º 0800425-45.2017.4.05.8302²⁵:

24 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9face7812d35a-58cee3d92d2df2f25.pdf>

25 Disponível em <https://pje.jfpe.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>

(...) O fato de o sócio que pratica a atividade societária perniciosa responder em caráter subsidiário é irrelevante, porque essa disciplina é estabelecida em conformidade com as características de um regime de direito público atento à eficiência e à praticabilidade do sistema tributário, de modo que o importante é a arrecadação escoreita, inidônea a aperfeiçoar o pressuposto de fato que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica na relação tributária. (...)

Em conclusão, o redirecionamento do processo de execução fiscal ao sócio titular do poder de gestão com fundamento no art. 135, III, do CTN, é modalidade de desconsideração de personalidade jurídica, pois implica atribuir os efeitos da relação tributária a quem formalmente não ocupa essa posição de modo originário. (...) (37.^a Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco. Execução Fiscal n.º 0800425-45.2017.4.05.8302. 07/02/2018).

Já nesta outra passagem, em decisão exarada quando da análise do recebimento do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica n.º 0807312-96.2018.4.05.8306²⁶, infere-se a concepção de que às Execuções Fiscais não são aplicáveis, em regra, as disposições previstas no CPC, em virtude da singularidade do seu procedimento:

(...) Em que pese o entendimento desta magistrada, manifestado em casos anteriores, acerca da desnecessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal do crédito tributário, ante a especialidade do rito, verifico, por outro lado, que não há óbice ao seu processamento nos moldes da previsão do Código de Processo Civil, razão pela qual, no presente caso, passo a seguir o procedimento previsto no diploma processual vigente. (...) (25.^a Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica n.º 0807312-96.2018.4.05.8306, 28/06/2018).

26 Processo em tramitação na 25.^a Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco. Disponível em <https://pje.jfpe.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>

Considerando que 14 dos 21 incidentes ajuizados na JFPE foram oriundos de execuções fiscais, o que representa 67% do total, denota-se a importância do assunto. Há repercussões jurídicas importantes acerca da aplicação ou não do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais, dentre as quais, destacamos, sucintamente, duas.

A primeira diz respeito aos meios de defesa disponíveis àqueles cujo patrimônio se busca alcançar para satisfação do crédito tributário. Redirecionada a execução fiscal por meio de decisão interlocutória sem a instauração do incidente de desconconsideração, após a citação do sócio-gerente ou administrador da pessoa jurídica contribuinte, cabe precipuamente a impugnação da pretensão do exequente através do oferecimento de embargos, nos termos do art. 16, da lei 6.830/80²⁷, norma que rege a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública.

Todavia, como repercussão prática, o demandado deverá garantir a execução em Juízo, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, conforme preceitua o §1º do artigo mencionado no parágrafo anterior²⁸. Essa obrigação de garantia não subsiste quando o sócio é citado dentro do incidente instituído pelo CPC.

Outra consequência relevante diz respeito ao tempo de tramitação dos procedimentos. Conforme tratado anteriormente, salvo se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis, sendo o processo originário suspenso. Somente após a instrução, decidindo o juiz pela procedência do pedido formulado pelo autor/exequente, é que o novo réu/executado será citado para pagar a dívida.

Já a decisão que acolhe o pedido de redirecionamento da Execução Fiscal com base no art. 135, III, do CTN, sem a instauração do incidente supracitado, determina de pronto a citação do novo executado para pagamento do crédito tributário, oportunizando ao novo devedor um contraditório postergado ao pedido do exequente, por meio dos já mencionados embargos à execução.

A controvérsia levantada sobre a aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica junto às execuções fiscais, com base no art. 135, III, do CTN, não se restringe à JFPE. O próprio Tribunal

27 Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I - do depósito;

II - da juntada da prova da fiança bancária;

III - da juntada da prova da fiança bancária ou do seguro garantia;

III - da intimação da penhora.

28 § 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.

Regional Federal da 5.^a Região, órgão de segunda instância, não pacificou o tema, emitindo decisões conflitantes, como é o caso dos julgados abaixo:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO DO FEITO EXECUTIVO. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESCINDIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 135 DO CTN. PRECEDENTES. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. 1 - Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em sede de execução fiscal, rejeitou os pedidos de exceção de pré-executividade, mantendo hígido o título executivo e o redirecionamento da ação executiva fiscal. 2 - A responsabilidade tributária dos sócios da empresa, também denominada de redirecionamento da Execução Fiscal ao sócio da pessoa jurídica devedora, onde se persegue dívida de natureza tributária, tal como nos autos, para alcançar o patrimônio do sócio-gerente, é regulada pelo Código Tributário Nacional - CTN, artigo 135. 3 - **No tocante à instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, mantenho o entendimento no sentido de que o instituto da execução fiscal, positivado pela Lei de Execuções Fiscais (LEF), possibilita a inclusão dos sócios no polo passivo da execução para satisfação do crédito exequendo, com a observância do art. 135 do CTN e, dessa forma, não vejo elemento específico que justificasse a instauração do incidente. 4 - Logo, com o encerramento das atividades sem o cumprimento de todas as obrigações legais por parte da pessoa jurídica, verifica-se a infração à lei que justifica o chamamento dos autos do terceiro responsável, sem a necessidade de instauração de qualquer incidente. 5 - Agravo de instrumento improvido. (Tribunal Regional Federal da 5.^a Região. Agravo de Instrumento – 145325, 0000201-20.2017.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Leonardo Augusto Nunes Coutinho, Quarta Turma, 24/10/2017, grifos nossos)**

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO.

REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO PARA SÓCIO-GERENTE. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Agência Nacional de Saúde Suplementar- ANP, contra decisão que - em sede de execução fiscal de dívida ativa não tributária ajuizada pela agravante em face da pessoa jurídica NM-NEUROCÁRDIO E MEMORIAL SAÚDE LTDA - indeferiu o pedido de redirecionamento da execução para o sócio-gerente da empresa executada sem a prévia instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. 2. Pois bem, em que pese defenda a ora agravante que no presente caso é possível redirecionar a execução sem a necessidade de instauração prévia do citado incidente, verifica-se que tal argumento não prospera. 3. A possibilidade de redirecionamento em face de dissolução irregular é típica do crédito tributário da Fazenda Pública, nos termos do artigo 135 do CTN e do enunciado 435 da súmula da jurisprudência do STJ, razão pela qual não se aplica no presente caso. Nada obstante, é certo que pode haver a despersonalização da pessoa jurídica e a responsabilização dos seus sócios nos moldes do art. 50 do Código Civil. 4. A desconconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional, devendo a parte exequente demonstrar a presença dos requisitos que a ensejam, não bastando simplesmente a não localização da pessoa jurídica em seu endereço cadastral para que possa ser reconhecido o abuso da personalidade jurídica. 5. Ademais, o Código de Processo Civil de 2015 prevê em seus arts. 133 e 135 a instauração de um incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e a citação do sócio para manifestar-se ou requerer as provas cabíveis no prazo de 15 dias, de maneira que se demonstra imprescindível, na hipótese, a instauração do incidente de desconconsideração para oportunizar ao redirecionado o contraditório e a ampla defesa. 6. Desse modo, resta evidente que não é cabível a imediata inclusão no polo passivo do sócio-gerente da empresa agravada, uma vez que tal redirecionamento da execução só poderá ocorrer mediante a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, uma vez que o crédito ora executado é classificado como não tributário. 7.

Agravo de instrumento desprovido. (Tribunal Regional Federal da 5.^a Região. Agravo de Instrumento – 146091, 0001382-56.2017.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Segunda Turma, 26/06/2018, grifos nossos)

Desta forma, diante da repercussão geral sobre a controvérsia, e buscando oferecer segurança jurídica para o tema, o pleno do Tribunal Regional Federal da 5.^a Região em 27/06/2018, reconhecendo decisões conflitantes acerca da possibilidade de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica em sede de execução fiscal proferidas no âmbito da própria corte, admitiu por maioria de votos o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0001978-74.2016.4.05.0000, que até o mês de junho de 2019 se encontrava pendente de julgamento.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça começa a decidir pela prescindibilidade de instauração do incidente processual regulamentado pelo CPC, em caso de pedidos fundamentados no artigo 135 do CTN, como se pode inferir pelo julgamento do Recurso Especial n.º 1775269, disponibilizado em 29/03/2019 pelo informativo de jurisprudência n.º 0643, que, embora tenha decidido pela necessidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica devedora para o redirecionamento de execução fiscal a pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico, mas que não foi identificada no ato de lançamento da Certidão de Dívida Ativa, assim fundamentou o acórdão:

EMEN: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO A PESSOA JURÍDICA. GRUPO ECONÔMICO “DE FATO”. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CASO CONCRETO. NECESSIDADE. **1. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 133 do CPC/2015) não se instaura no processo executivo fiscal nos casos em que a Fazenda exequente pretende alcançar pessoa jurídica distinta daquela contra a qual, originalmente, foi ajuizada a execução, mas cujo nome consta na Certidão de Dívida Ativa, após regular procedimento administrativo, ou, mesmo o nome não estando no título executivo, o fisco demonstre a responsabilidade, na qualidade de terceiro, em consonância com os artigos 134 e**

135 do CTN. 2. Às exceções da prévia previsão em lei sobre a responsabilidade de terceiros e do abuso de personalidade jurídica, o só fato de integrar grupo econômico não torna uma pessoa jurídica responsável pelos tributos inadimplidos pelas outras. 3. O redirecionamento de execução fiscal a pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da sociedade empresária originalmente executada, mas que não foi identificada no ato de lançamento (nome na CDA) ou que não se enquadra nas hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN, depende da comprovação do abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, tal como consta do art. 50 do Código Civil, daí porque, nesse caso, é necessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica devedora. 4. Hipótese em que o TRF4, na vigência do CPC/2015, preocupou-se em aferir os elementos que entendeu necessários à caracterização, de fato, do grupo econômico e, entendendo presentes, concluiu pela solidariedade das pessoas jurídicas, fazendo menção à legislação trabalhista e à Lei n. 8.212/1991, dispensando a instauração do incidente, por compreendê-lo incabível nas execuções fiscais, decisão que merece ser cassada. 5. Recurso especial da sociedade empresária provido. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n.º 1775269-PR, Relator: Ministro Gurgel de Farias, Primeira Turma, 21/02/2019, grifo nosso)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desconsideração da personalidade jurídica, prevista no direito material brasileiro em normas como o código civil de 2002 e o CDC, consiste em um importante instituto apto a proporcionar segurança jurídica para as relações empresariais, na medida em que permita que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, em caso de abuso de personalidade.

O CPC – lei n.º 13.105/2015 – ao normatizar o procedimento para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, transformando-a em um incidente processual, regulou, dentre outras previsões legais necessárias, o momento de seu cabimento – que passa a ser cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada

em título executivo extrajudicial –, bem como consagrou garantias constitucionais como a do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Mediante análise dos dados levantados na presente pesquisa, realizada junto aos incidentes de desconconsideração da personalidade jurídica ajuizados na JFPE, verificou-se um adequado acatamento aos preceitos estabelecidos pelo CPC. Observou-se também que os incidentes apresentam, em regra, uma tramitação célere nas Varas Federais que compõem a Seção Judiciária de Estado de Pernambuco.

Sem embargo, os Magistrados Federais que compõem a JFPE vêm enfrentando demandas sobre a necessidade de aplicação do incidente de desconconsideração padronizado pelo CPC, quando o pedido for fundamentado no art. 135, III, do CTN. Com decisões por vezes conflitantes, verificadas também no 2º grau de jurisdição, a questão se encontra aguardando uniformização no TRF da 5.ª Região.

REFERÊNCIAS

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, e MARTINS, Irena Carneiro. **Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica**. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos, e MAZZEI, Rodrigo. Direito Civil. Salvador. Juspodvim. 2017.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito da empresa à luz do novo código civil**. 3ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro. Renovar. 2003

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 22ª edição. São Paulo. Saraiva. 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 12.ª edição. São Paulo. Dialética. 2014.

CUNHA JR., Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ª edição. Revista, ampliada e atualizada. Salvador. Editora JusPodivm. 2012.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. BRAGA, Paulo Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. Volume 5. 2ª Edição. Salvador. Editora JusPodivm. 2010.

FARIA. Luiz Alberto Gurgel de. In: **Código Tributário Nacional Comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS /**

coordenação Vladimir Passos de Freitas – 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. **O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código de Processo Civil**. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos, e MAZZEI, Rodrigo. Direito Civil. Salvador. Juspodvim. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 1: parte geral**. 17ª edição revista e atualizada. São Paulo. Saraiva. 2015.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Desconsideração Da Personalidade Jurídica: considerações sobre o “incidente” à luz do novo CPC - PLS 166/2010**. Revista de Processo. Volume 220/2013 / págs. 271 – 290. **Revista do Tribunais**. 2013

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Desconsideração da Personalidade Jurídica. Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. Volume 3. Págs. 1033/1063. Outubro de 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 1: Parte Geral**. 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2011.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresárias**, volume 2. 4ª edição. São Paulo. Atlas. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** – 5ª edição, revista e atualizada. São Paulo. Saraiva. 2010.

OLIVEIRA FILHO, João Glicério; FERREIRA, Cássia M. R.; KNOBLAUCH, Fernanda D.. **O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil de 2015**. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos, e MAZZEI, Rodrigo. Direito Civil. Salvador. Juspodvim. 2017.

PRADO, Roberta Nioac. DONAGGIO, Angela Rita Franco. **Responsabilidade Pessoal dos Administradores e Sócios por Atos Praticados em Nome da**

Sociedade e Desconsideração da Personalidade Jurídica. Revista Direito GV. Volume 3; n.º 1. Págs. 075/100. Janeiro-junho de 2007.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** 7ª edição. São Paulo. Saraiva. 2015.

SILVA, Michael César, e THIBAU, Vinicius Lott. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Novo Código de Processo Civil.** In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos, e MAZZEI, Rodrigo. Direito Civil. Salvador. Juspodvim. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único.** 2ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2012.

ANEXO ÚNICO

Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica	Órgão julgador	Data do ajuizamento	Dias entre o recebimento e a decisão
0808479-63.2018.4.05.8302	24ª VARA FEDERAL	05/09/2018	153
0800283-07.2018.4.05.8302	37ª VARA FEDERAL	27/02/2018	117
0800199-85.2018.4.05.8308	8ª VARA FEDERAL	28/02/2018	438
0800282-22.2018.4.05.8302	37ª VARA FEDERAL	27/02/2018	125
0800261-17.2016.4.05.8302	24ª VARA FEDERAL	20/04/2016	349
0800907-90.2017.4.05.8302	16ª VARA FEDERAL	17/05/2017	Não recebido
0800954-64.2017.4.05.8302	37ª VARA FEDERAL	24/05/2017	92
0800977-44.2016.4.05.8302	37ª VARA FEDERAL	23/11/2016	144
0802446-91.2017.4.05.8302	37ª VARA FEDERAL	11/12/2017	96
0802136-85.2017.4.05.8302	37ª VARA FEDERAL	17/10/2017	109
0801586-90.2017.4.05.8302	37ª VARA FEDERAL	08/08/2017	354
0802165-38.2017.4.05.8302	37ª VARA FEDERAL	20/10/2017	144
0817038-49.2017.4.05.8300	3ª VARA FEDERAL	13/11/2017	105
0807312-96.2018.4.05.8306	25ª VARA FEDERAL	05/06/2018	Aguardando julgamento
0800946-87.2017.4.05.8302	37ª VARA FEDERAL	29/05/2017	440
0800087-19.2018.4.05.8308	17ª VARA FEDERAL	25/01/2018	82

0807420-40.2018.4.05.8302	37ª VARA FEDERAL	14/06/2018	112
0800803-64.2018.4.05.8302	37ª VARA FEDERAL	03/05/2018	Ação originária suspensa
0800789-80.2018.4.05.8302	37ª VARA FEDERAL	02/05/2018	69
0800537-77.2018.4.05.8302	24ª VARA FEDERAL	06/04/2018	202
0808539-36.2018.4.05.8302	24ª VARA FEDERAL	17/09/2018	139

CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA: INOVAÇÕES LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS NO ÂMBITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

ADMINISTRATIVE CONSENSUS: LEGAL AND JURISPRUDENTIAL INNOVATIONS IN THE SCOPE OF PUBLIC CONTRACTS

Fernando Henrique Franco de Aquino

Pós-Graduando em Direito Público pela LFG/Anhanguera

Especialista em Direito Contratual pela UFPE

Bacharel em Direito pela UFPE. Advogado

RESUMO: Com o presente trabalho, faz-se um estudo acerca das inovações legislativas e jurisprudenciais que definem novos paradigmas quanto ao uso da consensualidade no âmbito da administração pública, bem como de sua repercussão na execução dos contratos, sobretudo nos de prestação de serviços. Para isso, tem-se como pressuposto a necessidade do consenso na atividade contratual da administração, a fim de permitir o melhor atendimento do interesse público. Em seguida, analisam-se algumas novidades legais acerca da temática proposta, assim como inovações jurisprudenciais, nas quais é notória a primazia de uma atividade consensual por parte da administração em oposição a uma atuação autoritária e unilateral.

PALAVRAS-CHAVE: consensualidade; contratos administrativos; administração pública; eficiência; interesse público.

ABSTRACT: *With this paper, a study is made of legislative and jurisprudential innovations that define new paradigms regarding the use of consensuality within the scope of public administration, as well as its repercussion in the execution of contracts, especially those of service rendering. For this, it is assumed as a presupposition the need of consensus in the contractual activity of the administration, in order to allow the best service of the public interest. Next, some legal innovations about the proposed theme are analyzed, as well as jurisprudential innovations, in which the primacy of a consensual activity on the part of the administration as opposed to an authoritarian and unilateral*

action is notorious.

KEYWORDS: *consensuality; administrative contracts; public administration; efficiency; public interest.*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No intuito de melhor atender o interesse público, a administração vem demonstrando nas últimas décadas a necessidade de se adotar uma atuação mais voltada para o acordo de vontades, com prestígio à atividade consensual em sua sistemática operacional. Seja para garantir o adimplemento satisfatório das avenças celebradas em contratos de concessão com parceiros privados — em prol da continuidade dos serviços públicos —, seja para solução de litígios ou para a adoção de práticas gerenciais mais flexíveis.

Nesse sentido, como fruto da reforma administrativa (a exemplo da Emenda Constitucional n. 19/1998, que inseriu no rol do artigo 37, caput, da Constituição Federal o princípio da eficiência), houve uma verdadeira reestruturação do padrão de eficiência governamental (que também pode ser observado nos diversos limites aos gastos públicos estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal, que entrou em vigor em 04 de maio de 2000). Tais medidas visaram não apenas tornar a administração pública mais transparente, mas também torná-la mais capaz de suprir as necessidades dos administrados. Para tal, foi necessário o início de um processo desburocratizante da máquina estatal, flexibilizando a atuação dos administradores, sobretudo no âmbito contratual, pois uma atuação engessada pode repercutir de forma negativa nas prestações dos serviços.

Ante a complexidade das relações jurídicas dos contratos de prestação de serviços públicos, em que há uma simultaneidade de contratos celebrados, envolvendo não apenas a Administração Pública como contratante e o parceiro privado como contratado, mas também o usuário dos serviços públicos — a falta de flexibilidade na gestão dessa situação jurídica complexa terminaria por apenar o maior interessado, que é o cidadão, principal destinatário dos serviços prestados e titular do interesse público primário. A ausência de uma ampla negociação e de uma maior abertura para o diálogo com o parceiro privado repercutiria na dificuldade de o poder público obter o cumprimento voluntário e rápido das obrigações pactuadas nos contratos administrativos, o que contribuiria para a inefetividade das políticas públicas implementadas.

Nesse contexto, em virtude da importância de uma atuação mais calcada no consenso por parte da administração, o presente trabalho tem por pretensão demonstrar ser essa mais que uma mera tendência na atuação pública,

e sim um novo padrão a ser seguido — com base, é claro, nos princípios que regem a atuação pública, como moralidade, legalidade e impessoalidade. Para isso, serão objetos de estudo, também, algumas inovações jurisprudenciais no direito brasileiro, favoráveis à atividade consensual no âmbito da contratação pública.

2. A ATIVIDADE CONSENSUAL NA ESFERA ADMINISTRATIVA

A priori, ressalta-se ser a consensualidade administrativa um gênero¹ que engloba diversas formas de atuação do *modus operandi* do Estado². Para os fins deste trabalho, além da análise da consensualidade (gênero), se observará também o seu reflexo na contratação **pública (espécie)**, com destaque às inovações legais e jurisprudenciais recentes acerca da matéria, conforme será estudado em momento oportuno deste trabalho.

A consensualidade administrativa, como gênero, engloba toda a forma de gestão utilizada pelo Estado a fim de proporcionar ganhos em eficiência por meio de uma maior abertura ao diálogo e medidas desburocratizantes nas relações jurídicas estabelecidas com os parceiros privados e demais administrados. Nas palavras de Cristiana Fortini³, “vivemos a era do *Direito Administrativo Consensual*, cujo enfoque escapa do ato administrativo para concentrar-se nos ajustes com o setor privado que, pela contribuição que proporcionam à coletividade, encaixam-se no conceito de setor público não estatal”.

Trata-se, em verdade, de um reflexo do processo de modernização da administração pública. Uma vez que, como fruto de reforma administrativa (a

1 Sobre a temática, vide em GAROFANO, Rafael Roque. **Contratualidade Administrativa**: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

2 Faz-se essa ressalva em virtude de a contratualidade (espécie) ser entendida como fenômeno da consensualidade administrativa (gênero). A contratualidade administrativa da forma como abordada neste trabalho, ou seja, baseada em uma relação de maior parceria e consensualidade entre os contratantes, é tida como elemento característico do processo de renovação do direito administrativo que se opera desde a Constituição de 1988 e do Plano Diretor de Reforma do Estado. De acordo com Thiago Marrara, a gestão consensual é mais ampla que a gestão contratual, de modo que “o destaque ao fenômeno da contratualização se justifica na atual fase de transformação do direito administrativo pelo fato que, desde meados da década de 1990, assiste-se a uma multiplicação de módulos convencionais no exercício das atividades administrativas. O movimento atinge não apenas a gestão de serviços públicos e atividades econômicas, mas, principalmente, a de serviços administrativos (acordos entre entidades públicas) e o exercício da atividade de política e de regulação (e.g., por acordos entre entes reguladores e regulados). Isso significa que a teoria contratual se tornou mais complexa”. MARRARA, Thiago. As Cláusulas Exorbitantes Diante da Contratualização Administrativa. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/07/18/as-clausulas-exorbitantes-diante-da-contratualizacao-administrativa/>>. Último acesso em: 28.03.2019.

3 FORTINI, Cristina. **Contratos Administrativos**: franquia, concessão, permissão e ppp. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.04.

exemplo da Emenda Constitucional n. 19/1998, que inseriu no rol do artigo 37, caput, da Constituição Federal o princípio da eficiência), houve uma verdadeira reestruturação do padrão de eficiência governamental (que também pode ser observado nos diversos limites aos gastos públicos estabelecidos na Lei de Responsabilidade fiscal, que entrou em vigor em 04 de maio de 2000 e na maior transparência da gestão, decorrente da promulgação da Lei de Acesso à Informação, publicada em novembro de 2011).

Assim, almejando-se melhor atender ao interesse público, como reflexo das modificações supramencionadas, fez-se necessária a implementação de um processo desburocratizante da máquina estatal, flexibilizando a atuação dos administradores, sobretudo no âmbito contratual, pois uma atuação engessada acaba por repercutir de forma negativa nas prestações dos serviços — o que se traduz em perdas em eficiência, sendo contrário a toda a nova sistemática de gestão implementada no Brasil.

Já a consensualidade em seu aspecto contratual — ou seja, como espécie — está intimamente relacionada com uma atuação mais flexível e menos impositiva no âmbito interno dos contratos administrativos celebrados. Para um melhor entendimento, destaca-se, no plano da contratação pública para prestação de serviços à população, os contratos de concessão⁴ para execução dos serviços por parceiros privados.

Em tais contratos, tradicionalmente se prevê uma série de prerrogativas públicas — a exemplo das cláusulas necessárias, previstas no artigo 55 da Lei nº 8.666/93 e das exorbitantes, das quais muitas estão previstas no artigo 58 da Lei nº 8.666/93. Tais prerrogativas, para além de garantirem a boa prestação dos serviços, por vezes, terminam gerando um engessamento da execução das avenças celebradas, com repercussão no cumprimento defeituoso das obrigações, seja por parte da administração pública⁵, seja por parte do parceiro privado⁶. Isso porque o contrato administrativo, devido às suas características,

4 Semanticamente, entende José dos Santos Carvalho Filho por concessão: *“O sentido de concessão leva à ideia de que alguém, sendo titular de alguma coisa, transfere a outrem algumas das faculdades a esta reveladas. Com a necessária adequação, está aí o sentido de concessão no direito público, em que figura como titular dos bens o próprio Estado, e como destinatário das faculdades o particular. Quando esses interessados pactuam a transferência dessas faculdades, configura-se o contrato de concessão, ajuste também catalogado como contrato administrativo”*. CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 186.

5 Por cumprimento defeituoso por parte da administração, elenca-se, de forma exemplificativa, casos de atrasos de pagamentos por parte da entidade contratante que ultrapassar o prazo de 90 dias do artigo 78, XV da Lei de Licitações: REsp 910.802/RJ, Relator: Eliana Calmon, Segunda Turma, Dje 06.08.2008; TRF-4 AC 1999.04.01.034581, Relator: Sílvia Maria Gonçalves Goraieb, Dje 14.11.2001, p. 1201; TJ-PE - APL: 3111628 PE, Relator: Eurico de Barros Correia Filho, Quarta Câmara Cível, Dje: 22.02.2016; TJ-RN - AC: 20120099303, Relator: Des. João Rebouças, Segunda Câmara Cível, Dje: 26.02.2013; dentre outros.

6 Por cumprimento defeituoso por parte do contratado privado, elenca-se, de forma meramente exemplificativa, os casos de atraso na execução de obras por parte do contratado privado: AgRg no AREsp: 638166 DF 2014/0334847-6, Relator: Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe: 05/08/2015; RMS: 44510

amolda-se às peculiaridades dos contratos de adesão⁷, uma vez que o contrato adere às condições gerais estabelecidas pela Administração Pública, as quais, em sua maioria, constam da própria letra da lei⁸.

Nesse sentido, resta apenas uma estreita margem negocial nos contratos administrativos, o que termina por contribuir para inúmeras falhas na execução dos contratos. Tal fato fez surgir a necessidade de se repensar determinados aspectos da teoria dos contratos administrativos⁹, de forma a torná-los mais sistemáticos e pautados em uma atividade consensual — típica dos contratos em geral, tendo em vista que esses representam um acordo de vontades de forma ampla e desimpedida. Dessa forma, ante a ausência de uma maior margem para negociação e maior abertura para o diálogo com o parceiro privado, termina-se por criar dificuldades para a execução do contrato, ainda que os contratantes estejam atuando em conformidade com a boa-fé e respeitando os princípios que regem a administração pública.

Assim, a dificuldade operacional dos contratos administrativos termina por contribuir para a inefetividade das políticas públicas implementadas, fato que não exclui, é claro, a responsabilização por eventuais condutas danosas

GO 2013/0406338-3, Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe: 16/03/2015; AgInt no AREsp: 413057 SP 2013/0340734-5, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe: 09/10/2017; dentre outros.

7 No que atine à estreita margem negocial dos contratos de adesão, aponta-se: “o contrato de adesão não contém apenas condições gerais. Pode conter cláusulas negociadas ponto a ponto e outras partes que componham a declaração comum dos contratantes. As partes preenchidas em contrato impresso e padronizado são particulares, em princípio, e preferem às condições gerais, para fins de interpretação. No contrato de adesão há um espaço, por menor que seja, insuscetível à predisposição, ficando sob regime comum dos contratos e do negócio jurídico. Os elementos de existência, os requisitos de validade, os fatores de eficácia do contrato de adesão são os mesmos do negócio jurídico. Por conseguinte, fica um espaço mais ou menos estreito, no qual cabem tratativas entre os contratantes, se bem que frequentemente se destine somente à determinação de dados pessoais, identificação do objeto, preço e situações particulares”. LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 129.

8 O enquadramento dos contratos administrativos como contrato de adesão é de entendimento corrente nos mais diversos Tribunais brasileiros em inúmeras decisões judiciais. O termo “contrato de adesão” é, inclusive, empregado como sinônimo de contrato administrativo em vários julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Meramente para fins de exemplificação, colacionados os seguintes julgados: RMS: 24286 DF, Relatora: Min. Cármen Lúcia, DJe 18.02.2014, Segunda Turma; REsp 1062672-RS, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 14.09.2010, Segunda Turma; EREsp 1262160-SC, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 22.10.2018; dentre inúmeros outros.

9 Dentre os administrativistas e estudiosos do Direito que defendem a necessidade de surgimento de um modelo contratual sistemático no âmbito da contratação pública, ressalta-se, em rol meramente exemplificativo: GAROFANO, Rafael Roque. **Contratualidade Administrativa**: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3.ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005; BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed., rev. e ampl., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017, dentre outros.

devidamente comprovadas por parte do parceiro privado na execução dos serviços, a exemplo dos atrasos injustificados na execução de obras, na suspensão indevida de serviços públicos essenciais como o fornecimento de água e energia elétrica, etc.

Nesse contexto, é preciso que ocorra a ampliação da capacidade contratual da Administração — no sentido de proporcionar uma maior abertura para o diálogo e para a autonomia na atuação do gestor público, probo e qualificado, na gestão contratual — por meio da flexibilização das prerrogativas públicas implícitas nos contratos administrativos. Essa nova orientação, conforme Rafael Roque Garofano¹⁰, teria uma dupla finalidade: a primeira, de *privilegiar o consenso em detrimento da imposição unilateral de condições contratuais com base em permissivos legais genéricos e generalizantes* e a segunda, de *reconhecer o caráter instrumental das prerrogativas da ação unilateral nos contratos em função do objeto e do interesse público em causa*.

Logo, com a implementação desse processo desburocratizante, caminhar-se-á para uma atuação mais consensual, a partir da reestruturação do alicerce da burocracia estatal, uma vez que os administrados (incluindo, aqui, os contratados pela administração) são vistos como coparticipantes da atuação administrativa, sem, contudo, abandonar-se o regime jurídico público.

2.1. A Ampliação da Acepção de Interesse Público e a Efetividade dos Contratos Administrativos

Como se sabe, a atuação da administração pública deve sempre ser calcada nos princípios que a orientam, como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, explícitos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988; bem como nos princípios conformadores do regime jurídico administrativo, que sejam o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Conforme destacado no tópico anterior, no que diz respeito aos contratos administrativos, verifica-se um natural desequilíbrio nos polos contratuais em decorrência de uma suposta supremacia do interesse público sobre o particular, sendo este o embasamento teórico para a existência das cláusulas exorbitantes, tradicionalmente previstas para essa modalidade contratual¹¹.

10 Cf. GAROFANO, Rafael Roque. **Contratualidade Administrativa**: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, pp. 297-298.

11 Dentre as quais destacam-se as prerrogativas da administração previstas no artigo 55 da Lei nº 8.666/93, que permitem ao ente contratante a modificação unilateral dos contratos, bem como sua rescisão; a fiscalização da execução; a aplicação de sanções por inexecução do ajuste; e a possibilidade de ocupar provisó-

No entanto, questiona-se: qual o limite do que vem a ser caracterizado como interesse público? Tal questionamento, embora aparentemente simples, é objeto de intensas discussões por parte dos teóricos do direito administrativo na atualidade¹². Dentre os defensores da ampliação da acepção de interesse público, Gustavo Binzenbojm¹³ faz interessante observação ao tratar do tema:

(...) a realização de interesses particulares quando em confronto com interesses **públicos não constitui desvio de finalidade para a Administração, pois aqueles são também fins públicos (...)** O que se verifica é que a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público.

Ou seja, o que se está a afirmar, conforme leciona Gustavo Binzenbojm¹⁴ é que *“o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros”*.

Portanto, não parece razoável uma interpretação apriorística de um possível interesse público a ser prevalente sobre um privado sem a ponderação no caso concreto — ponto importante para o aumento da consensualidade nos contratos administrativos, visto que a harmonização de direito não se coaduna com a imposição de regras absolutas. Até porque, o próprio princípio da isonomia, consagrado no artigo 5º, caput da CRFB/88, limita o estabelecimento de normas, que *a priori*, privilegie um polo específico em uma relação contratual, ainda que se trate de contrato celebrado com o poder público. Porém, nada impede, por óbvio, que, em um caso concreto, o interesse

riamente os bens do contratado.

12 Desde o trabalho pioneiro sobre o princípio da supremacia do interesse público de Humberto Bergmann Ávila, demonstrou-se o vazio conceitual de tal princípio, fundamentado em um conceito jurídico indeterminado. Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, in **O Direito em Tempos de Crise** – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel, 1999, pp. 99-127. Por outro lado, há os defensores de tal supremacia como argumento fundamentador das prerrogativas públicas, mormente em questões contratuais, dentre os quais pode-se destacar Maria Sylvia Di Pietro em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, p. 92, 2010.

13 BINZENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 142.

14 Idem. Ibidem, p. 149.

público venha a ser, de fato, prevalente a possíveis interesses particulares; o que não parece ser razoável é a prevalência absoluta do público sobre o privado ou do coletivo sobre o individual, uma vez que a Constituição abarca todos esses direitos de forma igualitária.

Seguindo essa linha de raciocínio, a ampliação da concepção do quem vem a ser interesse público a ser salvaguardado no caso em concreto, termina por contribuir para a efetividade dos contratos administrativos celebrados. Isso porque, mediante uma melhor composição de interesses na execução dos contratos públicos, pode-se reduzir o cumprimento defeituoso das avenças celebradas. A ausência de uma consensualidade ampliada em tais contratos, representando pelo regime de exorbitância, limita a visão da obrigação como processo¹⁵, ou seja, da obrigação como uma ferramenta útil que garante, ao fim, o adimplemento mediante uma atividade satisfativa.

As leis mais recentes acerca da contratação pública parecem estar seguindo essa linha de raciocínio, como pode ser observado nas concessões em regime especial (parcerias público-privadas, regulamentadas pela Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004) e na Lei das Estatais (Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016). Uma vez que, em ambas, ocupa figura de destaque o caráter negocial das contratações, torna-se evidente a maior aproximação entre o público e o privado, como tendência da produção legislativa contemporânea¹⁶. Além disso, a própria jurisprudência vem utilizando institutos que primam pela atuação consensual, em uma relação de parceria com o setor privado para consecução das políticas públicas, mediante uma atuação mais colaborativa, conforme será observado mais adiante neste ensaio.

3. OS REFLEXOS DA CONSENSUALIDADE NO PLANO LEGAL E JURISPRUDENCIAL

Após os estudos realizados nos tópicos anteriores deste ensaio, passa-se, agora, ao exame, de forma específica, das novas produções legislativas e jurisprudenciais acerca da consensualidade administrativa. Como será observado, a demanda por uma maior flexibilidade e desburocratização da máquina pública é algo cogente para que as políticas públicas implementadas sejam, de fato, eficazes.

Nessa perspectiva, já é possível observar mudanças na forma de gerir a máquina pública, mediante o estabelecimento de novos marcos legais que passam a reconhecer a importância do consenso na atividade da administração,

15 Sobre o tema, recomenda-se a leitura da pioneira obra no Brasil do Professor Couto e Silva: SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação Como Processo**. 1 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

16 Sobre o tema, observar ponto 3.1.1.

além de a própria jurisprudência dos tribunais utilizarem mecanismos, calcados no princípio da eficiência, capazes de dotar de maior efetividade os contratos administrativos celebrados.

3.1. A Lei das Estatais

Em junho de 2016, entrou em vigor a Lei das Estatais¹⁷, estabelecendo o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A referida Lei veio a estabelecer normas gerais para licitação e contratação das empresas estatais. Ressalta-se como inovação legislativa no âmbito da consensualidade, uma vez que ela pode ser considerada como um marco legal de verdadeira ressignificação da eficiência das empresas estatais¹⁸. Dentre as inovações trazidas, sobretudo nas questões do consensualismo, destaca-se a ausência de previsão de alteração unilateral dos contratos (regime de exorbitância), só podendo estes serem alterados, conforme consta do artigo 72 da Lei, por acordo entre as partes.

Outrossim, ao elencar os princípios que devem ser observados nas licitações (artigo 31), não há previsão expressa do princípio da legalidade¹⁹ como ocorre na Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93) e em outros diplomas legais como a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) e do Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2011). Por outro lado, aparece de forma explícita dentre os princípios o da obtenção de competitividade.

17 A promulgação da Lei nº 13.303/2016 visou regulamentar o artigo 173, §1º da CRFB/88, alterado pela EC 19/1998. Apesar da inércia legislativa de quase dezoito anos, a Lei representa notáveis avanços na relativização das influências políticas na gestão das estatais, com a limitação da discricionariedade e moralização das nomeações dos dirigentes. No entanto, coadunamos com o entendimento de pouca precisão técnica do legislador ao não dispor de forma mais precisa questões sobre licitações.

18 Nesse sentido, vide: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. A Ressignificação da Eficiência nas Empresas Estatais à Luz da Lei nº 13.303/2016. In.: JUSTEN FILHO, M (Org.). [et al.]. **O Direito Administrativo na Atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 73-90.

19 Uma vez que o princípio da estrita legalidade é algo cada vez menos defendido, dentre outros motivos, por afastar-se da realidade jurídica complexa em que se vive. Nessa perspectiva: *“a visão do princípio da legalidade exclusivamente numa perspectiva lógico-formal, típica do positivismo clássico, não mais se coaduna com os fins a que o Direito Administrativo contemporâneo se propõe, passando a fazer mais sentido, diante da complexidade das situações do mundo atual e da incapacidade da Lei considerar, ex ante, todas as circunstâncias envolvidas, uma atuação administrativa pautada por princípios como a moralidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a eficiência, etc”*. GAROFANO, Rafael Roque. **Contratualidade Administrativa**: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 81. *Data venia* do entendimento contrário, acreditamos que, ainda que não expresso na Lei o princípio da legalidade, as exigências legais se aplicam, por óbvio, a todos os contratos públicos, inclusive no que diz respeito ao cumprimento de deveres de probidade e boa-fé na gestão pública, tanto do ente contratante como do parceiro privado. Desse modo, acreditar-se estar abrindo mão do cumprimento de exigências legais em uma negociação pública estar-se-ia dando margem para os frequentes desrespeitos às leis.

O Estatuto Jurídico das Estatais traz também uma série de restrições com critérios políticos a indicações para o Conselho de Administração e Diretoria das estatais (artigo 17), no intuito de preservar a moralidade pública e a impessoalidade no agir dos administradores, ganhando, portanto, eficiência administrativa.

Como dito em momento anterior deste ensaio²⁰, a valorização de medidas consensuais representa uma nova forma de gerir os contratos públicos. A consensualidade no âmbito contratual, de forma mais ampla, já vem sendo adotada há um certo tempo pela administração, conforme pode ser notado nas concessões em regime especial mediante parceria público-privada, com disposição normativa na Lei nº 11.079, em vigor desde o ano de 2004, já dispondo sobre a consensualidade na gestão interna desses contratos administrativos²¹.

Nesse mesmo sentido, anos após, entra em vigor o regime diferenciado de contratações públicas (Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, regulamentada pelo Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011), o qual, seguindo a tendência da consensualidade no âmbito interno dos contratos administrativos adotado pela administração pública brasileira, igualmente apresenta diversos dispositivos que ensejam uma ampliação do consenso nas contratações públicas, em desfavor de uma atuação unilateral e autoritária por parte do ente contratante²². Portanto, em 2016, com a vigência da Lei das Estatais, deu-se continuidade à gestão consensual que vem sendo implementada no âmbito da contratação pública.

Pelo exposto, levando-se em consideração o aprimoramento da gestão pública brasileira, sua modernização e implementação de diversos procedimentos gerenciais, redução da burocracia, flexibilização e privilégio da transparência, verifica-se a obsolescência do regime de exorbitância da forma como previsto na Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666). Tanto o é que surgiram inúmeras leis esparsas para regulamentação específica no âmbito

20 Observar ponto 2.1.

21 A Lei nº 11.079/2004 determina a repartição de riscos como uma das diretrizes do contrato de parceria (cf. artigo 4º, VI), que serão repartidos, inclusive, em virtude de em caso fortuito, força maior, fato do princípio e álea econômica extraordinária (cf. artigo 5º, III).

22 A ideia de uma atuação compartilhada e consensual consta dos próprios objetivos do RDC, estabelecidos no artigo 1º, §1º da Lei nº 12.462/2011 que, dentre outros, estão o de ampliar a eficiência nas contratações públicas e promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público. Ademais, cita-se a possibilidade da remuneração variável em obras de engenharia (artigo 10), vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato. Por fim, destaca-se também a previsão no artigo 23 da Lei dos Contratos de Eficiência, sendo este de extrema relevância para a gestão pública contratual, tendo em vista a seleção da empresa mediante processo licitatório pela técnica de julgamento do maior retorno econômico, para o licitante capaz de proporcionar a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.

das licitações e contratações públicas, inclusive com o afastamento de forma expressa da incidência da Lei nº 8.666/93, como ocorre no caso do RDC²³.

Dessa forma, ante as inúmeras deficiências da Lei nº 8.666/93 — que, para os fins deste trabalho, apenas mencionou-se a questão da consensualidade —, faz-se necessária a elaboração de uma nova Lei Geral de Licitações para se estipular normas contratuais mais flexíveis — com revisão do regime de exorbitância —, para que de forma mais dialógica, possa haver a composição de interesses no momento de formação do vínculo contratual.

Desta feita, ressalta-se o trâmite do projeto da nova Lei de Licitações (PL 1292 apresentado em 30 de novembro de 1995) que possui interessantes pleitos acerca da modernização e desburocratização da Administração Pública no que diz respeito aos contratos administrativos, fato que pode ser observado no novo substitutivo apresentado pelo então relator, o Deputado João Arruda (MDB-PR)²⁴. Apesar de o projeto ser antigo, datado de 1995, já sofreu inúmeras alterações e, recentemente, vem ganhando força, tendo avançado muito em seu trâmite nos últimos anos. Ao que consta, já aprovado pelo Senado Federal, o PL 1292, com posterior trâmite na Câmara dos Deputados intitulado PL 6814, apresentado em 03 de fevereiro de 2017, foi aprovado ao final de 2018 em Comissão Especial na Câmara e manteve-se o texto principal do projeto da nova Lei de Licitações (PL 1292/95), o qual foi aprovado pela Câmara recentemente, ao final do mês de junho do ano de 2019²⁵. Portanto, ao que tudo indica, o projeto da nova lei de licitações não tardará para entrar em vigor.

23 Cf. Artigo 1º, § 2º da Lei nº 12.462/2011: “A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei”.

24 Dentre as medidas, o Deputado Arruda propôs a criação da figura do agente de licitação — servidor responsável por acompanhar todas as fases do contrato — e a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), no intuito de se fazer o registro de todos os preços e normas adotadas pela Administração, à semelhança do Sistema de Registro de Preços utilizado atualmente pelos entes públicos, porém de forma mais moderna e acessível. Além disso, propôs também a criação de um seguro de 30% (trinta por cento) do valor contratado, a fim de garantir a conclusão das obras públicas de grande vulto nos casos de dificuldades enfrentadas pela empresa contratada. Sobre o substitutivo, vide: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/557941-RELATOR-APRESENTA-PARECER-SOBRE-NOVA-LEI-DE-CONTRATACOES-PUBLICAS.html>>. Último acesso em: 19.02.2019.

25 Cf. Informação oficial do site da Câmara dos Deputados, disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/578902-CAMARA-APROVA-TEXTO-BASE-DE-NOVA-LEI-DE-LICITACOES-DESTAQUES-SERAO-ANALISADOS-NESTA-QUARTA.html>>. Último acesso em: 27.06.2019.

3.2 O Uso da Mediação e da Arbitragem para Solução de Conflitos no Âmbito da Administração Pública

A possibilidade do uso da arbitragem e da autocomposição para solução de conflitos por parte da administração pública representa um grande avanço no que diz respeito à consensualidade administrativa, uma vez que se trata da possibilidade da celebração de acordos mediante a composição de interesses em situações envolvendo entes públicos, refletindo, portanto, em uma maior flexibilidade na forma de agir por parte dos entes estatais.

A procura pela eficiência, envolta no processo desburocratizante da máquina pública, coaduna-se com as transformações recentes do conteúdo e dos princípios do regime jurídico administrativo²⁶. As mudanças nos campos econômico, social e estatal impuseram o surgimento de novas concepções acerca da Administração Pública baseada nas ideias de consensualismo, cidadania ativa, eficiência, entre outras.

Desta feita, a fim de possibilitar o uso da arbitragem por parte da administração pública, a Lei nº 13.129/2015 fez alterações em diversos dispositivos na lei que dispõe sobre a arbitragem (Lei nº 9.307/1996 — tradicionalmente utilizada para solucionar lides na seara do direito privado), autorizando a administração pública direta e indireta a utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Seguindo essa tendência de ampliação do consensualismo no âmbito público, logo em seguida à entrada em vigor da Lei nº 13.129/2015, foi publicada, em 26 de junho de 2015, a Lei nº 13.140, que passou a também permitir o uso da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e dispor sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias. Logo, em virtude da amplitude do termo “autocomposição” e de a referida lei regulamentar a mediação entre particulares, fez-se acender a discussão acerca da possibilidade do uso da mediação nas lides envolvendo entes públicos.

Ao tratar da autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público (artigos 32 a 40 da Lei nº 13.140/2015), percebe-se a legislação dispor expressamente acerca da possibilidade de mediação na administração pública — ainda que não a tenha regulamentado, nem disposto sobre essa possibilidade de forma mais clara, de forma que a Lei primou mais por instituir, no âmbito da administração pública, um conjunto de mecanismos de autocomposição, do qual a mediação é uma espécie que pode ser ou não vir a ser implantada.

²⁶ Sobre o tema, vide o tópico 2.1 deste ensaio, ao tratar-se da ampliação da aceção de interesse público e a efetividade nos contratos administrativos.

Nesse sentido, um dos únicos dispositivos que induzem à implantação da mediação no setor público é o artigo 33 da Lei nº 13.140/2015, que, segundo o caput, “*Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei*”. Além disso, o parágrafo único do referido artigo permite a possibilidade de instauração, de ofício ou mediante provocação, de procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos, a ser instaurado pela advocacia pública dos entes federativos.

3.3. As Alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Antes de iniciar-se a análise dos aspectos da consensualidade trazidos pela Lei nº 13.655/2018, **faz-se um adendo para afirmar que, apesar de acreditarmos que no quadro geral a nova Lei foi benéfica para o direito público, aparentemente tratou-se de um projeto pouco discutido nos órgãos de controle e na comunidade científica antes de sua aprovação, não tendo sido sequer submetido ao Plenário de ambas as Casas do Congresso Nacional**²⁷.

A Lei nº 13.655/2018 promoveu, ao menos do ponto de vista teórico, uma série de mudanças profundas no direito administrativo brasileiro. Incluindo diversos novos dispositivos no Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) referentes à segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, a Lei nº 13.655/2018 contribui de forma significativa para o consensualismo.

A priori, destacamos as alterações na LINDB referirem-se a mudanças amplas, tendo por pressuposto tratar-se de lei geral sobre as normas do direito brasileiro, utilizada, sobretudo, para solucionar os *hard cases* (casos difíceis). Desse modo, é uma Lei dotada de um viés mais principiológico e generalista²⁸, podendo conformar-se para aplicação de inúmeros casos concretos.

Dentre as mudanças advindas da Lei nº 13.655/2018, consideramos como mais relevantes para a ampliação do consensualismo nos contratos administrativos duas delas: a) a faculdade de celebrar compromisso, prevista no artigo 26; e b) a responsabilidade pessoal do agente por suas decisões ou

27 Houve inclusive uma proposta de veto integral, veiculada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT). Cf. NOHARA, Irene Patrícia. Alteração da Lei de Introdução às Normas e a Interpretação do Direito Administrativo. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 18, n. 207, p. 23-31, maio 2018, p. 01.

28 Em virtude desse grau de abstração, foi recentemente publicado o Decreto nº 9.830/2019, que passa a regulamentar de forma mais específica os artigos 20 a 30 da LINDB, inseridos pela Lei nº 13.655/2018. Nesse sentido, vide o ponto 3.1.3.1 deste ensaio.

opiniões técnicas, prevista no artigo 28, apenas em casos de dolo ou erro grosseiro. No que concerne à faculdade de celebrar compromisso, ressaltamos ser este dispositivo uma legítima manifestação da consensualidade, a qual repercute diretamente na execução dos contratos administrativos, tendo em vista poder ser utilizado, por exemplo, para eliminar irregularidades ou incertezas jurídicas existentes nas obrigações avençadas.

Já em relação à restrição da responsabilidade pessoal do administrador aos casos de dolo ou erro grosseiro, verifica-se a flexibilização da gestão administrativa, no sentido de que o agente público terá um ganho de discricionariedade em suas decisões e opiniões técnicas. Trata-se de um novo mecanismo a fim de “desengessar” a atuação estatal, com destaque para a execução de contratos administrativos, valorizando o administrador honesto e proativo. De acordo com Irene Patrícia Nohara²⁹:

Os consultores jurídicos sofrem, sobretudo, quando possuem opiniões divergentes dos órgãos de controle. Já havia na jurisprudência do Tribunal de Contas esses parâmetros de dolo ou erro grosseiro, sendo que não se considera erro grosseiro a interpretação razoável em jurisprudência ou doutrina por órgãos de controle ou judiciais. Note-se que, mesmo com essa positivação, a possibilidade de arbítrio pode ser restringida, mas não está afastada, pois são conceitos indeterminados: erro grosseiro e interpretação razoável.

Nohara defende que o dispositivo do artigo 28 da Lei foi aprovado no intuito de descriminalizar o delito de opinião a que estavam sujeitos os agentes públicos quando em entendimento dissonante com os órgãos de controle. No entanto, a mera divergência jurídica, de fato, não pode ser vista como sinônimo de ilicitude. Salvo, é claro, a comprovação de atuação de má-fé do administrador, ou descumprimentos graves de natureza contratual, editalícia ou legal.

Nesse contexto, a alteração do artigo 28 é também relevante para a superação da cultura do “medo” e da “subserviência” existente no funcionalismo público, posto que o modelo burocrático autoritário não parece ser capaz de ampliar o espaço de uma atuação administrativa mais eficaz. Nesse sentido, explica Onofre Alves Batista Júnior e Sarah Campos³⁰:

29 NOHARA, Irene Patrícia. Ibidem, p. 29.

30 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública Consensual na Modernidade Líquida. **Fórum Administrativo-FA**: direito público. Belo Horizonte, n. 155, jan. 2014, p. 38.

O sistema jurídico administrativo sancionatório se mantém ultrapassado, não tendo ainda se desvencilhado do tradicional modelo de julgamento do processo administrativo disciplinar, vinculado à hierarquia funcional. Para agravar, o sistema de composição e de julgamento dos processos administrativos disciplinares é feito pela mesma autoridade administrativa que instaura e, ao mesmo tempo, nomeia os integrantes da Comissão Disciplinar, o que coloca sob suspeita a garantia de imparcialidade/impeccabilidade nas apurações/investigações disciplinares. A cultura administrativa reinante, nesse contexto, é a do medo, a do receio da punição. Não se tenta aperfeiçoar ou buscar a solução adequada, mas o receio enraizado aponta sempre para a solução de privilégio de uma interpretação literal dos regulamentos e ordens do hierarca. A eficiência administrativa e o bem comum são postos de lado em prol de uma atuação servil e, por vezes, medrosa e covarde.

Nessa perspectiva, ratifica-se a necessidade de se incentivar uma nova forma de atuação administrativa, mais democrática e consensual. Todavia, para tal, faz-se necessária uma reformulação cultural do modelo burocrático, bem como no estímulo à utilização da via transacional, a exemplo das recentes possibilidades do uso da arbitragem e da mediação no âmbito da administração pública³¹, com previsão normativa, respectivamente, nas Leis nº 13.129/2015 e 13.140/2015.

3.3.1. A Regulamentação dos Novos Artigos da LINDB

Em junho de 2019, o governo federal publicou o Decreto nº 9.830/2019 para fins de regulamentação dos artigos 20 ao 30 da LINDB, introduzidos pela Lei nº 13.655/18. Dentre as matérias que foram regulamentadas, conforme destacado no tópico anterior, considera-se como as mais relevantes para a ampliação do consensualismo nos contratos administrativos as relacionadas à faculdade de celebrar compromisso — prevista no artigo 26 da Lei nº 13.655/18 e a responsabilidade pessoal do agente por suas decisões ou opiniões técnicas, apenas em casos de dolo ou erro grosseiro — prevista no artigo 28.

Portanto, conforme a nova regulamentação, o artigo 10 do Decreto nº 9.830/2019 dispõe acerca do instrumento do compromisso, previsto no artigo 26 da Lei nº 13.655/18, nas hipóteses de a autoridade entender conveniente

31 Observar tópico 3.1.2.

para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público. Em conjunto com o compromisso, o Decreto nº 9.830/2019 também previu em seu artigo 11, como instrumento de consensualidade no âmbito da administração, o termo de ajustamento de gestão.

O referido termo, como consta do Decreto, poderá ser celebrado entre os agentes públicos e os órgãos de controle interno da administração pública, para fins de correção de falhas apontadas em ações de controle, bem como para aprimorar procedimentos e assegurar a continuidade da execução do ato praticado, em prol do interesse geral. Logo, essa possibilidade de uma atuação mais flexível por parte da administração, podendo melhor ajustar os atos praticados às finalidades públicas almejadas, constitui-se mecanismo extremamente útil para dar-se um salto em eficiência na gestão pública, posto que determinadas falhas poderão ser corrigidas de forma menos burocrática e mais célere.

No que diz respeito à regulamentação do artigo 28 da Lei nº 13.655/18, sobre a responsabilidade pessoal do agente público, o Decreto nº 9.830/2019 trouxe disposições específicas nos artigos 12 ao 17. Conforme consta do Decreto, o agente público apenas será responsabilizado pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em casos de dolo (direito ou eventual) ou se cometer erro grosseiro no exercício de suas funções.

Com a regulamentação da matéria no Decreto, nota-se, de fato, ter-se restringido a responsabilização pessoal do agente aos casos dolo ou erro grosseiro comprovados, não implicando — conforme consta do artigo 12, §3º — em responsabilização o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso. Desta feita, o Decreto vem a reforçar o escopo de oferecer segurança jurídica ao administrador bem-intencionado trazido pelo artigo 28 da LINDB. Com isso, há o favorecimento à inovação e a atração de gestores capacitados, que poderão agir de forma menos engessada. Se por um lado a responsabilização do agente público nos casos de dolo e erro grosseiro tem por consequência reprimir e desestimular os casos de corrupção, fraude e culpa grave; por outro, impede que as carreiras públicas se tornem verdadeiros campos minados a pessoas honestas e capacitadas, capazes de gerar ganhos em eficiência administrativa.

3.4. A Lei da Desburocratização

A Lei da Desburocratização (Lei nº 13.726 de 08 de outubro de 2018) constitui importante produção legislativa — com repercussão prática na

contratualidade pública³² — para fins de desburocratização e simplificação de procedimentos administrativos no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.-

Apesar de a referida Lei não ser um marco inicial do processo de desburocratização em termos de produção normativa recente, trata-se de produção normativa relevante acerca da matéria. Apesar de atualmente revogados³³ pelo Decreto nº 9.094/2017, os Decretos nº 6.932/2009 e nº 5.378/2005 já haviam positivado, respectivamente, disposições acerca da simplificação no atendimento público e a instituição do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GESPÚBLICA).

Assim, a Lei da Desburocratização nada mais é do que uma continuidade do fenômeno desburocratizante, o qual, como reflexo de uma atividade pautada na consensualidade, já é uma tendência das últimas décadas no âmbito da administração pública. A Lei nº 13.726/2018 representa uma tendência legislativa à desburocratização que veio a consolidar mudanças trazidas pelo Decreto nº 9.094 de 17 de julho de 2017, responsável por simplificar o atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratificando a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e instituindo a Carta de Serviços ao Usuário³⁴.

A edição da Lei nº 13.726/2018 foi necessária para dar abrangência Nacional ao processo de desburocratização administrativa, tendo em vista o Decreto nº 9.094/2017 restringir-se, conforme consta do seu artigo 1º, aos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Dentre as inovações advindas da Lei nº 13.726/2018, destacamos o artigo 9º da Lei, que institui o “Selo de Desburocratização e Simplificação” a ser entregue aos órgãos e entidades

32 Para fins de exemplificação, ressaltamos o disposto no artigo 3º, inciso I da Lei nº 13.726/2018, que dispensa a exigência de reconhecimento de firma na relação entre órgãos e entidades públicas e cidadãos. Isso porque alguns editais de licitação anteriores à entrada em vigor da Lei, trazem a exigência de reconhecimento de firma da assinatura do outorgante no instrumento particular de procuração. Tal exigência não se coaduna com a legislação, sendo necessário que os editais sejam modificados para evitar desgastes com impugnações, visto que a Lei já está vigente e sua aplicação deve ser imediata.

33 As referidas revogações constam do artigo 25 do Decreto nº 9.094/2017. No nosso entendimento, a revogação do Decreto nº 5.378/2005 que instituía a GESPÚBLICA representou uma grande perda para a Administração, uma vez que a GESPÚBLICA trouxe uma “marca” de qualidade relevante na Gestão Pública, em que pese ter perdido força ao longo dos anos. Todavia, o GESPÚBLICA foi responsável por relevantes conquistas na Administração Pública Brasileira, especialmente a Federal, a exemplo da disseminação do conceito da Carta de Serviços ao Usuário e do Modelo de Excelência em Gestão Pública. Sobre a temática, vide o “Guia D Simplificação” da GESPÚBLICA de autoria do então Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, disponível em: <<http://www.gespublica.gov.br/sites/default/files/documentos/D.pdf>>. Último acesso em: 19.02.2019.

34 O artigo 13 do Decreto destaca que os usuários dos serviços públicos poderão apresentar “Solicitação de Simplificação”, por meio de formulário próprio denominado “Simplifique!”, aos órgãos e às entidades do Poder Executivo Federal, quando a prestação de serviço público não observar o que está disposto no Decreto nº 9.094/17. Essa solicitação deverá ser apresentada no Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo federal.

estatais mediante prévia inscrição no Cadastro Nacional de Desburocratização, com premiação anual de dois órgãos ou entidades selecionadas, com base nos critérios da Lei, em cada unidade federativa.

Portanto, com o intuito de reconhecer — com premiação e inscrição na ficha funcional do servidor (artigo 8º) — ações voltadas para a desburocratização da máquina administrativa, a referida Lei representa um salto qualitativo em direção à eficiência na gestão pública. Ademais, dentre os mecanismos para diminuir a burocracia e formalismo em órgãos públicos de todos os entes da Federação, a Lei nº 13.726/2018 estabelece, ainda, em seu artigo 6º, a possibilidade de comunicação entre o Poder Público e o cidadão por qualquer meio, inclusive verbal, direta ou telefônica, e correio eletrônico, ressalvados os casos que impliquem imposição de deveres, ônus, sanções ou restrições ao exercício de direitos e atividades.

3.5. A Versão Brasileira do *duty to mitigate the loss* nos Precedentes Judiciais e Administrativos

A origem do instituto do *duty to mitigate the loss*³⁵ — traduzido para o português como “dever de mitigar a perda” ou “dever de mitigar o próprio prejuízo” —, remonta ao direito inglês, em precedente do Reino Unido³⁶, datado de 1677 — apesar da comum atribuição de seu surgimento aos Estados Unidos³⁷.

Apesar de a origem da *duty to mitigate the loss* ter ocorrido em países de tradição *commom law*, não houve impeditivo legal para a introdução do instituto no direito brasileiro. Todavia, tal instituto foi introduzido no Brasil com certas peculiaridades — tanto na doutrina quanto na jurisprudência —, afastando-o de seu uso comum nos países da *commom law*. De acordo com o entendimento de Tomas Comino em sua minuciosa análise feita na

35 Conforme os estudos realizados por Tomas Comino para sua dissertação de Mestrado na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, o *leading case* envolvendo a aplicação do *duty to mitigate the loss*, advindo de país da *common law*, referiu-se a um caso que envolvia contrato de compra e venda de mercadorias, o qual foi objeto de apreciação em ação de indenização em face do comprador pela morte dos cavalos do vendedor, após este aguardar por seis horas a chegada do comprador, a fim de que lhe fosse informado o local para a entrega das mercadorias.

36 *Vertue v. Bird*, 84 Eng. Rep. 1000, 86 Eng. Rep. 200 (K.B. 1677) - assim mencionado por Farnsworth. APUD. FARNSWORTH, E. A. *Contracts*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004, pp. 778-779). COMINO, Tomas Barros Martins. *Desventuras do duty to mitigate the loss no Brasil*: nascimento (e morte) de um brocardo. 2015. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, p. 18.

37 Vide, por exemplo, a decisão monocrática proferida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, no ARESP 431472, Dje de 03/12/2013 (2013/037925-9), além do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim descrito: TJ/RS, Apel. Cível nº 70060029501, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado em 26/06/14, vu. No mesmo sentido: TJ/SP, Apel. cível n. 0001836-78.2012.8.26.0457, 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Artur Marques, 16/09/13.

dissertação³⁸ do mestrado na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, verificam-se diferenças relevantes entre a noção do *duty to mitigate the loss* da *common law* e a brasileira.

Conforme o estudo mencionado, essa variação decorre do fato de que o *duty to mitigate the loss*, em seu sentido original, tem por base um duplo aspecto³⁹: i) a noção de causalidade (referindo-se à necessidade de ressarcimento pela falha do demandante em mitigar sua própria perda, com base em um critério de razoabilidade/proporcionalidade); e ii) a eliminação de perdas/consequências evitáveis (que seriam aquelas que razoavelmente poderiam ter sido evitadas, impedindo que a vítima seja indenizada). O *duty to mitigate the loss* incorporado ao Brasil, por sua vez — conforme veremos em rápida análise jurisprudencial nos parágrafos seguintes —, foi incorporado como um derivativo da boa-fé objetiva, entendido, por vezes, como um dever de colaboração (dever lateral de conduta vinculado à boa-fé).

De modo bastante didático, Tomas Comino estabelece *três marcos fundamentais*⁴⁰ sobre a forma como é aplicado o *duty to mitigate the loss* no Brasil. Como *primeiro marco fundamental* tem-se a doutrina jurídica desenvolvida por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, então Ministro Superior Tribunal de Justiça, na obra “*Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*”, publicada em 2004. Na obra, Ruy Rosado trouxe a noção, ainda incipiente, do *duty to mitigate the loss*, ali denominado de “doutrina da mitigação” ou “*doctrine of mitigation*”.

A nova teoria reverberou de imediato no estado do Paraná (TJ/PR, Apelação extraída dos autos do processo n. 158909-7, 6ª Câmara Cível, Rel. Albino Jacomel Guerios, julgado em 23/08/04, v.u.)⁴¹, tratando-se, como tudo indica, do primeiro precedente sobre a matéria nos tribunais brasileiros. No precedente, já era possível de se notar associações do *duty to mitigate the loss* ao princípio da boa-fé objetiva. A despeito do primeiro precedente brasileiro, a que tudo indica, ter ocorrido no ano de 2004, foi apenas no ano de 2006, no Tribunal de Justiça de São Paulo⁴², que as decisões com base no instituto

38 COMINO, Tomas Barros Martins. **Desventuras do *duty to mitigate the loss* no Brasil**: nascimento (e morte) de um brocardo. 2015. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

39 Idem. Ibidem, p. 28.

40 Idem. Ibidem, pp. 48-55-79.

41 O precedente incidiu em matéria contratual semelhante ao surgimento do *duty to mitigate the loss* em *leading case* sobre a matéria no Reino Unido, que seja contrato de promessa de compra e venda. No caso brasileiro, decidiu-se que o promitente vendedor também teria o dever de evitar o agravamento do dano causado pelo inadimplemento do promitente comprador, adotando, assim, uma concepção de cooperação entre as partes (caracterizada como um dos deveres anexos à boa-fé).

42 TJ/SP, Apel. n. 330.628.4/2-00, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, julgado em 23.03.06, v.u. (teoria da mitigação aplicada a caso em que, em ação de resolução de contrato de compromisso de compra e venda, houve a purgação da mora mas o devedor, em audiência, se recusou a pagar a

do *duty to mitigate the loss* começaram a aparecer em outros tribunais (antes restritas ao TJPR), tendo sido essa decisão de 2006 do TJSP a primeira a fazer referência à expressão “*duty to mitigate the loss*” (ainda que a decisão de 2004 do TJPR já abordasse, de forma incipiente, a matéria⁴³).

Como *segundo marco fundamental*, destaca-se a elaboração do Enunciado 169, fruto da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal em dezembro de 2004⁴⁴, que estabelece: “*O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo*”. Portanto, como consta da literalidade do enunciado, bem como de sua referência legislativa (que faz remissão ao artigo 422 do CC/02, que, por sua vez, positiva a boa-fé no âmbito dos contratos civis), o *duty to mitigate the loss* passa a estar umbilicalmente vinculado à observância da boa-fé objetiva.

Por fim, como *terceiro marco fundamental*, tem-se o *leading case* sobre a matéria no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com acórdão datado de 1º de julho de 2010, de relatoria do então Ministro Vasco Della Giustina, Desembargador convocado do Rio Grande do Sul⁴⁵. Esse primeiro precedente no STJ, que talvez seja o mais emblemático dentre os julgados brasileiros envolvendo a aplicação do *duty to mitigate the loss* — tendo em vista mencionar o Enunciado 169 e trazer à colação o entendimento de vários doutrinadores acerca do dever de mitigar o próprio prejuízo —, serve como ponto de partida para uma infinidade de acórdãos de diversos tribunais estaduais⁴⁶. Portanto,

verba honorária do patrono do credor, ao fundamento de que tentou, extrajudicialmente, solucionar o caso, sem sucesso por falta justamente de resposta do patrono do credor; entendeu-se que o patrono do credor agravou o dano).

43 No entanto, ressalta Tomas Comino: “*De 2004 a 2010, o duty to mitigate the loss desempenhou um papel meramente figurativo, quicá coadjuvante, em nosso ordenamento jurídico – existem acórdãos que o aplicam, mas ainda insuficientes a conformar uma tendência. Desde o terceiro marco fundamental, entretanto, o duty to mitigate the loss passou rapidamente à condição de protagonista, principalmente no Tribunal Paulista*”. Cf. COMINO, Tomas Barros Martins. *Ibidem*, p. 78. Isso porque, foi em 2010, a partir do *leading case* no STJ que houve a consolidação do instituto da *duty to mitigate the loss* na jurisprudência brasileira, a partir do “abrasileiramento” do instituto, tornando-o intimamente relacionado com a boa-fé contratual.

44 Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/300>>. Último acesso em: 28.02.2019.

45 STJ, Resp n. 758.518/PR, 2005/0096775-4, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), 3ª Turma, 17.6.2010, Dje 01.07.2010.

46 Entre inúmeros outros: (i) do Tribunal de Justiça do Paraná: TJ/PR, AI n. 1055295, 7ª Câmara Cível, Rel. Juiz Roberto Massaro, julgado em 04/12/13, vu.; TJ/PR, Apel. Cível n. 1066788-2, 12ª Câmara Cível, Rel. Juíza Ângela Maria Machado Costa, julgado em 21/05/14, v.u.; TJ/PR, Apel. Cível n. 1163274-3, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Edgard Fernando Barbosa, julgado em 29/01/14, vu.; TJ/PR, Apel. Cível n. 1179520-3, 12ª Câmara Cível, Rel. Juíza Ângela Maria Machado Costa, vu.; (ii) do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: TJ/SC, Apel. Cível n. 2013.080933-6, Rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, decisão monocrática de 15/03/14 (a decisão não indica a câmara da corte); do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: TJ/RJ, 8ª Câmara Cível, Apel. Cível n. 0019310-43.2007.8.19.0001, Rel. Des. Flávia Romano de Rezende, julgado em 06/05/14, vu.; do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: TJ/MG, Apel. Cível n. 1.0701.09.287702-9/001, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Medeiros, julgado em 09/02/2012, publicado em 18/04/2012, maioria; TJ/MG, Apelação em Reexame necessário n. 1.0143.02.000118-4/001, 5ª Câmara Cível, Rel. Des.

apesar de o *duty to mitigate the loss* ter adquirido uma “vestimenta própria” no direito brasileiro, suas repercussões práticas na aplicação da jurisprudência são inquestionáveis, uma vez que são incontáveis os precedentes, em diversos tribunais brasileiros, que fazem remissão ao instituto.

Embora de forma mais tímida, o referido instituto também já foi invocado em precedentes envolvendo contratos administrativos, a fim de mitigar perdas e garantir a prestação de serviços, mediante notória prática de consensualidade no âmbito da contratação pública. Ainda de forma muito incipiente — ao mesmo no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Contas da União —, pode-se observar a aplicabilidade do *duty to mitigate the loss* em decisões da Corte Administrativa.

No referido Tribunal, a primeira decisão⁴⁷ encontrada acerca da matéria foi em acórdão da Primeira Câmara, proferido em 03 de maio de 2016. Até a data da escritura deste ensaio, foram encontrados apenas três acórdãos no referido órgão de controle em matérias envolvendo o dever de mitigar o próprio prejuízo em contratos administrativos; o segundo acórdão⁴⁸, mediante decisão plenária em 12 de dezembro de 2017 e um terceiro⁴⁹, também por decisão plenária em 18 de julho de 2018.

Assim, o *duty to mitigate the loss* à brasileira, *data venia* entendimento contrário, apesar de expandir a concepção tradicional da *common law*, possui inquestionável valor ante às repercussões práticas das inúmeras decisões judiciais que o utilizam com fundamento na boa-fé objetiva. Dessa maneira, no que diz respeito à consensualidade e ao adimplemento das obrigações nos contratos administrativos, o *duty to mitigate the loss* representa um interessante mecanismo para mitigação de perdas, por meio de uma atividade de cooperação entre os contratantes, sobretudo por parte do credor, tendo em vista, em regra, focar-se no devedor como responsável pelo adimplemento obrigacional.

O direito contratual, em sua essência, independentemente do ramo de atuação, propõe uma harmonia entre a autonomia privada da pessoa e o princípio da solidariedade social, equilibrando de forma conciliatória/consensual a liberdade e a igualdade material. E, em se tratando de mitigação

(a) Mauro Soares de Freitas, julgado em 21/06/2012, publicado em 29/06/2012; do Tribunal Paulista: TJ/SP, 16ª Câmara de Direito Privado, Apel. 1.029.972-4, Rel. Candido Alem, julgado em 05 de setembro de 2006.

47 TCU – Processo de Tomada de Contas Especial (TCE): 009.998/2014-4, Acórdão 2816/2016, Relator: Augusto Sherman, Data do Julgamento: 03.05.2016, Primeira Câmara.

48 TCU - Tomada de contas especial (TCE): 030.251/2013-3, Acórdão 2903/2017, Relator: José Mucio Monteiro, Data do Julgamento: 12.12.2017, Plenário.

49 TCU - Relatório de auditoria (RA): 009.832/2010-6, Acórdão 1633/2018, Relatora: Ana Arraes, Data do Julgamento: 18.07.2018, Plenário.

de perdas, seja o credor o ente público contratante ou o parceiro privado contratado para a execução dos serviços, uma atitude colaborativa em prol da continuidade do serviço prestado — que seja aceitando a mitigação dos danos — representa um efetivo mecanismo de, por meio de uma atuação calcada no consenso, possibilitar a continuidade da execução dos acordos firmados.

3.6. A Atuação Inédita do TCU Como Observador em Processo de Mediação Entre o Grupo Oi S.A. e a Anatel

Conforme argumentado no ponto 3.1.2 do presente trabalho, ao tratar da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, a Lei nº 13.140/2015 possibilitou a mediação nessa seara do direito. Nesse sentido, sobreleva-se interessantíssimo caso em que houve a atuação inédita, como entidade observadora, do Tribunal de Contas da União em processo de mediação entre a empresa Oi S.A. e a agência reguladora Anatel.

O supracitado caso a ser aqui observado ganha destaque não simplesmente pelo fato de a negociação de créditos ter ocorrido em processo de mediação entre a Anatel e o grupo Oi S.A. — o que, por si só, já se revela importante no âmbito da consensualidade administrativa, tendo em vista a adoção de um meio de autocomposição para a solução do litígio envolvendo contratos de prestação de serviços —, mas também pela atuação inusitada da Corte de Contas (TCU) como entidade observadora das negociações a serem realizadas.

O caso diz respeito ao processo de acompanhamento⁵⁰ de procedimento de mediação para negociação de créditos, TC 033.612/2016-1, com trâmite no Plenário do Tribunal de Contas da União, de relatoria do Ministro Bruno Dantas. Cronologicamente, a mencionada apuração dos créditos da empresa para com a agência reguladora em decurso de multas aplicadas pela autarquia federal, antecederam o processo de recuperação judicial⁵¹ que atualmente a Oi S.A. se encontra. Com a instauração do processo judicial, o processo administrativo, TC 033.612/2016-1, com trâmite no Plenário do Tribunal de

50 TCU - ACOMPANHAMENTO (ACOM): 03361220161, Relator: Bruno Dantas, Data de Julgamento: 16.08.2017, Plenário.

51 Processo Judicial nº 020376511.2016.8.19.0001, em curso na 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, distribuído em 20/06/2016, com atuação do magistrado Dr. Fernando Cesar Ferreira Viana na lide judicial. Para maiores informações sobre o assunto, o processo encontra-se disponível para acesso na página eletrônica do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&num-Processo=2016.001.176528-1>>. Último acesso em: 01.03.2019. Para os possíveis interessados no andamento do processo judicial do Grupo Oi S/A, ressalta-se como boa fonte de pesquisas a página eletrônica: <<http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/>>. Último acesso em: 01.03.2019.

Contas da União, foi sobrestado⁵², tendo em vista tratar-se de fato superveniente com claro impacto na análise da matéria.

Em posterior decisão no processo de recuperação judicial, com trâmite da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, mediante pedido dos advogados da Companhia, determinou-se o procedimento de mediação, que contou com a participação da Advocacia Geral da União (AGU) e, de forma inédita, com a atuação do TCU — após representação (TC 033.413/2015-0) formulada pela então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Aviação Civil e Comunicações —, sobre a viabilidade de acompanhamento do órgão no processo de mediação (o qual atuaria não como mediador, mas como entidade observadora).

O pedido de recuperação judicial da Oi S/A⁵³, amplamente divulgado pela mídia, representa o maior feito na história do Brasil⁵⁴ até o momento. No processo, o titular da 7ª Vara Empresarial do Rio à época da propositura da ação, o magistrado Fernando Viana, atendendo ao pedido dos advogados da Companhia, determinou o procedimento de mediação a ser o mediador (terceiro imparcial) indicado por Arnaldo Wald Filho, advogado da Oi S/A.

Apesar de a participação como agente ativo em procedimentos de mediação não estar incluída dentre as competências do TCU⁵⁵, o Ministro Bruno Dantas, na conclusão de seu relatório no processo de acompanhamento (TC 033.612/2016-1), determinou a designação de auditores para acompanharem o processo para atuarem como meros observadores do processo de recuperação judicial nº 020376511.2016.8.19.0001. No entanto, o Ministro ressaltou não ter o referido acompanhamento excluído a possibilidade de o Tribunal de Contas da União vir a questionar a legalidade de se sujeitar créditos públicos ao concurso universal de credores, assim como a legalidade e a adequação do

52 A Lei nº 8.443/1992 – Lei Orgânica do TCU (LOTUCU) – prevê instituto semelhante à suspensão do processo constante do CPC. Trata-se do sobrestamento, previsto nos artigos 10, § 1º, e 11 da LOTUCU e regulamentado nos artigos 157, caput, e 201, § 1º, do Regimento do Interno do TCU, c/c o artigo 47 da Resolução-TCU 259/2014, o que afasta a aplicação subsidiária do CPC.

53 Para os possíveis interessados no andamento do processo judicial do Grupo Oi S/A, indicamos como boa fonte de pesquisas a página eletrônica: <<http://www.recuperacaojudicialoi.com.br/>>. Acesso em: 01.03.2019.

54 Conforme consta do ponto 7 do relatório do Acórdão 2572/2016 no TC 033.413/2015-0 do TCU, o pedido de recuperação judicial do Grupo Oi foi feito no valor de R\$ 65 bilhões, sendo mais de R\$ 10 bilhões referentes a débitos decorrentes de penalidades administrativas aplicadas pela Anatel.

55 Com base nos limites estabelecidos pela CRFB/88 e pela Lei 8.443/1992, regulamentadas no Regimento Interno e demais normativos expedidos pelo TCU, apenas estão sujeitos à jurisdição deste Tribunal, no curso da mediação, os atos efetivados pela Anatel e pela Procuradoria Federal Especializada junto à agência, nos termos do art. 71, incisos IV, IX e X, da Constituição Federal, c/c os arts. 1º, inciso II, e 5º, incisos I e VI, da Lei 8.443/1992; A atuação do TCU no processo de mediação dar-se-á nos estritos limites estabelecidos pelos normativos da Corte e, no caso em tela, de acordo com os procedimentos definidos para a realização de fiscalização do tipo acompanhamento, com fulcro nos arts. 241 e 242 do RITCU.

próprio processo de mediação. Isso porque a atividade de controle externo exercida pelo TCU não poderia vir a ser cerceada.

Nesse sentido, o ineditismo desse caso ganha destaque no presente estudo, tendo em vista o interesse comum compartilhado não só com a Anatel e o Grupo Oi S/A., mas também do próprio TCU, no que diz respeito à efetiva prestação do serviço público de telecomunicações⁵⁶. Desse modo, não obstante os possíveis inadimplementos e dificuldades financeiras do Grupo Oi S.A., visa-se assegurar, no processo de recuperação judicial, o cumprimento de obrigações avençadas, mediante procedimento de mediação, para que, com transparência, lealdade, probidade e publicidade, possam ser garantidos os direitos contratuais dos credores da Oi S.A., bem como o soerguimento da empresa.

Desta feita, a atividade consensual passa a ocupar lugar de destaque na lide envolvendo a Oi S.A. e a Anatel pelos débitos creditícios, contenda que ganhou ampla repercussão após o pedido de recuperação judicial da empresa, com o consequente procedimento de mediação determinado por decisão judicial, o qual contou com a atuação do TCU como entidade observadora.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme posto neste ensaio, uma atuação mais consensual e menos impositiva por parte da administração pública em sua relação com os administrados — incluindo-se, aqui, os parceiros privados contratados para execução de obras e serviços —, por permitir um ganho em eficiência, passou a ocupar lugar de destaque na atuação da administração pública.

56 Conforme consta da literalidade do inciso XI do artigo 21 da Constituição Federal: “compete à União, explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações”. Apesar de haver previsão legal para exploração direta, desde a década de 1990, como reflexo do processo de desestatização da economia brasileira, a execução de serviços de telecomunicações vem sendo delegada para empresas privadas, a exemplo da atuação do Grupo Oi S/A. No que atine à importância do serviço (e consequentemente do processo de soerguimento da Empresa), observa-se o disposto no inciso VII do artigo 10 da Lei nº 7.783/89, que classificou o serviço de telecomunicações dentre os serviços públicos considerados essenciais. E, nesse ramo de serviços essenciais, nota-se, ainda que não nas proporções ideais, uma atuação com certa margem de competitividade entre as empresas — com atuação dominante da Telefônica Brasil S/A (Vivo), Claro S/A, TIM S/A e da Oi S/A. Esse fato não ocorre em certos setores como o de fornecimento de energia elétrica, em que comumente depara-se com a atuação do fornecedor exclusivo (situação específica capaz de afastar a incidência da lei de recuperação e falências, Lei nº 11.101/2005, por disposição expressa do artigo 18 da Lei nº 12.767/2012, fruto da conversão a Medida Provisória nº 577, de 29 de agosto de 2012, editada em decorrência do precedente judicial do Grupo Rede Energia S/A.). Para uma análise detalhada acerca da temática, vide: AQUINO, Fernando Henrique Franco de. Concessionárias prestadoras de serviços públicos essenciais: análise da inviabilidade de submissão à Lei de Falências com base no *leading case* do Grupo Rede Energia S.A. **BLC – Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, NDJ, ano 30, n. 3, p. 247- 254, mar. 2017.

Nesse sentido, aponta-se as inovações legislativas e jurisprudenciais nas quais há a primazia do consensualismo na execução das políticas públicas, tanto no que se refere à consensualidade administrativa como gênero — que envolve diversos aspectos da gestão pública, como a redução da burocracia no *modus operandi* dos administradores e em sua relação com os administrados — quanto no que diz respeito à consensualidade administrativa em espécie — representada pela contratualidade pública, com privilégio ao acordo de vontades.

Como reflexo dessa mudança de perspectiva na gestão pública e da introdução de medidas gerenciais desburocratizantes, bem como da ausência de hierarquia entre os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988 — os quais devem ser ponderados no caso em concreto, sem haver uma prevalência de uns sobre outros de forma prévia — passou-se a discutir na doutrina a necessidade de uma ampliação da acepção de interesse público, de forma a não se poder considerar, aprioristicamente, ser o interesse público prevalecente, em qualquer caso, sobre o privado; tampouco que esses interesses seriam sempre colidentes. Isso porque o interesse público, numa perspectiva constitucional, comporta tanto interesses difusos e coletivos, quanto interesses individuais e particulares, devendo todos serem respeitados de forma harmônica.

Assim, desde que respeitados os princípios que regem a administração pública, como os expressamente previstos no artigo 37 da Constituição Federal e a boa-fé objetiva como cláusula geral de todo contrato — seja ele público ou privado —, motivos não há para não tornar a gestão pública menos burocrática e mais aberta ao diálogo. Por meio da consensualidade, mediante uma conduta proba e transparente, permite-se dar um salto em qualidade no gerenciamento dos recursos públicos, no atingimento dos resultados definidos pelas agendas governamentais e na satisfação da população pelos serviços entregues com a qualidade esperada.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Fernando Henrique Franco de. Concessionárias prestadoras de serviços públicos essenciais: análise da inviabilidade de submissão à Lei de Falências com base no *leading case* do Grupo Rede Energia S.A. **BLC – Boletim de Licitações e Contratos**, São Paulo, NDJ, ano 30, n. 3, p. 247-254, mar. 2017.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, in **O Direito em Tempos de Crise** – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel, 1999, pp. 99-127.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública Consensual na Modernidade Líquida. **Fórum Administrativo - FA: direito público - FA**. Belo Horizonte, n. 155, jan. 2014.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. A Ressignificação da Eficiência nas Empresas Estatais à Luz da Lei nº 13.303/2016. In.: JUSTEN FILHO, M (Org.). [el al.]. **O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito**. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 73-90.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, pp. 117-169.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COMINO, Tomas Barros Martins. **Desventuras do *duty to mitigate the loss* no Brasil**: nascimento (e morte) de um brocardo. 2015. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, p. 92, 2010.

FORTINI, Cristina. **Contratos Administrativos**: franquia, concessão, permissão e ppp. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GAROFANO, Rafael Roque. **Contratualidade Administrativa**: abrangência e complexidade do fenômeno contratual da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARRARA, Thiago. As Cláusulas Exorbitantes Diante da Contratualização Administrativa. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/07/18/as-clausulas-exorbitantes-diante-da-contratualizacao-administrativa/>> Último acesso em: 28.03.2019.

NOHARA, Irene Patrícia. Alteração da Lei de Introdução às Normas e a Interpretação do Direito Administrativo. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 18, n. 207, p. 23-31, maio 2018.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação Como Processo**. 1 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

UTILIZAÇÃO DE EMPRESAS *OFFSHORE* PARA A LAVAGEM DE DINHEIRO

USE OF OFFSHORE ENTERPRISES FOR MONEY LAUNDERING

Iam Phillippe Monteiro de Brito Candido

Graduando em Direito pela ASCES-UNITA

Estagiário na 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco

RESUMO: Este artigo trata da utilização das empresas *offshore* para a lavagem de dinheiro, constatando que essas sociedades se tornaram atrativas pela facilidade de ocultação da identidade de seus proprietários, pois geralmente são constituídas por títulos ao portador, além da baixa ou nula tributação e dos sigilos bancário e fiscal ofertados pelos paraísos fiscais. Evidencia a complexidade das operações realizadas para lavar o dinheiro fruto de ilícitos por meio das *offshores* e a dificuldade das entidades governamentais para combater o branqueamento de capitais através dessas empresas. Defende que a existência de uma unidade de inteligência financeira como o COAF por si só não é capaz de combater a lavagem de dinheiro, uma vez que são necessários maiores investimentos em cooperação internacional nos âmbitos jurídico, técnico e operacional.

ABSTRACT: *This article deals with the use of offshore companies for money laundering, noting that these companies have become attractive because of the easiness of concealment of the identity of their owners, since they are usually made up of bearer securities, in addition to the low or no taxation, and the banking and fiscal secrecy offered by tax havens. It demonstrates the complexity of the operations carried out to launder the proceeds of illicit money through offshore companies and the difficulty of government entities to combat money laundering through these companies. It argues that the existence of a financial intelligence unit such as COAF alone is not capable of combating money laundering, as more investment in international legal, technical and operational cooperation is needed.*

1. INTRODUÇÃO

As recentes investigações da força tarefa da operação Lava Jato e as recorrentes divulgações por meio da mídia de crimes envolvendo agentes públicos, operadores (também conhecidos como “doleiros”) e empresas públicas e privadas, trouxeram ao público de forma ampla, a sistematização e complexidade de diversos crimes, e um em especial está em evidência: A Lavagem de Dinheiro.

Em virtude da globalização e com os avanços tecnológicos, a rotina da população e os procedimentos de investigação adotados pelo Estado têm mudado e se sofisticado, e, em consequência disso, as formas de cometer delitos e de ocultar e dissimular suas vantagens também se aprimoraram.

Nesse contexto, surge uma opção para aqueles que desejam realizar a lavagem de dinheiro: As Empresas *Offshore*. Normalmente instaladas em Paraísos Fiscais, de fácil acesso e constituição, proporcionam aos seus donos tudo o que desejam: anonimato e segurança. Em muitos países, estão pré-constituídas e com apenas uma ligação telefônica, qualquer um de nós pode usufruir de suas “vantagens”.

As sociedades *Offshore* são definidas como pessoas jurídicas, com atuação fora dos limites da sede, utilizando capital de não residentes, com diversas finalidades e classificações, sendo adotada aquela que melhor atenda aos interesses de seus sócios. (PINTO, 2007)

Todavia, tais interesses nem sempre são lícitos, visto que as altas quantias “lavadas” retornam para a economia para proporcionar luxo e conforto aos infratores e financiar novos ilícitos, como por exemplo, o tráfico de drogas e o terrorismo.

No âmbito da operação “Lava Jato”, as investigações têm evidenciado a utilização de empresas *Offshore* com a finalidade de ocultar e dissimular recursos recebidos por agentes públicos, oriundos de esquemas de corrupção, como por exemplo, em relação aos contratos de navios-sonda da Petrobras, em que se atribui uma vantagem financeira na ordem de 5 milhões de dólares americanos ao ex-presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha. (UOL, 2018)

A Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998 tipificou os crimes de “lavagem de dinheiro” e criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), visando coibir, identificar e reprimir tais práticas, pelas vias administrativa e penal.

Consideramos o tema como extremamente relevante, visto que a lavagem de dinheiro realizada por meio de empresas *offshore* interfere

diretamente no dia a dia da população brasileira, seja pelo cidadão que é assassinado por um usuário de drogas durante um assalto ou pelo jovem que não tem oportunidade de sair da pobreza pela falta de condições básicas à sua sobrevivência como moradia, alimentação e acesso à educação.

O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime possui uma unidade chamada *The Law Enforcement, Organized Crime and Anti-Money-Laundering*¹, que por meio de seus estudos apresentou dados relevantes em relação à lavagem de dinheiro, estimando que por ano 2% a 5% do PIB mundial passam pelo chamado *Money-Laundering*, o que em valores resulta algo entre 800 bilhões de dólares e 02 trilhões de dólares americanos. (UNODC, 2018)

Portanto, a partir das considerações expostas, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a utilização das empresas *offshore* para a lavagem de dinheiro, utilizando como método as pesquisas bibliográfica e qualitativa, realizando também análise de decisões recentes ligadas ao tema.

Inicialmente, serão analisados o conceito e as finalidades do crime de lavagem de dinheiro, sendo identificadas as fases que a compõem e as formas pelas quais pode ser viabilizada. Em seguida, será apresentado um breve histórico dos paraísos fiscais e a sua relevância para a constituição e funcionamento das empresas *offshore*.

Por fim, será verificado o que torna as *offshore* tão atrativas, buscando compreender em qual(uais) etapa(s) da lavagem de dinheiro são utilizadas, discutindo os impactos jurídicos e econômicos de tal prática no Brasil e como a cooperação internacional pode viabilizar a investigação, processamento e punição dos infratores.

2. LAVAGEM DE DINHEIRO

A lavagem de dinheiro, também chamada popularmente de Branqueamento de Capitais, é uma grande preocupação para os países e para toda comunidade internacional, visto que grandes quantias oriundas de práticas ilegais são movimentadas com objetivo não só de ocultar ou dissimular as infrações anteriormente cometidas, mas de financiar muitas outras, como por exemplo, o tráfico de armas e drogas e o terrorismo internacional.

2.1. Conceito de Lavagem de Dinheiro

A lavagem de dinheiro pode ser definida como um meio pelo qual determinada pessoa ou organização criminosa busca caracterizar

¹ “A Aplicação da Lei, o Crime Organizado e o Anti-branqueamento de Capitais”: Tradução livre do autor.

ganhos financeiros oriundos de atividades ilegais, como de origem lícita. (MENDRONI, 2013, p. 21)

Para Rezende (p. 40, 2013), o conceito de lavagem de dinheiro é definido pela:

[...] conduta ou condutas voltadas a conferir um aspecto de legalidade a bens de procedência criminosa, mascarando a sua origem ilícita, com o propósito de evitar a localização e apreensão desses bens pelo Estado, bem como a identificação do autor da infração penal antecedente.

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), por meio de uma cartilha disponibilizada em seu site, define que “a lavagem de dinheiro constitui um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país dos recursos, bens e serviços que se originam ou estão ligados a atos ilícitos”.

As práticas que caracterizam a Lavagem de dinheiro para o Estado brasileiro estão de forma expressa no Caput do artigo 1º da Lei 9.613/98 e em seus parágrafos 1º e 2º:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

[...]

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; (Redação

dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei. (*grifo nosso*)

Verifica-se, portanto, que a **origem** dos recursos “lavados” é necessariamente ilícita, do contrário, não haveria o porquê de fazê-lo. São em sua maioria frutos do narcotráfico, da corrupção e do desvio de recursos públicos.

2.2. Fases da Lavagem de Dinheiro

A Lavagem de dinheiro é também subdivida em categorias: a) Conversão em bens, geralmente com valores de difícil aferição, como por exemplo, as obras de arte; e b) Movimentação do dinheiro, que é o método em que o infrator utiliza bancos, países e praças, transferindo os valores de diversas formas, tentando dificultar ao máximo o rastreamento dos valores ocultados ou dissimulados. (MENDRONI, 2013)

Há um entendimento predominante entre os doutrinadores, em que o crime de lavagem de dinheiro se divide em fases, divisão esta também aceita por magistrados brasileiros, como no voto proferido pelo Ministro do STF Luiz Fux na AP 470 utilizado como precedente na ACR 5051606-23.2016.4.04.7000, pelo relator, o desembargador Leandro Paulsen da Oitava Turma do Tribunal Regional da 4ª Região:

“4) O delito de lavagem de dinheiro consoante assente na doutrina norte-americana (money laundering), caracteriza-se em três fases. A saber: a primeira é a da ‘colocação’ (placement) dos recursos derivados de uma atividade ilegal em um mecanismo de dissimulação da sua origem, que pode ser realizado por instituições financeiras, casas de câmbio, leilões de obras de arte, dentre outros negócios aparentemente lícitos. Após, inicia-se a segunda fase, de ‘encobrimento’, ‘circulação’ ou ‘transformação’ (layering), cujo objetivo é tornar mais difícil a detecção da manobra dissimuladora e o descobrimento da lavagem. Por fim, dá-se a ‘integração’ (integration) dos recursos a uma economia onde pareçam legítimos.”

Como se observa, são reconhecidas três fases, sendo a primeira o chamado *Placement*, que em português se reconhece pelo termo colocação, momento em que as quantias resultantes do ilícito são divididas para sua melhor aplicação em atividades distintas com o intuito de se obter a dissimulação, também reconhecida como *Layering*, tendo início a segunda fase da operação que é identificada como a fase em que de fato ocorre a lavagem, muito bem definida por Bruno Titz de Rezende (pp. 37-38, 2013):

A segunda fase é a da “dissimulação” ou “*layering*”, considerada a lavagem de dinheiro propriamente dita, na qual as condutas objetivam dissimular a origem ilícita dos bens. Busca-se interromper o “*paper trail*” ou rastreabilidade das movimentações realizadas com o dinheiro sujo. Para isso são criadas “camadas” que são sobrepostas à origem ilícita dos bens, com a intenção de conferir uma aparência lícita ou distanciar o bem de sua origem criminoso (v.g., emissão de duplicata falsa para embasar transferência de dinheiro sujo).

A dissimulação também é chamada por alguns doutrinadores de estratificação, pois os criminosos usam complexas operações, como por exemplo, o “embaralhamento” com quantias de origem legal e com o depósito de valores em contas fantasmas de titularidade dos próprios delinquentes para afastar sua essência ilegal. (MENDRONI, 2013, p.112)

Após o processo de *layering* e a consequente ocultação da origem ilícita dos bens, os valores de aparente origem lícita são integrados à economia sendo essa a terceira fase, também chamada em inglês de “*integration*”. Normalmente a integração ocorre com a compra de imóveis, automóveis ou na compra de joias, como no recente caso descoberto por ações da polícia federal ao investigar o ex-governador do Estado do Rio de Janeiro, Sergio Cabral. (O GLOBO, 2018)

A caracterização do crime de lavagem de dinheiro ocorre independentemente da “fase” em que se descobrir tal prática, visto que a legislação não vinculou a atribuição do crime a alguém, pelo preenchimento de um pré-requisito, ou melhor, pelo esaurimento das “fases” do delito.

A lavagem de dinheiro também é autônoma em relação ao ilícito antecedente, isto é, não é necessário que ocorra condenação ou trânsito em julgado para que se inicie um processo penal para verificar sua incidência conforme o artigo 2º da Lei 9.613/98².

2 Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: I – obedecem às disposições relativas ao procedimento comum dos crimes punidos com reclusão, da competência do juiz singular; II - independem

Nos Tribunais Superiores não há discussão quanto à aplicabilidade do referido artigo, pois se entende que há diferentes bens jurídicos sendo tutelados, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) abaixo:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE “LAVAGEM” DE DINHEIRO (ART. 1º, I, C/C § 1º, II, E § 4º, DA LEI 9.613/98). INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO DEMONSTRADA. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO DO SUPOSTO AUTOR DO CRIME ANTECEDENTE (TRÁFICO DE DROGAS) TAMBÉM POR “LAVAGEM” DE CAPITAIS. CRIMES INDEPENDENTES. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. [...] VII - O crime de “lavagem” de dinheiro é apurado de forma autônoma em relação ao crime antecedente (no caso, tráfico de entorpecentes), até porque são distintos os bens jurídicos protegidos. É o que se depreende da leitura do art. 2º, II, da Lei n. 9.613/98, razão pela qual não procede a afirmação do recorrente de que não poderia ser punido por ambos os delitos (precedentes do STF e do STJ). Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (STJ - RHC 44255 / SP RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2014/0004163-8, Relator: Ministro Felix Fischer, Data do julgamento: 01/09/2015, T5 – QUINTA TURMA, Data da Publicação: DJe 10/09/2015) (grifo nosso)

Para viabilizar a Lavagem de dinheiro são utilizadas diversas técnicas, sendo sua enumeração de difícil viabilização, dada a constante evolução das tecnologias, da inovação e da “criatividade” dos infratores; em virtude disso, será analisada exclusivamente a utilização de **Empresas Offshore**, sociedades geralmente constituídas e instaladas em paraísos fiscais, objeto do presente estudo.

Para se compreender o funcionamento e a viabilidade das sociedades *offshore* para a lavagem de dinheiro, é necessário se observar o local onde normalmente estão instaladas, ou seja, os paraísos fiscais.

do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

3. PARAÍÇOS FISCAIS

Há entre os doutrinadores inúmeros defensores dos paraísos fiscais, como por exemplo Tixier e Gest *apud* Anselmo (2010, p.3), os quais defendem que “só há paraísos fiscais porque existem os infernos fiscais criados pelas nações mais desenvolvidas”.

Tal afirmação se justifica por inúmeros motivos, entre os principais, os altos percentuais cobrados a título de impostos sobre a renda e sobre a transferência de patrimônio, constituindo a chamada dupla tributação internacional, que é a incidência de tributação internacional cobrada por duas ou mais nações soberanas, em função de uma mesma situação. (PINTO, 2007)

Infelizmente, as críticas aos paraísos fiscais não se restringem ao campo da moralidade, visto que sua utilização não se resume às práticas oriundas do planejamento tributário, mas também ao cometimento de ilícitos. Entre esses e talvez o mais comum, a Lavagem de Dinheiro.

Segundo Pinto (2007, p. 140), há outras finalidades além da tentativa de “fugir” da cobrança de tributos, note-se:

Os bilhões de dólares nas Ilhas Cayman e em outros paraísos fiscais do tipo não estão lá porque são oferecidos a eles serviços bancários melhores que os oferecidos em Wall Street, Londres ou Frankfurt; esse dinheiro está lá porque o sigilo permite a evasão de impostos, **a lavagem de dinheiro** e outras atividades nefastas. (grifo nosso)

Desse modo, os paraísos fiscais tornaram-se propícios para a lavagem de dinheiro e em conjunto com as empresas *offshore*, ofertam muitas vantagens para aqueles que pretendem permanecer ocultos e à margem da lei.

3.1. Conceito e Breve Histórico

Os paraísos fiscais podem ser conceituados como territórios que sobre os rendimentos de não-residentes ou a esses equiparados, impõem uma nula ou reduzida tributação dispondo de segredo bancário, falta de controle de câmbio e diversas facilidades para a constituição e administração de sociedades. (TÔRRES *apud* PINTO, 2007)

Também conhecidos pelo termo em inglês *Tax Heaven*, são criados para evitar ou diminuir o pagamento de tributos, viabilizando mais uma opção ao planejamento tributário de pessoas físicas e jurídicas, prática também

conhecida como Elisão Fiscal, que é a adoção de práticas lícitas para que se possa evitar o fato gerador de determinados tributos. (GARCIA, 2000)

Ainda que seja possível realizar críticas por questões morais, tendo em vista que o Estado deixará de arrecadar com a adoção da Elisão Fiscal, dispondo conseqüentemente, de menos recursos em prol da coletividade, tal procedimento é totalmente lícito.

O marco inicial para o surgimento dos paraísos fiscais pode ter sido a prática de estocar produtos em ilhas próximas à cidade de Atenas na Grécia antiga por parte dos mercadores para evitar o pagamento de impostos de 2% sobre exportação e importação. (PINTO, 2007)

Com o passar do tempo, a criação de regiões com baixa ou nenhuma tributação foi sendo ampliada. Os Estados norte-americanos de Nova Jersey e Delaware no final do século XIX criaram o fenômeno *offshore* para atrair empresas sediadas em outros Estados com a oferta de vantagens fiscais. Em 1889, o Banco da Nova Escócia do Canadá abriu uma filial na Jamaica, oferecendo vantagens financeiras e tributárias para comerciantes internacionais. (ANSELMO, 2010)

Já em 1913, foi criado o primeiro Código Tributário do Panamá, que instituiu uma série de isenções aos lucros originados em atividades comerciais no exterior de empresas situadas em seu território, sendo pioneira na criação de legislações tributárias e societárias a proporcionar privilégios. (PINTO, 2007)

O Panamá sempre foi uma referência ao se tratar sobre os paraísos e fiscais e ainda que sua utilização tenha diminuído após a invasão realizada pelos Estados Unidos da América no fim da década de 80, sua relevância foi mais uma vez demonstrada com o recente escândalo denominado Panamá *Papers*, conforme matéria veiculada pelo Jornal Estadão em julho de 2016: “A firma panamenha Mossack Fonseca criou 37 empresas em paraísos fiscais envolvidas em escândalos por suas operações em solo africano. Panamá *Papers* revelam que há *offshores* operando em 44 dos 54 países da região”.

Entretanto, são inúmeros os países considerados como paraísos fiscais, como por exemplo Suíça, Ilhas Cayman, Bahamas, entre outros, sendo variada a sua caracterização e classificação.

3.2. Caracterização e Classificação

De acordo com o relatório *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*³ publicado em 1998 pela Organização para Cooperação e

3 “Concorrência Tributária Nociva: Uma questão global”: Tradução livre do autor.

Desenvolvimento Econômico (OCDE), os principais fatores para que um país seja considerado um paraíso fiscal são: a) tributação inexistente ou insignificante dos rendimentos; b) falta de troca efetiva de informações; c) falta de transparência relativa às disposições legais ou administrativas; d) ausência de obrigação de exercício de uma atividade econômica substancial. (OCDE *apud* ANSELMO, 2010)

O Brasil, por meio da instrução normativa nº 1037, de 04 de junho de 2010 da Receita Federal do Brasil (RFB), determina quais países ou dependências possuem, na sua concepção, “tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados”. De acordo com o *caput* do artigo 1º da supracitada instrução, o Estado brasileiro leva em consideração aos menos três critérios para realizar sua classificação, I- Não tributação; II- Tributação inferior a 20% (vinte por cento); III – Legislação interna não permite acesso a informações da composição societária ou titularidade de pessoas jurídicas. Até mesmo nosso vizinho Uruguai é compreendido como um país de regime fiscal privilegiado (a tributação é muito baixa e, em alguns casos, pode ser inexistente) conforme o artigo 2º da instrução normativa RFB nº 1037/2010.

Na referida instrução normativa foram apresentadas diversas classificações para os paraísos fiscais, sendo de grande relevância a que trata sobre o regime jurídico-tributário que os divide em três grupos, explicados de forma objetiva por Anselmo (2010, p. 4), *in verbis*:

- a) paraísos fiscais puros: **os que não recebem impostos diretos sobre a renda**, lucros ou ganhos de capital oriundos de operações realizadas off-shore;
- b) paraísos fiscais liberais: contam com determinados impostos diretos, mas **estabelecem incentivos e preferências para alguns ramos de atividade** com o objetivo de atraí-los para seu território;
- c) paraísos fiscais com tratados: os que **realizam tratados internacionais, favorecendo o treaty shopping** para intermediar operações entre jurisdições mediante a sua interposição na operação.

As empresas *offshore* normalmente estão instaladas nos paraísos fiscais puros, pois estes não recebem impostos diretos sobre a renda, lucros e ganhos, assim como também não taxam a sucessão *inter vivos* ou *causa mortis*. (PINTO, 2007)

4. EMPRESAS *OFFSHORE*: CONCEITO

Offshore é o termo normalmente utilizado para identificar uma sociedade situada fora do território de um país, localizada normalmente em um paraíso fiscal, de simples constituição ou aquisição, podendo ofertar uma série de vantagens aos seus sócios, entre elas, isenções fiscais e anonimato.

Nesse sentido, veja-se o conceito formulado por Stuber (2013, p.17-18):

O termo “offshore” aplica-se à sociedade que está sediada fora das fronteiras de um país. Offshore company é uma entidade situada no exterior, sujeita a um regime legal diferenciado, que é extraterritorial em relação ao país de domicílio de seus sócios ou acionistas. Essa expressão tem sido mais especificamente utilizada para designar as sociedades constituídas em Paraísos Fiscais, onde as referidas sociedades gozam de privilégios tributários, tais como impostos reduzidos ou até mesmo isenção de impostos, privilégios esses concedidos para atrair investimentos e capitais estrangeiros e viabilizar oportunidades de negócios.

As *offshore* são muito vantajosas para aqueles que querem realizar um planejamento tributário, principalmente em comparação com as empresas sediadas em território nacional, tanto que, conforme Pinto (2007, p.166), viraram “moda”; veja-se:

Os negócios offshore nunca estiveram tão em moda e oferecem tantas vantagens em comparação com as empresas domésticas comuns, que os diversos paraísos fiscais acabam, até mesmo, competindo entre si, procurando oferecer mais e melhores vantagens aos seus clientes como forma de atraí-los para seus territórios, tanto que aproximadamente metade das transações financeiras do mundo circula por suas jurisdições.

Tais vantagens se originam do Regime Tributário Diferenciado a que são submetidas nos lugares em que estão localizadas, ou seja, viabilizam aos seus donos todas as vantagens dos paraísos fiscais: baixa ou nenhuma tributação, sigilo financeiro e anonimato quanto à propriedade das empresas.

Entretanto, não é apenas a questão tributária que atrai pessoas físicas e jurídicas a constituírem empresas *offshore*; variadas são as hipóteses: a)

Criminosos querendo esconder o dinheiro ganho com a prática de crime (caso de lavagem); b) Pessoas físicas e jurídicas que querem investir dinheiro com taxas baixas; c) Pessoas físicas e jurídicas que querem sonegar impostos; d) Pessoas físicas e jurídicas que querem esconder dinheiro de credores; e) Pessoas físicas e jurídicas que querem investir dinheiro em locais seguros de instabilidades econômicas no seu país; g) Pessoas físicas que querem diminuir o valor de imposto a ser pago por seus herdeiros quando da transferência pela morte, entre outras. (MENDRONI, 2013)

Em muitos casos, as sociedades *offshore* detêm apenas sistemas cartorários e uma caixa postal ou são representadas por escritórios de aluguel, sendo sua escrituração contábil e seus resultados financeiros controlados de outro local. (PINTO, 2007)

Em regra, devem possuir registro público no local onde estão situadas, todavia, há países onde não há tal exigência, tornando-as ainda mais atraentes, sem contar com o fato de que podem ser formadas por ações ao portador conforme apresenta Castro (2000, p. 4):

A *off-shore* nunca morre e tampouco sofre qualquer abalo com a morte de seu acionista, na medida em que sua formação pode se dar por intermédio de ações ao portador, o que por óbvio, permite que essas instituições se prestem a uma forma segura e simples de transferência a herdeiros de bens e direitos, mediante simples tradição das mencionadas participações societárias.

Por apresentar tantas facilidades e benefícios, os criminosos encontraram nas empresas *offshore* uma grande oportunidade de ocultar e dissimular os produtos dos seus ilícitos, tanto que, em muitos dos recentes escândalos envolvendo políticos, órgãos públicos e a iniciativa privada no Brasil, sua utilização é constantemente apontada como meio para a lavagem de dinheiro.

No âmbito da operação “Lava Jato”, ainda em curso, tanto na fase de investigação quanto no julgamento dos processos, é citada a utilização de empresas *offshore* para concretização da lavagem de dinheiro.

Assim concluiu o Desembargador Leandro Paulsen da Oitava Turma do TRF4, relator para acórdão da ACR 5039475-50.2015.4.04.7000: “As condutas de ocultação e de dissimulação se concretizaram mediante utilização de contas secretas no exterior e de *offshores* com contrato de comissionamento simulado [...]”.

Ganhou bastante notoriedade o caso do ex-presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha, que de acordo com as investigações utilizava “*trusts*” e empresas *offshore* para cometer os ilícitos. Esses fatos foram utilizados pelo então juiz da 13.^a Vara Federal Criminal de Curitiba/PR Sérgio Moro para fundamentar a condenação do ex-deputado na ação penal nº 5051606-23.2016.4.04.7000/PR a mais de 15 (quinze) anos de prisão por corrupção, lavagem de dinheiro e evasão de divisas:

[...] 443. Já no presente feito, não se trata de mero pagamento a pessoa interposta, mas, com a **utilização de contas secretas no exterior, em nome de, de um lado, uma off-shore, doutro lado, um trust, da realização de um transação subreptícia, por meio da qual a propina é colocada e ocultada em um local seguro.** Para o beneficiário, desnecessárias ulteriores providências para ocultar a propina, já que as condutas envolvidas na transferência foram suficientes para essa finalidade. 444. O entendimento ora adotado, em evolução da posição do julgador, não representa contrariedade com o referido precedente do Egrégio Supremo Tribunal Federal, pois distintas as circunstâncias. [...]

Em 2017 foi determinada de forma unânime pela 1^a Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) a condenação do ex-prefeito de São Paulo, Paulo Maluf, sendo o emprego de empresas *offshore* mais uma vez citado como instrumento para a lavagem de dinheiro. Para embasar o seu voto, asseverou o relator da Ação Penal nº 863, o Ministro Luiz Edson Fachin:

[...] A partir da mencionada conta bancária, toma corpo o início do processo de lavagem de dinheiro, com inúmeras operações financeiras subsequentes realizadas sob ordens de Paulo Maluf, o qual fez uso, principalmente, de *longa manus* a executar diretamente **as transações de “branqueamento” dos ativos ilícitos, tais como o emprego de empresas offshore, estratificação do dinheiro** (divisão de um montante de origem ilícita em diversas operações financeiras) por intermédio de múltiplas movimentações financeiras que “pulverizam” o dinheiro em contas e fundos de investimento, sucessivas remessas e créditos de mesma origem. [...] (grifo nosso)

Nesse contexto, os criminosos encontraram um ambiente propício para ocultar e dissimular os seus créditos de origem ilícita, dado que essas empresas são formadas por ações ao portador, logo, a titularidade delas é de difícil comprovação. Ademais, normalmente estão situadas em paraísos fiscais, que por sua vez garantem sigilo fiscal, financeiro e societário.

Todas essas vantagens em conjunto com a dificuldade na troca de informações e da baixa ou nenhuma cooperação internacional entre os países, fazem com que as sociedades *offshore* sejam um meio eficaz para a lavagem de dinheiro.

4.1. Empresas Offshore e a Lavagem de Dinheiro

Diante de tantas oportunidades ofertadas, as empresas *offshore* passaram a ser utilizadas também por organizações criminosas, contudo, em qual/quais fases da lavagem de dinheiro são utilizadas? Para Mendroni (2013, p. 141), são utilizadas na primeira fase, ou seja, na colocação, também conhecida por *placement*, pois operações financeiras extraterritoriais têm bastante significado para os grupos criminosos: não são submetidas a inúmeros regulamentos como ocorre em território local.

O dinheiro é transferido diretamente para as empresas *offshore*, que são utilizadas para afastar o dinheiro de sua origem ilícita. Esses valores podem ser incorporados ao capital social dessas empresas, que por possuírem ações ao portador, não se sabe exatamente quem é o seu dono. Logo após, ocorrem as demais fases: Dissimulação ou *layering*, com uma série de ações para, cada vez mais, desvincular as quantias dos delitos que lhe deram origem e por fim, a integração – *integration*, que é a inserção desses valores na economia com uma aparência lícita. Em seguida, veremos como é dado o combate ao branqueamento de capitais.

5. COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO

Considerando que as organizações criminosas, em especial os narcotraficantes, se organizaram globalmente de forma empresarial, e que a lavagem de dinheiro viabilizava suas operações nacional e internacionalmente, em 1988 ocorreu a Convenção de Viena com o propósito de conscientizar os Estados da necessidade de cooperação internacional para o enfrentamento de tal situação. Os Estados que subscreveram o acordo (caso do Brasil, que por meio do Decreto nº 154/1991 ratificou a Convenção de Viena) obrigaram-se a tipificar penalmente as operações de lavagem de dinheiro, além de cooperar

internacionalmente em matéria de extradições, produção probatória no exterior e confisco de bens oriundos de ilícitos. (MENDRONI, 2013)

Os países subscritores se comprometeram a criar suas próprias Unidades de Inteligência Financeira (FIU), que podem ser de natureza judicial, policial, mista (judicial/policial) ou administrativa, tendo como função receber as informações a respeito de operações suspeitas e repassá-las aos órgãos competentes para investigar e processar criminalmente os suspeitos, atribuições que são por excelência do Ministério Público (MP) e das Polícias. Tendo em vista a complexidade dos fatos e documentos obtidos, recomenda-se que a investigação seja, ao menos, dirigida pelo MP. (MENDRONI, 2013)

O Brasil criou a sua própria FIU por meio da Lei 9.613/1998, quando foi instituído o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)⁴, tendo a “finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades”. (BRASIL, 1998)

5.1. Mecanismos de Controle

Tendo em vista que há a necessidade de movimentações financeiras ou compra e venda de bens para que a Lavagem de Dinheiro ocorra, foram estabelecidos mecanismos de controle dos registros de operações consideradas suspeitas. (MENDRONI, 2013)

A Lei 9.613/1998, em seu artigo 9º, definiu quais pessoas físicas e jurídicas devem se submeter às obrigações definidas nos artigos 10 e 11 da mesma Lei, devendo estas identificar seus clientes, realizar a manutenção de registros de operações realizadas, comunicar a ocorrência de operação suspeita ao órgão regulamentador de sua atividade ou na falta desse, ao COAF.

4 Órgão inicialmente ligado ao Ministério da Fazenda, a partir da Medida Provisória nº 870/2019 passou a ser da alçada do Ministério da Justiça e Segurança Pública. É composto por servidores públicos de reputação ilibada e reconhecida competência, designados em ato do Ministro da Justiça e Segurança Pública, dentre os integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados do Ministério da Economia, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional do Ministério da Economia, da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia, da Agência Brasileira de Inteligência do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, da Polícia Federal do Ministério da Justiça e Segurança Pública, da Superintendência Nacional de Previdência Complementar do Ministério da Economia e da Controladoria-Geral da União, indicados pelos respectivos Ministros de Estado, conforme o artigo 16 da Lei 9.613/1998. Entretanto, na votação ocorrida no 22/05/2019, a Câmara dos Deputados, após votação em plenário, mudou o texto original da MP nº 870/2019 devolvendo o COAF para o agora intitulado Ministério da Economia. A supracitada Medida Provisória foi remetida à sanção do Presidente Jair Bolsonaro, e para, consequentemente, ser convertida em lei. (CONGRESSO NACIONAL, 2019)

É a partir da obrigatoriedade da comunicação de operações suspeitas que o COAF poderá formar uma rede de informações, possibilitando a investigação de condutas que podem configurar lavagem de dinheiro. A determinação legal de comunicar operações suspeitas é a forma mais eficiente de apuração de crimes de lavagem de dinheiro e tem como base o princípio de que cada um tem que saber com quem está fazendo negócios. (MENDRONI, 2013)

A seguir, será apresentado como se dá a dinâmica do controle.

5.2. Dinâmica do Controle

As pessoas com obrigação legal de comunicar operações suspeitas, como os bancos, por exemplo, devem trabalhar com duas questões essenciais: “suspeita” e “comunicação”. Com base nessas questões, os funcionários dessas instituições devem analisar atentamente as operações realizadas, e, verificando formas ou condutas anormais, devem comunicar ao órgão regulador da sua área de atuação (no caso dos bancos, o Banco Central do Brasil), o qual realizará fiscalização e em seguida, repassará relatórios com informações às autoridades do COAF, que por sua vez, devem reportar as informações às autoridades que irão promover a persecução penal, ou seja, Polícia e Ministério Público. Caso não haja órgão regulamentador, a comunicação deverá ser feita diretamente ao COAF. (MENDRONI, 2013)

Em posse dessas informações, as autoridades competentes ao investigar crimes de lavagem de dinheiro devem analisar três potenciais circunstâncias em relação aos suspeitos: a) suas condutas (o que gostam de fazer); b) suas finanças (o que eles conseguem/podem realizar); c) seus negócios (os veículos financeiros de que dispõem). Ao revisar contas/finanças, devem analisar indicadores de potencial lavagem de dinheiro como, por exemplo, quantias excessivas ou significativas de dinheiro, compra frequente de moeda estrangeira (especialmente US Dólar ou Euro, pois possuem maior liquidez) e saques, gastos e “pagamentos” inexplicáveis. (TURNER *apud* MENDRONI, 2013)

Levando em consideração que as empresas *offshore* estão situadas fora do território nacional, para promover a investigação dos crimes de lavagem de dinheiro e a repatriação de recursos, será fundamental a cooperação internacional com os outros países.

5.3. Cooperação Internacional

Em declarações mais recentes, especialistas da ONU afirmam que podem estar sendo escondidos anualmente entre 7 trilhões e 25 trilhões de dólares, sendo centenas desses bilhões por meio de empresas *offshore*. Em abril de 2015, a Petrobrás divulgou o balanço referente ao exercício do ano 2014, estimando um prejuízo no montante de R\$ 21,6 bilhões, dos quais R\$ 6,2 bilhões oriundos da corrupção. As instigações da operação “Lava Jato” concluíram que boa parte desses valores foram submetidos à lavagem de dinheiro por meio de sociedades *offshore*. (VALOR ECONÔMICO, 2015)

Nesse sentido, a cooperação internacional é essencial para poder investigar e punir quem comete crimes de lavagem de dinheiro, como são os casos que envolvem as empresas *offshore*, pois são delitos concretizados em mais de um país, o que restringe a atuação das autoridades por questões jurisdicionais e de soberania nacional.

Com base nisso, em 1988 foi formulado pela ONU o Plano de Ação Contra Lavagem de Dinheiro, que no Brasil é coordenado pelo Programa das Nações Unidas para o Controle Internacional de Drogas (UNDCP), agência da ONU responsável por operacionalizar o controle internacional de drogas e crime correlatos. Foram realizadas várias recomendações, entre elas, a cooperação internacional e judicial nas atividades relacionadas ao crime de lavagem de dinheiro e a remoção de obstáculos que dificultem a investigação de crimes, tais como o sigilo bancário e cooperação técnica. (MENDRONI, 2013)

Ao receber as informações das instituições e órgãos reguladores, a FIU local repassa os dados e documentos obtidos para os órgãos responsáveis pela persecução penal do país onde os crimes devem ser apurados. (MENDRONI, 2013)

Tal procedimento vem sendo adotado pelo Ministério Público brasileiro em parceria com o Ministério Público da Suíça no âmbito da operação Lava Jato, com o compartilhamento de informações e confisco de valores pelo MP suíço, que afirma ter confiscado algo em torno de 2,8 bilhões de reais até o momento. Afirma-se que com a cooperação internacional, foram repatriados até o momento 700 milhões de reais. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que a lavagem de dinheiro é um conjunto de ações implementadas para ocultar e/ou dissimular a origem ilícita de recursos. Essas condutas são tipificadas como crime no Brasil por meio da Lei 9.613/1998 que também instituiu o COAF, a sua Unidade de Inteligência Financeira. As quantias alvo do branqueamento de capital poderiam e deveriam ser investidas em prol da coletividade, financiando áreas essenciais como saúde, educação, habitação e segurança pública. Entretanto, normalmente são utilizadas em atividades que atentam contra o Estado democrático de Direito, como no caso do terrorismo e do narcotráfico. Esses recursos não só deixam de servir à sociedade, como passam a agredi-la, ao financiar milícias urbanas e o tráfico de armas e drogas, por exemplo.

Identifica-se, portanto, que a lavagem de dinheiro é um crime meio, que quando não combatido, faz valer a pena o cometimento de ilícitos e viabiliza diversos outros, ainda mais quando são utilizados meios sofisticados para sua efetivação, como é o caso das sociedades *offshore*.

Inicialmente com o objetivo de ser mais uma ferramenta para a Elisão Fiscal, verifica-se que as *offshore* se tornaram atrativas por sua propriedade ser facilmente ocultada, em função da possibilidade de serem constituídas por títulos ao portador, e, estando normalmente instaladas em paraísos fiscais, têm assim garantida tributação nula ou reduzida, além de sigilo fiscal e bancário. Dessa forma, deixam de ser utilizadas para o planejamento financeiro de pessoas físicas e jurídicas e passam a ser um instrumento para a prática de delitos.

A partir das empresas *offshore*, com a lavagem das quantias ilícitas, os criminosos podem facilmente financiar suas operações internacionalmente, sejam elas: tráfico de drogas, de armas, terrorismo internacional, entre tantas outras. Por não serem submetidas a inúmeros regulamentos como ocorre com as empresas em território nacional, são utilizadas na primeira fase da lavagem de dinheiro, ou seja, na colocação, também conhecida por *placement*, viabilizando assim operações financeiras extraterritoriais. Com a transferência do dinheiro para uma *offshore* (consequentemente para outro país), tentam afastar o dinheiro de sua origem ilícita.

O impacto da falta desses recursos na economia é alarmante, principalmente se os seguintes questionamentos forem realizados: Com o investimento desses valores no Brasil, quantos empregos seriam criados? Haveria redução nos índices de criminalidade? E redução na desigualdade social, também haveria? De pronto, pode-se afirmar que sim. Também é

possível perceber tais reflexos ao vivenciar a realidade brasileira, em que, especialmente nos últimos quatro anos, foi marcada por uma forte crise econômica, repleta de desconfiança na política, nas pessoas e nas instituições. Pela falta de recursos e confiança, ocorreu o aumento do desemprego, da criminalidade e da desigualdade social.

Os criminosos que constantemente utilizam as empresas *offshore* para ocultar e dissimular seus ganhos têm elevada responsabilidade por tais resultados negativos, e, diante dos fatos expostos, é urgente e imprescindível o investimento no combate ao branqueamento de capitais, principalmente por meio da cooperação internacional, jurídica e técnica, que tem se mostrado a única alternativa eficaz para tal, especialmente em uma época de economia globalizada.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano. **A OCDE e os novos paradigmas no combate aos paraísos fiscais**. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000165de2791b-3dcae667c&docguid=I891c9290f25411dfab6f010000000000&hitguid=I-891c9290f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=11&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 de set. 2018.

BRASIL, 13ª Vara Federal de Curitiba, Seção Judiciária do Paraná. **Ação Penal nº 5051606-23.2016.4.04.7000/PR**. Juiz Federal Sérgio Fernando Moro. Curitiba, 30 de mar. 2017. Disponível em: <https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento>. Acesso em: 15 de set. 2018.

_____. Congresso Nacional. **Matérias Legislativas**. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/135064>>. Acesso em: 13 de jun. 2019.

_____. Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). **Cartilha: Lavagem de dinheiro - Um problema mundial**. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view>>. Acesso em: 16 de abr. 2018.

_____. **Lei 9.613/1998**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>

ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 29 de mar. 2018.

_____. **Medida Provisória nº 870/2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv870.htm#art72>. Acesso em: 01 de jun. 2019.

_____. Receita Federal Do Brasil. **Instrução normativa RFB nº 1037, de 04 de junho de 2010**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=16002#128258>>. Acesso em: 16 de abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. - **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº2014/0004163-8 - RHC 44255/SP**. Relator: Ministro Felix Fischer. 5ª Turma. Brasília, 10 de set. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=44255+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 15 de set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 863**. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. 1ª Turma. Brasília, 23 de mai. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13466369>>. Acesso em: 15 de set. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal, Região 4. **Apelação Criminal nº 5051606-23.2016.4.04.7000**. Relator para Acórdão: Desembargador Leandro Paulsen. 8ª turma. Porto Alegre, 04 de dez. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9065204>. Acesso em: 15 de set. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal, Região 4. **Apelação Criminal nº 5039475-50.2015.4.04.7000**. Relator para Acórdão: Desembargador Leandro Paulsen. 8ª Turma. Porto Alegre, 07 de ago. 2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF413243526>>. Acesso em: 15 de set. 2018.

CAJUEIRO, Roberta Liana Pimentel. **Manual para elaboração de trabalhos acadêmicos: guia prático do estudante**. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

CASTRO, Alexandre Barros. **Trust e off-shore: elisão ou evasão fiscal?**.

Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000165de2b42faee1051ac&-docguid=Ifb6c9990f25311dfab6f010000000000&hitguid=Ifb6c9990f-25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=37&context=44&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 de set. 2018.

ESTADÃO. Ouro, petróleo e outros recursos naturais da África passaram por offshores suspeitas de corrupção. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,ouro-petroleo-e-outros-recursos-naturais-da-afrika-passam-por-offshores-suspeitas-de-corrupcao,10000064856>>. Acesso em: 02 de mai. 2018.

FOLHA DE SÃO PAULO. Ministério Público suíço mantém R\$ 2,8 bi confiscados pela Lava Jato. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/ministerio-publico-suico-mantem-r-28-bi-confiscados-pela-lava-jato.shtml>>. Acesso em: 12 de set. 2018

GARCIA, Ailton Stropa. O descumprimento das obrigações tributárias. Disponível em: <<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000165de30cb26a487fef7&-docguid=I01948710f25411dfab6f010000000000&hitguid=I01948710f-25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=100&context=95&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 de set. 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo: Atlas, 2013.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Paraísos fiscais desviam centenas de bilhões de dólares todos os anos, alertam especialistas da ONU. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/paraissos-fiscais-desviam-centenas-de-bilhoes-de-dolares-todos-os-anos-alertam-especialistas-da-onu/>>. Acesso em: 18 de abr. 2018

O GLOBO. Lava-Jato cumpre mandados contra família de joalheiros no Rio e na Bahia. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/lava-jato-cumpr-mandados-contr-familia-de-joalheiros-no-rio-na-bahia-23036873>>. Acesso em: 12 de set. 2018.

PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007.

REZENDE, Bruno Titz de. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

STUBER, Walter Douglas. **O regime tributário brasileiro das sociedades estrangeiras sediadas em paraísos fiscais**. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000165de33f4e445baddf1&docguid=I1f681230ae3511e28b9c010000000000&hitguid=I1f681230ae3511e28b9c010000000000&spos=1&epos=1&td=100&context=110&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 de set. 2018.

UOL. **Moro ordena sequestro de US\$ 5 milhões de Eduardo Cunha**. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2018/03/26/moro-ordena-sequestro-de-us-5-mi-de-eduardo-cunha.html>>. Acesso em: 29 de mar. 2018

UNODC. **Money-laundering and globalization**. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/globalization.html>>. Acesso em: 29 de mar. 2018.

VALOR ECONÔMICO. **Petrobras perde R\$ 6,2 bi com corrupção e tem prejuízo de R\$ 21,6 bi**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4017554/petrobras-perde-r-62-bi-com-corrupcao-e-tem-prejuizo-de-r-216-bi>>. Acesso em: 18 de abr. 2018.

**A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL EM
EXECUÇÃO PENAL: A CONTROVÉRSIA SOBRE AS
PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM REGIME
SEMIABERTO E ABERTO**

***THE FEDERAL JUSTICE COMPETENCE IN CRIMINAL
EXECUTION: THE PENALTIES OF LIBERTY DEPRIVATIONS
CONTROVERSY IN OPEN AND SEMI-OPEN REGIME***

José Flávio Fonseca de Oliveira

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará
Juiz Federal Substituto na 12ª Vara Federal da SJCE

RESUMO: Este artigo pretende demonstrar que a competência da Justiça Federal, em regra, resume-se à execução das penas restritivas de direito. As penas privativas de liberdade, exceto quando executadas em penitenciárias federais ou por transferência de execução, são de competência da Justiça Estadual ou Distrital. Argumenta-se que o critério de definição de competência pelo estabelecimento de cumprimento da pena é o mais apropriado para a organização do sistema penitenciário. Por fim, sustenta-se que a superlotação ou inexistência de vaga não autoriza o deslocamento da competência da execução de penas privativas de liberdade para Justiça Federal, para evitar a colocação de condenados por crimes mais graves em regime mais brando ou em regime de prisão domiciliar, sem levar em conta a gravidade do crime e a periculosidade do apenado.

ABSTRACT: *This paper intends to demonstrate that the federal justice competence, in general, resumes itself to the criminal execution of the penalties of rights restrictions. The penalties of deprivations of liberty, except when executed in federal penitentiaries or by execution transference, are State or District Justice competence. It is argued that the competence definition criteria by the sentence enforcement establishment is the most appropriate for the organization of the penitentiary system. At last, it is upheld that overcrowding or vacancy inexistence does not authorize the transference of the penalty liberty deprivation competence to the Federal Justice, to avoid placement of*

convicts for more serious felonies in milder or house arrest regime, without taking into account the gravity of the crime and dangerousness of the convict.

1. INTRODUÇÃO

A competência da execução penal na Justiça Federal ainda é tema de controvérsia jurídica e doutrinária, demandando ainda reflexão do Poder Judiciário e da doutrina. Desde a recriação da Justiça Federal em 1966, pela Lei nº 5.010, é possível sustentar que houve a delegação de parte da competência dessa justiça especializada para os estados e para o Distrito Federal.

Objetiva este artigo demonstrar que a competência para execução penal da Justiça Federal encontra-se reduzida ao cumprimento de penas restritivas de direitos, por expressa disposição legal. Com exceção do cumprimento de pena em penitenciária federal de segurança máxima ou no caso de transferência de processo ou de transferência de execução de outro país para o Brasil, conforme Convenção ou Acordo, enquanto não construídos presídios federais para presos comuns ou não alterada a legislação, caberá aos Estados e ao Distrito Federal a competência para a execução de penas privativas de liberdade impostas pela Justiça Federal.

Ainda que a divergência sobre essa conclusão persista, somente a superação do estado de fato, com a construção de presídios federais para presos comuns, poderá afastar a regra do art. 85 da Lei nº 5.010/66 e o entendimento da Súmula nº 192 do Superior Tribunal de Justiça, de que as penas cumpridas em estabelecimentos sob administração dos estados ou do Distrito Federal afetam a competência da execução penal.

Dividiu-se o artigo em quatro partes, iniciando-se pela delimitação da competência da Justiça Federal para a execução penal, passando pelas duas hipóteses de competência para a execução de pena privativa de liberdade que são exclusivas da Justiça Federal e tratando da divergência sobre a competência para os casos de penas privativas nos regimes semiaberto e aberto.

2. A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA A EXECUÇÃO PENAL

A competência da Justiça Federal em matéria penal é estabelecida nos artigos 108 e 109 da Constituição da República, que trazem, respectivamente, a competência dos Tribunais Regionais Federais e da Justiça Federal de 1º

Grau. Na leitura dessas normas, observa-se que não se tem regra expressa da competência da Justiça Federal para a execução penal, o que não significa dizer que essa competência foi totalmente transferida para a Justiça dos Estados e do Distrito Federal, que têm competência residual.

A regra de competência da execução penal vem definida de forma conjunta pelos artigos 668 do Código de Processo Penal¹ e 65 da Lei de Execução Penal², que estabelecem que competirá ao juízo da condenação a execução da sentença ou ao Presidente do Tribunal do Júri e, no caso dos tribunais, ao seu Presidente, salvo se não houver na organização judiciária regra que especialize a competência de determinada vara.

Entretanto, a Lei Orgânica da Justiça Federal, Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, que recriou a Justiça Federal, a qual havia sido extinta no Estado Novo em 1937, trouxe expressamente uma ressalva da competência da Justiça Federal para as execuções penais:

Art. 85. Enquanto a União não possuir estabelecimentos penais, a custódia de presos à disposição da Justiça Federal e o cumprimento de penas por ela impostas far-se-ão nos dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Como se observa, não é possível atribuir ao Juiz Federal que julgou o crime a competência para o cumprimento da pena; é necessário observar qual a natureza da pena imposta, se pena privativa de liberdade ou se pena restritiva de direito, além também de se observar a especialização das varas, realizada pelos Tribunais Regionais Federais ou pelo Conselho da Justiça Federal.

Dentro desse contexto, ainda, é importante o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, no verbete nº 192, o qual estabelece que “*compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a Administração Estadual*”.

Com efeito, a súmula do entendimento do Superior Tribunal de Justiça confirma o entendimento predominante de que cabe aos Juízes Estaduais ou

1 Código de Processo Penal:

Art. 668. A execução, onde não houver juiz especial, incumbirá ao juiz da sentença, ou, se a decisão for do Tribunal do Júri, ao seu presidente.

Parágrafo único. Se a decisão for de tribunal superior, nos casos de sua competência originária, caberá ao respectivo presidente prover-lhe a execução.

2 Lei das Execuções Penais:

Art. 65. A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.

Distrital a execução de penas privativas de liberdade impostas pela Justiça Federal. *A contrario sensu*, compete à Justiça Federal a execução das penas restritivas de direitos decorrentes de condenações no juízo federal de conhecimento.

No entanto, é preciso aprofundar essa conclusão. Primeiro, quanto à pena privativa de liberdade, todos os regimes de pena são transferidos para a Justiça Estadual ou Distrital? Além disso, é preciso deixar claro quando a execução penal de pena privativa de liberdade independentemente do regime de cumprimento será da competência da Justiça Federal. É o que se passa a discorrer primeiro, para depois discutir a competência para a execução da penal sobre os regimes aberto e semiaberto perante a Justiça Federal.

3.A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA A EXECUÇÃO DE PENAS EM PENITENCIÁRIA FEDERAL DE SEGURANÇA MÁXIMA

Uma primeira exceção a esse entendimento é o que foi estabelecido pela Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. No art. 3º dessa lei³, estabeleceu-se que a União construirá presídios de segurança máxima para receber presos de alta periculosidade e que possam pôr em risco a segurança ou a ordem pública. A Lei das Execuções Penais não previa expressamente a existência de presídios federais de segurança máxima, mas previa na seção do Departamento Penitenciário Nacional a existência de penitenciárias e internamentos federais, bem como previa a construção de estabelecimentos penais distantes do local da condenação, para abrigar presos cuja pena fosse superior a 15 anos.⁴

A princípio não foi previsto que a competência da execução em presídios federais de segurança máxima seria da Justiça Federal, mas adotando-se a regra do art. 85 da Lei nº 5.010/66 e o entendimento de que a competência para a execução é definida não apenas pelo tipo de crime (se federal ou estadual), mas também pelo estabelecimento penal onde o preso cumpre a pena, não se

3 Art. 3º A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública.

4 Art. 86. As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma Unidade Federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União.

§ 1º A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher, mediante decisão judicial, os condenados à pena superior a 15 (quinze) anos, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado. (O § 1º foi alterado pela Lei nº 10.792/2003).

tem dificuldade em concluir que seria da Justiça Federal a competência para a execução dessas penas.

Com a Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, foi prevista a construção de presídios federais para abrigar presos condenados em execução definitiva ou provisória fora do domicílio do executado, cuja decisão pela inclusão nesse sistema teria por fundamento a segurança pública ou do próprio condenado.⁵ Entretanto, somente com a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, é que se deixou claro que a competência para a execução da pena em penitenciárias federais seria do Juiz Federal da seção ou subseção judiciária onde o presídio encontra-se localizado.⁶

Ora, como se observa, as penas privativas de liberdade, seja pela aplicação do entendimento jurisprudencial consolidado na súmula nº 192 do Superior Tribunal de Justiça ou pela aplicação direta do art. 85 da Lei nº 5.010/66, que delega aos estados e ao Distrito Federal a competência jurisdicional para a execução de penas aplicadas pela Justiça Federal, devem ser executadas na Justiça Estadual ou Distrital. Essa exceção estabelecida para as penas cumpridas em penitenciárias federais de segurança máxima somente confirma a regra e a interpretação predominante. Nos presídios cuja administração é exercida pelo Estado ou Distrito Federal, compete ao Juízo da Execução Estadual ou Distrital. E quando a administração for da União, a competência será da Justiça Federal.

4. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL EM RAZÃO DA TRANSFERÊNCIA DE PRESO ENTRE PAÍSES

Outra competência da Justiça Federal para penas privativas de liberdade é quando o preso foi transferido de outro país para cumprir a totalidade ou o remanescente de pena aplicada no exterior.

5 Essa Lei inseriu o parágrafo único ao Art. 87 da Lei de Execuções Penais com a seguinte redação: Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei.

(...)

Art. 8º A União priorizará, quando da construção de presídios federais, os estabelecimentos que se destinem a abrigar presos provisórios ou condenados sujeitos a regime disciplinar diferenciado.

6 Art. 2º **A atividade jurisdicional de execução penal nos estabelecimentos penais federais** será desenvolvida pelo juízo federal da seção ou subseção judiciária em que estiver localizado o estabelecimento penal federal de segurança máxima ao qual for recolhido o preso. (grifou-se).

Há diversos acordos bilaterais⁷ ou convenções⁸ em que o Brasil assumiu o compromisso de ao receber um condenado em outro país, estrangeiro ou nacional, a pena será cumprida em estabelecimento adequado e a execução penal será perante o Juízo Federal das execuções penais.

Regulamentando de forma geral e ampla, o Estatuto do Estrangeiro – Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, estabeleceu nos art. 100 a 102, além dos requisitos para a concessão da transferência, a competência da Justiça Federal para a execução penal.⁹

Essa competência deverá ser exercida pelo Juízo Federal do local de cumprimento, mesmo que a pena seja executada em estabelecimento estadual ou distrital, uma vez que normas internas não devem prevalecer sobre normas advindas de acordos ou convenções internacionais, salvo se prevista diretamente na constituição.

Isso ocorre, primeiramente, porque enquanto não construídos penitenciárias federais que não sejam de segurança máxima e destinada a presos perigosos ou integrantes de organizações criminosas, não cabe destinar um preso às penitenciárias de segurança máxima hoje existentes, com regime mais rigoroso de pena, apenas em razão da competência da Justiça Federal. Em razão disso, a conclusão mais coerente com a atual jurisprudência é no sentido de que cabe ao Juízo Federal executar a pena do preso transferido de outro país, ainda que a pena seja cumprida em estabelecimento cuja administração seja estadual ou distrital.

7 O Brasil tem muitos **Acordos Bilaterais** sobre transferência de presos. Segundo o Ministério da Justiça: Angola (Decreto nº 8.316, de 24.09.2014), Argentina (Decreto nº 3.875, de 23.07.2001), Bolívia (Decreto nº 6.128, de 20.06.2007), Canadá (Decreto nº 2.547, de 14.04.1998), Chile (Decreto nº 3.002, de 26.03.1999), Espanha (Decreto nº 2.576, de 30.04.1998), Japão (Decreto nº 8.718, de 25.04.2016), Panamá (Decreto nº 8.050, de 11.07.2013), Paraguai (Decreto nº 4.443, de 28.10.2002), Peru (Decreto nº 5.931, de 13.10.2006), Polônia (Decreto nº 9.749, de 10.04.2019), Portugal (Decreto nº 5.767, de 02.05.2006), Reino dos Países Baixos (Decreto nº 7.906 de 04.02.2013) Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (Decreto nº 4.107, de 28.01.2002), Suriname (Decreto nº 8.813, de 18 de julho de 2016), Turquia (Decreto nº 9.752, de 10.04.2019 e Ucrânia (Decreto 9.153, de 6 de setembro de 2017).

Acordo Multilateralis: Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do Mercosul: entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai (Decreto nº 8.315, de 24.09.2014).

8 Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior: entre Arábia Saudita, Argentina, Belize, Brasil, Canadá, Cazaquistão, Chile, Costa Rica, El Salvador, Equador, Eslováquia, Estados Unidos da América, Guatemala, Índia, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, República Tcheca, Uruguai e Venezuela (Decreto nº 6.128, de 20.06.2007); Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP): entre Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e, Timor Leste (Decreto nº 8.049, de 11.07.2013).

9 Art. 102. A forma do pedido de transferência de execução da pena e seu processamento serão definidos em regulamento.

Parágrafo único. **Nos casos previstos nesta Seção, a execução penal será de competência da Justiça Federal.**

Com efeito, essa é a primeira hipótese de competência da justiça federal de pena cumprida em estabelecimento penitenciário estadual ou distrital, a afastar o entendimento sumulado nº 192 do Superior Tribunal de Justiça.

Observa-se que essa exceção não modifica a regra geral de que a competência para a execução da pena será definida a partir do estabelecimento penal onde o executado cumpre a pena. Pelo contrário, essa exceção apenas confirma a regra, porquanto determina seu afastamento em razão de compromissos internacionais que o Brasil assumiu externamente, cujo cumprimento não pode ser delegado aos Estados ou Distrito Federal.

5. A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

Dessas exceções indicadas na lei, é possível estabelecer que ao sistema penitenciário federal de segurança máxima ficou reservado o cumprimento de penas mais graves, que envolvam chefes de organização criminosa e que tenham por finalidade a política de garantia da ordem pública e segurança nacional. Enquanto não construídos penitenciárias ou presídios federais não enquadrados nessa categoria de segurança máxima, não se pode sustentar uma competência da Justiça Federal para a execução de penas privativas de liberdade.

Também, numa leitura da Súmula nº 192 do STJ, pode-se estabelecer que à Justiça Federal compete, como regra, as execuções penais de penas restritivas de direito e, excepcionalmente e nos termos da lei ou de acordos internacionais, a execução de penas privativas de liberdade. Aos Estados e ao Distrito Federal, portanto, compete o cumprimento das penas privativas de liberdade impostas pela Justiça Federal.

A questão é saber se todos os regimes de cumprimento de penas privativas de liberdade – regime fechado, semiaberto e aberto – são de competência da justiça estadual ou distrital ou somente aqueles em que há cumprimento em penitenciária ou presídio cuja administração seja desses entes da federação.

A Lei nº 5.010/66, quando recriou a Justiça Federal, determinou que a custódia e o cumprimento de penas de presos à disposição dessa justiça especializada deveria ser realizada em estabelecimentos penitenciários dos estados e do Distrito Federal, enquanto não construídos presídios ou penitenciárias federais. Não fez nenhuma menção ao regime de pena a ser cumprida, sendo que é possível estabelecer que compete às Justiças Estadual e Distrital a execução das penas em todos os regimes.

Esse entendimento também é defendido por Leandro Paulsen, que leciona de forma lapidar essa questão da competência da Justiça Federal para as execuções penais em penas substituídas para restritivas de direito, e, de regra, da Justiça Estadual ou Distrital para as penas privativas de liberdade.¹⁰

Não se sustenta a defesa de que somente as penas privativas de liberdade impostas no regime fechado e cumpridas nesse regime são de competência da justiça estadual ou distrital, quando cumpridas em estabelecimentos desses entes, ao passo que as penas impostas no regime semiaberto e aberto devem ser mantidas perante a Justiça Federal, em suas varas de execuções penais comuns, já que essas penas seriam cumpridas não em presídios ou penitenciárias, mas em outros locais de cumprimento, inclusive em regime domiciliar.

Não se deve reconhecer como cabível esse raciocínio, porquanto as penas privativas de liberdade devem ser cumpridas, para o regime semiaberto em Colônias Agrícolas, Industriais e similares (art. 91 da Lei de Execuções Penais), e para o regime aberto em Casa de Albergado (art. 92 da Lei de Execuções Penais). Notoriamente a União não tem esses estabelecimentos prisionais, de modo que nos locais em que existem, a propriedade e administração são dos estados ou do Distrito Federal.

Outro argumento refere-se à ausência de estabelecimento para o cumprimento de pena no regime semiaberto ou aberto¹¹ ou ausência de vagas no sistema penitenciário para o cumprimento de penas nesses regimes, o que autorizaria a colocação imediata em regime menos gravoso ou em regime de prisão domiciliar. Contudo, esse argumento contraposto não prospera porque fundamenta o afastamento da competência apenas por questões fáticas e relativas aos estados ou, a parte do território estadual, que não tenham estruturas completas ou insuficientes para amparar todos os detentos do regime aberto ou semiaberto. Portanto, não há razões jurídicas que sustentem a modificação da competência. A se adotar esse entendimento, também as penas impostas pelas varas federais criminais em regime fechado deveriam

10 “Cabe ao juízo federal das execuções penais, em caso de condenação definitiva à pena privativa de liberdade não substituída nem suspensa, expedir mandado de prisão e, efetivada essa, expedir guia de recolhimento, formar autos e encaminhá-lo à Justiça Estadual.

Quando a pena privativa de liberdade é substituída por penas restritivas de direito – normalmente, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária –, nos termos do art. 44 do Código Penal, o cumprimento é executado pelas próprias varas federais.

Desse modo, as penas privativas de liberdade decorrentes de condenações pela Justiça Federal são, em regras, executadas nos sistemas penitenciários estaduais, sendo para tanto competentes as respectivas varas de execução criminal da Justiça Estadual ou àquela que for atribuída tal competência.” In: PAULSEN, Leandro. Competência penal da Justiça Federal. **Revista do Tribunal Regional Federal 4ª Região**. Porto Alegre, ano 27, n. 90, p. 33-108, 2016.

11 Cf. DEMO, Roberto Luís Luchi. Competência originária para a execução penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 850, p.462-476, ago. 2006.

ser de competência da Justiça Federal, porque há um excesso de presos nos presídios e penitenciárias de todos os estados da federação e esses presos tendo direito ao regime domiciliar ou monitorado, voltaria a competência da justiça estadual para a justiça da União.

Nem mesmo a hipótese de a pena privativa de liberdade ser cumprida em regime domiciliar, como substituta da pena em regime semiaberto ou aberto, é suficiente para atrair a competência da Justiça Federal, em retorno, porque a prisão domiciliar nesse caso é medida excepcional à regra do cumprimento da pena no regime semiaberto em Colônias Agrícolas, Industriais e similares, ou no regime aberto em Casa de Albergado.

É dizer de outro modo, o cumprimento de pena em regime domiciliar não pode ser automático a ponto de o apenado em regime semiaberto ou aberto ser posto diretamente em prisão domiciliar, sob o risco de desestruturar a própria finalidade das penas mais graves em detrimento das penas mais brandas e sujeitar o cumprimento da pena somente em razão da superlotação dos estabelecimentos prisionais, sem fazer nenhuma consideração sobre a gravidade concreta do crime e o tempo de duração das penas.

Some-se a isso, a necessidade constante de averiguação da situação fática sobre a existência ou não de vagas nos regimes semiaberto e aberto, o que torna a regra de competência dependente quase sempre da confirmação pela autoridade administrativa da existência de vaga.

A súmula vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal¹² trouxe direcionamento para a substituição de pena privativa de liberdade em regime mais gravoso por outro menos gravoso, a depender da existência ou não de vagas no sistema penitenciário. Estabeleceu que os critérios são aqueles fixados no RE 641.320/RS, do qual se pode destacar:

Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX).

I — A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso;

II — Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis

12 Súm. Vinculante nº 56: A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, b e c);

III — Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se:

(i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas;

(ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas;

(iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.¹³

Como é possível perceber, a avaliação sobre o cumprimento em regime menos gravoso deve ser levado em conta, sucessivamente, pela existência ou não de estabelecimento adequado (item II) e pela análise de déficit de vagas no sistema penitenciário (item III), o qual é administrado pelos estados ou pelo Distrito Federal.

Não se pode conceber que os Juízes Federais devam fazer essa avaliação das condições dos estabelecimentos cuja administração são dos estados ou do Distrito Federal, seja porque os presos em regime fechados já são de competência das Justiças Estadual ou Distrital, seja porque a existência ou inexistência de vaga é questão fática e estrutural, podendo ser sazonal, sujeita à administração das vagas pela autoridade administrativa estadual ou distrital ou mesmo pelos Juízes das Varas de Execução Penal dos estados, quanto à gravidade concreta dos crimes e da periculosidade do apenado, fazendo com que a competência possa ser definida caso a caso, em total violação ao princípio do juiz natural e definido previamente na lei de organização.

Dessa forma, deve-se concluir que a avaliação da situação fática dos estabelecimentos estaduais ou distritais, bem com sua adequação ao regime de cumprimento de pena, com a aplicação das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante nº 56 e no RE 641.320/RS é, primariamente, de competência da Justiça Estadual ou Distrital, que pode fazer o gerenciamento das vagas existentes, com a colocação em regime domiciliar daqueles presos com penas mais leves ou que cometeram crimes menos graves, evitando o abrandamento das penas para criminosos condenados por crimes mais graves e que, não

13 Tese definida no RE 641.320, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 11-5-2016, DJE 159 de 1º-8-2016, Tema 423. Extraída do sítio do Supremo Tribunal Federal em 25 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>.

obstante isso, tenham recebido penas no regime semiaberto ou aberto, ou até mesmo em regime fechado.

6. CONCLUSÕES

Espera-se ter apresentado neste artigo mais argumentos para contribuir com o debate sobre a competência da execução penal da Justiça Federal. Como visto, não existe ainda um consenso sobre os critérios de fixação da competência para execução da pena privativa de liberdade, uma vez que ainda há críticas aos critérios da Súmula 192 do STJ, porque fixa a competência praticamente pelo local de cumprimento da pena, se em estabelecimento federal ou estadual, e não relacionado à competência para o julgamento do crime.

Todavia, o critério da fixação pelo local de cumprimento e pelo estabelecimento prisional, embora com falhas, é ainda o que conduz a uma racionalidade do sistema, porque não se pode definir a competência, como caminha uma parte da doutrina e da jurisprudência, por critérios fáticos ou até mesmo sazonais, sem uma definição clara.

A fixação de critérios pela inexistência de vagas, mantendo algumas execuções perante a justiça federal apenas com base na mera alegação de insuficiência de vagas, pode gerar graves distorções no regime de cumprimento de pena, porque se pode caminhar para a colocação de apenados por crimes graves e com penas relativamente altas diretamente em regime domiciliar, gerando verdadeira impunidade, uma vez que os critérios para a colocação da condenados em prisão domiciliar leva em conta não apenas a adequação do estabelecimento, mas preponderantemente a condição do apenado ou de seus dependentes.

Assim, a defesa de uma definição clara da competência para execução de pena privativa de liberdade, nos três regimes de cumprimento, já definidas pelo local do cumprimento e pelo estabelecimento em que o apenado cumprirá a pena, tem como resultado a possibilidade de organização do cumprimento de pena nos estabelecimentos existentes nos estados pela gravidade concreta dos crimes e pela avaliação da periculosidade do executado, evitando a colocação indiscriminada de apenados, independentemente da pena ou do grau de periculosidade, em regime domiciliar.

Essa organização somente pode ser realizada se considerada a centralização por estabelecimento prisional, de modo que enquanto não construídos penitenciárias ou presídios federais, deve ser da competência dos estados e do Distrito Federal a execução de penas privativas de liberdade de todos os condenados em processos criminais da justiça federal, de modo a evitar que a competência seja decidida casualmente.

REFERÊNCIAS

BORBA, Rodrigo Esperança. Competência jurisdicional para a execução penal de prisão privativa de liberdade e os presídios federais. **Revista Iob: Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, p.86-97, jun. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 192**. Compete ao juízo das execuções penais do estado a execução das penas impostas a sentenciados pela justiça federal, militar ou eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a administração estadual. Terceira Seção. Julgado em 25/06/1997. DJ de 01/08/1997. p. 33718. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 641.320/RS**. Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 11/05/2016. DJE de 01/08/2016. p. 1. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4076171>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 56**. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Sessão Plenária de 29/06/2016. DJE de 08/08/2016. p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DEMO, Roberto Luís Luchi. Competência originária para a execução penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 95, v. 850, p. 462-476, ago. 2006.

MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

PACHECO, Alcides Marques Porto. Considerações sobre a competência nos julgados de execução penal dos incidentes originados nas penitenciárias federais de segurança máxima. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 99, v. 891, p. 495-507, jan. 2010.

PAULSEN, Leandro. Competência penal da Justiça Federal. **Revista do Tribunal Regional Federal 4ª Região**. Porto Alegre, ano 27, n. 90, p. 33-108, 2016.

SILVA, Danielle Sousa Andrade e. Competência na execução penal. **Revista da Esmape**. Recife, n. 26, v. 12, p. 23-46, jul/dez. 2007.

**CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA EM RAZÃO DA COISA
JULGADA INCONSTITUCIONAL: OS DESDOBRAMENTOS
DA INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE
AO TRÂNSITO EM JULGADO NO CUMPRIMENTO DE
SENTENÇA**

***THE APPLICATION OF RESCISSION LAWSUIT IN
UNCONSTITUTIONALITY OF THE RES JUDICATA:
UNFOLDING OF THE UNCONSTITUTIONALITY CASES
AFTER THE DEFINITION OF THE RES JUDICATA ON THE
EXECUTION OF THE JUDGMENT CONTEXT***

Larissa Cavalcanti da Rocha Dutra
Graduanda em Direito pela UFPE

RESUMO: O presente artigo se propõe a avaliar a incidência da ação rescisória nos casos de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada no contexto do cumprimento de sentença. A abordagem adota uma perspectiva crítica acerca do dispositivo que insere hipótese de rescisória, correspondente ao § 15 do artigo 525 do Código de Processo Civil de 2015. O estudo se respalda na investigação dos posicionamentos da doutrina processualista. Assim, o enfoque deste trabalho é analisar a orientação mais prudente para nortear esses institutos e assegurar a coerência de tal aplicação com o Ordenamento Jurídico como um todo.

ABSTRACT: *The present article proposes to evaluate the application of rescission lawsuit in unconstitutionality cases after the definition of the res judicata on the execution of the judgment context. The approach adopts a critical perspective on the article that inserts the hypothesis of rescission lawsuit, corresponding to § 15 of article 525 of the Civil Procedure Code of 2015. The study has as support on the research from the placements of the procedural doctrine. Therefore, the emphasis of this production is analyzing the most prudent orientation to guide the institutes and keep the coherence of that application with the legal order at all.*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A coisa julgada é tema de diversas abordagens doutrinárias. Trata-se de um instituto basilar para o sistema jurídico brasileiro, uma vez que está diretamente relacionado com a segurança jurídica da prestação jurisdicional.

Dentro desse assunto, um dos grandes pontos de atenção é quanto à estabilidade da coisa julgada. Esse enfoque ganhou um novo elemento de estudo por meio da inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 em seu §15 do artigo 525.

Esse dispositivo apresenta ao Ordenamento Jurídico Brasileiro uma nova possibilidade referente à aplicação da ação rescisória em razão de inconstitucionalidade. A novidade está na contagem do prazo para a propositura da ação rescisória, a qual foi flexibilizada para iniciar apenas do trânsito em julgado da decisão que declara a inconstitucionalidade da norma que fundou a coisa julgada.

Desse modo, o Ordenamento Brasileiro, a partir da vigência do referido dispositivo, passa a ser cenário para o desencadear de instabilidades da prestação jurisdicional, uma vez que não é possível prever a ocorrência de decisão de inconstitucionalidade, nem muito menos a sua data. Essa realidade impacta no instituto do cumprimento de sentença, o qual torna efetiva a prestação que posteriormente pode ser rescindida.

Essa novidade do prazo da ação rescisória confronta institutos do Ordenamento Jurídico Brasileiro e é justamente a sua viabilidade que a presente abordagem pretende analisar. Assim, o presente estudo tem como enfoque o §15 do artigo 525 do CPC/2015 e suas repercussões, sobretudo no âmbito da coisa julgada.

2. DA INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE À COISA JULGADA¹

2.1 A Inconstitucionalidade e os Impactos na Realidade Jurídica

A constitucionalidade das normas que compõem o Ordenamento Jurídico não é eterna. Inúmeros fatores influenciam para que as normas sejam ou deixem de ser constitucionais.

¹ Esclarecendo o uso do termo: “inconstitucionalidade superveniente” faz referência ao caso em que houve a estabilização de uma demanda mediante a coisa julgada, por meio do trânsito em julgado, e que porventura, depois da estabilidade, veio a ser atingida por uma inconstitucionalidade da lei que lastreou a decisão que formou a coisa julgada.

“Na relação continuativa de constitucionalidade, as alterações relevantes ocorrem quando há modificações culturais – econômicas, sociais, tecnológicas ou jurídicas. Pode ser, portanto, que uma norma à qual foi atribuída a constitucionalidade num determinado ponto da linha temporal possa tornar-se inconstitucional noutro. Isso ocorre única e exclusivamente quando uma causa social, econômica, jurídica ou tecnológica tem vínculo direto com a valoração de, ao menos, uma das normas envolvidas na relação, o que dá ensejo à alteração da relação de constitucionalidade. Ou seja, é possível que um dado contextual importante para a definição da norma venha a ser modificado e, com isso, a reboque, a própria situação de constitucionalidade modifique-se, revelando uma inconstitucionalidade que antes não existia.”²

Essas variações referentes à constitucionalidade ou não de uma norma geram inúmeros impactos no ordenamento jurídico³, uma vez que interferem na aplicabilidade da legislação, a qual configura um direcionamento para a sociedade como um todo.

Assim, como é possível perceber, toda e qualquer determinação quanto à inconstitucionalidade é uma questão bastante delicada. Porém, quando repercute na coisa julgada, a matéria toma outras proporções.

2.2. A Inconstitucionalidade e a Estabilidade da Coisa Julgada⁴

Tanto a coisa julgada como a constitucionalidade das normas são pilares para a manutenção da Ordem Jurídica, tendo em vista a sistemática do Judiciário brasileiro. Assim, em face do reconhecimento da inconstitucionalidade de determinada norma, as decisões que nela se embasaram ficam comprometidas, gerando, assim, impasses entre esses dois institutos.

2 DIDIER JÚNIOR, Fredie e MACÊDO, Lucas Buril de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação no 4.374/PE in **Revista Jurídica da Presidência** Brasília v. 16 n. 110 Out. 2014/Jan. 2015. P.580-58.1

3 Como bem enuncia Luís Roberto Barroso: “A Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo.” (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016. P. 29) Dessa forma, fica demonstrada a interferência constitucional no que tange a todo o sistema jurídico, refletindo efeitos, por conseguinte, na sociedade como um todo.

4 A referência feita ao aspecto da estabilidade tem por base o entendimento de Liebman, contextualizado pela abordagem de Cândido Rangel Dinamarco, que enuncia a coisa julgada como o mais elevado grau de estabilidade dos atos estatais, a qual assegura a imutabilidade dos efeitos do mérito (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 221).

Por um lado, se resguardada a coisa julgada, haverá coisa julgada inconstitucional; por outro, a relativização da coisa julgada irá primar pela constitucionalidade.

A coisa julgada já era atingida pela inconstitucionalidade posterior na vigência do CPC/1973⁵, admitindo-se ação rescisória para desfazê-la. O direcionamento apresentado pelo CPC/2015 manteve a aplicação da inconstitucionalidade posterior em face da coisa julgada.

Porém, além de manter, o CPC/2015 flexibilizou a contagem do seu prazo de 2 (dois) anos para iniciar apenas após a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da norma, conforme os termos do artigo 525, §15⁶.

De acordo com tais disposições do CPC/2015, depreende-se que o Ordenamento tem dado tratamento privilegiado à constitucionalidade em detrimento da estabilidade da coisa julgada, preterindo, assim, a manutenção do que foi firmado pelo trânsito em julgado.

Com isso, há um rompimento com as garantias da coisa julgada. Em contrassenso às repercussões da nova contagem de prazo da ação rescisória, o instituto da coisa julgada promove a imunização das decisões quanto aos efeitos da inconstitucionalidade posterior⁷.

A coisa julgada corresponde a um instituto que tem como foco a estabilidade das decisões e não o seu conteúdo propriamente dito⁸. Assim, prima-se pela segurança jurídica por meio da consolidação da decisão no decorrer do tempo.

Ao destacar a limitação temporal, ressalta-se a estabilidade da coisa julgada, a qual decorre do poder de império e da capacidade de jurisdição do Estado em virtude das questões judiciais⁹.

Nesses termos, uma vez considerada coisa julgada, a decisão deve permanecer estática. Sujeitá-la a mudanças depois de 2 (dois) anos após o

5 DIDIER Jr. Fredie *et al.* **Curso de direito processual civil: execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodvm, 2017. P. 548.

6 Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. § 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

7 CLÈVE. Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995. P. 169.

8 MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada constitucional diante da decisão de inconstitucionalidade**: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15. CPC/2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 47-48.

9 MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada constitucional diante da decisão de inconstitucionalidade**: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15. CPC/2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 47-48.

seu trânsito em julgado compromete a credibilidade do Estado para dirimir conflitos.

2.3. Coisa Julgada Injusta Inconstitucional

Diante da polêmica circundante ao tema da coisa julgada inconstitucional e, sobretudo, nos casos de inconstitucionalidade superveniente, surge a corrente doutrinária “materialística”¹⁰. Segundo esse posicionamento, é possível harmonização entre os dois institutos nos casos de coisa julgada injusta.

Essa vertente defende a possibilidade de haver a relativização da coisa julgada quando ela for constituída como uma ofensa clara à Constituição, de modo a ser tida como patentemente injusta.

Tal entendimento acaba por ponderar ambos os institutos, coisa julgada e a inconstitucionalidade. Contempla a constitucionalidade ao admitir a relativização do que foi decidido e, ao mesmo tempo, assegura a coisa julgada, por excepcionar a relativização aos casos em que a coisa julgada é injusta a ponto de não poder ser considerada coisa julgada *stricto sensu*.

Em outras palavras, a constitucionalidade e a coisa julgada seriam preservadas, uma vez que a questão constitucional seria retificada e essa alteração não representaria ofensa à coisa julgada, uma vez que ela não chegou a ser constituída. Nesse entendimento, “se a sentença é inconstitucional, não existe, e portanto não há coisa julgada; ora, se não há coisa julgada, se está diante de um falso problema”.¹¹

Essa tese remonta à teoria dos atos inexistentes, a qual estabelece que mediante grave desvio dos ditames legais, o ato não poderia ser considerado existente para o universo jurídico¹².

Ademais, destaca-se que o foco dessa corrente está em averiguar se o conteúdo da decisão, ora estável, reflete acentuada injustiça¹³. Desse modo, constata-se que os casos de rescindibilidade, em questão, são determinados

10 Tendência que defende a coisa julgada como fundamento substancial à declarada existência ou inexistência da realidade deduzida em juízo, sendo por si só causa de constituição ou de extinção dela. Vertente sustentada por Wach, Kohler, Schmidt, defendida especialmente por Pagenstecher (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. P. 42.).

11 CABRAL, Antônio Passos. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: ed JusPodvim, 2013. P. 163

12 Entendimento refletido no posicionamento de Humberto Theodoro: “As sentenças abusivas não podem prevalecer a qualquer tempo e a qualquer modo, porque a sentença abusiva não é sentença”. (THEODORO, Humberto *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 226)

13 CABRAL, Antônio Passos. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: ed JusPodvim, 2013. P. 165

apenas pelo atributo da injustiça, que deve ser aferido no caso concreto. Tal perspectiva fornece uma considerável “margem de discricionariedade na definição de quando restaria configurada a sua incidência”¹⁴.

Essa corrente traz uma visão interessante, mas que precisa ser aperfeiçoada para a aplicação na prática. Em tese, ela promete resolver parte dos problemas elencados no confronto da coisa julgada e da inconstitucionalidade, abarcando os casos em que essa inconstitucionalidade é extremamente injusta.

Por sua vez, além da discricionariedade na definição de injustiça, ignora os demais casos em que a injustiça não seja tão alarmante. Apesar disso, essa é uma corrente que tem muito a contribuir, e será retomada posteriormente, ao longo deste estudo.

3. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

3.1 Formas de Dissolução do Título Executivo Judicial em Razão da Inconstitucionalidade

Segundo a legislação processual, o título judicial pode ser desconstituído em caso de inconstitucionalidade, por meio da impugnação, à execução com respaldo no § 12 do artigo 525, ou por meio da ação rescisória.

No caso da rescisória, a abordagem da inconstitucionalidade dispõe de uma margem de dois anos para ingressar com a ação, que passa a ser contabilizada a partir do trânsito em julgado da decisão que proferiu a inconstitucionalidade. Assim, a alegação de inconstitucionalidade da coisa julgada não está limitada ao prazo de dois anos constados do trânsito em julgado do título judicial, como ocorre com os demais casos da ação rescisória dispostos no artigo 966 do CPC/2015. Como resultado dessa disposição, tem-se a sujeição permanente da coisa julgada a mudanças.

A opção legislativa por não delimitar período fixo para a contagem do prazo para propor ação rescisória acerca da inconstitucionalidade da coisa julgada está regulamentada no § 15 do artigo 525 do CPC:

“Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. (...)”

14 CABRAL, Antônio Passos. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: ed JusPodvim, 2013. P. 166

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.”¹⁵

Esse dispositivo, ao submeter o prazo da ação rescisória ao trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, gera uma lógica reversa quanto à intangibilidade da coisa julgada. Tal inversão se configura na medida em que é impossível prever o futuro para saber se irá ocorrer decisão de inconstitucionalidade acerca da legislação que fundou a coisa julgada. Assim, diferentemente do que ocorre com o prazo de dois anos constados do trânsito em julgado do título judicial, não é possível determinar o momento em que o exequente terá seu direito plenamente estável.

O § 15 do artigo 525 do CPC, além de confrontar com a intangibilidade da coisa julgada, colide com um outro parágrafo do mesmo artigo, o § 14 do art. 525 do CPC. Enquanto o primeiro enuncia que a inconstitucionalidade pode ser superveniente ao trânsito em julgado da decisão exequenda, por sua vez, o último afirma que a inconstitucionalidade deve ser anterior ao trânsito em julgado do título.

Isso demonstra uma patente contradição entre ambos os dispositivos e por conseguinte, aparentam um grande descuido na inserção do § 15 no art. 525, de modo que “só pode ser compreendida como resultado de uma inserção descuidada, dessas que são feitas em uma lei de grande amplitude no apagar das luzes da discussão parlamentar.”¹⁶

Essa constatação reforça a inaplicabilidade do § 15 do artigo 525 do CPC/2015, que, como foi dito, aparenta ser fruto de desalinho do poder legislativo. Contudo, é preciso atentar que o texto sobre o qual está se tratando não corresponde a uma minuta, muito pelo contrário, é norma jurídica em vigor, a qual gera efeitos sobre o Poder Judiciário como um todo e, consequentemente, sobre todos os litigantes.

3.2 A Relativização da Coisa Julgada Inconstitucional e os Aspectos da Legalidade no Caso Concreto

Para além das inúmeras repercussões teóricas já elencadas, esse tema possui um importante eixo de análise que precisa ser contemplado,

15 BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

16 MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada constitucional diante da decisão de inconstitucionalidade: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15. CPC/2015**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 107.

o qual corresponde a sua aplicação no caso concreto, sob o ponto de vista dos litigantes. Esses, certamente, são as partes as mais prejudicadas com a incerteza gerada pela relativização do título judicial por rescisória, fundada na inconstitucionalidade posterior.

Pelos olhos do litigante, é possível constatar um foco de incoerência gerado no sistema jurídico brasileiro, mediante a referida possibilidade de relativização da coisa julgada. A incoerência desponta em relação à segurança e efetividade oferecidas pela proposta da legislação vigente.

Quando há uma decisão superveniente que decreta a inconstitucionalidade e venha a atingir a coisa julgada, a legislação, vigente à época dos fatos que originaram a lide, é completamente desprezada. Isso ocorre porque tal prática sobrepõe a alteração legislativa posterior à regulamentação que regia o momento em que ocorreram as circunstâncias discutidas no processo. Em conformidade com o § 15 do artigo 525 do CPC, essa interferência pode surgir muitos anos depois da coisa julgada, ou seja, totalmente desvinculada do momento dos fatos litigados.

Os efeitos práticos de tal fenômeno requerem cautela, uma vez que a norma se faz como uma referência para a conduta dos indivíduos. Dessa forma, em atenção ao texto legal, os jurisdicionados vão moldando suas condutas¹⁷ e, conseqüentemente, resguardando garantias sobre as proteções que a legislação lhes confere. Baseando-se nessa perspectiva de tutela legal, os cidadãos, a partir de uma disparidade entre os fatos e a legislação proposta, vão procurar o Judiciário para fazer valer a norma e assegurar o “direito que lhes cabe”¹⁸.

Assim, o litigante confia que seu direito será resguardado pelo Judiciário, uma vez que fundou as suas condutas sempre em conformidade com a lei vigente à época dos atos. Contudo, o Poder Judiciário quebra essa confiança, na medida em que vai fazer incidir sobre uma lide, de tempo remoto, cujo resultado transitou em julgado, uma inconstitucionalidade que em nada remonta o ordenamento no momento dos fatos pleiteados em juízo.

Em ressalva a esse cenário, excepciono desse rol os casos de inconstitucionalidade já patente, a qual já era suscitada nos debates jurídicos,

17 A adoção de comportamentos é ou determinada indiretamente por meio da instituição concreta de regras (decisões) ou diretamente por meio da previsão abstrata de regras concretizadoras do princípio da segurança jurídica (ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2ª ed. São Paulo, 2012. P. 188)

18 Perspectiva, bem apresentada por Humberto Ávila, de que “a aplicação de uma regra envolve o exame de correspondência entre o conceito do fato ou do ato previsto na sua hipótese e o conceito do fato ocorrido ou do ato praticado. (...) Desse modo, os comportamentos obrigatórios são aqueles que contribuem para a promoção do estado de coisas cujo dever de promoção justifica a sua adoção”. (ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2ª ed. São Paulo, 2012. P. 188)

só não se concretizava no texto legislativo. A presente situação é apenas um reflexo da morosidade do controle de constitucionalidade e do Legislativo Brasileiro em adequar as normas à realidade.

Assim, pode-se entender que a semente da inconstitucionalidade já havia sido plantada no momento dos fatos, prejudicando com isso a formação da coisa julgada. Desse modo, a coisa julgada inconstitucional, nesse caso, configura o que se entende por “coisa julgada inconstitucional injusta”¹⁹, uma vez que a inconstitucionalidade que pairava sobre a norma impossibilitaria que a decisão formasse coisa julgada.

Essa última hipótese se configura como uma excepcionalidade que não ofusca a delicada situação da regra. Por sua vez, todas as demais acabam por provocar uma inversão de valores. Isso porque, pela preponderância, a qualquer tempo, da relativização da coisa julgada inconstitucional, fica desvalorizado aquele que, ao tempo da legislação vigente, seguiu seus termos.

Assim, tudo o que era legalmente previsto para ser seguido pela população deixa de ter importância após a declaração de inconstitucionalidade da norma. Com isso, a repercussão social é negativa, visto que, em síntese, o próprio sistema jurídico desmonta a necessidade de atender aos ditames legais, ao renegar a conjuntura de que existia uma norma vigente à época dos fatos.

Sob o enfoque procedimental, percebe-se que essa discrepância entre normas configura um embate patrocinado pelo instituto do cumprimento de sentença, conflito esse que vai ter que dar conta do direcionamento normativo que formou a coisa julgada e da decisão que a tornou inconstitucional.

4. O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DIANTE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

4.1. O Desfazimento do Cumprimento de Sentença

Outro ponto de incompreensão da coisa julgada inconstitucional, sobretudo aos olhos do litigante, é o fato da suposta “resolução” do processo mediante o cumprimento de sentença, após o trânsito em julgado do título judicial, ainda poder ser revisto. Chega a ser constrangedora a situação do advogado ter que alertar seu cliente da possibilidade de haver alteração na pretensão adimplida após um processo de trâmite longo.

Ocorre que, com a nova previsão da ação rescisória, não há mais uma determinação fixa do termo inicial para a contagem do prazo para a alteração

¹⁹ Vide tópico 1.3 do presente artigo.

da coisa julgada, de modo que impacta diretamente na perenidade do título judicial e de sua efetivação. Com base no espectro temporal indeterminado para a ocorrência de alterações no título, é possível que já tenha se concretizado o cumprimento definitivo de sentença, o que vai acarretar em transtornos aos jurisdicionados.

Admitir a alteração indiscriminada da coisa julgada mediante o cumprimento definitivo desperta a reflexão sobre a perenidade dessa qualificação como definitiva. Assim, essa tutela “provisoriamente satisfativa” gera um prejuízo ao jurisdicionado, tendo em vista que torna temerário o usufruto da pretensão obtida em juízo pela parte vencedora²⁰.

Essa situação é facilmente visualizada, como pode demonstrar o exemplo a seguir: uma determinada lide forneceu à parte vencedora título judicial transitado em julgado que lhe confere uma quantia, a qual é gasta pela parte, em bens de consumo não duráveis. Supondo que, anos depois, seja prolatada decisão que transforme o título obtido pela parte em coisa julgada inconstitucional, a antiga parte vencedora deverá devolver o montante do qual já tinha feito uso.

Esse cenário exemplificativo mostra a desordem desse procedimento que onera incorporar e desincorporar bens do patrimônio. Isso se agrava quando o litigante já gastou a quantia e não possui condições orçamentárias de reavê-la.

Assim, o procedimento menos danoso, para evitar possíveis riscos, é manter intacta a prestação, ter consigo, mas não a incorporar como sua, na prática. Contudo, isso significa limitar as possibilidades dos indivíduos em face de seu patrimônio.

4.2. Desvalorização do Próprio Processo e do Poder Judiciário

Diante da não consolidação de um veredicto completamente definitivo, o processo se torna inapto para assegurar aos litigantes a certeza quanto ao êxito de suas pretensões. Assim, resta prejudicado o próprio Processo, como instituto do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

20 No mesmo sentido já alertavam Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria: “Por sua vez, a admissibilidade de questionamento da validade e, por conseguinte exigibilidade, da coisa julgada contrária à Constituição, traz consigo novo conflito. É que a se prestigiar, pura e simplesmente, a eficácia ex tunc das sentenças que reconhecem o vício da coisa julgada inconstitucional, haverá sérias e graves consequências no âmbito da segurança jurídica e da garantia de não-confisco, em se tratando de matéria fiscal, consagradas constitucionalmente.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. **O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado**. In Relativização da coisa julgada. 2ª ed. Organizado por: Fredie Didier Jr Salvador: ed JusPodvim, 2008. P. 202.)

A atual realidade demonstra uma “coisa julgada, marcada pela incomum e insólita característica de surgir e subsistir *sub condittione*”²¹. Nesse espectro, nem mesmo o cumprimento definitivo de sentença configura empecilho para a previsão de relativizar a coisa julgada.

Desse modo, os litigantes não terão, ao final do processo, uma garantia de solução da lide, por meio da decisão judicial, ou seja, o processo não é capaz, *per si*, de encerrar o conflito litigado.

Tal reflexão demonstra o preocupante rumo autodestrutivo a que as tendências de relativização da coisa julgada têm levado o processo. Isso porque, diante da ausência de prestação satisfativa e resolutive acerca da pretensão, pleitear o direito no Judiciário perde totalmente o sentido. Tudo isso tende a enfraquecer a jurisdição e, consequentemente, a figura do Estado como responsável por processar e resolver os conflitos entre as partes.

5. A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A SEGURANÇA JURÍDICA

A insegurança e o desprestígio, atribuídos ao processo por meio das novas medidas instauradas pelo § 15 do artigo 525 do CPC, são frutos da desestabilização que o referido dispositivo provoca na segurança jurídica. A ausência de firmeza nas decisões judiciais certamente abala a credibilidade do sistema jurídico.

Em contrapartida, a flexibilização contempla a segurança jurídica no combate à imperfeição inerente à coisa julgada, tendo em vista que é uma construção humana. Porém, a meta da prestação jurisdicional não deve ser atingir o patamar da perfeição. “Esse, afinal, é um status utópico, que não se concretiza na realidade fática”.²²

Nesse sentido surge um paradoxo sobre a coisa julgada quanto ao princípio da segurança jurídica. Por um lado, uma decisão ajustável, na busca pela ideal; por outro, a necessidade de garantir uma prestação definitiva para as partes. Ambas as condutas perseguem a segurança jurídica da coisa julgada e têm o seu valor. Contudo, a eterna flexibilidade da decisão impede que a mesma constitua uma tutela efetiva para os litígios. Isto é, “a destruição retroativa da coisa julgada, acaba por promover a insegurança jurídica”²³.

Desse modo, tendo em vista que o papel do Judiciário é de solucionar conflitos na sociedade, é preciso priorizar o aspecto prático e efetivo da

21 ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 1667.

22 CARNELUTTI, Francesco. **Derecho proceso**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europe-America, 1971. P. 292.

23 ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

prestação jurisdicional, logo, garantir uma prestação jurisdicional sólida.

Já dizia Carnelutti,

“el fallo [la cosa juzgada] sirve, si no propiamente para poner orden entre los contendientes, l menos para frenas el desorden; si no fuese así, el proceso civil no habría surgido nunca y tanto menos habría tenido el enorme desarrollo que tiene hoy en el terno del derecho”²⁴.

Assim, para assegurar a atuação estatal como Poder Judiciário, é preciso estabilizar a coisa julgada para que ela possa ter efetividade. Como consequência disso, impõe-se carregar o ônus da não perfeição da prestação, ciente de que admitir tais erros é condição de existência para o sistema judiciário como um todo.

Nesse sentido, a falta de segurança jurídica diante da relativização da coisa julgada proposta pelo dispositivo enfraquece o judiciário no sustentáculo de sua existência: a prestação jurisdicional. Assim, o referido texto legal colide com o capítulo III da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre o Poder Judiciário e seus direcionamentos, tendo em vista que, por seus efeitos, acaba por diminuir tal estrutura.

Desse modo, em conformidade com o que já foi tratado, as considerações apresentadas conduzem a entender o § 15 do artigo 525 do CPC/2015 como inconstitucional. Além de colidir com pilares do Ordenamento Jurídico Brasileiro, como se pôde constatar, o instituto pode pôr em risco o próprio sistema jurídico como um todo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do texto, foram explorados alguns enfoques acerca da ponderação entre a coisa julgada, estável, e a sua relativização, diante de inconstitucionalidade posterior. Nesse contexto, o cerne da abordagem gravitou ao redor do § 15 do artigo 525 do CPC/2015, que prescreve novo regramento para a contagem do prazo para o ajuizamento da ação rescisória para a hipótese de inconstitucionalidade posterior, firmando como o início do prazo para tanto a data da promulgação de inconstitucionalidade da decisão.

24 CARNELUTTI, Francesco. **Derecho proceso**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europe-America, 1971. P. 292. (Tradução livre da citação: A coisa julgada serve, se não propriamente para por ordem entre os litigantes, serve ao menos para frear a desordem; se não fosse assim, o processo civil não haveria surgido nunca e tão menos haveria tido o enorme desenvolvimento que tem hoje no âmbito do direito.)

No curso do presente estudo, restou demonstrada a delicadeza do tema, uma vez que envolve dois sustentáculos do sistema jurídico brasileiro. Assim, diante das incompatibilidades entre esses institutos geradas pela aplicação do § 15 do artigo 525 do CPC/2015, não há um direcionamento pacífico; o que existem são ponderações para um norteamento mais prudente acerca da questão.

Diante dos aspectos jurídicos levantados, a presente abordagem inclina-se na linha da inconstitucionalidade do dispositivo estudado. Dentre os pontos considerados na análise, certamente o que representou o diferencial para a adoção do posicionamento exposto foi o abalizamento da previsão no caso concreto. Esse aspecto se revela um ponto chave nessa temática, uma vez que configurada a vulnerabilidade do jurisdicionado, isso gera um “efeito dominó”, que vai sucumbindo o sistema jurídico como um todo.

Nesse sentido, depreende-se a necessidade de avaliar com cautela o teor do § 15 do artigo 525 do CPC, tendo em vista suas possíveis repercussões em face aos institutos jurídicos. Assim, é prudente que seja buscado o melhor procedimento para conciliar o dispositivo com o Ordenamento Jurídico como um todo.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

CABRAL, Antônio Passos. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: ed JusPodvim, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho proceso**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europe-America, 1971.

CLÈVE. Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

DIDIER Jr. Fredie *et al.* **Curso de direito processual civil: execução**. 7ª ed. Salvador: JusPodvm, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie e MACÊDO, Lucas Buril de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da reclamação no 4.374/PE *in* **Revista Jurídica da Presidência Brasília** v. 16 n. 110 Out. 2014/ Jan. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada constitucional diante da decisão de inconstitucionalidade**: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15. CPC/2015. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. **O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado**. *In* Relativização da coisa julgada. 2ª ed. Organizado por: Fredie Didier Jr. Salvador: ed JusPodvim, 2008.

**AS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DA JUSTIÇA
FEDERAL POR ELAS, AS JUÍZAS FEDERAIS**

***THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION OF FEDERAL COURTS
BY THEM, THE FEMALE JUDGES***

Leda de Oliveira Pinho

Juíza Federal aposentada

Mestre em Direito Civil pela Universidade Estadual de Maringá

RESUMO: A Justiça Federal, comparada às Justiças Estadual e do Trabalho, tem a menor representatividade feminina. Pior, só nela houve retrocesso nos últimos 10 anos. O artigo propõe ações voltadas ao protagonismo das Juízas Federais e à divulgação de suas competências constitucionais. Apresenta soluções de efetividade aos artigos 2º da Resolução CNJ 255/2018, ODS5 e ODS16. Demonstra que a inclusão das mulheres na magistratura dará à sociedade a possibilidade de ser olhada por diferentes ângulos e que essa diversidade e integralidade adensará o conteúdo material do princípio constitucional da igualdade.

ABSTRACT: *The federal courts, compared to state and labor courts, has the lowest female representation. Even worse, only in it there has been retrogression in the last 10 years. This article proposes actions aimed at the protagonism of federal female judges and the disclosure of their constitutional jurisdictions. It presentes solutions of effectiveness for the articles 2 of Resolução CNJ 255/2018, ODS5 and ODS16. It shows that the inclusion of women in the judiciary will give society the possility of being looked at from different angles and that this diversity and completeness will increase the material content constitutional principle of equity.*

1. INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta a concepção de um projeto voltado a abrir espaço ao protagonismo das Juízas Federais, como assentado no artigo 2º da Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) 255, de 04 de setembro de 2018, e divulgar as competências e a organização da Justiça Federal comum, arroladas nos artigos 109 e 110 da Constituição Federal de 1988 (CF/1988).

A tese aqui ensaiada parte da constatação de que a representatividade feminina na magistratura federal é expressivamente menor do que nos ramos trabalhista e estadual, levanta duas hipóteses para explicar tal diferença e formula uma proposta de ações voltadas a atuar em relação a uma delas, o eventual vínculo entre aquela desproporção e as competências constitucionais.

Principia por responder às indagações acerca da opção pelas Juízas Federais e pelas competências constitucionais da Justiça Federal comum e justifica a potência trazida pela intersecção dos dois assuntos ao tema. Na sequência, especifica o objeto da proposta e traça seus objetivos, de caráter interno, dirigidos à mulher magistrada e, de caráter externo, dirigidos à mulher jurisdicionada. Relaciona, sem com isso limitar, três distintas e complementares estratégias de ação, de modo a acolher diferentes possibilidades de adesão ao projeto.

Por ser um estudo, um projeto de concepção, remete os aspectos de execução aos projetos que vierem a ser elaborados a partir dele e apenas sugere alguns elementos de execução. Com isso, apresenta um projeto factível de ser adaptado à diversidade relativa às pessoas, ao tempo e ao espaço disponíveis em cada unidade de implantação e à respectiva limitação de recursos.

Toda essa flexibilidade na sua formulação teórica o habilita a fomentar o protagonismo das mulheres em outros órgãos do Sistema de Justiça, a inspirar outros projetos, quer dentro do feixe de competências que faz parte de seu objeto, quer em relação a outros temas que enlacen as causas e os efeitos da super-representação masculina.

A importância desta proposição, como se verá adiante, está em servir como impulsionador de um movimento de ações vocacionadas a contribuir, no âmbito da magistratura federal, para a concretização dos princípios constitucionais fundamentais, pois abrir espaço a ações e políticas inclusivas, mais que dar cumprimento à Resolução CNJ 255/2018 e ter em conta os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS5 e ODS16), é dar cumprimento às imposições normativo-constitucionais.

2. JUSTIFICATIVAS

2.1. Por que as Juízas?

O artigo «Igualdade de gênero e poder: uma análise sob a perspectiva da representatividade da mulher na magistratura» aborda a desigualdade de gênero e suas consequências na magistratura a partir de três elementos que se retroalimentam e operam um círculo vicioso de manutenção do desequilíbrio de forças: o modelo arcaico de dominação, a baixa percepção e a negação da desigualdade. Analisa o processo de naturalização da desigualdade pelo qual um dado histórico passa a um dado da natureza e dele a um dado cultural. Por fim, apresenta um possível caminho ao círculo virtuoso da igualdade por meio da construção de um modelo de valorização igual de ambos os sexos e da inclusão da perspectiva feminina (PINHO, 2018a, p. 147-165).

Concentrar o protagonismo nas juízas faz parte dessa construção. Significa adotar uma postura consciente de que a super-representação masculina colabora para a manutenção do abismo entre a igualdade formal e a igualdade material que fragiliza nosso sistema jurídico e, por reflexo, nossas instituições.

Incluir – a partir dos órgãos da magistratura – a perspectiva, as vivências e as potencialidades femininas no espaço público em que a norma é formada, construída, aplicada e transformada, labora no sentido de assegurar à sociedade, formada paritariamente por mulheres e homens, a possibilidade de ser enxergada por diferentes ângulos. Essa visão, dinâmica e integral, retrata um legítimo e democrático processo de sinergia capaz de adensar o conteúdo material do princípio constitucional da igualdade e fortalecer a eficácia social das normas, por espelharem a diversidade da sociedade.

Mais que isso, significa assegurar que a instituição caminhará no sentido das diretrizes constitucionais e que contribuirá para a concretização dos princípios constitucionais fundamentais, funcionalizando positivamente suas ações. É que (i) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I do art. 3º da CF/88) demanda a inclusão da perspectiva feminina, (ii) o desenvolvimento nacional (inciso II do art. 3º da CF/88) exige a participação da integralidade da sociedade, homens e mulheres, (iii) a redução das desigualdades sociais (inciso III do art. 3º da CF/88) abarca a busca por uma representatividade mais paritária na magistratura federal e (iv) a promoção do bem de todos não se compadece do preconceito em razão de sexo (inciso IV do art. 3º da CF/88).

Para além dessa racionalidade, conceder a palavra às juízas nos mais diferentes eventos institucionais significa dar concretude ao art. 2º da Resolução CNJ 255/2018, para que se adotem “medidas tendentes a assegurar a igualdade de gênero no ambiente institucional, propondo diretrizes e mecanismos que orientem os órgãos judiciais a atuar para incentivar a participação das mulheres” (CNJ, 2018).

Abrir espaço a ações e políticas inclusivas e em conformidade com o princípio constitucional de igualdade, portanto, mais que dar cumprimento à Resolução CNJ 255/2018 e ter em conta os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS5 e ODS16 da Agenda 2030), é dar cumprimento às imposições normativo-constitucionais.

2.2. Por que as Competências Federais?

As pesquisas levadas a efeito a partir do Censo CNJ 2014 (CNJ, 2014, p. 37) revelaram que a desproporção na representatividade dos ramos Justiça do Trabalho, Justiça Estadual e Justiça Federal comum, tem seguido um mesmo padrão: próxima da paridade nas competências trabalhistas, pouco mais de um terço nas competências estaduais e pouco mais de um quarto nas competências federais comuns. O quadro do Ministério Público, quando desdobrado pelas esferas constitucionais de competência, se aproxima dessa mesma proporção (CNMP, 2018, p. 25-179, 185 e 199).

O superávit de representatividade masculina foi confirmado recentemente no “Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário” (CNJ, 2019a). A pesquisa obteve o maior índice de adesão no tema: 76% dos Tribunais responderam, percentual bem superior ao obtido no Censo 2014, este dirigido aos magistrados e que alcançou 64%.

No conjunto do Poder Judiciário confirmou-se que “quanto maior o nível da carreira na Magistratura, menor era a participação feminina”: aproximadamente 1/2 de representação entre juízes substitutos, 1/3 entre juízes titulares e 1/4 entre desembargadores (CNJ, 2019a, p. 10). Além disso, o estudo contemplou expressivo espaço temporal e destacou marcos comparativos: posição em 1988, média dos últimos 10 anos e posição em 2018 (CNJ, 2019a, p. 8). Se a confiabilidade da correspondência entre a projeção dos números e a realidade foi maior para o quadro geral do Poder Judiciário, no ramo federal a pesquisa conseguiu um retrato fiel: a participação dos Tribunais Regionais Federais foi de 100%, o que faz dela um marco de referência para os estudos da área (CNJ, 2019a, p. 5).

No caso da Justiça Federal, foi observado um movimento de retração, diferentemente do acontecido nos demais ramos, reduzindo-se “o percentual de participação de magistradas quando comparados os últimos 30 anos – de 34,6% em 1988 para 31,2% em 2018” (CNJ, 2019a, p. 16). Isolando-se as posições das mulheres na pirâmide, observa-se que a queda está localizada na posição mais alta, entre desembargadores, que passou de 24,5% para 20,3%, enquanto entre juízes titulares houve um mínimo acréscimo, de 29,3% para 29,5%, e entre juízes substitutos foi observada uma elevação significativa, de 30,6% para 37,1% (CNJ, 2019a, p. 17).

A questão quanto à Justiça Federal, portanto, não é de tempo, como se costuma dizer para inibir movimentos em prol da igualdade de representação de ambos os sexos. A questão é de identificação das causas e de adoção de medidas tendentes a eliminá-las, de focar com clareza um problema que afeta dentro e fora da instituição, a mulher enquanto magistrada e a mulher enquanto jurisdicionada, e de buscar com determinação a sua solução.

Pelo lado do problema, a questão é saber o que justificaria tal desequilíbrio e padrão. A amplidão geográfica de apenas 5 Tribunais Regionais Federais diante de 24 Tribunais Regionais do Trabalho e 27 Tribunais de Justiça? O desconhecimento de suas diferentes competências e de seus papéis, de sua relevância na vida prática das pessoas, de seu baixo custo de acesso e da sua significativa contribuição para o equilíbrio das contas públicas e para a concretização dos direitos e garantias individuais?

Este artigo se debruça sobre o segundo questionamento, sobre o possível vínculo entre a desproporção da presença feminina e as competências constitucionais. Primeiro, porque empiricamente é verificável que as pessoas ainda têm uma visão distante da Justiça Federal, equivocadamente a enxergam como uma justiça de entes e não de gente (AJUFE, 2019, p. 95-96). Segundo, porque as universidades lançam muito mais luzes sobre as matérias e as práticas próprias da Justiça Estadual e da Justiça do Trabalho. Terceiro, porque a menor capilaridade da Justiça Federal comum dificulta a realização de estágio em todas as cidades onde há cursos de Direito.

2.3. Por que Elas, as Competências, por Elas, as Juízas?

Este estudo foi elaborado para abrir e iluminar o caminho ao círculo virtuoso da igualdade a partir de práticas tendentes a atribuir igual valor a ambos os sexos, assegurar igual visibilidade interna e externa da presença feminina na instituição e dar a conhecer ao público em geral, e particularmente às mulheres aspirantes à magistratura, a importância das competências da

Justiça Federal e sua proximidade com as matérias que impactam a vida das pessoas.

É uma proposta de ações vocacionadas a mudar o jogo do perde-perde imposto à sociedade pelo déficit democrático gerado pela sub-representação feminina: perde a própria instituição ao abrir mão da representatividade procedimental que resultaria no maior acolhimento social de sua atuação, perde a parte jurisdicionada ao ser vista e ouvida a partir de uma estrutura pautada pela perspectiva majoritariamente masculina. Transformar esse placar em ganha-ganha passa por adotar políticas públicas voltadas ao cumprimento da meta finalística de Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 16.7: “Garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis” (IPEA, 2018, p. 432).

Duas das metas do ODS5 também se ligam a este artigo. Primeiro, a meta finalística 5.5: “Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública”. Segundo, a meta de implementação 5.c: “Adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis” (IPEA, 2018, p. 145 e 154).

A visibilidade das mulheres nas posições de poder, a comunicação visual de suas potências e capacidades, tem vínculo direto com a igualdade pretendida naquelas metas. O vídeo *Invisible Players*, a propósito de testar o que se sabe sobre esportes, mostra o ver sem reparar da desigualdade de gênero (PINHO, 2018b). Aquela produção apresenta, para mulheres e homens, imagens descaracterizadas de lances geniais em diversos esportes. Todas as pessoas entrevistadas erraram ao vincular aquelas maestrias a esportistas conhecidos do sexo masculino: eram todas conhecidas e premiadas esportistas do sexo feminino (ESPNW Brasil, 2016). A expressão de surpresa dos espectadores e suas falas refletem o desapontamento e a perplexidade, diante da constatação da cegueira causada pelo preconceito inconsciente (BARRETO, 2017).

A naturalização da desigualdade, com efeito, parece ter dotado as mulheres do poder mágico de se esvanecer: desaparecem na criação literária, na pintura, nas grandes descobertas da ciência, na inovação, etc. Não é diferente no Poder Judiciário, basta abrir os informativos institucionais na internet ou folhear as revistas de tribunais e associações e dirigir às fotos um olhar ativo.

A Revista Elle, edição britânica, fez esse exercício em 2015, na campanha #MoreWomen. A estratégia de comunicação consistiu em apagar a imagem de homens nas fotos que retratavam autoridades e líderes. O resultado

é impactante (MOREIRA, 2015). O contraste entre as fotos da campanha, com e sem o efeito visual de invisibilização, é o retrato instantâneo da reserva de vagas ao sexo masculino, por vezes exclusiva, no espaço público em que se desenvolvem as relações de poder e de autoridade estejam elas nos ambientes das instituições estatais, associativas ou empresariais.

A ação política e estratégica aqui proposta labora justamente no sentido de dar visibilidade às mulheres, ao mesmo tempo em que dá visibilidade à competência constitucional da Justiça Federal, ramo no qual a representatividade feminina está mais prejudicada. Estendendo a ambos os sombreamentos e parafraseando a astrofísica Duília Mello, “Você não pode ser aquilo que você não vê” e nem pode optar por aquela carreira cuja atividade você não conhece (STERENBERG, 2017). Com esse enlace, se estará, a um só tempo, adotando uma medida afinada com a busca de igualdade de gênero no ambiente institucional (art. 2º da Resolução CNJ 255/2018), bem como com os ODS5 e ODS16, mediante a participação das mulheres como agentes de transformação social e como contribuintes para a passagem da igualdade que está preceituada àquela que é praticada (inciso I do art. 5º da CF/1988).

Plenamente justificada, portanto, a intersecção entre as juízas federais e as competências federais, relativamente aos objeto e objetivos a seguir propostos.

3. OBJETO E OBJETIVOS

3.1. Objeto

O objeto desta proposta é dar visibilidade às Juízas Federais e à competência da Justiça Federal e, assim, atuar no sentido de concretizar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da justiça.

Sua execução permitirá que, a um só tempo, se (i) instrumentalize o cumprimento do artigo 2º da Resolução CNJ 255/2018, que trata do incentivo à participação de mulheres como expositoras em eventos institucionais; (ii) divulgue a competência constitucional da Justiça Federal; (iii) estimule candidaturas femininas à carreira da magistratura federal; (iv) projete à sociedade um modelo de valorização da mulher que contribua para inibir a discriminação e a violência contra a mulher; (v) coloque em marcha um projeto apto a concorrer à próxima edição do Prêmio de Boas Práticas de Equidade de Gênero da AJUFE e (vi) contribua para alçar a representatividade feminina na magistratura federal a patamares mais condizentes com o objetivo constitucional fundamental de igualdade e com os ODS5 e ODS16.

3.2. Objetivos

A proposta aqui formulada tem objetivos voltados à mulher enquanto magistrada e à mulher enquanto jurisdicionada.

Os objetivos de caráter interno visam (i) divulgar a competência da Justiça Federal, em especial às mulheres, tendo em conta que a apresentação por suas Juízas atuará como um modelo de possibilidades nessa área de atuação; (ii) incentivar a participação de mulheres nas ações como expositoras em eventos institucionais (art. 2º da Resolução CNJ 255/2018) e, assim, dar concretude às medidas que favoreçam a equidade de gênero e (iii) colocar em marcha um projeto apto a concorrer à próxima edição do Prêmio de Boas Práticas de Equidade de Gênero da AJUFE.

Os objetivos de caráter externo pretendem (i) levar ao conhecimento público as áreas de atuação da Justiça Federal e sua forma de organização para que, em especial as mulheres, vislumbrem, tanto na área como na atuação das Juízas, um modelo e um caminho de possibilidades; (ii) contribuir para a construção de um modelo de igual valorização de ambos os sexos, dando concretude a medidas que favoreçam a equidade de gênero e, por via reflexa, que inibam a discriminação e a violência contra a mulher e (iii) colocar em marcha um projeto apto a estimular mudanças nas grades curriculares universitárias e permitir o contato com estudantes que, por algum motivo, não tenham possibilidade de estagiar na Justiça Federal.

4. PROPOSTA DE AÇÕES E DE EXECUÇÃO

4.1. Ações

As ações propostas se desdobram em três distintas e complementares estratégias de ação, de modo a acolher diferentes possibilidades de adesão ao projeto.

A primeira envolve ciclos de palestras ou seminários, realizados mediante exposições breves e objetivas, como no formato “passa a fala”, das hipóteses de competência do artigo 109 da CF/1988 e da sua organização judiciária, artigo 110. Poderão ser desenvolvidos em etapas e por eixos temáticos, com a participação das Juízas, de convidadas e convidados que procurarão contextualizar a base legal de referência com sua aplicação prática no âmbito federal. Tanto quanto possível, essas palestras serão seguidas de oficinas para o estudo dirigido das competências constitucionais da Justiça Federal nelas abordadas, por meio de estudos de caso e de questões práticas veiculadas na jurisprudência, doutrina

e em concursos. Ambas as atividades poderão ser objeto de certificação como atividade acadêmica tanto para efeitos de qualificação e promoção como de complementariedade curricular.

A segunda consiste de entrevistas com as Juízas e Desembargadoras Federais, as quais atuarão como ferramenta para dar visibilidade à participação feminina e à competência constitucional da Justiça Federal. Poderão ser prévias, simultâneas ou subsequentes aos eventos, obtidas em vídeo ou texto, e ter por objeto, além do tema proposto, outros aspectos pertinentes à trajetória pessoal das magistradas. Como a forma e a dinâmica sugeridas para o ciclo de palestras demanda a preparação prévia de um roteiro de perguntas e sua comunicação antecipada às participantes, a reflexão e o compartilhamento de conhecimentos se inicia antes mesmo do evento, o que permite que as entrevistas possam acontecer já nesta fase, bem como propicia à coordenação e mediação a coleta de material para publicação de e-book no pós-evento.

A terceira diz respeito ao procedimento de receber e fazer visitas a instituições de ensino superior, de modo a despertar o interesse pelas candidaturas, de ambos os sexos, à magistratura federal, mas permitir, em especial, que as jovens e as mulheres se vejam mais representadas, que vejam que podem ser juízas federais se assim o quiserem, e que criem um vínculo de interesse com as matérias das competências federais. Outros fatores relevantes nessa interação entre jurisdição e academia são a abertura para que as grades curriculares passem a contemplar com maior ênfase os conteúdos específicos à competência federal e a possibilidade de incluir a matéria nos estágios desenvolvidos pelos escritórios universitários-modelo, até mesmo com o pré-atendimento dos jurisdicionados, o que permitiria a criação de convênios para a futura atuação de Varas Itinerantes.

4.2. Execução

Por se tratar de um projeto de concepção, os aspectos de execução – por e para quem, quando e onde fazer – são remetidos aos projetos que vierem a ser elaborados a partir dele, elaborando-se aqui apenas algumas sugestões. Com isso, a proposta torna-se factível de ser adaptada à diversidade relativa às pessoas, ao tempo e ao espaço disponíveis em cada unidade de implantação e à respectiva limitação de recursos.

Quanto às pessoas, como o projeto tem por objeto dar visibilidade às Juízas Federais e à competência da Justiça Federal, a ideia é que os recursos humanos empregados sejam, preferencialmente, o que se chama “prata da casa”, ou seja, as próprias juízas vinculadas à unidade de implantação. Isso

envolve (i) as equipes dos Tribunais, das Seções e Subseções Judiciárias e das Escolas de Magistratura, bem como das (ii) Associações de Classe e de suas Escolas e (iii) as Juízas Federais, Procuradoras, Promotoras, Defensoras Públicas, Advogadas e Professoras sem prejuízo da participação de (iv) representantes do sexo masculino, desde que assegurado o protagonismo feminino.

Por sua vez, o público-alvo seriam estudantes, de ambos os sexos, dos cursos de graduação e de pós-graduação em Direito, bem como profissionais da área jurídica e público, em geral.

Quanto ao tempo de execução, dependerá do número de ações adotadas para implantação do projeto.

O ciclo de palestras e oficinas em unidades maiores poderia se estender por até um ano letivo, acaso adequado desdobrar as competências em especialidades mais detalhadas. Nas pequenas unidades, onde funciona apenas Vara Única, seria mais adequado um único evento presencial e vocacionado para as matérias ali mais incidentes, abrindo-se um canal de comunicação para acesso virtual aos conteúdos mais específicos e mais aprofundados.

As oficinas poderão ser no mesmo dia das palestras, dirigidas a um público menor e coordenadas com o estudo de casos ou questões que foram objeto de concurso. O importante é que propiciem um ambiente de contato dos estudantes e profissionais com os desdobramentos e consequências do exame das competências constitucionais, bem como para que as jovens e mulheres possam ter oportunidade de enxergar a magistratura federal como uma possibilidade de escolha e realização profissional.

Já as entrevistas e os vídeos poderão acontecer desde a fase de preparação às palestras, para a elas dar publicidade e coletar material que servirá para posterior publicação de audiovisual ou livro virtual no pós-evento. Poderão ser, portanto, prévias, simultâneas ou subsequentes aos eventos.

As visitas poderão ser prévias às palestras e oficinas, para a elas dar divulgação, ou posteriores, a partir dos contatos realizados durante as palestras e das demandas que tragam o público-alvo.

Quanto ao espaço, poderá ser resolvida com os meios já disponíveis na própria instituição. Contudo, há dois aspectos importantes a considerar. O primeiro é a quantidade ideal de pessoas para cada tipo de evento. O segundo é a eventualidade de eles serem implementados em um local sem sede própria da Justiça Federal.

5. CONCLUSÃO

Neste projeto foi investigado (i) como ações voltadas à abertura de espaço ao protagonismo das Juízas Federais e à divulgação das competências e da organização da Justiça Federal comum (artigos 109 e 110 da CF/1988) poderão dar efetividade ao art. 2º da Resolução CNJ 255/2018 e aos ODS5 e ODS16, (ii) como a inclusão da perspectiva e das potencialidades femininas na magistratura federal poderão contribuir para assegurar à sociedade, representada paritariamente por mulheres e por homens, a possibilidade de ser olhada por seus diferentes ângulos e (iii) como essa diversidade e integralidade tem aptidão para colocar em marcha um legítimo e democrático processo capaz de adensar o conteúdo material do princípio constitucional da igualdade.

A demonstração teórica da desigualdade de gênero foi baseada em três elementos que se retroalimentam e operam um círculo vicioso de manutenção do desequilíbrio de forças: o modelo arcaico de dominação, a baixa percepção da desigualdade e sua negação. O projeto foi apresentado como um possível caminho ao círculo virtuoso da igualdade mediante a construção de um modelo de valorização igual de ambos os sexos e da inclusão da perspectiva feminina.

A demonstração fática da ausência da igualdade foi apresentada pelos levantamentos feitos nos últimos anos, desde o Censo CNJ 2014, que se desdobraram e aperfeiçoaram até chegar ao Diagnóstico CNJ 2019, no qual o ramo federal foi fielmente retratado por ter alcançado 100% de respostas.

A Justiça Federal, ao contrário dos demais ramos, reduziu o percentual de magistradas de 34,6% em 1988 para 31,2% em 2018. A fonte da retração está na posição mais alta da pirâmide: entre desembargadores passou de 24,5% para 20,3%, entre juízes titulares de 29,3% para 29,5% e entre juízes substitutos de 30,6% para 37,1%. O problema da desigualdade, portanto, não se resolverá com o tempo, como se usa dizer, depende de identificação de suas causas e de implementação de políticas adequadas à solução.

Levantou-se duas possíveis causas do problema específico da Justiça Federal comum. Primeiro, a amplidão geográfica de 5 Tribunais Regionais Federais diante de 24 Tribunais Regionais do Trabalho e 27 Tribunais de Justiça. Segundo, o desconhecimento de suas diferentes competências, relevância na vida prática das pessoas e significativa contribuição ao equilíbrio das contas públicas e à concretização dos direitos e garantias individuais.

A última hipótese, o possível vínculo entre a desproporção na presença e as competências constitucionais, foi o objeto deste estudo. Primeiro, por ser empiricamente verificável que as pessoas têm uma visão distante da Justiça

Federal. Segundo, porque as universidades dedicam mais tempo a matérias e práticas próprias dos demais ramos. Terceiro, porque sua menor capilaridade limita a aproximação dos estudantes de Direito pela via do estágio.

Para explanar sobre a adequação da intersecção entre as Juízas e as competências, ilustrou-se o fenômeno da invisibilidade em razão do gênero e a naturalização da desigualdade, os quais parecem ter dotado as mulheres do poder mágico de se esvanecer, das artes às grandes descobertas da ciência. Assim, também o é no Poder Judiciário, como fazem prova as fotos dos informativos na internet ou as revistas de tribunais e associações.

Apresentou-se o projeto como uma ação política e estratégica apta a dar visibilidade às mulheres e às competências da Justiça Federal, como uma via para afastar ambos os sombreamentos e permitir que as mulheres vejam na magistratura federal uma possibilidade. O enlace construído permitiu que numa mesma ação fosse contemplada a busca de igualdade de gênero no ambiente institucional (art. 2º da Resolução CNJ 255/2018) e os ODS5 e ODS16, pela participação das mulheres como agentes de transformação social.

Para além das contribuições mais evidentes no projeto, foram apontadas outras potencialidades: (i) projetar à sociedade um modelo de valorização das mulheres que contribua para inibir todas as formas de discriminação e violência contra elas; (ii) colocar em marcha um projeto apto a concorrer à próxima edição do Prêmio de Boas Práticas de Equidade de Gênero da AJUFE.

Os objetivos traçados foram desdobrados para alcançar as mulheres magistradas e as mulheres jurisdicionadas. Os primeiros consideraram (i) a divulgação da competência e organização da Justiça Federal, (ii) a participação de mulheres nas ações como expositoras em eventos institucionais e (iii) a possibilidade de premiação. Os últimos, (i) a importância de valorizar igualmente ambos os sexos e dar concretude à equidade de gênero, (ii) de divulgar as áreas de atuação da Justiça Federal e sua adequação às candidaturas femininas e (iii) de estimular o estudo do conteúdo específico e contribuir para sua inclusão nas grades curriculares universitárias, estágios e trabalhos de conclusão.

As ações propostas foram distribuídas em três distintas e complementares estratégias, de modo a acolher diferentes possibilidades de adesão ao projeto. Todas têm em comum o protagonismo das Juízas Federais e como tema as hipóteses de competência do artigo 109 da CF/1988 e a organização judiciária do seguinte artigo 110. A primeira envolve ciclos de palestras ou seminários, podendo ser desenvolvidos em etapas e por eixos temáticos. A segunda é voltada à produção de entrevistas e vídeos com as magistradas, de modo a dar visibilidade à participação feminina e à competência constitucional da Justiça

Federal. A terceira consiste em receber e fazer visitas a instituições de ensino superior proporcionando maior interação entre jurisdição e academia.

Por se tratar de um projeto de concepção, os aspectos de execução foram remetidos aos seus consecutórios, esboçando-se aqui apenas alguns elementos de execução. Sua flexibilidade permite que se adapte à diversidade de pessoas, tempo e espaço disponíveis nas unidades de implantação e a seus limites orçamentários. Da mesma forma, sua formulação teórica o habilita a fomentar o protagonismo das mulheres nos demais órgãos do Sistema de Justiça e a inspirar outros projetos, dentro do feixe de competências federais ou relativos a outros temas ligados à desigualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

Associação dos Juizes Federais. *Conhecendo as Juízas Federais*. AJUFE, Brasília, 2019. V. 1, p. 90-96. Disponível em: <<https://www.ajupe.org.br/publicacoes/outras-publicacoes/12314-conhecendo-as-juizas-federais-publicacao>>. Acesso em 08 abr. 2019.

BARRETO, Diego. Preconceito inconsciente e mudanças no pensamento (7:41). *Casa do Saber*, São Paulo, 23 mar. 2017. Disponível em: <https://youtu.be/V_938R_Ynhc>. Acesso em 01 jun. 2017.

Conselho Nacional de Justiça. *Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário*. CNJ, Brasília, 2019a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/05/0b1d12f3d4e724bec9db6d5e1b530ecf.pdf>>. Acesso em 28 maio 2019.

Conselho Nacional de Justiça. *Relatório preliminar do Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com as metas e indicadores dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), Agenda 2030*. CNJ, Brasília, 2019, 13 maio 2019b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/05/2337a99814bdcdad8045a4a4b7f48cae.pdf>>. Acesso em 15 maio 2019.

Conselho Nacional de Justiça. *CNJ, Atos Normativos, Resolução 255*, Brasília, 04 set. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2670>> Acesso em 20 mar. 2019.

Conselho Nacional de Justiça. Censo do Poder Judiciário, VIDE – Vetores Iniciais e Dados Estatísticos. *CNJ*, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/dpj/CensoJudiciario.final.pdf>> Acesso em 07 set. 2017.

Conselho Nacional do Ministério Público. Cenários de Gênero: reflexão, pesquisa e realidade. *CNMP*, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/20180625_CENARIOS_DE_GENERO_v.FINAL_3.1._1.pdf>. Acesso em 25 set. 2018.

Conselho Nacional do Ministério Público. Audiência pública: Disponível em: <<http://cnmp.mp.br/portal/noticias-cddf/11469-cddf-realiza-audiencia-publica-sobre-representatividade-das-mulheres-em-eventos-juridicos>>. Acesso em 25 set. 2018.

CÔRREA, Priscilla Pereira da Costa. O Judiciário brasileiro e objetivos de desenvolvimento sustentável. *JOTA*, Brasília, 16 maio 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/ajufe/o-judiciario-brasieiro-e-objetivos-do-desenvolvimento-sustentavel-16052019>>. Acesso em: 16 maio 2019.

ESPNW Brasil, *Invisible Players* (2:00), 08 mar. 2016. Disponível em: <<https://youtu.be/XoZrZ7qPqio>>. Acesso em 24 fev. 2017.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *ODS – Metas Nacionais de Desenvolvimento Sustentável*. IPEA, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180801_ods_metas_nac_dos_obj_de_desenv_susten_propos_de_adequa.pdf>. Acesso em 07 jun. 2019.

MOREIRA, Isabel. Campanha usa fotos para mostrar a falta de mulheres em cargos de poder. *Revista Galileu*, Rio de Janeiro, 20 set. 2015. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2015/10/campanha-usa-fotos-para-mostrar-falta-de-mulheres-em-cargos-de-poder.html>>. Acesso em 06 mar. 2017.

PINHO, Leda de Oliveira. Igualdade de gênero e poder: uma análise sob a perspectiva da representatividade da mulher na magistratura. In: PIMENTA, Clara da Mota; SUXBERGER, Rejane Jungbluth; VELOSO, Roberta

Carvalho (org.). *Magistratura e equidade*: estudos sobre gênero e raça no Poder Judiciário. Belo Horizonte: Ed. Plácido. 2018a, p. 147-165. Disponível em: <<http://ajufe.org/publicacoes/outras-publicacoes/10465-magistratura-e-equidade>>. Acesso em 02 maio 2018a.

PINHO, Leda de Oliveira. Ensaio sobre a invisibilidade, Mesa-redonda “Mulheres do Seminário Justiça e Arte”, *Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região - EMAG*, São Paulo, 22 ago. 2018b (Comunicação oral).

PINHO, Leda de Oliveira. A Outra Face da Discriminação Positiva: uma investigação sobre os parâmetros para limitação da discriminação negativa gerada pelas políticas públicas e privadas de ação afirmativa. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SCHÄFER, Jairo Gilberto (Org.) et al. *Curso Modular de Direito Constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial. 2008. p. 357-386.

PINHO, Leda de Oliveira. *Princípio da igualdade*: investigação na perspectiva de gênero. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2005.

STERENBERG, Leila. A ciência não tenta explicar a fé, e a fé não deve tentar explicar a ciência. Entrevista Duília de Mello em *Milênio*, CONJUR, Brasília, 26 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-26/milenio-duilia-mello-astrofisica-brasileira>>. Acesso em 02 mar. 2017.

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE NA ALEMANHA**

***THE PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS
IN GERMANY***

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP.

Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht (Alemanha)

Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Strafrecht (Alemanha)

Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität
Freiburg (Alemanha)

Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP
Juiz Federal

Professor Universitário

Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar

Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos
Intelectuais e Direito do Consumidor

Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES

Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil,
Defensor Público Federal, Diretor da Associação dos Juízes Federais de São
Paulo e Mato Grosso do Sul e Diretor Acadêmico da Escola de Formação e
Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo

RESUMO: O presente artigo realiza um breve estudo sobre o regime jurídico dos direitos da personalidade no direito alemão. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica e jurisprudencial. Os temas mais relevantes da matéria são analisados, como a proteção dada pelo § 823, I do Código Civil alemão (BGB), o direito geral da personalidade, bem como as relações existentes entre o direito geral da personalidade e as previsões relativas aos direitos especiais da personalidade. O estudo deixa claro ao leitor a ideia de cooperação existente

entre o direito geral da personalidade e os direitos especiais da personalidade, estes considerados como desdobramentos daquele. Merece ainda destaque a análise dos principais direitos especiais da personalidade: direito à voz, direito à imagem, direito ao nome, direito à honra, direito à privacidade e direito à autodeterminação informacional. Assim sendo, o objetivo deste trabalho não é uma pesquisa histórico e evolutiva dos direitos da personalidade na Alemanha, mas apresentar um breve panorama atual de proteção desses direitos naquele país.

PALAVRAS-CHAVE: direitos da personalidade; direito alemão; direito à imagem; direito ao nome; direito à honra; direito à privacidade; direito de autor; direito à autodeterminação informacional.

ABSTRACT: *The present article makes a brief study on the legal regime of the rights of the personality in German law. It is a research that uses descriptive methodology, based fundamentally on bibliographical research. The most relevant issues are analyzed, such as the protection provided by § 823, I of the German Civil Code (BGB), the general right of the personality, as well as the relations between the general right of the personality and the provisions on special rights of the personality. The study makes clear to the reader the cooperation between the general right of the personality and the special rights of the personality. It is also worth highlighting the analysis of some special rights of the personality: right to voice, right to image, right to name, right to honor, right to privacy and right to informational self-determination. Therefore, the aim of this work is not a historical and evolutionary survey of the rights of the personality in Germany, but a brief overview of the current protection of these rights in that country.*

KEYWORDS: *rights of the personality in Germany; right to image; right to name; right to honor; right to privacy; copyright; right to informational self-determination.*

INTRODUÇÃO

A Alemanha é um dos países que deu grande contribuição para a constituição e o desenvolvimento dos direitos da personalidade¹. Os questionamentos doutrinários acerca da matéria já estavam presentes entre os estudiosos alemães do século XIX, lançando suas raízes no direito natural e na defesa dos direitos do ser humano em face do Estado².

1 STRÖMHOLM, Stig. *Right of privacy and rights of the personality*, p. 54.

2 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 19.

Todavia, sobre a evolução histórica desses direitos existem muitos ensaios publicados no Brasil e no exterior, pelo que não se pretende aqui a elaboração de mais um estudo nesse sentido. De fato, no presente artigo o objetivo é diverso, pois se procura apresentar um quadro geral e atualizado da matéria na Alemanha. Busca-se dar ao leitor uma noção da forma como a proteção da personalidade é realizada hodiernamente no ordenamento jurídico alemão.

Para tanto, a metodologia utilizada é a descritiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica e jurisprudencial. Não se objetiva realizar, entretanto, um estudo aprofundado desse tema na Alemanha, mesmo porque isso demandaria uma obra monográfica. Trata-se tão somente de um estudo panorâmico, que, ao mesmo tempo em que informa o leitor, também o instiga a procurar outras fontes para ter um conhecimento mais sólido da matéria.

Ademais, apesar da pouca atenção que tem sido dada ao direito estrangeiro nos cursos de graduação e pós-graduação brasileiros, é certo que a presente análise pode ser bastante útil, uma vez que possibilita reflexões em função da comparação entre o panorama atual da proteção dos direitos da personalidade na Alemanha e a situação desses direitos no Brasil, que sem dúvida nenhuma foram bastante influenciados pela dogmática germânica, cujas soluções e ideias muitas vezes são importadas pelo direito pátrio.

1. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE PELO § 823, I DO CÓDIGO CIVIL ALEMÃO

O Código Civil alemão (BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*) tratou dos direitos da personalidade de forma bastante limitada, uma vez que essa categoria de direitos ainda era bastante incipiente e objeto de acirrados debates doutrinários no momento de sua elaboração no final do século XIX.

Entre as previsões atinentes aos direitos da personalidade está o § 823, I do BGB, o qual dispõe que aquele que “com intenção ou por negligência lesione ilegalmente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito de outra pessoa, será obrigado a reparar os danos resultantes”³. Nessa linha, a norma reprova a violação da vida, do corpo, da saúde e da liberdade de outrem, o que permite afirmar que toda pessoa tem direito à integridade de sua vida, de seu corpo, de sua saúde e de sua liberdade⁴.

3 Tradução livre do original: § 823 *Schadensersatzpflicht*. (1) *Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.*

4 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 142.

Muitos autores discutem acerca da previsão do § 823, I do BGB, questionando se a norma realmente teria tratado de direitos da personalidade ou se simplesmente teria cuidado de bens jurídicos, pois ninguém poderia ter direitos sobre si mesmo⁵. A despeito desses questionamentos, a violação de direitos da personalidade é normalmente tratada em comentários e manuais quando da análise do § 823 do BGB⁶.

a) Corpo e saúde

Em relação à violação do corpo e da saúde, é certo que em muitas situações existe uma proteção congruente, mas isso nem sempre ocorre. De fato, uma atuação sobre o corpo não necessariamente causa uma lesão à saúde, o que pode ser constatado quando alguém realiza um “toque indesejado” em outra pessoa. Por outro lado, também são admitidas interferências na saúde sem que haja violação corporal, sendo claramente justificável a previsão do § 823, I do BGB ao tratar separadamente a saúde e o corpo.

b) Vida

O direito à vida (*Recht auf Leben*) é violado pela prática de homicídio ou tentativa de homicídio. Em caso de falecimento em virtude do ato ilícito praticado, os herdeiros do falecido podem pleitear indenização com fundamento no § 823, I do BGB. Vale notar ainda que o direito alemão admite que a morte de uma pessoa possa ocasionar lesão a direitos de um terceiro, o que sucederia, por exemplo, quando o esposo de uma mulher é morto por um concorrente de profissão, o que provoca um choque na viúva. Todavia, questiona-se na doutrina quais seriam as condições necessárias para que tal indenização seja devida⁷.

c) Liberdade

No que toca ao direito à liberdade (*Recht auf Freiheit*), considera a doutrina majoritária que o § 823, I do BGB não guarda relação com a liberdade política (*politische Freiheit*) e nem com a liberdade ao desenvolvimento da personalidade (*Freiheit auf Entfaltung der Persönlichkeit*), garantia dirigida contra o Estado e prevista no art. 2, I da Lei Fundamental (GG). Da mesma forma que existe divergência entre o conceito constitucional de propriedade e o conceito de propriedade do direito civil, também há distinção entre o conceito constitucional de liberdade e aquele dado pelo § 823, I do BGB⁸.

Nessa linha, a liberdade prevista no § 823, I do BGB tem um sentido estrito e deve ser compreendida como liberdade de locomoção e de refutar qualquer violação física ou ameaça. Assim, essa liberdade é violada, por

5 STRÖMHOLM, Stig. *Right of privacy and rights of the personality*, p. 55.

6 HIRSCH, Christoph. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 42.

7 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 142.

8 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 143.

exemplo, com o encarceramento de uma pessoa ou quando, por meio de substâncias químicas, alguém perde sua capacidade de locomoção ou de manifestar livremente sua vontade.

d) Nome

Tirante a previsão do § 823, I, no que toca aos bens jurídicos ligados à pessoa, há ainda no BGB a previsão expressa da proteção ao nome (§ 12 do BGB), que é considerado um direito especial da personalidade⁹.

e) Outras previsões da legislação extravagante

Fora do âmbito do BGB, existem leis especiais que ampliaram o espectro dos direitos da personalidade reconhecidos¹⁰, como é o caso da proteção ao direito à própria imagem (*Recht am eigenen Bild*), prevista no § 22 e seguintes da Lei relativa ao direito de autor em obras de artes plásticas e de fotografia (*Kunsturhebergesetz* - KUG), de 9 de janeiro de 1907¹¹. A proteção de dados pessoais é igualmente tutelada por legislação especial (*Datenschutzgesetz*)¹².

Ademais, a proteção da personalidade ainda é concedida no âmbito do direito de autor, particularmente no que toca aos direitos da personalidade do autor (*Urheberpersönlichkeitsrecht*), que são considerados direitos especiais da personalidade (§ 11 da UrhG), haja vista que salvaguardam as criações do espírito¹³. Assim sendo, outorga-se ao autor o direito de decidir sobre a publicação (§ 12 da UrhG) e a designação da obra (§ 13 da UrhG), bem como ele pode se opor a eventuais adulterações promovidas em sua criação (§ 14 da UrhG)¹⁴.

Por conseguinte, vê-se que a legislação alemã regula a proteção de alguns direitos da personalidade no § 823, I do BGB. Em todo caso, os direitos não expressamente tutelados pelo referido artigo podem encontrar proteção em outra disposição do BGB, em legislação especial ou pela via do direito geral de personalidade¹⁵.

2. O DIREITO GERAL DE PERSONALIDADE

O reconhecimento dos direitos da personalidade pela legislação alemã não foi, entretanto, suficiente para uma proteção abrangente dos interesses personalíssimos dignos de tutela. O desenvolvimento da mídia de massa, bem como de outras técnicas modernas, trouxeram consigo, mais recentemente,

9 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 364.

10 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, p. 55.

11 NEUMANN-KLANG, Sybille. *Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht*, p. 9.

12 ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*, p. 48.

13 KÖHLER, Helmut. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 277.

14 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 438.

15 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade, passim*.

novas ameaças à personalidade¹⁶. Mesmo onde havia regulação específica da lei, como é o caso do direito à imagem, a proteção jurídica diante dessas novas técnicas se mostrou insuficiente. Assim sendo, o aperfeiçoamento da proteção dos interesses da personalidade ficou a cargo da jurisprudência e da doutrina, que se concentraram na interpretação do § 823 I do BGB¹⁷.

A formulação “ou um outro direito” (“*oder ein sonstiges Recht*”), presente no § 823 I do BGB, teria dado a possibilidade de acrescentar mais posições legais protegidas aos direitos da personalidade ali mencionados, como seria o caso, por exemplo, do direito à voz. Os tribunais, entretanto, preferiram outro caminho para ampliar a proteção da personalidade.

De fato, ao invés de multiplicar o número de direitos definidos de forma relativamente estreita, o Tribunal Federal de Justiça (BGH – *Bundesgerichtshof*) desenvolveu um direito geral da personalidade (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), definindo-o como um direito do indivíduo ao respeito de sua dignidade humana e de desenvolvimento de sua personalidade individual (*Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit*). Assim sendo, o direito geral da personalidade derivou do conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º da Lei Fundamental) e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º da Lei Fundamental)¹⁸. Foi reconhecido como um direito constitucionalmente garantido pela primeira vez no ano de 1954, com a célebre decisão do caso *Leserbrief*¹⁹. Posteriormente, o direito geral da personalidade foi confirmado pelo Tribunal Federal Constitucional (BVerfG)²⁰, mas não há que se confundir o direito geral da personalidade reconhecido no âmbito do direito civil com aquele reconhecido constitucionalmente como um direito fundamental²¹.

Nesse contexto, a construção do direito geral da personalidade deu margem para o reconhecimento de diferentes interesses da personalidade, os quais surgem particularmente diante de desenvolvimentos técnicos ou se apresentam como dignos de proteção²².

Realmente, com o advento da sociedade da informação, que proporcionou o aumento das possibilidades de intervenção na esfera privada das pessoas, bem como com a constante necessidade de obtenção de material sensacionalista por parte da indústria do entretenimento, apresentam-se novas necessidades de proteção, que podem contar com uma reação mais elástica e

16 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 365.

17 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 143.

18 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 20.

19 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 441.

20 KÖHLER, Helmut. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 277.

21 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 21.

22 STRÖMHOLM, Stig. *Right of privacy and rights of the personality*, p. 57.

dinâmica em função do reconhecimento de um direito fonte (*Quellrecht*), donde derivam vários direitos específicos individuais²³. Ademais, o direito geral da personalidade também se apresenta como um direito moldura (*Rahmenrecht*), o que significa que ele somente descreve de forma aproximada o seu âmbito de proteção²⁴.

Aliás, entende-se que a elasticidade do direito geral da personalidade apresenta também consideráveis vantagens no que toca à possibilidade de restrição. Não há dúvida de que a proteção da personalidade de uma pessoa não é absoluta, encontrando limites nos direitos de outra pessoa²⁵. De fato, os direitos da personalidade encontram frequentemente a concorrência de outros direitos e interesses em seu campo de atuação. Daí surge a questão acerca da existência, em um determinado caso concreto, de uma pretensão por violação do direito geral da personalidade, o que sempre dependerá de uma ponderação entre os direitos e interesses em contraposição²⁶.

Desse modo, os tribunais alemães desenvolveram o princípio de que uma violação ao direito geral da personalidade não gera, por si só, presunção de ilegalidade. É que para se chegar à conclusão quanto à ocorrência de um ilícito, mister se faz a realização de um processo de ponderação (*Güterabwägung*)²⁷. Assim sendo, somente se o direito da personalidade atingido sobrepuser o outro direito ou interesse em contraposição é que se poderá considerar a existência de uma conduta ilícita²⁸. E para a facilitação dessa ponderação de interesses, a jurisprudência procura criar grupos de casos (*Fallgruppen*), que concretizam e orientam a aplicação do direito geral da personalidade, mas, ao mesmo tempo, não traçam limites definitivos, o que garante a flexibilidade necessária diante de novos desenvolvimentos²⁹.

Ademais, em relação ao pagamento de indenização, a legislação alemã não prevê o cabimento de pretensão ao pagamento de danos morais (*Schmerzensgeldanspruch*) pela violação do direito geral da personalidade³⁰. Todavia, o reconhecimento do direito geral da personalidade levou à necessidade da existência de referida pretensão ao pagamento de danos morais, que é atualmente admitida mesmo estando em contradição com o disposto no § 253 do BGB³¹. E aqui vale observar que no direito alemão não existe

23 LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 128.

24 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 442.

25 STRÖMHOLM, Stig. *Right of privacy and rights of the personality*, p. 56.

26 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 442.

27 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 366.

28 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 144.

29 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 22.

30 BOEMKE, Burkhard; ULRICI, Bernhard. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 457.

31 ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*, p. 161.

uma regra geral como o art. 186 do Código Civil brasileiro, que reconhece a ocorrência de ato ilícito e a necessidade de pagamento de indenização para qualquer tipo de dano, ainda que exclusivamente moral.

Por derradeiro, vale ainda notar que os direitos não patrimoniais (existenciais), sob certas circunstâncias, podem continuar existindo para além da morte (*postmortales Persönlichkeitsrecht*), o que é defendido pela doutrina majoritária³². E sobre esse tema, o BGH declarou que o âmbito de proteção dos direitos da personalidade póstumos também inclui interesses comerciais³³.

3. ARELAÇÃO ENTRE O DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE E OS DIREITOS ESPECIAIS DA PERSONALIDADE

No direito alemão existe a proteção da pessoa por meio do direito geral da personalidade, que foi amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência³⁴, e pelos direitos especiais da personalidade, estes expressamente regulados pela legislação. O direito geral da personalidade constitui a base para a formação dos direitos especiais da personalidade, que podem ser considerados como desdobramento do direito geral da personalidade. Surge então uma relação entre o direito geral da personalidade e os direitos especiais da personalidade³⁵, de maneira que os últimos são considerados como se fossem *leges speciales* quando diante do direito geral da personalidade³⁶.

Na hipótese de lesão a um direito especial da personalidade, já regulado pela legislação ou consagrado pela jurisprudência, não será necessário o recurso ao direito geral da personalidade, cujo âmbito de atuação, como já mencionado, tem limites de difícil determinação. Todavia, caso a lesão não se relacione com um direito especial da personalidade, será então necessário verificar se houve lesão ao direito geral da personalidade, que tem exatamente a função de tutelar as lacunas decorrentes dos novos desenvolvimentos³⁷. É assim que se dá a relação entre o direito geral da personalidade e os direitos especiais da personalidade.

32 WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 123.

33 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 431 e 442.

34 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, p. 189.

35 LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 128.

36 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 25.

37 LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 128.

4. DIREITOS DA PERSONALIDADE ESPECIALMENTE PROTEGIDOS

4.1. Direito à Própria Imagem

Em relação ao direito à imagem (*Recht am eigenen Bild*), a Lei relativa ao direito de autor em obras de artes plásticas e de fotografia (*Kunsturhebergesetz* - KUG), de 9 de janeiro de 1907, consagra, em seu § 22, o princípio da proibição do retrato sem consentimento. Isso significa que a lei exige, para que uma imagem possa ser difundida ou exibida publicamente³⁸, que a pessoa retratada tenha previamente consentido, presumindo-se o consentimento, em caso de dúvida, quando há o pagamento de remuneração³⁹.

O § 22, 3 da KUG reconhece ainda um direito póstumo à própria imagem, estabelecendo que na hipótese de falecimento do fotografado, é necessário o consentimento de seus familiares nos dez primeiros anos após a morte⁴⁰. Todavia, decorrido esse prazo de dez anos, ainda é possível a proteção da imagem do falecido pelo direito geral da personalidade, mas isso se dá de forma excepcional e menos rigorosa⁴¹.

O princípio que proíbe a reprodução da imagem sem consentimento encontra algumas exceções enumeradas pela lei. Entre essas exceções, o § 23, 1, 1 da KUG estabelece que é desnecessário o consentimento para divulgação e exibição da imagem de pessoas que fazem parte da história contemporânea, o que compreende aquelas pessoas cuja atividade seja considerada, ainda que transitoriamente, de interesse público. Entre as personalidades da história contemporânea (*“Person der Zeitgeschichte”*), em sentido absoluto, normalmente são incluídos os políticos, governantes, monarcas e religiosos

38 Difundir (*“verbreiten”*), conforme o § 17, 1 da Lei de Direito de Autor (UrhG), significa a entrega de um objeto corpóreo (suporte físico) que contenha a imagem, como é o caso de fotografias, jornais, revistas e livros. O verbo exibir (*“zurschaustellen”*), por seu turno, tem o sentido de fazer visível a terceiros, como ocorre em transmissões de televisão, em publicações na internet ou até mesmo na colocação em uma vitrine de uma loja, não sendo necessário que haja disposição sobre o suporte físico da imagem (THIEDE, Thomas. *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, p. 21).

39 § 22 da KUG – *“Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Die Einwilligung gilt im Zweifel als erteilt, wenn der Abgebildete dafür, daß er sich abbilden ließ, eine Entlohnung erhielt. Nach dem Tode des Abgebildeten bedarf es bis zum Ablaufe von 10 Jahren der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten. Angehörige im Sinne dieses Gesetzes sind der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner und die Kinder des Abgebildeten und, wenn weder ein Ehegatte oder Lebenspartner noch Kinder vorhanden sind, die Eltern des Abgebildeten”*. Tradução livre: “As imagens podem ser divulgadas ou exibidas publicamente somente com o consentimento da pessoa retratada. Na dúvida, o consentimento é tido como concedido se a pessoa retratada recebe para tanto uma remuneração. Após a morte da pessoa retratada há necessidade, até o decurso de 10 anos, do consentimento dos parentes da pessoa retratada. Parentes, no sentido desta lei, são o cônjuge ou parceiro sobrevivente e os filhos da pessoa retratada, e se nem cônjuge ou parceiro, nem os filhos estão presentes, os pais do retratado”.

40 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, p. 694.

41 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 27.

de grande importância, bem como os esportistas, atores, artistas, cientistas e inventores de excepcional destaque⁴². Como personalidades da história contemporânea, em sentido relativo, a doutrina classifica as pessoas que transitoriamente apresentam interesse público, o que sucede, por exemplo, porque praticaram ou são suspeitas de ter praticado um crime, são testemunhas e até mesmo advogados⁴³.

Outrossim, o mencionado § 23 ainda excepciona as imagens nas quais: a) as pessoas fotografadas apenas aparecem em segundo plano junto a uma paisagem ou outro local; b) haja um grande interesse artístico em sua exposição; c) as pessoas são meramente participantes de eventos de massa⁴⁴. E no § 24 da KUG ainda se permite a reprodução da imagem quando diz respeito a necessidades atinentes à administração da justiça e da segurança pública⁴⁵.

As exceções à regra geral ainda levam em conta a existência de eventual interesse legítimo do fotografado (§ 23, 2 da KUG), o que consistiria em uma exceção da exceção. É dizer: a exceção quanto à necessidade de consentimento do fotografado não tem validade se um seu interesse legítimo for lesionado⁴⁶, como é o caso em que a imagem lesiona a honra, sentimentos religiosos ou tenha objetivos comerciais.

Ademais, foi criado um tipo penal no Código Penal alemão para a proteção da imagem (§ 201a StGB), que pune com pena privativa de liberdade de até um ano ou com multa, a conduta daquele que “produzir ou transmitir fotos não autorizadas de uma outra pessoa, que se encontre em uma habitação ou em um local especialmente protegido contra a vista, ferindo, com isso, a esfera estritamente pessoal de sua vida”⁴⁷.

Como todas essas regras ainda são consideradas insuficientes para a proteção da imagem na Alemanha, particularmente pelo fato de não resguardarem juridicamente a pessoa contra a simples captação e produção da sua imagem, a jurisprudência considera o direito à própria imagem como um fragmento e uma manifestação particular do direito geral da personalidade⁴⁸. Dessa forma, a captação e a produção não autorizada da imagem alheia, apesar de não encontrarem previsão expressa na lei, são tuteladas pelo direito geral da personalidade⁴⁹.

42 HEISIG, Carsten. *Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich*, p. 26.

43 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 127.

44 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, p. 191.

45 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 439.

46 MARTIN, Klaus. *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*, p. 193.

47 Vejamos o original do §201a, 1: “Wer von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, unbefugt Bildaufnahmen herstellt oder überträgt und dadurch deren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft”.

48 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 145.

49 ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*, p. 177.

Em relação à possibilidade de utilização da imagem pela imprensa em cobertura jornalística, atualmente os tribunais alemães não têm recorrido apenas ao texto do § 23 da KUG para solucionar questões atinentes à falta de consentimento do titular da imagem. Pelo contrário, faz-se mister, em cada caso concreto, uma ponderação entre o interesse de informação do público e o interesse de proteção da esfera privada da pessoa cuja imagem foi utilizada⁵⁰.

Realmente, é muito discutida a ponderação entre a proteção da vida privada de indivíduos considerados personalidades da história contemporânea e a liberdade de imprensa, chegando-se à conclusão de que é necessário observar se o assunto diz respeito ao interesse público, pois assim a pretensão do público à informação é atendida, e se contribui para a formação da opinião pública. Não se admite, por outro lado, que a vida de pessoas célebres seja devassada simplesmente pela necessidade de satisfação da curiosidade de determinado público, ávido pela leitura de notícias relacionadas à vida dos famosos. E essa proteção ganha ainda mais força quando crianças também são objeto da atuação da imprensa⁵¹.

Caso haja a utilização da imagem de uma pessoa, sem o seu consentimento, para fins publicitários, certamente ocorrerá violação do direito à imagem. Isso se dá porque os direitos da personalidade garantem ao seu titular o poder de decidir em que contexto as imagens serão colocadas à disposição, particularmente no que toca aos fins publicitários⁵².

Todavia, esse correto posicionamento acima exposto em relação à publicidade é relativizado. Isso sucede quando a publicidade afeta apenas o direito civil, não atingindo a proteção dada pela Constituição ao componente patrimonial dos direitos da personalidade. Trata-se de situação bastante peculiar no direito alemão, que já foi admitida pelo Tribunal Federal de Justiça (BGH - *Bundesgerichtshof*) quando a imprensa produz propaganda de um meio de comunicação usando a foto de uma celebridade, como, por exemplo, a publicidade de um jornal com um título fictício e a fotografia de uma celebridade na capa, sem ter obtido o seu consentimento para tanto. Em todo caso, parece que esse posicionamento jurisprudencial ameaça a identidade de conhecidas personalidades de maneira preocupante, ao garantir o acesso sem licença à indústria da publicidade⁵³.

50 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem, passim*.

51 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 145.

52 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 83-85.

53 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 146.

4.2. Direito à Própria Voz

O direito à própria voz (*Recht an der eigenen Stimme*) proíbe a produção e a utilização da voz de uma pessoa, que foi fixada em um suporte material, sem o seu consentimento. Esse direito fundamenta-se no direito geral da personalidade, é tutelado pelo § 823, II do BGB e ainda conta com proteção no âmbito do direito penal (§ 201 StGB). Assim sendo, não são admitidas as gravações secretas, mesmo se a conversa gravada se referir apenas a questões profissionais⁵⁴.

Também chamadas telefônicas não podem ser gravadas sem o consentimento dos participantes da chamada⁵⁵. E a mesma proibição vale em relação ao participante da conversa que, sem o conhecimento e aprovação do interlocutor, permite que terceiro a escute. Todavia, eventualmente gravações secretas, sem o consentimento dos participantes, podem ser justificadas do ponto de vista da legítima defesa ou de situações assemelhadas à legítima defesa⁵⁶.

Em relação aos registros escritos de conversações, em princípio não há que se falar em violação do direito à própria voz, mas é possível que provoquem lesão a outros direitos da personalidade, como é o caso de uma invasão da esfera privada da pessoa.

4.3. Direito ao Próprio Nome

O nome constitui um fragmento da personalidade de uma pessoa (*Teil des Persönlichkeitsrechts eines Menschen*), servindo para a sua identificação e individualização. Constitui um direito absoluto da personalidade, cuja função precípua é distinguir uma pessoa das outras⁵⁷. Ainda, esse direito especial da personalidade garante ao titular do nome um direito subjetivo à sua utilização⁵⁸.

A legislação alemã regula expressamente essa designação contínua de uma pessoa, que é composta por diferentes tipos de nomes⁵⁹, sendo o prenome (*Vorname*) e o sobrenome (*Familiennamen*) os mais comuns⁶⁰. O sobrenome é adquirido conforme as regras do direito de família (§ 1355, 1616, 1720, 1737 e 1757 do BGB), enquanto o prenome é dado à criança pelos pais (§

54 LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 135.

55 LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 135.

56 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 146-147.

57 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, p. 189.

58 KÖHLER, Helmut. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 274.

59 WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 131.

60 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, p. 468.

1626 do BGB)⁶¹. Além do prenome e do sobrenome, as denominações de nobreza também podem integrar o nome de uma pessoa, mas elas não podem ser mais conferidas. A jurisprudência alemã ainda reconhece o nome artístico (*Pseudonym*) como extensão do nome civil, garantindo-lhe proteção⁶². Por outro lado, é curioso observar que no direito alemão os títulos acadêmicos, particularmente o título de doutor, apesar de não integrarem o nome da pessoa, podem ser incluídos em seus registros civis⁶³.

O interesse do titular do nome em utilizá-lo de forma exclusiva e sem oposição, como foi mencionado, está previsto no § 12 do BGB, que resguarda o direito ao próprio nome (*Recht am eigenen Namen*) e autoriza o ajuizamento de pretensões para a sua defesa⁶⁴. Isso se justifica pelo fato de que o nome está associado à própria personalidade, abrangendo características essenciais do indivíduo, como é o caso, por exemplo, da sua reputação, da sua profissão, de suas atividades esportivas e artísticas etc. Em contrapartida, não há que se falar, pelo menos em princípio, em proteção somente do prenome, pois ele não seria suficiente para a individualização de uma pessoa. Todavia, a proteção do prenome certamente existirá se bastar para a individualização⁶⁵.

Assim, o direito ao próprio nome contém o direito da pessoa: a) usar seu nome sem impedimentos; b) excluir outras pessoas do seu uso não autorizado⁶⁶. Além disso, a jurisprudência ainda incluiu o direito ao nome no âmbito do direito geral da personalidade, de maneira que um dano causado ao nome pode levar ao ajuizamento de ação de indenização com fundamento no § 823, I do BGB⁶⁷.

O direito ao nome é particularmente ameaçado pelo fato de que a indústria da publicidade procura utilizar a eficácia pública de nomes conhecidos, mas nem sempre procura obter o consentimento do titular do nome a ser utilizado⁶⁸.

Outra área que surgiu mais recentemente e que necessita de especial atenção é a relacionada ao desenvolvimento da internet, que levou muitos usuários a registrarem indevidamente o nome de terceiros, especialmente pessoas célebres, como nome de domínio na rede (*Internet-Domain*)⁶⁹. Nessa situação, não há dúvida de que existe usurpação. Todavia, não há uma disposição legal expressa sobre a proteção do nome de domínio e a utilização

61 KÖHLER, Helmut. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 274.

62 HIRSCH, Christoph. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 40.

63 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, p. 465.

64 HIRSCH, Christoph. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 39.

65 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, p. 466.

66 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, p. 189.

67 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 365.

68 BOEMKE, Burkhard; ULRICI, Bernhard. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 454.

69 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, p. 470.

do § 12 do BGB para tal finalidade não é tão simples assim. Nesse contexto, o BGH considera que o nome de domínio pode ser tutelado pelo direito ao próprio nome quando o nome da pessoa afetada não é utilizado comercialmente, pois se houver utilização comercial deve ser utilizada a legislação sobre marcas (MarkenG). Os tribunais alemães ainda levam em conta quem registrou primeiro o nome de domínio, mas reconhecem a existência de prioridade em favor de marcas e empresas de renome⁷⁰.

A interpretação do direito ao nome como uma manifestação do direito geral da personalidade permite o estabelecimento dos seus limites de proteção por meio da ponderação entre os interesses em oposição. A temática da ponderação ganha especial pertinência na medida em que existem decisões judiciais, de forma semelhante ao que sucede com o direito à própria imagem, distinguindo entre um componente ideal e um componente patrimonial do direito ao nome⁷¹.

Nessa linha, entende-se que somente o componente ideal do nome teria proteção constitucional, enquanto o componente patrimonial teria tutela fundada meramente no direito civil. Assim sendo, na hipótese de utilização do nome de uma pessoa célebre em um anúncio publicitário, seria possível se justificar tal utilização por meio da liberdade de manifestação, desde que a atuação em questão atinja apenas o componente patrimonial do direito ao nome⁷².

Todavia, haverá ato ilícito se o prestígio ou valores publicitários relacionados ao nome da pessoa são empregados sem seu consentimento, bem como quando é dada a impressão de que a pessoa se identifica com determinado produto⁷³. E aqui é seguido o princípio dos direitos da personalidade que garante à pessoa decidir de que maneira a própria identidade ou a própria imagem serão colocadas à disposição para fins de publicidade⁷⁴.

Ademais, vale notar que o direito alemão admite proteção do nome do falecido com fundamento na violação do direito póstumo da personalidade⁷⁵. Outorga-se ainda aos sucessores do falecido a utilização do componente patrimonial do nome por dez anos após o passamento⁷⁶.

70 HIRSCH, Christoph. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 40.

71 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 147.

72 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 147.

73 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 202-203.

74 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 147.

75 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, p. 469.

76 HIRSCH, Christoph. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 39.

4.4. A Honra

A honra não é mencionada como um bem jurídico protegido pelo § 823, 1 do BGB⁷⁷. Apesar disso, o direito alemão tutela o direito à honra no âmbito do direito geral da personalidade, salvaguardando o interesse de uma pessoa à sua boa fama e ao seu reconhecimento social. Assim, não se permite que uma pessoa tenha sua honra ou reputação social diminuída, ou seja, apresentada de maneira negativa, ilícita e injustificada⁷⁸.

Logicamente, a reputação que cada pessoa possui depende de seu comportamento social e da livre valoração dos seus concidadãos. Ademais, a defesa da honra se limita a determinadas formas de violação condenadas pelo direito, havendo, nesse ponto, uma relação próxima entre o direito penal e o direito civil, particularmente no que toca aos tipos penais previstos nos §§ 185 e seguintes do Código Penal alemão⁷⁹. Assim, a honra é elemento de proteção tanto pelo direito civil (§ 823, 2 do BGB) como pelo direito penal⁸⁰.

Em relação à honra, deve ficar claro que nem toda atuação que atingir a reputação de uma pessoa pode ser classificada como comportamento contrário ao direito. Realmente, sempre será necessária uma ponderação entre os interesses em jogo, ou seja, entre a reputação de uma pessoa e a liberdade das demais⁸¹.

Nesse sentido, pode-se pensar numa situação em que um autor publica um livro e, após a publicação, um crítico literário tece fortes críticas ao trabalho, que acabam reduzindo sensivelmente as vendas da obra. Questiona-se então se haveria algum tipo de violação da honra, bem como se caberia indenização, o que certamente dependerá da ponderação do ocorrido no caso concreto⁸².

Em favor das críticas existem as garantias constitucionais da liberdade de manifestação, da liberdade de imprensa (art. 5, I, 1 da Lei Fundamental) e da liberdade artística (art. 5, III, 1 da Lei Fundamental), pois a crítica é considerada um trabalho artístico. Assim sendo, se a crítica não for dirigida à pessoa, mas sim ao trabalho literário publicado, não há que se falar em violação da honra. Em se tratando de uma crítica objetiva à obra, que não constitui nenhuma ofensa à honra, o crítico está certamente protegido pela liberdade de manifestação. Por outro lado, aquele que publica um trabalho

77 HIRSCH, Christoph. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 41.

78 LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 134.

79 LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 134.

80 RIXECKER, Ronald. *Allgemeines Persönlichkeitsrecht*. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, p. 268.

81 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 149.

82 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 149.

deve estar aberto a eventuais críticas⁸³.

Desse modo, se a honra for violada por insultos, calúnias ou críticas excessivas em público, caberá pretensão ao pagamento de indenização⁸⁴.

4.5. A Proteção da Vida Privada

Toda pessoa tem direito de conduzir e organizar sua vida privada sem a observação ou a interferência de outras pessoas. A chamada esfera privada forma uma área de proteção particular da autodeterminação e da autorrealização de uma pessoa, a qual conta com proteção constitucional⁸⁵.

A esfera privada da pessoa é protegida pela Lei Fundamental alemã (art. 1, I e art. 2, I da Lei Fundamental), garantindo-se o direito de permanecer só, de tomar suas próprias decisões, bem como de não ser afetado por qualquer tipo de intervenção. Ainda, também se extrai a proteção da esfera privada do art. 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁸⁶.

Nesse contexto, o direito alemão reconhece a existência de várias esferas de proteção no âmbito do direito à vida privada. Essas diferentes esferas foram apresentadas pela teoria das esferas (*Sphärentheorie*), desenvolvida por Hubmann e posteriormente reconstruída por diversos autores⁸⁷.

Conforme ensina Hubmann, a vida das pessoas se realiza em diferentes esferas de proteção, as quais abrangem os valores próprios da personalidade e seriam suficientes para sua tutela. Assim sendo, o autor reconhece a existência de três esferas, cuja intensidade da proteção será maior ou menor na medida em que uma lesão ocorra em uma esfera mais exterior ou mais interior da personalidade⁸⁸. Nessa linha, o estudioso considerou a esfera individual (*Individualsphäre*) como a mais exterior e menos protegida, classificando, por outro lado, a esfera secreta (*Geheimsphäre*) como a mais interior e melhor tutelada. Entre as duas esferas mencionadas o estudioso colocou a esfera privada (*Privatsphäre*)⁸⁹.

Atualmente, entre os autores alemães predomina o reconhecimento de três esferas, que são: a) a esfera íntima; b) a esfera privada; c) a esfera pública⁹⁰. Considera-se intangível a esfera mais interior da vida de uma pessoa,

83 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 149.

84 ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*, p. 177.

85 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 150.

86 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 142-143.

87 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 142-143.

88 HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*, p. 269.

89 HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*, p. 269.

90 A doutrina predominante considera suficiente o reconhecimento de três esferas, assim ordenadas: esfera pública (*Öffentlichkeitssphäre*), esfera privada (*Privatsphäre*) e esfera íntima (*Intimsphäre*) (BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 143).

o mesmo não ocorrendo em relação à esfera privada que se situa fora desse núcleo intangível⁹¹. A intangibilidade da esfera mais interna é consagrada pela dignidade da pessoa humana (art. 1, 1 da Lei Fundamental), que lhe dá proteção absoluta. Ao núcleo central intangível pertencem basicamente as formas de expressão da sexualidade⁹². As demais esferas, por seu turno, têm proteção relativizada contra interesses de posição similar ou superior.

A vida privada pode ser atingida de diferentes formas, como, por exemplo, dar conhecimento ao público sobre informações da vida privada de alguma pessoa, publicar papéis ou apontamentos privados, publicar e-mails particulares, revelar informações sobre doenças e documentos hospitalares. Em face dessas situações, é certo que a vida privada muitas vezes é violada juntamente com outros direitos da personalidade, como é o caso do direito à própria imagem ou do direito à própria voz⁹³.

Outrossim, a proteção da esfera privada não se limita a aspectos espaciais. Volta-se não somente para áreas de recolhimento doméstico do indivíduo, mas também abrange espaços não domésticos, onde a pessoa espera ser deixada em paz para poder ter momentos de descanso, como sucede quando tira férias⁹⁴.

Do mesmo modo que ocorre em outros domínios dos direitos da personalidade, a violação da vida privada pode ser justificada diante de outros interesses superiores, desde que não haja violação da esfera privada⁹⁵. Essa possibilidade de justificação existe entre os direitos da personalidade e a liberdade de manifestação e de imprensa, mas considerando o legítimo interesse de informação do público, a liberdade de imprensa recebe um tratamento vantajoso da jurisprudência, que lhe confere bastante peso em uma ponderação de interesses⁹⁶.

No que toca aos políticos e outras personalidades da vida pública, eles não necessitam tolerar, em princípio, que a mídia realize publicações sobre sua vida privada sem o seu consentimento, desde que essa exposição não tenha qualquer relação com a sua função pública⁹⁷. Todavia, vale notar que já foi decidido que não pode ser feita objeção, por exemplo, ao fato de um político não reeleito ter sido fotografado, sem seu consentimento, quando estava fazendo compras.

91 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 142-143.

92 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 150.

93 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem, passim*.

94 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 150.

95 HENGST, Florian, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB)*, p. 45.

96 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 151.

97 HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*, p. 321-323.

De acordo com a jurisprudência, o interesse de informação do público, especialmente no que diz respeito aos políticos, não se limita a comportamentos jurídica ou moralmente condenáveis, mas a normalidade da vida quotidiana pode também ser levada a conhecimento do público, desde que isso sirva para formar opinião sobre questões de interesse geral. Assim sendo, no caso concreto, é sempre necessário analisar o interesse público a ser debatido, ou seja, se há uma cobertura séria e objetiva da mídia ou se se trata apenas de reportagem feita para satisfazer a curiosidade das pessoas acerca de assuntos privados de celebridades⁹⁸.

Por outro lado, muitas vezes sucede da própria pessoa célebre divulgar informações sobre sua vida privada na mídia, o que acaba relativizando a proteção da esfera privada. É que nesse caso a própria pessoa faz de sua esfera privada um tema de debate público, surgindo então o interesse na informação sobre a veracidade do conteúdo apresentado. Desse modo, não se pode invocar a proteção da privacidade no que diz respeito aos fatos que a própria pessoa revelou ao público, mas isso não significa que nessas circunstâncias tudo seja permitido, sobretudo quando diz respeito à esfera íntima, que deve permanecer protegida do acesso da indústria do entretenimento⁹⁹.

A esfera social de uma pessoa (*Sozialsphäre*), que inclui precipuamente a sua posição profissional e a sua atividade em público, não está sujeita à proteção desenvolvida para a vida privada. É que nesse caso o interesse de dar informação ao público assume uma posição mais importante¹⁰⁰. Todavia, admite-se que uma reportagem sobre a esfera social também viole direitos da personalidade, se tiver consequências graves para a pessoa afetada, se esta for, por exemplo, estigmatizada ou excluída socialmente.

Questiona-se em que medida a imprensa pode informar sobre a participação de pessoas célebres em eventos públicos. Conforme interpretação do Tribunal Federal Constitucional (BVerfG), esse tipo de cobertura da mídia é admissível, mesmo sem o consentimento da pessoa em causa, mas para isso é necessário que a cobertura seja esperada devido ao interesse público do evento. Ademais, é interessante notar que os tribunais concedem um alcance mais amplo à proteção da personalidade quando está em jogo a publicação de imagens do que quando se trata de mera publicação de texto escrito¹⁰¹.

Por conseguinte, diante de todo esse quadro apresentado, é certo que a ponderação de interesses é bastante difícil nos casos concretos, particularmente

98 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 151-152.

99 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 151-152.

100 LÖFFLER, Martin; RICKER, Reinhart. *Handbuch des Presserechts*, p. 325.

101 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 152.

em função da amplitude e da vagueza dos conceitos analisados¹⁰². Todavia, na prática, não obstante a evidente variedade de assuntos, as decisões judiciais dão razoável estabilidade à proteção da vida privada.

4.6. O Direito à Autodeterminação Informacional

Os dados pessoais não podem ser obtidos, armazenados, trabalhados ou utilizados sem o conhecimento e o consentimento da pessoa à qual dizem respeito, mesmo que não pertençam à esfera privada. Com efeito, assevera-se que o direito à proteção de dados (*Datenschutzrecht*) se tornou um ramo próprio do direito¹⁰³.

O direito à autodeterminação informacional (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) foi desenvolvido pela Corte Constitucional alemã (BVerfG) no caso envolvendo o recenseamento da população (*Volkszählung*), sendo reconhecido como componente do direito geral da personalidade¹⁰⁴.

Em princípio, cabe a cada pessoa decidir se aceita, o momento em que isso ocorrerá e sob quais limites seus dados pessoais poderão ser utilizados e tornados públicos¹⁰⁵. E da mesma forma que sucede com os outros direito da personalidade, no caso da autodeterminação informacional também é necessária uma ponderação dos interesses que se opõem, especialmente diante da liberdade de manifestação e da liberdade de imprensa¹⁰⁶.

Partindo da tutela constitucional da personalidade (art. 2, 1 e art. 1, 1 da Lei Fundamental), a proteção de dados é garantida pela lei federal “relativa à proteção contra a utilização abusiva de dados pessoais no tratamento de dados” (*Gesetz zum Schutz vor Missbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung – Bundesdatenschutzgesetz – BDSG*), bem como pelas leis estaduais de proteção de dados (*Landesdatenschutzgesetze*). Também existem previsões sobre a proteção de dados em outras leis especiais, como as leis policiais (*Polizeigesetze*)¹⁰⁷.

A lei federal (BDSG) concede às pessoas afetadas o direito de notificação e de informação e, além disso, de correção de dados falsos, bem como de bloqueio e de supressão de dados. Órgãos públicos somente podem coletar, armazenar, alterar ou utilizar dados para fins permitidos em lei. Referida lei concede direito de indenização, independentemente de culpa, se uma pessoa afetada tiver sofrido danos pelo recolhimento, processamento ou utilização de

102 STRÖMHOLM, Stig. *Right of privacy and rights of the personality*, p. 56.

103 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 439.

104 LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 137.

105 ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*, p. 48.

106 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 152.

107 ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*, p. 88.

dados pessoais automatizados, inadmissíveis ou incorretos, por parte de um órgão público¹⁰⁸. Ademais, regras rigorosas valem igualmente para os entes não estatais, que somente podem trabalhar com os dados autorizados e para as finalidades consentidas pelas pessoas afetadas¹⁰⁹.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção do direito geral de personalidade, cujo reconhecimento foi rejeitado pelos autores do BGB, foi frequente alvo de críticas. A sua desvantagem é a ausência de contornos claros. É que os campos de aplicação se sobrepõem, isto é: a proteção jurídica esbarra nos interesses legítimos de terceiros, o que é bastante difícil de resolver.

Por outro lado, os desenvolvimentos técnicos, científicos e médicos criam continuamente, em uma velocidade sem precedentes, novas ameaças à personalidade humana, o que não é resolvido adequadamente pelo legislador, não restando outro caminho senão a via do direito geral da personalidade. De fato, esse direito permite acompanhar o desenvolvimento técnico de uma forma mais elástica, pelo que se pode dizer que o direito geral da personalidade também está em constante evolução. Assim, caso não haja proteção pelos direitos especiais da personalidade, é possível a adequação da tutela às necessidades da atualidade pela via do direito geral da personalidade.

Nesse contexto, o direito geral da personalidade é utilizado na Alemanha como uma etiqueta para um complexo de interesses pessoais, os quais gozam de proteção bastante diversa. E, ao lado do direito geral da personalidade, a legislação alemã também prevê direitos especiais da personalidade, que contam com texto legal que facilita a sua tutela, não havendo então necessidade de recorrer ao complexo sistema do direito geral da personalidade.

Por conseguinte, a tutela dos direitos da personalidade atualmente na Alemanha se dá por meio desse sistema, que conjuga o direito geral da personalidade com os direitos especiais da personalidade, tudo tendo em vista a adequação da proteção da personalidade às exigências da sociedade moderna, chamada por muitos de sociedade da informação.

REFERÊNCIAS

BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. München: Franz Vahlen, 2013.

108 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 153.

109 ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*, p. 89.

BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

BOEMKE, Burkhard; ULRICI, Bernhard. *BGB Allgemeiner Teil*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2014.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 31. ed. Köln: Carl Heymanns, 2007.

EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018.

HEISIG, Carsten. *Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich*. Hamburg: Dr. Kovac, 1999.

HIRSCH, Christoph. *BGB Allgemeiner Teil*. 7. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012.

HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967.

KÖHLER, Helmut. *BGB Allgemeiner Teil*. 37. ed. München: C.H.Beck, 2013.

LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 9. ed. München: C.H.Beck, 2004.

LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

LÖFFLER, Martin; RICKER, Reinhart. *Handbuch des Presserechts*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2005.

MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. Heidelberg: C.F. Müller, 2010.

NEUMANN-KLANG, Sybille. *Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999.

RIXECKER, Ronald. Allgemeines Persönlichkeitsrecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2006.

ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.

SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016.

STRÖMHOLM, Stig. *Right of privacy and rights of the personality: a comparative survey*. Stockholm: P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1967.

THIEDE, Thomas. *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*. Viena: Sramek, 2010.

WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 10. ed. München: C.H. Beck, 2012.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018.

_____. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

**BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INCIDENTE
DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A
RACIONALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DA
TUTELA JURISDICIONAL**

***BRIEF CONSIDERATIONS ABOUT THE INCIDENT OF
RESOLUTION OF REPETITIVE DEMANDS AND THE
RATIONALIZATION OF THE PROVISIONS OF THE JUDICIAL
PROTECTION.***

Luiz Rodrigues Wambier

Professor no Programa de Mestrado

Doutorado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina

Advogado

RESUMO: O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi introduzido em nosso sistema jurídico pelo Código de Processo Civil de 2015, visando a racionalizar o tratamento da litigiosidade massificada no segundo grau de jurisdição. Neste texto, o autor, dialogando com as críticas doutrinárias referentes ao instituto, faz uma reflexão a respeito dos impactos da implementação do incidente para o alcance da isonomia, segurança jurídica, previsibilidade e economia processual na prestação da tutela jurisdicional.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Novo Código de Processo Civil. Litigiosidade de massa. Garantias Constitucionais do Processo.

ABSTRACT: *The Incident of Resolution of Repetitive Demands was introduced in our justice system under the Civil Procedure Code of 2015, aiming to rationalize mass tort litigation at a second instance court. In this text, the author, dialoguing in the midst of critical thinking about the legal institute, performs a scrutiny about the impacts of the implementation of the incident for achieving equality of arms, judicial safety, foreseeability, and procedural economy, in the course of the provisions of the judicial protection.*

Key-words: *Incident of Resolution of Repetitive Demands. New Code of Civil Procedure. Mass tort litigation. Constitutional Procedural Provisions.*

1. INTRODUÇÃO

O grande volume de processos em trâmite no Judiciário é um problema que preocupa toda a sociedade, porque afeta a segurança e a estabilidade na prestação jurisdicional, elementos intrínsecos à democracia, que é da essência do Estado de Direito.

Consciente da limitação da estrutura do Poder Judiciário para lidar com a litigiosidade de massa, ainda na vigência do CPC/73, o legislador, por meio das Leis 11.418/2006 e 11.672/2008, que acrescentaram ao antigo Código de Processo Civil os artigos 543-B e 543-C, respectivamente, introduziu no sistema processual os procedimentos para julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos. Portanto, embora já estivesse presente na sistemática do código anterior, o julgamento por amostragem era possível apenas para recursos especiais e extraordinários, cujas hipóteses de cabimento são bastante restritas e específicas.

Então, o que fez o legislador do CPC/2015, com inspiração no procedimento-modelo do Direito Alemão (*Musterverfahren*), foi conferir ainda maior racionalidade ao tratamento da litigiosidade de massa, estabelecendo um “microssistema de solução de casos repetitivos”, formado pelo julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos e pelo IRDR, cujas normas de regência, segundo orientação do Enunciado n. 345 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, *complementam-se e devem ser interpretadas conjuntamente*.

O microssistema dos repetitivos visa a solucionar um problema recorrente na prática forense, que é a prolação de decisões absolutamente diferentes para casos que guardam semelhança quanto à questão jurídica discutida. Objetiva a prestação de tutela justa e efetiva e em igualdade de condições. Assim, uma vez fixado o entendimento, ele deverá ser aplicado a todos os casos versando idêntica questão de direito que forem julgados posteriormente.

Porém, como já se afirmou em outro espaço, com Eduardo Talamini (2016, v. 2, p. 726), os instrumentos de julgamento de casos repetitivos não devem ser utilizados com o escopo de reduzir o volume de trabalho nos Tribunais. O propósito é outro: busca-se isonomia, segurança jurídica, previsibilidade e economia processual, mas sem que se percam de vista as garantias constitucionais do processo. A redução da quantidade de ações em trâmite perante os órgãos judiciários será, então, efeito colateral benéfico, mas jamais poderá ser o centro das discussões em torno desse novo instituto.

2. O MICROSSISTEMA DOS REPETITIVOS E AS AÇÕES COLETIVAS

É preciso distinguir aquilo que a doutrina designa *coletivização das demandas individuais*¹ das ações coletivas propriamente ditas. Nas demandas repetitivas, há multiplicidade de ações individuais. Cada sujeito postula direito singular, distinto das outras demandas, mas em todas elas há um ponto de convergência, que é a questão de direito a ser enfrentada. As causas, embora repetitivas, não perdem sua natureza individual, muito embora nada impeça que o tribunal selecione, como representativo da controvérsia, recurso interposto em ação coletiva em que se discuta a questão jurídica repetitiva. O critério, no microsistema dos repetitivos, é precipuamente quantitativo, diferentemente das ações coletivas, em que há uma série de outras restrições quanto às hipóteses de seu cabimento.²

Outra importante diferença que merece referência: nas ações coletivas, a coisa julgada se estende àqueles que do processo não participaram. No julgamento dos casos repetitivos, o que há não é a extensão da coisa julgada, mas a aplicação da tese adotada àqueles que submeteram e que ainda submeterão ao Poder Judiciário a resolução de conflito envolvendo idêntica questão jurídica.

3. INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

A lei impõe duas condições para o cabimento do incidente, que devem estar presentes simultaneamente: a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de Direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976). Esse risco se configura a partir da existência de decisões dando diferentes soluções para situações semelhantes³.

1 Acerca do tema, cf. NOGUEIRA, Gustavo. A coletivização das demandas individuais no NCPC e sua convivência com as demandas coletivas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 255, mai. 2016, p. 291 – 308.

2 Sobre as diferenças entre o processo coletivo e o julgamento dos casos repetitivos, v. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 583-587. Ver também, de Leonardo Carneiro da Cunha: Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 193, mar. 2011, p. 255 – 280.

3 No sentir de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, exige-se “para o IRDR que a multiplicação, nas várias demandas, da mesma questão de direito gere risco à isonomia e à segurança jurídica. Exige-se risco a ambos os valores. Não se exige, porém, efetiva violação à isonomia ou à segurança jurídica, bastando o risco a que esses interesses sejam afetados por decisões diferentes a respeito da mesma questão de direito em processos distintos. Em regra, decisões diferentes sobre a mesma questão de direito ofendem a isonomia. Porém, isso não basta para admitir o incidente. Para o incidente, é necessário

Para o julgamento do IRDR, podem ser selecionados como *amostra* recurso, remessa necessária ou até mesmo processo de competência originária. Devem ser considerados, dentro do possível, aqueles que melhor representem a questão de direito sob debate.

Mas algumas limitações temporais se colocam à instauração do incidente.

Considerando-se que o risco à isonomia e à segurança jurídica, para fins de submissão de instauração do IRDR, somente existe quando a mesma questão jurídica é decidida de modo absolutamente distinto num caso e noutro, é necessário que já exista decisão prolatada em primeiro grau.

Ainda, conforme o art. 978, parágrafo único, do CPC, ao próprio órgão colegiado que decide o incidente compete também o julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária selecionado como “amostra”. Ou seja, o tribunal local (*i.e.*, do Estado, Distrito Federal ou Região Federal) deve ter competência para o julgamento não apenas do incidente, mas também do recurso, remessa necessária ou processo de onde ele se originou. É impensável, portanto, a instauração do incidente enquanto não houver recurso, remessa ou processo a ser julgado pelo Tribunal.

Por outro lado, também não faz sentido instaurar-se o incidente tardiamente, quando esse excessivo volume de casos versando a mesma questão de direito já estiver sendo submetido à apreciação pelos tribunais superiores.

O que se espera que ocorra, nessa situação, é a afetação para julgamento sob o rito dos recursos especiais repetitivos, se a questão envolver lei federal infraconstitucional, ou dos recursos extraordinários repetitivos, se de questão constitucional se tratar, aplicando-se a orientação jurisprudencial firmada a todo o território nacional.

O pedido de instauração do incidente deve ser direcionado ao Presidente do Tribunal, que determinará o encaminhamento para exame de admissibilidade pelo órgão colegiado competente para julgá-lo. Segundo dispõe o art. 978 do CPC/2015, cada Tribunal deve indicar, em seu regimento interno, o órgão, dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência, ao qual competirá o julgamento do IRDR.

Apesar do silêncio do Código a respeito, a composição do órgão que julgará o incidente, como já afirmamos em outra oportunidade (2016, v.2, p. 729), deve contar, prioritariamente, com julgadores integrantes de órgãos

que esse tratamento anti-isonômico repercuta na segurança jurídica, ou seja, no grau de cognoscibilidade, estabilidade e confiança, para a população e para as próprias estruturas judiciais, a respeito de como dada situação será tratada pela Justiça Civil” (Novo Código de Processo Civil Comentado. 3. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 1.052).

especializados na matéria sobre a qual se funda a questão jurídica repetitiva. Mesmo nos casos em que essa orientação não seja possível de se concretizar, no plano empírico, é preciso guardar certa coerência entre a matéria a ser discutida e aquela de atuação do julgador que participará do julgamento do incidente.

No que diz respeito à legitimidade para formulação do pedido de instauração do incidente, o Código a confere ao juiz, ao relator, às partes, ao Ministério Público e à Defensoria Pública.

No caso de juiz de primeiro grau que constar a pluralidade de processos em que se discute a mesma questão jurídica, seu pedido poderá ser formulado mediante ofício, ao encaminhar algum recurso ou reexame necessário ao tribunal.

Do mesmo modo, o relator, verificando o preenchimento dos pressupostos para o incidente em recurso, reexame necessário ou ação de competência originária do tribunal, encaminhará, também por ofício, o pedido de instauração do incidente ao Presidente do Tribunal.

No projeto do CPC/2015, quando ainda tramitava na Câmara dos Deputados, havia regra expressa conferindo ao órgão colegiado legitimidade para postular a instauração do IRDR. Essa regra não foi recepcionada pelo Senado Federal, na versão final do Código. Mas, apesar do silêncio da lei, não há razão para não se admitir que o órgão colegiado suscite a instauração do incidente.⁴

Quanto às partes de processo em que se discuta a questão jurídica repetitiva, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, nos processos em que atuar, o pedido deve ser formulado por petição (art. 977, II e III, CPC). A legitimidade conferida ao Ministério Público não se restringe aos processos em que atuar como parte. Também terá legitimidade para postular a instauração do incidente naqueles casos em que atuar como fiscal da lei.

De qualquer modo, ainda que o pedido de instauração do incidente não seja apresentado pelo Ministério Público, deve ser oportunizada a sua participação no julgamento do IRDR, cabendo ao relator intimá-lo para que a respeito do incidente se manifeste.⁵

4 A respeito, remete-se a: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 729.

5 A respeito do regramento da instauração do IRDR, conferir também Eduardo Talamini. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,M1236580,31047-Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

4. EFICÁCIA SUSPENSIVA LOCAL E NACIONAL

Se for positivo o juízo de admissibilidade, suspendem-se todos os processos pendentes que versem a questão jurídica repetitiva no Estado, Distrito Federal ou na Região Federal, a depender de onde tenha sido o incidente instaurado.

Mas o art. 982, §3.º, do CPC, autoriza a que os legitimados, para o pedido de instauração do incidente, requeiram junto ao tribunal superior competente para apreciar a questão (*i.e.*, ao STF, se se tratar de questão de Direito Constitucional, ou ao STJ, quando envolver Direito Federal infraconstitucional) a extensão da suspensão a todo território nacional.⁶ E o § 4.º do mesmo artigo estende essa possibilidade às partes de processos, que não aqueles selecionados como amostra, que contenham a questão afetada, independentemente dos limites da competência territorial. Assim sendo, excetuadas, é claro, as hipóteses em que a questão a ser decidida no incidente verse exclusivamente direito local, aquele que for parte em processo em trâmite em outro Estado ou Região Federal em que não tenha sido instaurado o incidente, mas que envolva idêntica questão de direito, poderá postular ao Tribunal Superior a extensão da suspensão.

Observado o dever imposto pelo Código (art. 979) de ampla e específica divulgação e publicidade à instauração (e também ao julgamento) do incidente por meio de registro eletrônico no CNJ, estima-se que a informação a respeito da existência de incidente tramitando em um determinado Estado (ou Distrito Federal) ou Região Federal seja de fácil acesso aos jurisdicionados de outro Estado ou Região, tornando a regra do § 4.º do art. 982 concretizável.

Em virtude da eficácia suspensiva do IRDR, seu julgamento tem prioridade sobre os demais feitos, com exceção dos *habeas corpus* e processos envolvendo réu preso, e deve ser concluído no prazo de um ano. O Código estabeleceu um prazo máximo para o julgamento do IRDR porque os processos não podem ficar suspensos indefinidamente, sob pena de se causar excessivos danos às partes.

6 Os requerimentos de extensão da suspensão a todo território nacional dos processos envolvendo a questão jurídica submetida a julgamento pelo IRDR já começaram a chegar no STJ. O primeiro (SIRDR n. 2016/0320182-5), protocolado em dezembro de 2016, origina-se de IRDR em trâmite no TJDF. A questão jurídica nele discutida é a possibilidade de inversão da cláusula penal moratória em desfavor da construtora, na hipótese de atraso na entrega do imóvel, bem como a possibilidade de se acumular indenização por lucros cessantes e cláusula penal, em caso de inadimplemento da construtora (PORTAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ analisa primeira suspensão em incidente de resolução de demandas repetitivas**. Brasília, 07 dez. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-analisa-primeira-suspens%C3%A3o-em-incidente-de-resolu%C3%A7%C3%A3o-de-demandas-repetitivas>. Acesso em: 21 mar. 2017).

Evidentemente que essa regra deve ser relativizada a depender das circunstâncias de cada caso. Existem situações de extrema complexidade em que o prazo de um ano para o julgamento do incidente se mostra, de fato, insuficiente. Além disso, há casos em que os prejuízos que possam vir a decorrer do restabelecimento do curso dos processos justificam a manutenção da suspensão. De todo modo, se for o caso, cabe ao relator, em decisão fundamentada, estender o prazo, atestando os motivos que legitimam a continuidade da suspensão.

Esse prazo limite de um ano aplica-se apenas ao julgamento do IRDR pelo órgão colegiado no Tribunal de segundo grau. Vale dizer, havendo interposição de recurso especial ou recurso extraordinário, a suspensão se estenderá até o término do julgamento do recurso, aplicando-se a tese jurídica firmada pelo tribunal superior a todo o território nacional (art. 987, § 2.º, CPC). Aliás, no caso de recurso extraordinário interposto contra o acórdão lavrado em decorrência do julgamento do IRDR, a repercussão geral da questão constitucional é presumida, dispensando-se a sua demonstração (art. 987, § 1.º, CPC).

Na versão original do Código de Processo Civil, havia a previsão do prazo máximo de um ano, sob pena de cessação da suspensão dos processos, também ao julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos. O § 10 do art. 1.035 do CPC, que continha essa previsão, foi revogado pela Lei 13.256/16, antes mesmo do início da vigência do Código. A recomendação para que o julgamento se encerre no prazo de um ano, com preferência sobre os demais feitos, com exceção de *habeas corpus* e processos com réu preso, permanece no § 9.º do art. 1.035. Porém, a consequência que se punha ao descumprimento dessa orientação foi revogada. Vale a regra do bom senso, cabendo aos operadores do direito o dever de trabalhar para que a tutela jurisdicional seja prestada de forma justa e no menor tempo possível.

5. UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DA DISTINÇÃO (*DISTINGUISHING*)

De outro lado, ocorrendo a suspensão, aqueles que entenderem não haver relação entre a questão afetada e o objeto de seu processo podem fazer uso da técnica da distinção, prevista no art. 1.037, §§ 9.º a 12. Trata-se de importantíssimo instrumento a ser utilizado contra a suspensão equivocada nos recursos especiais e extraordinários repetitivos, mas que é perfeitamente aplicável ao IRDR.

Por essa e outras razões, é primordial a precisão da delimitação da questão afetada. Embora a suspensão seja determinada pelo relator do IRDR, ela é concretizada caso a caso pelo juiz ou relator nos processos que versarem

aquela mesma matéria. Logo, se a questão estiver delimitada a partir de parâmetros claros, será menor a incidência de situações em que o objeto do processo sobrestado não guarde semelhança com a questão jurídica repetitiva. E se, ainda assim, houver suspensões equivocadas, facilita-se o uso da técnica da distinção.

Grosso modo, a distinção funciona da seguinte forma: a parte postula o restabelecimento do curso processual junto ao juízo no qual o seu processo esteja sobrestado, demonstrando que não há identidade entre a questão nele tratada e aquela afetada no IRDR. Oportuniza-se à parte contrária a manifestação no prazo de cinco dias, ao término do qual o órgão jurisdicional competente julgará. Reconhecida a distinção, o processo retoma seu curso normalmente. Se negada, o processo continuará sobrestado. Da decisão que resolve a distinção, reconhecendo-a ou não, caberá agravo (de instrumento, em primeiro grau, ou interno, se a decisão provier de relator).⁷

6. POSSIBILIDADE DE DESISTÊNCIA DO RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

No julgamento do incidente, retira-se o exame da questão de direito repetitiva da estrita esfera subjetiva das partes. Tanto é assim que a desistência, pela parte, da ação ou do recurso selecionado como *amostra* não afeta o julgamento do incidente. Na sistemática do Código revogado, o STJ havia firmado o entendimento no sentido de não se admitir a desistência de recurso especial representativo de controvérsia tendo em vista a prevalência do interesse da coletividade em face do interesse individual.⁸ Mas o CPC/2015 deu a esse impasse solução mais coerente com a realidade jurídica, permitindo, no julgamento dos casos repetitivos, que a parte desista do recurso ou da ação de competência originária representativos da controvérsia, sem que essa desistência afete o incidente. A desistência da parte, no plano individual, portanto, não impede a concretização do interesse coletivo na fixação do entendimento do tribunal a respeito da questão jurídica repetitiva.

7 Sobre o tema, v. NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 301-333.

8 Ver BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1063343/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 04 jun. 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=845190&num_registro=200801289049&data=20090604&formato=PDF>. Acesso em: 22 mar. 2017.

7. PLURALIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NO MICROSSISTEMA DOS REPETITIVOS

O contraditório como garantia de sede constitucional, prevista no inciso LV do art. 5.º, CF, é dotado daquilo que a doutrina intitula *eficácia plena*. E o novo código, ao tratar dessa garantia, não se ateve à mera repetição da norma constitucional. Ele reitera, especifica e aprofunda a regulação dos princípios constitucionais, a partir de um amplo conjunto de normas que dão maior concreção ao contraditório.⁹ Vale dizer que o legislador do CPC/2015 “desenhou” os contornos infraconstitucionais das garantias estampadas na Constituição Federal.

A garantia do contraditório, aliás, é um dos pontos que gera maior polêmica entre os estudiosos do Direito quando se trata da constitucionalidade do IRDR. Há quem afirme que, sendo a tese firmada no incidente dotada de eficácia vinculante, seria necessário que o tribunal fizesse o prévio controle das partes dos processos selecionados como *amostra* e de seus respectivos advogados para se certificar de que eles têm condições de defender adequadamente os interesses de todos os lados.¹⁰

Mas o que ocorre no contexto do microssistema dos casos repetitivos é a *pluralização do contraditório*, concretizando-se a garantia, em parte, por meio do espaço que se abre para o debate abrangente e participativo. O código determina que o relator do incidente conceda aos interessados oportunidade de manifestação. São *interessados*, de acordo com a letra da lei, pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia. Com isso, aqueles que não forem partes nos processos selecionados podem influenciar na formação do convencimento do órgão colegiado competente para o julgamento do incidente.

Há, todavia, ressalva que merece ser feita. Não se pode permitir que todo aquele que seja parte em outro processo em que se discuta idêntica questão de direito seja admitido como *amicus curiae* no IRDR, sob pena de o excesso de participantes inviabilizar o julgamento do incidente dentro daquele prazo máximo de um ano previsto no art. 980 do CPC. O critério, portanto, deve ser a capacidade do interessado de fornecer subsídios para a fixação da tese referente à questão repetitiva. Para Eduardo Talamini (2016, p. 491), por não se tratar de representação ou substituição processual, mas de qualificação, a expressão “representatividade adequada”, utilizada pela lei, não parece ser a mais apropriada. Mais acertado seria, segundo afirma,

9 Conferir, a respeito: WAMBIER, Luiz Rodrigues. Aspectos polêmicos da garantia constitucional do contraditório no novo CPC. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 25, a. XXI, n. 2, jul./dez. 2016, p. 2-12.

10 Sobre o tema, v. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016, p. 372-385.

falar-se em *contributividade adequada*, no sentido de capacidade do terceiro interessado para contribuir para a discussão da tese, trazendo subsídios que auxiliem no julgamento por amostragem.¹¹

O Código autoriza também a convocação de audiências públicas para a ouvida do depoimento de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (art. 983, § 1.º, CPC).

Além disso, na sessão de julgamento do incidente, admite-se a sustentação oral tanto das partes do caso representativo da controvérsia, quanto do Ministério Público e dos demais interessados.

Há um interessante estudo do professor estadunidense Marc Galanter (1974) a respeito das vantagens, na atuação em processos judiciais, dos litigantes habituais (*repeat players*) em relação aos litigantes ocasionais (*one-shotters*).¹² No contexto nacional, essa habitualidade se deve, em certa medida, à captação de clientes em massa promovida por escritórios de advocacia, que incitam o ajuizamento de demandas, sempre contra os mesmos sujeitos.

O julgamento sob o rito dos repetitivos são capazes tanto de reprimir essa “industrialização” das ações judiciais quanto minimizar eventuais desvantagens que possam existir entre litigantes habituais e ocasionais.

Primeiro, porque o Código explicita a necessidade de que sejam selecionados como amostra casos em que a questão jurídica seja amplamente discutida, de ambos os lados. Segundo, porque a pluralização do contraditório proporciona maior amparo às partes. Vale dizer: ao autorizar a participação de interessados, especialistas e Ministério Público, o Código confere ao julgamento por amostragem maior equilíbrio na defesa dos interesses envolvidos. E a tese adotada nesse ambiente de ampla e valorosa discussão aplica-se a todos os processos, em trâmite e futuros, envolvendo a mesma questão, indistintamente.

Discordamos, portanto, do posicionamento daqueles que afirmam haver violação ao contraditório pela ausência do prévio *controle judicial da adequação da representatividade*. A escolha do *caso amostra* não é aleatória. As mesmas regras relativas ao *pinçamento* dos recursos especiais e extraordinários repetitivos também se aplicam ao IRDR. Exige-se, a teor do que dispõe o art. 1.036, § 6.º, do CPC, que o caso selecionado contenha *abrangente argumentação e discussão* sobre a questão a ser decidida,

11 Sobre o *amicus curiae*, v. também: BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no Processo Civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 146.

12 A respeito, cf. também: ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 263, jan. 2017, p. 233 – 255.

averiguando-se, para tanto, a qualidade das peças processuais¹³.

O CPC/2015 dá à garantia do contraditório novos e fortes contornos, esclarecendo seu sentido a partir da Constituição Federal, e dando concretude ao seu exercício.

Inserido no mesmo contexto das garantias de acesso à justiça, igualdade e ampla defesa, o contraditório desvincula-se da noção de mera *ciência* e *reação* e passa a representar também a oportunidade de *plena participação* e de *efetiva influência* na formação do convencimento do julgador, observando-se, ainda, a paridade de armas. Ou seja, deve-se dar às partes, substancialmente, as mesmas condições para que possam influenciar na formação da convicção judicial.

Reforçando o dever constitucional de fundamentação previsto no art. 93, IX, da CF, o CPC estabelece que o dever de diálogo com quem vá decidir não se encerra com a concessão da oportunidade de influência na tomada da decisão. Garantir o contraditório, no julgamento por amostragem, não é apenas ouvir o que partes, Ministério Público e terceiros interessados têm a dizer, mas também considerar, na decisão, tudo aquilo que foi dito.

Seria inócuo conceder-se a oportunidade de participação e de influência na formação da convicção judicial se ao julgador não coubesse o dever de enfrentar todas as alegações relevantes trazidas ao processo. Por essa razão, o § 2.º do art. 984 dispõe que o acórdão do incidente abrangerá a análise de todos os fundamentos relevantes à questão de direito repetitiva suscitados pelas partes, Ministério Público e demais interessados, sejam argumentos favoráveis ou contrários à decisão do órgão colegiado. E há, também, o § 1.º do art. 489, que dispõe sobre a metodologia de fundamentação que deve ser observada pelo julgador em qualquer decisão, sob pena de nulidade. O escopo da norma é que não haja apenas aumento da produtividade do Judiciário, mas efetivo acréscimo de qualidade nas decisões, fator que desestimula a recorribilidade e satisfaz ao jurisdicionado.

Uma vez que se abre espaço à ampla participação social, é preciso se ter em mente que existe efetivo diálogo entre o órgão julgador, partes, Ministério Público e terceiros interessados; que existem critérios legalmente estabelecidos para a escolha do *caso amostra* e que o colegiado, ao decidir o incidente, tem o dever de considerar todos os argumentos que forem relevantes para a fixação do entendimento acerca da questão de direito repetitiva; não há razão para se pensar em violação à garantia constitucional do contraditório pela ausência de controle prévio de representatividade.

13 Ver WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 642.

8. ASPECTOS POLÊMICOS DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA A *DECISÃO-QUADRO*

Havendo resignação de todos os legitimados para recorrer quanto ao resultado do julgamento do IRDR, a tese jurídica fixada aplica-se imediatamente aos casos idênticos, atuais e futuros, em toda área de jurisdição do tribunal que julgou o incidente. A tese fixada no incidente é dotada de *força obrigatória*, o que significa dizer que cabe reclamação contra decisão que deixar de aplicá-la a caso envolvendo a mesma questão jurídica.

De outro lado, se após o julgamento do incidente houver interposição de recurso especial ou extraordinário, tais recursos serão julgados pelos tribunais superiores sob o rito dos recursos repetitivos, aplicando-se a tese jurídica a todos os processos em trâmite ou futuros – ressalvada a hipótese de revisão da tese, de que adiante se tratará – que versarem idêntica questão de direito em todo o território nacional.

Na doutrina,¹⁴ há quem defenda a incorreção do cabimento, contra o acórdão do IRDR, de recursos para os tribunais superiores. Sustentam, os que assim entendem, ser inconstitucional a previsão legal que admite a interposição de recursos especial e extraordinário contra julgamento *em abstrato*, como seria o caso do incidente. Não se decide, segundo afirmam, a causa em concreto, mas tão somente a tese jurídica.

Conforme dispõem os arts. 102, III, e 105, III, da CF, cabem RE e REsp, respectivamente, contra *causas decididas*, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais Estaduais (ou do DF).

O sentido de *causa decidida*, para os autores que defendem a inconstitucionalidade do IRDR, seria a exigência de que a decisão contra a qual se manejam RE e REsp tenha resolvido o caso concreto. A inconstitucionalidade decorreria, portanto, do fato de que o CPC não pode instituir novas hipóteses de cabimento dos recursos excepcionais. Somente a Constituição Federal poderia prever a recorribilidade de decisões em abstrato por meio desses recursos.

De outro lado, os que afirmam que não há inconstitucionalidade na regra que autoriza a interposição RE e REsp contra decisão do IRDR, o fazem por entender que a expressão “*causas decididas*” é imprecisa, e por isso não

14 A respeito, cf. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. Coleção Liebman. São Paulo: RT, 2016, p. 395-397. Do mesmo autor, em coautoria com Georges Abboud: Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 240, fev. 2015, p. 221 – 242. V. ainda: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 2123.

pode ser interpretada em padrões excessivamente rígidos. Para essa parte da doutrina, é imprescindível que a norma constitucional seja contextualizada aos dias atuais.

Bruno Dantas (2016, p. 2442-2443) assevera que atribuir aos tribunais superiores a competência para o julgamento do recurso interposto contra o acórdão do IRDR “foi uma escolha adequada, tanto do ponto de vista da finalidade principal do incidente, como também sob o ângulo dos efeitos práticos almejados com a aplicação do incidente”. E acrescenta:

[...] a escolha em conferir ao STF e ao STJ a possibilidade de análise do julgamento em sede de IRDR, além de evidenciar um caráter paradigmático ao resultado final do incidente, resolve tanto as demandas veiculadas nos processos idênticos, como desestimula o manejo do recurso extraordinário e recurso especial para discutir algo sobre o qual aquelas cortes de cúpula já fixaram interpretação.

Entendemos ser essa segunda posição a mais adequada e consentânea com a realidade de hoje. Basta pensar na enxurrada de recursos extraordinários e especiais interpostos contra cada decisão que aplicasse ao caso concreto a tese jurídica adotada no incidente.

Além disso, conforme dispõe o parágrafo único do art. 978 do CPC, o órgão colegiado que julgar o incidente terá de julgar também o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente. Portanto, ao final do julgamento do IRDR, tem-se não somente a fixação da tese, como também o julgamento da causa, com a aplicação do entendimento adotado pelo órgão colegiado.

9. ENTIDADES SUJEITAS À REGULAÇÃO

Se o IRDR versar questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, a *decisão-quadro* deve ser comunicada ao órgão, ente ou agência reguladora competente para fiscalização da sua aplicação pelos entes sujeitos à regulação. Já tratamos, em outro espaço, novamente com Eduardo Talamini (2016, v. 2, p. 648), do alcance dessa regra prevista tanto para o IRDR quanto no âmbito dos recursos especiais e extraordinários repetitivos (arts. 985, § 2.º, e 1.040, IV).

Se a tese jurídica adotada no incidente vincular todos os entes sujeitos à regulação, mesmo que indiretamente, é forçoso reconhecer a eles, ainda que não sejam partes em processos judiciais versando a questão jurídica discutida,

o direito de participar do julgamento do incidente como *amici curiae*. Outra interpretação possível seria que a tese alcançaria apenas as entidades que forem parte em processos judiciais, em trâmite ou futuros.

10. REVISÃO DA TESE JURÍDICA

O Código possibilita que a tese jurídica seja revisada por duas vias: pelos tribunais superiores (quando interposto recurso especial ou extraordinário) ou pelo próprio tribunal que a fixou (art. 986, CPC).

A revisão pelo próprio tribunal pode ser feita de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

O Código exclui da lista de legitimados as partes dos processos envolvendo a questão jurídica objeto do incidente. Já afirmamos em outra oportunidade (2016, v. 2, p. 737), a necessidade de se permitir que as partes de processos subsequentes ao julgamento do incidente postulem junto ao órgão colegiado que julgou o incidente a instauração do procedimento de revisão. Embora não estejam elas autorizadas a requerer diretamente a revisão, pois não eram partes em processos ao tempo do julgamento do incidente e que sequer tinham interesse para intervir como *amicus curiae*, é de se admitir que a postulem, mesmo que indiretamente, quando for o caso.

Na versão do projeto do CPC, ainda quando tramitava na Câmara dos Deputados, havia previsão expressa acerca das situações que davam azo à rediscussão da tese: revogação ou modificação da norma que lhe deu fundamento ou alteração do quadro econômico, político ou social com impacto na matéria decidida. Mas esse elenco não era exaustivo. O projeto abria espaço para que a modificação do entendimento se fundasse em “outras alegações”. Talvez por isso, tal disposição não foi reproduzida no Código promulgado. Optou-se por deixar em aberto as hipóteses de admissão da rediscussão da tese. Caberá aos operadores do direito analisarem, em cada caso, as situações em que a revisão se mostre necessária.

Segundo dispõe o § 2º do art. 927, para revisão de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos, poderão convocar-se audiências públicas, abrindo-se espaço para ampla participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Havendo modificação da tese jurídica adotada no incidente de resolução de demandas repetitivas, pode ser necessária a modulação dos efeitos dessa alteração, observando-se o interesse social e a segurança jurídica.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetividade da atividade desenvolvida no processo é meta imposta pela Constituição Federal, ao assegurar a todos o amplo acesso à justiça. Significa que às partes deve ser prestada efetiva tutela jurisdicional, assim entendida a resposta do sistema jurídico que seja justa, adequada, rápida e eficiente.

Se, por um lado, não se pode atribuir exclusivamente à litigiosidade massificada a responsabilidade pela morosidade do Judiciário – pois, como já afirmamos em diversas oportunidades, há outras questões estruturais e culturais como, por exemplo, a burocracia ou os “tempos mortos”, que efetivamente dão causa à morosidade –, por outro, os números indicam que o assoberbamento do Poder Judiciário é real e muito grave. A experiência mostra que inúmeros outros problemas podem decorrer da litigiosidade massificada, como a proliferação de decisões absolutamente diversas para casos em que se discute questão de direito verdadeiramente idêntica; a violação à garantia da segurança jurídica; a prestação da tutela jurisdicional em linha de produção etc.

A implementação de algum instrumento para auxiliar na gestão da litigiosidade brasileira já no segundo grau de jurisdição era, portanto, emergencial. Os benefícios da implementação do IRDR em nosso sistema processual são muitos. Não é mais necessário aguardar que a enxurrada de demandas repetitivas chegue aos tribunais superiores para racionalizar o tratamento judicial desses casos.

Por essas razões, permitimo-nos dizer que as inconstitucionalidades que alguns imputaram ao IRDR decorreram de uma leitura descontextualizada do texto constitucional. Havendo boa vontade e ponderação por parte daqueles que pensam e que operam o Direito, os instrumentos implementados pelo CPC/2015 são excepcionais ferramentas para auxiliar no tratamento dos problemas decorrentes da litigiosidade massificada, sem que se percam de vista as garantias constitucionais do processo.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 240, fev. 2015, p. 221 – 242.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 196, jun. 2011, p. 237 – 274.

ASPERTI, Maria Cecilia de Araujo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 263, jan. 2017, p. 233 – 255.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 20160020134714. Relator: Desembargador José Divino. Brasília, 23 jan. 2017. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Congresso Nacional. **Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046/2010**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=94A154BFC665C51B25415D5AD1C73B2C.proposicoesWebExterno2?codteor=1246935&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1063343/RS. Relatora: Ministra Nancy Andriighi. Brasília, 04 jun. 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=845190&num_registro=200801289049&data=20090604&formato=PDF>. Acesso em: 22 mar. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no Processo Civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 146.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE Jr., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 335-360.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: RT, 2016, p. 372-385.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 193, mar. 2011, p. 255 – 280.

DANTAS, Bruno. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3. ed., São Paulo: RT, p. 2425-2444.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016a, v. 3, p. 583-587.

_____; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do Regimento Interno do Tribunal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 258, ago. 2016b, p. 257 – 278.

GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change*. **Law & Society Review**, v. 9, n.º 1, 1974, p. 95-160.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 2123.

NOGUEIRA, Gustavo. A coletivização das demandas individuais no NCPC e sua convivência com as demandas coletivas. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 255, mai. 2016, p. 291 – 308.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 301-333.

PORTAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ analisa primeira suspensão em incidente de resolução de demandas repetitivas**. Brasília,

07 dez. 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-analisa-primeira-suspens%C3%A3o-em-incidente-de-resolu%C3%A7%C3%A3o-de-demandas-repetitivas>. Acesso em: 21 mar. 2017

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Sistema de precedentes ou meros filtros redutores de demandas repetitivas? Angústias e desconfianças. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, set. 2016, p. 307 – 329.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC/1973 ao CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 257, jul. 2016, p. 269 – 281.

TALAMINI, Eduardo. *Amicus curiae*. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3. ed., São Paulo: RT, p. 491.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Incidente de resolução de demandas repetitivas: projeções em torno de sua eficiência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, jan. 2016, p. 359 – 387.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinard. Direito Jurisprudencial. In: _____. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 283-341.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 445-457.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Aspectos polêmicos da garantia constitucional do contraditório no novo CPC. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 25, a. XXI, n. 2, jul./dez. 2016a, p. 2-12.

_____; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016b, v. 2, p. 726.

_____; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Sobre a repercussão geral e os recursos especiais repetitivos, e seus reflexos nos processos coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 882, abr. 2009, p. 25.

**IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS
– IPI: INCIDÊNCIA NA SAÍDA DE PRODUTO DE
PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA DO ESTABELECIMENTO
IMPORTADOR EM OPERAÇÃO DE REVENDA**

***THE TAX OVER INDUSTRIALIZED PRODUCTS: INCIDENCE ON
THE RESALE OF IMPORTED GOODS***

Natália Cursino Farias de Arruda

Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco
Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça de Pernambuco

RESUMO: Trata-se de estudo que aborda a discussão acerca da possibilidade ou não de incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados na revenda, em território nacional, de produto importado, sem que tenha havido novo processo de industrialização. Para tanto, serão estudados os aspectos gerais de incidência do IPI, notadamente na tributação de produto importado, sob um viés doutrinário e legal. Sob uma perspectiva constitucional, o tema será analisado à luz dos princípios da isonomia e da vedação ao tratamento tributário discriminador, que consistem, inclusive, em compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil. A presente pesquisa abordará, ainda, a evolução da jurisprudência dos Tribunais Superiores no tratamento do tema. A conclusão atingida revela que o critério material do IPI exige a efetiva industrialização do produto por uma das partes e a posterior realização da operação comercial.

Palavras-chave: Imposto sobre Produtos Industrializados. Hipóteses de incidência. Produtos importados. Revenda.

ABSTRACT: *This study is about the discussion of the possibility or not of incidence of the Tax on Industrialized Products - IPI on resale of imported goods in Brazil, without happen new industrialization process. For this purpose, general aspects of the incidence phenomenon will be studied, in particular related to the taxation of imported products, with a doctrinaire and legal approach. In a constitutional perspective, the theme will be analyzed*

in accordance with the principles of tributary equality and prohibition of discriminatory tax treatment, that consist in internacional commitment assumed by the Federative Republic of Brazil. This research will bring yet the evolution of the superior courts jurisprudence about the present subject. The conclusion reached shows that the material criterion of IPI demands an effective industrialization of the product and a subsequent comercial operation.

Keywords: *Tax on Industrialized Products. Hypothesis of incidence. Imported products. Resale.*

INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo que aborda a discussão acerca da possibilidade ou não de incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados na revenda, em território nacional, de produto importado, sem que tenha havido novo processo de industrialização.

O presente tema é pauta atual de discussão no âmbito doutrinário e, sobretudo, jurisprudencial, tendo em vista recente julgado em sede de recurso repetitivo no Superior Tribunal de Justiça, o qual modificou diametralmente o entendimento dessa Corte até então acerca da matéria, além do fato de a questão ser objeto do Tema 906 de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal.

Impõe-se, assim, reconhecer que o tema é, ao mesmo tempo, indefinido, instigante e de inegável relevância prática. Em razão disso, buscar-se-á analisá-lo com a devida atenção, a fim de construir um pensamento crítico sobre ele.

Para tanto, serão estudados os aspectos material e temporal da regra matriz do IPI, bem como as condições de sua incidência, notadamente, na tributação de produto importado.

Sob uma perspectiva constitucional, o tema será analisado à luz dos princípios da isonomia e da vedação ao tratamento tributário discriminador, que consistem, inclusive, em compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil.

Esta pesquisa, portanto, apresentará três vertentes: análise da Constituição Federal e legislação de regência do IPI; estudo da doutrina, sobretudo com enfoque nas hipóteses de incidência do imposto em questão; e análise da evolução da jurisprudência dos Tribunais Superiores no tratamento do tema.

1. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DO IPI

A Constituição Federal de 1988 enuncia, em seu art. 153, IV, que compete à União instituir impostos sobre produtos industrializados. Para início dos estudos, diante do aspecto material do IPI estabelecido pelo legislador constitucional, faz-se mister analisar, à luz da legislação infraconstitucional, o conceito de produto industrializado.

Segundo o parágrafo único do art. 46 do Código Tributário Nacional, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para consumo.

Cumpra notar que o referido dispositivo legal cinge-se a conceituar o que seria a atividade de industrialização, sem trazer, contudo, as espécies de operações que se incluem nessa denominação.

Dessa forma, complementando o conceito de produto industrializado, tem-se o art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 4.502/1964 e o art. 4º do atual Regulamento do IPI (Decreto nº 7.212/2010), os quais dispõem, com redação semelhante, que a industrialização é qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo.

Nesse diapasão, observa-se que os termos “operação”, “produto” e “industrializado” determinam a hipótese de incidência ou o aspecto material da regra matriz de incidência tributária do IPI, de acordo com a doutrina de Paulo de Barros Carvalho.

Conclui-se, pois, que sua incidência repousa na operação jurídica com produtos industrializados que envolve uma negociação resultante na circulação de mercadoria.¹

Não se pode confundir, no entanto, o aspecto material com o aspecto temporal do tributo, o qual se refere ao momento exato de ocorrência da hipótese de incidência no mundo fenomênico, enquanto aquele diz respeito ao próprio evento capaz de fazer surgir a relação jurídico-tributária.

Consoante o CTN, o aspecto temporal do IPI é constituído de três momentos:

Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;

1 LIMA JUNIOR, José Airton Bezerra. Inaplicabilidade do IPI na revenda de produto importador no Brasil. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 124, Ano 23, p. 100. São Paulo: Ed. RT, set-out. 2015.

III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

A partir de uma simples leitura do art. 46 do CTN, verifica-se que o legislador ordinário trata os critérios temporais do IPI como se fossem fatos geradores, confundindo os aspectos temporal e material do tributo.

Todavia, não se pode olvidar que o IPI não possui três fatos geradores distintos, mas somente um, qual seja, a operação com produto industrializado.² Assim, as situações dispostas no referido dispositivo legal cuidam do momento em que se considera ocorrido o fato gerador do IPI, e não de supostos núcleos materiais desse tributo.

2. REVENDA DO PRODUTO DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA PELO IMPORTADOR

2.1. Controvérsia Jurisprudencial

Inicialmente, merece registro que a controvérsia objeto deste estudo ganhou novos contornos após o julgamento, em outubro de 2015, sob a sistemática dos recursos repetitivos, do EREsp 1.403.532/SC, que modificou o entendimento outrora firmado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça em junho de 2014, no EREsp 1.384.179/SC.

Até outubro de 2015, prevalecia na Primeira Seção do STJ entendimento no sentido de que a cobrança do IPI na comercialização de produtos importados sem nova industrialização consistia em bitributação.

Isso porque o fato gerador do IPI ocorreria alternativamente na saída do produto do estabelecimento, no desembaraço aduaneiro ou na arrematação em leilão. Desse modo, no caso de empresa importadora, o fato gerador ocorreria no desembaraço aduaneiro, inexistindo nova ocorrência quando da saída do produto para sua comercialização, se não houvesse qualquer processo de industrialização, nos termos dos artigos 46 e 51 do CTN.

Segundo essa corrente, da mesma forma dispõe o Regulamento do IPI, o qual afasta a exação cumulativa desse imposto, ao incluir uma conjunção alternativa nos incisos I e II do artigo 35, prevendo que o fato gerador do IPI é o desembaraço aduaneiro ou a saída de produto do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial.

Assim, seria necessária a industrialização ou o aperfeiçoamento do produto importado, para que pudesse haver a incidência do IPI no segundo momento, qual seja, a sua saída para o mercado interno.

² LIMA, *Op. cit.*, p. 100.

A questão parecia se revestir de certa estabilidade, uma vez que havia sido sedimentada em órgão de maior representatividade da mencionada Corte de Justiça (Primeira Seção).

Todavia, alterando o posicionamento firmado em junho de 2014, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça definiu, em outubro de 2015, que é legítima a incidência de IPI no desembaraço aduaneiro de produtos importados e, novamente, na saída da mercadoria do estabelecimento, quando for comercializado.

Isso porque, com fundamento no art. 46, II c/c o art. 51, II, e parágrafo único do CTN, os estabelecimentos que revendem produtos importados se equiparam, para fins de incidência do imposto, a estabelecimentos industriais, o que autorizaria essa nova incidência.

Com o advento do Código Tributário Nacional – CTN, não foi repetida a regra do IPI contida no art. 2º, II, da Lei n. 4.502/64, que limitava o critério temporal “saída” apenas para os produtos de produção nacional. Sendo assim, a lei passou a permitir que os produtos de procedência estrangeira ficassem sujeitos novamente ao fato gerador do imposto, quando da saída do estabelecimento produtor ou equiparado.³

Nessa toada, a linha de argumentação que impedia a nova incidência para produtos provenientes do exterior somente fazia sentido durante a vigência da Lei n. 4.502/64, a qual vinculava a hipótese de incidência ao local de produção do bem. Esse entendimento teria sido, portanto, superado pelo advento do CTN e pela legislação posterior (art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006).⁴

Para a corrente que se sagrou vencedora no julgamento do EREsp 1.403.532/SC, a incidência do IPI na espécie não se trata de bitributação, tendo em vista que a lei elenca dois fatos geradores distintos: o desembaraço aduaneiro, proveniente da operação de compra do produto no exterior, e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor. A primeira tributação recai sobre o preço de compra no qual está embutida a margem de lucro da empresa estrangeira, e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, em que já foi incluída a margem de lucro da empresa brasileira importadora.⁵

Segundo a tese vencedora no Superior Tribunal de Justiça, a Lei Kandir (LC n° 87/96) admite hipóteses expressas de bitributação entre o IPI e o

3 Voto do Min. Mauro Campbell Marques - EREsp 1.403.532/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 18/12/2015.

4 Voto do Min. Mauro Campbell Marques, *Op. cit.*

5 Voto do Min. Mauro Campbell Marques, *Op. cit.*

ICMS, mas minora seus efeitos ao retirar o IPI da base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 13, §2º.

Ademais, na esteira desse raciocínio, afirma-se que essa tributação na revenda não onera a cadeia além do razoável, pois a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.⁶

Por fim, restou consignado no voto do Min. Mauro Campbell Marques, no que tange ao argumento de violação do GATT, que a cláusula de obrigação de tratamento nacional tem aplicação somente na primeira operação (a de importação), pois a segunda operação já é interna. Dizer que houve qualquer violação da cláusula significa tratar dois fatos geradores como se fossem um só.

Assim, embora a questão tenha sido decidida, em sede de recurso repetitivo, no Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que essa discussão ainda será travada no Supremo Tribunal Federal, haja vista que já foi, inclusive, reconhecida a repercussão geral da matéria (Tema 906).

2.2. A Industrialização como Elemento do Aspecto Material do Ipi

A Receita Federal do Brasil tem entendimento firmado no sentido de que, sendo o importador equiparado a industrial pela legislação de regência, é devido IPI não só no desembaraço aduaneiro, como também nas operações subsequentes de saída do produto importado do estabelecimento do importador, mesmo que não haja novo processo de industrialização.

Nessa toada, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.403.532/SC, sob a sistemática dos recursos repetitivos, em outubro de 2015, conforme já mencionado.

Com efeito, a incidência ou não do IPI, no caso em apreço, depende da compreensão que se tem do critério material desse tributo.

Caso se entenda que a hipótese de incidência é apenas a realização de uma operação comercial com um produto industrializado, não necessariamente por uma das partes envolvidas na operação, de fato irá prosperar a interpretação da Receita Federal, atualmente adotada pelo STJ. Em contrapartida, caso o critério material do IPI exija que a industrialização seja realizada dentro do

⁶ Voto do Min. Mauro Campbell Marques, *Op. cit.*

território nacional, conclui-se, inevitavelmente, pela não incidência do IPI na espécie.⁷

A partir da análise da Constituição Federal, Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que cada exação atinge uma determinada conduta que, em tese, revele capacidade contributiva.

Dessa forma, se a Constituição enuncia que compete à União instituir imposto sobre produtos industrializados, não resta dúvida de que o legislador constituinte pretendeu que essa exação tenha estreita relação com a própria atividade de industrialização.

Merece registro, no entanto, que o IPI não recai sobre a industrialização propriamente dita, mas sobre o ato de promover a industrialização do produto e, posteriormente, realizar a sua circulação no mercado, por meio de um negócio jurídico que transfira posse ou propriedade.⁸

É preciso, pois, que haja produção e circulação concomitantes para a incidência do IPI, pois as ulteriores fases de circulação dos produtos industrializados sujeitam-se apenas ao ICMS. As três hipóteses trazidas pelo CTN (desembaraço aduaneiro, saída do estabelecimento industrial e arrematação em leilão) não instituem três impostos diferentes ou fatos geradores distintos, senão denotam três momentos ou circunstâncias que se subsumem na previsão constitucional do fato gerador do IPI.⁹

Assim, constata-se uma relação de alternatividade: ou o IPI incide no momento do desembaraço aduaneiro pelo importador, quando o produto é de procedência estrangeira; ou no momento em que ocorre a saída do produto do estabelecimento comercial, tratando-se de produto nacional.

Isso porque o IPI só tem lugar durante as fases de industrialização, desde as operações de saída da matéria prima até a saída realizada pelo último agente econômico que realiza alguma modificação na natureza, no funcionamento, no acabamento, na apresentação ou finalidade do produto ou o aperfeiçoe para consumo (art. 4º do RIPI). Depois dessa última operação, encerra-se a cadeia de incidência do IPI.¹⁰

Nessa esteira, vale conferir os ensinamentos de Leandro Paulsen:

O importante a considerar, aqui, é que o termo *industrializado*, na norma de competência do art. 153, IV, está no sentido de

7 SILVA, Raphael Pereira Teixeira da. O IPI na revenda de produtos importados: análise sob a perspectiva da jurisprudência no STJ. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 122, ano 23, p. 207. São Paulo: RT, maio – jun. 2015.

8 LIMA, *Op. cit.*, p. 100.

9 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os tributos na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, vol. 4, p. 174.

10 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 443.

produto industrializado por um dos contratantes da respectiva operação. Não basta, pois, que simplesmente não se esteja cuidando de produto “in natura”; não basta que o produto tenha sido industrializado em algum momento. É preciso, sim, que se trate de operação com produto que tenha sido industrializado por um dos contratantes.¹¹

Consoante esclarece o Min. Og Fernandes no julgamento do EREsp 1.403.532/SC, o Código Tributário Nacional, com suporte no art. 146, III, ‘a’, da Constituição Federal, exerce a função de estabelecer normas gerais em matéria tributária, enquanto que a norma instituidora do imposto em questão corresponde, ainda, à Lei n. 4.502/64, que assim dispõe:

Art. 2º Constitui fato gerador do imposto:

I - quanto aos produtos de procedência estrangeira o respectivo desembaraço aduaneiro;

II - quanto aos de produção nacional, a saída do respectivo estabelecimento produtor.

Cumpra-se notar que a Lei n. 4.502 é de 1964, ao passo que o CTN foi publicado em 1966. Se a vontade do legislador fosse a de modificar a sistemática que vigorava até então, o texto da lei posterior teria sido explícito em assentar que a saída da mercadoria do estabelecimento ou equiparado se constituía em fato gerador do imposto também para os produtos de procedência estrangeira, evitando, com isso, interpretações conflitantes.¹²

Contudo, não foi isso que ocorreu, o que autoriza o reconhecimento de que não houve o intuito de modificar a sistemática já instituída pela Lei n. 4.502/64, devendo, pois, ser prestigiada a interpretação legal inserida no art. 2º dessa norma instituidora do imposto sobre produtos industrializados, no sentido de que o fato gerador do tributo, quanto aos produtos de procedência estrangeira, corresponde ao respectivo desembaraço aduaneiro.¹³

Na esteira do raciocínio do Min. Arnaldo Esteves Lima, no julgamento do EREsp 1.400.759/RS, em argumentação favorável à alternatividade de incidências em função da origem do produto, constata-se que o importador só é sujeito passivo do IPI, porque os limites da soberania não autorizam que se tribute o industrial estrangeiro.

11 PAULSEN, Leandro. Direito tributário. **Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pag. 281.

12 Voto vogal do Min. Og Fernandes - EREsp 1.403.532/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 18/12/2015.

13 Voto vogal do Min. Og Fernandes, *Op. cit.*

Pretendeu, assim, o legislador conferir tratamento igualitário entre o produto estrangeiro e o produto nacional, o qual se sujeita à incidência do IPI nos termos do art. 46, II, do CTN.

Verifica-se que, se a pessoa apenas pretende vender os produtos adquiridos no exterior, ela perde a condição de importadora e assume a posição de comerciante.

Dessa forma, exigir novamente IPI na simples saída do estabelecimento do importador que não industrializou o produto importado configura bitributação, tendo em vista a incidência simultânea do ICMS, cujo sujeito ativo é o Estado, e do IPI, exigido pela União, sobre o mesmo fato jurídico tributário, que, nesse caso, seria a operação comercial.¹⁴

A necessidade de que a industrialização tenha sido realizada por uma das partes envolvidas na operação comercial é o único fator que diferencia o IPI do ICMS, de sorte que, desconsiderando esse elemento como parte integrante do critério material do imposto federal, haverá, na espécie, absoluta identidade entre os dois tributos.

Justamente para evitar a bitributação, no IPI, só se grava a operação realizada pelo próprio industrial ou a pessoa a ele equiparada na fase de produção, e não na cadeia meramente comercial.

Como se vê, a hipótese de incidência do IPI é mais complexa do que a do ICMS, porque envolve, além da prestação de dar, um prévio fazer, qual seja, industrializar produtos.¹⁵

Portanto, afigura-se claro e cristalino que o critério material do IPI exige a efetiva industrialização do produto por uma das partes e a posterior realização da operação comercial, sob pena de a União invadir a competência tributária dos Estados, promovendo uma bitributação.

Impende comentar, por fim, que a definição do sujeito passivo de uma obrigação tributária por intermédio da sistemática legislativa de equiparação em nada deve interferir na hipótese material de incidência do tributo.¹⁶

Como bem explica o Min. Og Fernandes, em seu voto, proferido no julgamento do EREsp 1.403.532/SC, havendo previsão legal, como ocorre no caso em epígrafe, o ente federado fica autorizado a definir como sujeito passivo da relação jurídico-tributária, na qualidade de contribuinte ou responsável, qualquer pessoa (um terceiro) que direta ou indiretamente tenha ligação com o aspecto material do tributo, tudo com vista a obter a efetiva satisfação do crédito tributário.

14 SILVA. *Op. cit.*, p. 213.

15 BOTALLO, Eduardo Domingos. **IPI – Princípios e estrutura**. São Paulo: Dialética, 2009, p. 31.

16 Voto vogal do Min. Og Fernandes, *Op. cit.*

Assim, observa-se que a preocupação do legislador em equiparar certas pessoas a contribuintes se justifica para evitar subterfúgios ao pagamento do tributo, e não para admitir sucessivas e repetidas tributações.¹⁷

3. UMA ABORDAGEM DA TEMÁTICA SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

O art. 150, II, da CF/88 visa a garantir uma justa tributação, ao exigir que a aplicação da lei tributária não discrimine contribuintes que estejam em situações jurídicas equivalentes.

Não há dúvida de que, sendo o produto estrangeiro ou nacional, ele deve passar pelas mesmas etapas do ciclo econômico, incluindo sua comercialização e saída do estabelecimento.

A única diferença, nesse caso, é que, com relação ao produto estrangeiro, a industrialização ocorre no exterior e, portanto, fora dos limites da soberania nacional, razão pela qual foi definido como critério temporal da incidência tributária o momento do efetivo ingresso do produto no território nacional, isto é, o desembaraço aduaneiro, no qual o importador é o sujeito passivo da tributação.

É cediço que a condição de importador se extingue após a conclusão do próprio desembaraço aduaneiro, quando o produto importado pode ser considerado “nacionalizado”, surgindo, pois, a condição de equivalência exigida pelo art. 150 da CF/88.¹⁸

Dessa forma, observa-se, segundo o raciocínio desenvolvido pelo Min. Napoleão Maia no ERE 1.400.759, que ao se pretender nova incidência do IPI na comercialização do produto importado, após o desembaraço aduaneiro com o respectivo pagamento do Imposto de Importação e do IPI, impele-se o comerciante importador para posição de desvantagem frente ao seu concorrente que vende mercadoria nacional, por exigir-lhe, na operação de comercialização, dupla incidência tributária (IPI e ICMS), ao passo que este último arcará somente com o ICMS.

Em outras palavras, enquanto se têm, nessa hipótese, duas incidências do IPI na cadeia do produto estrangeiro – no momento do desembaraço aduaneiro e na saída do estabelecimento –, o produto nacional permanecerá sofrendo uma única incidência, a qual ocorre no efetivo momento da saída do estabelecimento produtor industrial.

Com efeito, o importador suportará um ônus adicional, em nítida violação ao princípio da isonomia tributária.

¹⁷ Voto vogal do Min. Og Fernandes, *Op. cit.*

¹⁸ SILVA. *Op. cit.*, p. 216.

Nem se argumente que a possibilidade de creditamento do valor pago na etapa anterior mitiga o excedente do imposto a ser pago, pois tal creditamento, por si só, não diminui ou anula a carga tributária extra que se quer impor ao comerciante/importador. O valor da importação (sobre o qual incide o IPI no momento do desembaraço aduaneiro) não é igual ao valor da venda interna da mercadoria importada (que tende a ser maior), de forma que não há como dissimular essa superposição.¹⁹

Importa comentar que a incidência de tributos sobre as atividades de importação se fundamenta na necessidade de neutralizar e igualar a carga tributária que recai sobre produtos de procedência estrangeira e nacional.²⁰

Isso porque a regra no comércio mundial é a desoneração das exportações, de modo que a exigência de IPI e demais tributos como ISS, PIS, Cofins e ICMS nas importações exerce a importante função de implementar tratamento tributário isonômico, a fim de prestigiar a livre concorrência entre produtos estrangeiros e nacionais.

Nesse sentido, segundo magistério de Aliomar Baleeiro, a incidência de tributos como o IPI e o ICMS na importação não tem qualquer objetivo protecionista, mas é fenômeno necessário em favor da isonomia e equidade. Como se sabe, a norma adotada no mercado internacional é aquela de desoneração das exportações, de modo que os produtos e serviços importados chegam ao país de destino livres de todo tributo de uma forma geral. Seria, portanto, agressivo à regra da livre concorrência e aos interesses nacionais pôr em posição desfavorável a produção nacional, que, internamente, sofre a incidência de IPI e ICMS, por exemplo.²¹

Assim, uma vez igualada a tributação do produto estrangeiro àquela sofrida pelo produto nacional industrializado, com a incidência do IPI no desembaraço aduaneiro, as operações subsequentes realizadas pela empresa importadora devem usufruir do mesmo tratamento tributário atribuído às empresas nacionais.²²

Desse modo, em caso de saída do produto do estabelecimento importador, sem novo processo de industrialização, não há falar, portanto, em incidência de IPI, uma vez que esse tributo já foi pago quando do desembaraço aduaneiro.

19 Voto do Min. Napoleão Nunes Maia - EREsp 1.403.532/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 18/12/2015.

20 SILVA. *Op. cit.*, p. 217.

21 BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11 ed. Atual. por Misael Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 381.

22 CUNHA, Frederico Pereira Rodrigues da; CAMPOS, Marcelo Hugo de Oliveira. Breves Reflexões sobre a não Incidência do IPI nas Operações de Revenda de Produtos Importados. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 217. São Paulo: Ed. Dialética, out. 2013, p. 21-22.

A dupla incidência de IPI sobre produto estrangeiro, no desembaraço aduaneiro e na saída do estabelecimento importador, revela um protecionismo abusivo da economia nacional, eivado de arbitrariedade, já que não possui respaldo na Constituição Federal, a qual veda, em seu art. 150, II, que os entes federativos instituíam tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

Ademais, a isonomia é um dos princípios a que o Brasil se submete como membro integrante da Organização Mundial do Comércio – OMC e signatário do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio – GATT.

Conforme o art. III, § 2º do GATT, os produtos importados do território de qualquer parte contratante para o de outra parte contratante não serão taxados, direta ou indiretamente, por impostos internos superiores aos que atingem, direta ou indiretamente, os produtos nacionais similares.

Por isso, nas relações de comércio internacional entre o Brasil e os países signatários do GATT, deve ser aplicado o princípio da não discriminação do tratamento, o qual, se aplicado apenas na operação de importação, como pretende a corrente que se sagrou vencedora no STJ, desvirtua toda a ideologia que fundamenta o referido tratado, já que, uma vez internalizado o produto, ele passaria por tratamento discriminatório, ao arrepio dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro.

Diante do exposto, sob a ótica constitucional, além das considerações anteriormente feitas acerca da legislação de regência do IPI, não se afigura legítima a incidência desse imposto na saída do produto estrangeiro do estabelecimento do importador, se não houver novo processo de industrialização.

CONCLUSÃO

A partir de tudo que foi analisado no presente trabalho, afigura-se patente que o critério material do IPI exige a efetiva industrialização do produto por uma das partes e a posterior realização da operação comercial, sob pena de a União invadir a competência tributária dos Estados, promovendo uma bitributação.

A necessidade de que a industrialização tenha sido realizada por uma das partes envolvidas na operação comercial é o único fator que diferencia o IPI do ICMS, de modo que, desconsiderando esse elemento como parte integrante do critério material do imposto federal, haverá absoluta identidade entre os dois tributos nessa hipótese.

Verificou-se que as situações dispostas no art. 46 do CTN cuidam, em verdade, do momento em que se considera ocorrido o fato gerador do IPI, e não de supostos núcleos materiais desse tributo.

Isso porque o IPI não possui três fatos geradores distintos, mas somente um, qual seja, a operação com produto industrializado.

Nesse contexto, constata-se uma relação de alternatividade: ou o IPI incide no momento do desembaraço aduaneiro pelo importador, quando o produto é de procedência estrangeira; ou no momento em que ocorre a saída do produto do estabelecimento comercial, tratando-se de produto nacional.

Caso contrário, o importador suportará um ônus adicional, em nítida violação ao princípio da isonomia tributária, já que, enquanto se têm, nessa hipótese, duas incidências do IPI na cadeia do produto estrangeiro – no momento do desembaraço aduaneiro e na saída do estabelecimento –, o produto nacional permanecerá sofrendo uma única incidência, a qual ocorre no efetivo momento da saída do estabelecimento produtor industrial.

Assim, em caso de saída do produto do estabelecimento importador, sem novo processo de industrialização, não há falar em incidência de IPI, uma vez que esse tributo já foi pago quando do desembaraço aduaneiro.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11 ed. Atual. por Misael Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BOTALLO, Eduardo Domingos. **IPI – Princípios e estrutura**. São Paulo: Dialética, 2009.

CANÁRIO, Pedro. **Em recurso repetitivo, STJ volta a autorizar IPI sobre revenda de importado**. <<http://www.conjur.com.br/2015-out-15/stj-volta-autorizar-incidencia-ipi-revenda-importado>> . Acesso em: 28/06/2016

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CUNHA, Frederico Pereira Rodrigues da; CAMPOS, Marcelo Hugo de Oliveira. Breves Reflexões sobre a não Incidência do IPI nas Operações de

Revenda de Produtos Importados. **Revista Dialética de Direito Tributário**. n. 217. São Paulo: Ed. Dialética, out. 2013, p. 21-22.

LIMA JUNIOR, José Airton Bezerra. Inaplicabilidade do IPI na revenda de produto importador no Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 124, Ano 23, p. 100. São Paulo: Ed. RT, set-out. 2015.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário. Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SILVA, Raphael Pereira Teixeira da. O IPI na revenda de produtos importados: análise sob a perspectiva da jurisprudência no STJ. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 122, ano 23, p. 207. São Paulo: RT, maio – jun. 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os tributos na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, vol. 4.

VASCONCELOS, Gustavo Bevilaqua; ARAÚJO, Renan Cavalcante. **Incidência do IPI na revenda de importados deve continuar sendo questionada**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-23/ipi-revenda-importados-continuar-sendo-questionado>>. Acesso em: 28/06/2016.

A FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL: as peculiaridades do controle difuso

THE REVIEW OF CONSTITUTIONALITY IN PORTUGAL: the peculiarities of diffuse control

Paulo de Tarso Duarte Menezes

Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Leão Sampaio

Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Autónoma de Lisboa

Professor da Universidade do Estado da Bahia - UNEB

Juiz de Direito do TJPE

Vitória Souza da Silva

Graduanda em Direito pela Universidade do Estado da Bahia - UNEB

RESUMO: O controle da constitucionalidade é instituto de Direito que remonta pouco mais de 200 anos de história. A civilização ocidental dividiu-se entre dois modelos de controle. O primeiro, mais antigo, teve como berço o Direito Estadunidense. Já o segundo surgiu das bases teóricas de Hans Kelsen. Portugal, inicialmente adepto do modelo americano, evoluiu para um modelo misto, de convivência entre os dois espécimes de aferição constitucional. Mais adiante, aderiu também ao grupo de países dotados de Tribunais Constitucionais, cabendo a este, em regra, a última palavra. Neste artigo, busca-se apresentar os matizes do controle de constitucionalidade do Direito Português, focando-se no controle difuso. Assim, busca-se um exame crítico dos sujeitos envolvidos no processo, das hipóteses de cabimento, da natureza da suscitação, dos efeitos da decisão e da atuação do Tribunal Constitucional.

ABSTRACT: *The control of constitutionality is an institute of law dating back a little more than 200 years of history. Western civilization was divided between two models of control. The first, older, had as cradle the American Law. The second came from the theoretical basis of Hans Kelsen. Portugal, initially adept at the American model, evolved into a mixed model of coexistence between the two specimens of constitutional benchmarking. Later,*

it also joined the group of countries endowed with Constitutional Courts, and it is up to this one, as a rule, the last word. In this article, the aim is to present the shades of the constitutionality control of Portuguese Law, focusing on diffuse control. Thus, it is sought a critical examination of the subjects involved in the process, the hypotheses of appropriateness, the nature of the appeal, the effects of the decision and the actions of the Constitutional Court.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se a apresentar uma visão geral do sistema de controle de constitucionalidade português, com mira a revelar o controle difuso de constitucionalidade adotado em Portugal, enfatizando suas peculiaridades e vicissitudes. Para tanto, principiando pela apresentação dos modelos de controle de constitucionalidade que predominam no ocidente, passando pelos aspectos gerais da fiscalização de constitucionalidade em Portugal, culmina na discussão acerca, especificamente, do controle difuso, com ênfase na forma de atuação do Tribunal Constitucional nesta última espécie de exame da constitucionalidade.

Atém-se, com certa preocupação, ao controle difuso, sobre os sujeitos processuais envolvidos, as hipóteses de cabimento, a natureza da questão constitucional suscitada, bem como os efeitos da decisão proferida, seja pelos tribunais comuns, seja pelo Tribunal Constitucional.

1. MODELOS DE FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

Reconhecer que as normas de um Estado estão relacionadas por um sistema hierarquizado, no qual existe uma norma de topo, regente axiológica das demais, exige que, em caso de desarmonia entre a norma superior e a inferior, existam mecanismos de realinhamento das espécies normativas, garantindo-se assim a formação de um ordenamento jurídico em equilíbrio coerente.

Nesse caminho, pode-se dividir a história do constitucionalismo ocidental em duas grandes correntes de pensamentos, quais sejam, o modelo de controle norte-americano, comumente denominado de modelo americano, e o modelo de constitucionalidade continental-europeu, também chamado de maneira reduzida de modelo europeu.

1. 1. Modelo Americano

O processo de formação da Constituição Norte-Americana envolveu o embate entre os Federalistas e os Anti-Federalistas, tendo como ponto de conflito a maior centralidade de poder, defendida pelos primeiros, e a maior distribuição de autonomias regionais, defendida pelos últimos. Em jogo estava a discussão acerca do reconhecimento de *Supremacy Clause*¹ da Constituição Federal, que acabou, ao final do debate, sendo aprovada surpreendentemente com facilidade, sem necessidade sequer de votação, criando-se assim um dever, aos tribunais, de fiscalizar a constitucionalidade das normas; eis que estava vedada a aplicação de leis em desconformidade com a Constituição dos Estados Unidos da América², lei suprema aprovada entre maio e setembro de 1787. Assim, estava aberto o espaço para o controle de constitucionalidade naquele país, porquanto existia um predicado lógico capaz de hierarquizar as leis daquele Estado, estando, portanto, reconhecida a posição de topo da Constituição Federal.

Partindo-se de tal premissa, dir-se-á, à luz da tradicional história do Direito Constitucional, que o controle difuso tem origem no célebre caso *Marbury x Madison*, nos Estados Unidos da América, em 1803, consubstanciado nas ideais engendradas pela pena de John Marshall, *Chief Justice*³, quando reconheceu o *judicial review* como forma legítima de controlar as inconstitucionalidades daquele ordenamento. Em outras palavras, reconheceu-se competência ao poder judiciário não só para interpretar as leis, mas ainda um dever de aplicar a lei compatível com a Constituição e de não aplicar a norma incompatível⁴.

1 Nesse sentido, FORTE, David F.; SPALDING, Matthew, na obra *Lesson 2: The Purpose Of The Constitution*. In **THE HERITAGE GUIDE TO THE CONSTITUTION: TEACHING COMPANION Unit**, p. 29, assinalam, sobre a *Supremacy Clause*, o seguinte: “The Supremacy Clause clarifies that above all - above state law, federal and the state constitutions - is the Constitution of the United States. Applies to clause to all legal interpreters, including members of Congress, the President, federal officials, federal judges, state court judges, and other state officials. While both federal and state governments have the power to enact laws, there must be a mechanism for determine which law applies in case of a conflict. Under the supremacy clause, national laws made pursuant to the Constitution take precedence over any State acts which conflict with national law. This clause is not a concession of power; specifies how resolve conflicts. At the Constitutional Convention, James Madison proposed the power of Congress to veto state laws. However, the Convention has repeatedly rejected proposals for a power of veto over state laws, seeking to reduce the conflict between the state and federal spheres. governments. The Convention accepted the Clause of Supremacy in its final form (proposal for by the anti-federalist Luther Martin) without much disagreement”.

2 MARTINS, Ana Maria G. **Os Origens da Constituição Norte-Americana Uma lição para a Europa**. p. 98-99.

3 VELOSO, Zeno. – Efeitos da declaração de constitucionalidade. In CAMARGO, Marcelo N. (org.) – **Leituras complementares de constitucional - controle de constitucionalidade**. p. 136.

4 CANOTILHO, José Joaquim G. **Direito Constitucional**. p.964.

Contudo, atento à ordem cronológica da história do constitucionalismo, Bulos⁵ adverte que ainda em 1780, no judiciário de New Jersey, e em 1782, por um grupo de juizes da Virgínia, já havia reconhecimento da nulidade de leis que afrontavam a Constituição. Na mesma toada, em 1787, o mais alto tribunal da Carolina do Norte declarou a invalidade de leis contrárias aos artigos da Confederação.

Sem dúvida, contudo, foi o clássico caso *Marbury x Madison* quem deu a devida visibilidade ao *judicial review*, valendo destacar que até aquelas manifestações judiciais, embora já se dissesse que a Constituição era norma soberana na hierarquia das leis, como bem assentado por Canotilho⁶, isso não era suficiente, porquanto faltava reconhecer a possibilidade de o judiciário pronunciar tal superioridade, quando da aplicação da norma ao caso em exame.

Portanto, embora inexistisse norma expressa na Constituição Estadunidense de 1787 prevendo tal atividade fiscalizatória da constitucionalidade das leis, a construção de Marshall concluiu que uma lei subalterna não poderia confrontar com a Constituição. No caso em espécie, Marshall considerou que somente a Constituição Americana poderia atribuir competência à Suprema Corte daquele país, assim considerando a Lei Judiciária de 1789 inconstitucional. Portanto, daquele pronunciamento pode-se concluir que qualquer órgão do poder judiciário poderia sindicá-la, no caso concreto, a constitucionalidade de uma norma, sendo, portanto, realizado pela via difusa, como questão incidental.

Note-se que, conforme adverte importante doutrina especializada no assunto⁷, o fato de o processo ocorrer no bojo da solução intersubjetiva de um conflito não desmereceu, quando da evolução histórica de tal método de controle, uma guinada para o caminho da objetivização do *judicial review* norte-americano, como se observa das legislações que se sucederam (1891, 1925 e 1988), cada vez mais a impor poderes discricionários à Suprema Corte daquele país, capazes de exigir relevância da matéria que seria objeto de reexame da constitucionalidade, e cada vez menos atenta à correção de erros ordinários dos tribunais inferiores.

Embora haja quem associe o controle difuso como aquele no qual o exame da constitucionalidade dar-se-á nos casos concretos, conforme adverte o professor Canotilho⁸, isso não pode ser mais assim vislumbrado, porquanto,

5 BULOS, Uuadi L. **Curso de Direito Constitucional**. p. 111-113.

6 CANOTILHO, José Joaquim G. **Direito Constitucional**. p.967.

7 MARTINS, Ives G. da S.; MENDES, Gilmar F. **Controle concentrado de constitucionalidade**, p. 10, asseveram que o *Judiciary Act*, de 1937, expressou uma “preocupação, na medida em que assegura ao Governo Federal a faculdade de intervir na lide entre particulares, sempre que estiver em discussão a constitucionalidade de lei federal atinente ao interesse público”.

8 CANOTILHO, Joaquim José G. **Direito Constitucional**. p. 965.

embora alguns ordenamentos reconheçam a possibilidade do exame incidental da constitucionalidade, dedica tal competência a um órgão centralizador, qual seja, o Tribunal Constitucional, como ocorre com os sistemas italiano e alemão, nos quais há suspensão da instância para que seja realizado o exame da questão constitucional controvertida, porquanto detém aquele tribunal a atribuição exclusiva de pronunciar a inconstitucionalidade das normas.

1.2. Modelo Europeu

Tardiamente, por razões históricas e decorrentes da montagem da separação de poderes, a Europa só passou a cultivar efetivamente a Constituição, como norma jurídica suprema, no pós-guerra⁹. Destarte, o modelo europeu ou austríaco de controle de constitucionalidade foi inaugurado na Constituição daquele país, em outubro de 1920, moldado nas ideias de Hans Kelsen¹⁰, mormente considerando que tal pensador via insegurança jurídica¹¹ e interferência indevida do poder judiciário, ao produzir uma decisão política, sob as vestis de um legislador negativo¹².

O pensamento kelseniano apontou fragilidades severas quanto ao modelo americano, mormente por considerar que, como a Constituição é um documento político, limitador do poder, não poderia ser entregue a nenhuma instância do poder a função de controlá-la, pois “ninguém pode ser juiz em causa própria¹³”. Portanto, era necessário um órgão situado entre a função legislativa e a jurisdicional com a competência para o exame da constitucionalidade das normas jurídicas¹⁴. Seguindo aquela orientação, a Carta Austríaca de 1920 foi pioneira na instituição de um Tribunal Constitucional¹⁵.

Não bastasse isso, o fato do controle de constitucionalidade moldado no sistema americano ter deixado o exame da adequação constitucional a lides resolutivas de conflitos intersubjetivos, desprezava-se a dimensão do

9 NOVAIS, J.R. **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica**. p. 62.

10 VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de constitucionalidade. In CAMARGO, Marcelo N. (org.) **Leituras complementares de constitucional - controle de constitucionalidade**. p. 137.

11 AMARAL, Maria Lúcia. **Problemas da judicial review em Portugal**. p. 79.

12 CANOTILHO, Joaquim José G. **Direito Constitucional**. p. 1094, em nota, destaca que: “A compreensão do controle da constitucionalidade como ‘controle negativo’ — é este o sistema básico do constitucionalismo, qualquer que seja o modelo de controle — tem merecido críticas do pensamento constitucional socialista. Alude-se, designadamente, à insuficiência de um controle que se limita a anular actos (controle negativo) e não a impor positivamente actividades normativas em reacção contra eventuais omissões inconstitucionais.”

13 KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. p. 240.

14 AMARAL, Maria Lúcia. **Problemas da judicial review em Portugal**. p. 73

15 BULOS, Uadi L. **Curso de Direito Constitucional**. p. 113. No mesmo sentido VELOSO, Z. – Efeitos da declaração de constitucionalidade. In CAMARGO, Marcelo N. (org.) – **Leituras complementares de constitucional - controle de constitucionalidade**. p. 138.

interesse público naquele processo¹⁶, revelando-se, ainda, fonte para decisões conflitantes, visto que um órgão da jurisdição poderia reconhecer, num caso em julgamento, a inconstitucionalidade de uma norma, enquanto outro poderia decidir de forma antagônica¹⁷.

No continente europeu, o modelo de Kelsen de controle da constitucionalidade¹⁸ quanto ao órgão de exame da questão constitucional foi preponderantemente acolhido, tendo como característica marcante o reenvio prejudicial da questão constitucional a órgão vocacionado para tanto¹⁹. Note-se que o modelo ideal, criado por Kelsen, alicerçava-se estritamente em uma Constituição técnica, desvestida de valores, adotando-se uma perfeita separação entre “juiz de casos” e “juiz de normas”, cabendo aos Tribunais Constitucionais este último papel. Contudo, como explica Queiroz²⁰, o lançamento nas Constituições de um plexo de direitos fundamentais, creditando-se àquelas normas supremas o *munus* de protetor e garantidor de tais direitos, acarretou a criação de Tribunais Constitucionais com competência cumulada de “juiz de normas” e “casos”.

As adaptações em cada Estado prosseguiram, alterando-se os padrões preconizados na teoria kelseniana. Na França, o controle é exercido pelo *Conseil Constitutionnel*, órgão de natureza política que concentra o exame da Constituição, especialmente desde a Carta de 1958²¹. Por sua vez, no sistema germânico há concentração nas mãos do Tribunal Constitucional quanto ao exame de inconstitucionalidade de normas, mormente pelo emprego do reenvio das instâncias inferiores, no controle concreto, bem assim como por representação do governo Federal, dos governos estaduais ou de 1/4 dos integrantes do parlamento²². No modelo espanhol, adota-se o

16 MARTINS, Ives G.; MENDES, Gilmar. – **Controle concentrado de constitucionalidade**. p. 10, asseveram que o *Judiciary Act*, de 1937, revelou preocupação com isso, tanto que garantiu ao Governo Federal o direito de intervir em ação que discute a inconstitucionalidade de leis federais.

17 KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. p. 303.

18 AMARAL, Maria Lucia. **Problemas da judicial review em Portugal**. p. 68-69.

19 Idem. **Op. Cit.** p. 73.

20 QUEIROZ, Cristina M.M. A relação entre o tribunal constitucional e a justiça comum no processo de controle concreto de normas, em particular, o caso das sentenças ininterpretativas. In CORREIA, F.A., MACHADO, J.E.M., LOUREIRO, J.C. (org.) **Estudos em homenagem aos Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. p. 607.

21 BULOS, Uadi L. **Curso de Direito Constitucional**. p. 116.

22 *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Artigo 93 [Competência do Tribunal Constitucional Federal] (1) O Tribunal Constitucional Federal decide: 1. sobre a interpretação desta Lei Fundamental em controvérsias a respeito da extensão dos direitos e deveres de um órgão superior da Federação ou de outros interessados, dotados de direitos próprios pela presente Lei Fundamental ou pelo regulamento interno de um órgão federal superior; 2. no caso de divergências ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a presente Lei Fundamental ou da compatibilidade da legislação estadual com outras leis federais, quando o solicitem o Governo Federal, o governo de um Estado ou um quarto dos membros do Parlamento Federal; 2 a. no caso de divergências, se uma lei corresponde aos requisitos do artigo 72 §2, por requerimento do Conselho Federal, do governo de um Estado ou

controle pela via da ação e o controle incidental, neste caso pelo incidente de inconstitucionalidade, todos resolvidos pelo Tribunal Constitucional²³.

2. ASPECTOS GERAIS DA FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL

Em Portugal, sob inspiração da primeira Constituição Republicana do Brasil de 1891, adota-se o sistema norte-americano na Carta da República de 1911. Posteriormente, passou-se a um modelo misto, de controle pela via incidental e pela via da ação, isso após a revisão da Carta de 1976, em 1982²⁴. Até o advento da Constituição de 1911, Portugal contava com um sistema de controle da constitucionalidade estritamente político, realizado pelo monarca²⁵.

2.1. Controle Difuso

Na hodierna Constituição Portuguesa, o controle difuso da constitucionalidade encontra-se previsto no artigo 204.º, quando impõe o dever dos tribunais de não aplicarem normas incompatíveis com a Constituição²⁶. Contra as decisões dos juízes comuns que examinam a constitucionalidade das normas portuguesas cabe, como se verá, recurso ao Tribunal Constitucional.

da Assembleia Legislativa de um Estado; 3. no caso de divergências sobre direitos e deveres da Federação e dos Estados, especialmente a respeito da execução de leis federais pelos Estados e do exercício da fiscalização federal; 4. em outras controvérsias de direito público entre a Federação e os Estados, entre diversos Estados e dentro de um Estado, sempre que não exista outra via judicial; 4 a. sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20 §4, 33, 38, 101, 103 e 104; 4 b. sobre os recursos de inconstitucionalidade de municípios e associações de municípios contra a violação por uma lei do direito de autonomia administrativa, estabelecido no artigo 28; no caso de leis estaduais, no entanto, apenas se o recurso não puder ser interposto no respectivo Tribunal Constitucional Estadual; 5. nos demais casos previstos na presente Lei Fundamental. (2) O Tribunal Constitucional Federal decide, além disso, por petição do Conselho Federal, do governo de um Estado ou da Assembleia Legislativa de um Estado, se, no caso do artigo 72 §4, não subsiste a necessidade de uma regulamentação por lei federal, segundo o artigo 72 §2, ou se o direito federal já não poderia mais ser aplicado nos casos do artigo 125a §2, primeira frase. A constatação de que a necessidade já não existe ou que o direito da Federação não deva ser aplicado, substitui uma lei federal aprovada segundo o artigo 72 §4, ou segundo o artigo 125a §2, segunda frase. A petição, conforme a primeira frase, só é admissível, quando um projeto de lei segundo o artigo 72 §4 ou segundo o artigo 125a §2, segunda frase, tenha sido rejeitado no Parlamento Federal ou não tenha sido debatido e votado no prazo de um ano ou se um projeto de lei correspondente foi rejeitado no Conselho Federal. (3) O Tribunal Constitucional Federal atuará, além disso, nos casos que lhe forem conferidos por lei federal.

23 BULOS, Uadi L. **Curso de Direito Constitucional**. p. 117-118.

24 VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de constitucionalidade. In CAMARGO, Marcelo N. (org.) – **Leituras complementares de constitucionais - controle de constitucionalidade**. p. 137.

25 CANOTILHO, José Joaquim. G. **Direito Constitucional**. p. 963

26 ARTIGO 204.º (Apreciação da inconstitucionalidade) Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

A criação do Tribunal Constitucional Português, em 1982²⁷, segue a tendência anotada por Amaral²⁸, quando, em 2005, contabilizou que mais da metade dos Estados integrantes da União Europeia contavam com a atuação daquela espécie de tribunal. Até o advento do Tribunal Constitucional, competia ao Conselho da Revolução o papel de fiscal da constitucionalidade²⁹.

2.2. Controle Concentrado

Em outro giro, a partir da Constituição de 1976, Portugal passou a adotar o controle concentrado de constitucionalidade, em parêntese com o vetusto controle difuso³⁰. Desta forma, rende-se o sistema português ao modelo de controle constitucional concentrado, de inspiração kelseniana.

O sistema concentrado português, pela via da ação, considerando-se o marco temporal de vigor da norma de referência, tanto pode se operar de forma preventiva quanto de forma sucessiva. O controle preventivo extrai sua inspiração no sistema francês³¹. O artigo 61 da Constituição Francesa estabelece que as leis, antes da promulgação, podem ser submetidas ao exame de compatibilidade constitucional, realizado pelo Conselho Constitucional, por iniciativa do Presidente da República, do Primeiro-Ministro, do Presidente da Assembleia Nacional, do Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores.

Em Portugal, na forma do 278.º da Constituição, a fiscalização preventiva é realizada pelo Tribunal Constitucional, por iniciativa do Presidente da República, quando receba algum tratado internacional para ratificação, ou decreto para promulgação de lei, ou como decreto-lei, ou ainda decreto de aprovação de acordo internacional, para devida subscrição. A iniciativa estende-se aos Ministros da República³², quando recebam para assinatura decreto legislativo regional, podendo também acionar o Tribunal Constitucional Português para o exame constitucional. Nas hipóteses em que o Presidente de República tenha recebido lei orgânica para promulgação, o

27 RIBEIRO MENDES, Armindo. **Tribunal Constitucional entre o Direito e a Política: A Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade** [Em linha], assinala que o Tribunal Constitucional Português começou a funcionar em Abril de 1983, assumindo as competências do Conselho da Revolução e da Comissão Constitucionalidade, quantos às funções referentes ao controle de constitucionalidade.

28 AMARAL, Maria Lucia. **Problemas da judicial review em Portugal**. p. 68-69.

29 NOVAIS, Jorge L. **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica**. p. 67.

30 VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de constitucionalidade. In CAMARGO, Marcelo N. (org.) – **Leituras complementares de constitucional - controle de constitucionalidade**. p. 138.

31 RIBEIRO MENDES, Armindo. **Tribunal Constitucional entre o Direito e a Política — A Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade** p. 105

32 Idem. **Op. Cit.** p. 105.

Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados da Assembleia da República também podem deflagrar o processo de controle preventivo, previsão especial decorrente da II Revisão Constitucional, de 1989³³.

Para não criar embaraço ao processo legislativo, a Constituição fixou prazo de oito dias, a contar do recebimento do diploma, em via de promulgação ou aprovação, para a respectiva autoridade requerer o exame preventivo da constitucionalidade da norma, bem como estabeleceu um prazo de vinte e cinco dias para o Tribunal Constitucional apresentar seu veredicto.

Como lembra Ribeiro Mendes³⁴, no processo de revisão constitucional do início da década de 80, que culminou com a criação do Tribunal Constitucional Português, surgiram vozes que defenderam a extinção da fiscalização preventiva da constitucionalidade, porquanto ela politizava a atuação daquele tribunal, que ainda estava em fase de brotamento. Contudo, a tese ancorada na segurança jurídica, que tal proceder implementa ao sistema de jurisdição constitucional, prevaleceu, não se verificando a maioria necessária no processo revisional para a extirpação daquela modalidade de controle abstrato.

Como efeito da decisão de controle preventivo da constitucionalidade, prevê o artigo 279.º, da Constituição Portuguesa que, uma vez assentada a inconstitucionalidade da norma, o diploma deve ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Representante da República, a depender do caso, retornando ao órgão que o enviou para promulgação, para que seja expurgada a norma eivada de inconstitucionalidade. Doutro modo, a norma só pode ser ratificada por maioria parlamentar de dois terços, exigindo-se quórum de maioria absoluta dos parlamentares.

Noutro giro, a fiscalização abstrata sucessiva encontra-se prevista no artigo 281.º, da Constituição Lusitana, hipótese em que o Tribunal Constitucional, em ação de natureza declaratória, aprecia a inconstitucionalidade de quaisquer normas. O dispositivo contempla também o controle da ilegalidade de quaisquer normas constantes de ato legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado. A legitimidade para deflagrar tal processo é restrita às autoridades e coletividades parlamentares indicadas no número 2 daquele dispositivo constitucional. Com função de legislador negativo, exercida pelo Tribunal Constitucional, a decisão que adote a inconstitucionalidade do texto glosado tem força obrigatória e geral, fulminando a norma maculada desde o seu nascedouro, inclusive fazendo ressuscitar a norma revogada pelo diploma inconstitucional, ou seja, produzindo efeito repristinatório.

33 RIBEIRO MENDES, Armindo. **Tribunal Constitucional entre o Direito e a Política — A Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade** p. 105.

34 Idem. **Op. Cit.** p. 104.

Como bem esclarece Canotilho³⁵, diferentemente de outras ordens jurídicas, o parâmetro de controle em Portugal envolve qualquer norma, independentemente de se tratar de norma secundária ou terciária, não dependendo de forma legislativa específica, seja ela lei, regulamento, dentre outras³⁶.

Por fim, a inconstitucionalidade por omissão³⁷ também pode ser controlável, segundo previsto na Constituição Portuguesa, no artigo 283.º, em hipótese de controle concentrado de legitimação ativa mais restrita, porquanto a deflagração do processo é cingida ao Presidente da República e ao Provedor

35 CANOTILHO, José Joaquim G. **Direito Constitucional**. p. 990

36 CANOTILHO, José Joaquim G. **Direito Constitucional**. p.994-997, assim cataloga as normas passíveis de sindicabilidade pelo controle concentrado português: “a) As leis de revisão constitucional. As leis constitucionais (=leis de revisão constitucional) podem ser inconstitucionais por violarem as normas reguladoras do processo de revisão bem como as normas fixadoras dos limites materiais e temporais da revisão. Consequentemente, podem constituir objecto de controlo da constitucionalidade segundo os princípios gerais da fiscalização das normas primárias²⁰. b) Direito internacional e direito supranacional. A caracterização das normas do direito internacional e do direito supranacional foi feita no Cap. 21. Relativamente ao controlo da inconstitucionalidade elas podem constituir objecto de controlo nos termos já referidos (cfr. também, supra). c) Actos legislativos As leis, os decretos-leis e os decretos-legislativos regionais (= actos legislativos = actos normativos primários) constituem os actos normativos sujeitos a todos os tipos de controlo e formam o grupo normativo justificativo da tradicional designação do controlo — controlo da constitucionalidade das leis. Hoje deve dizer-se controlo de normas. d) Regimentos das assembleias Constituindo actos normativos atípicos, eles são, contudo, normas para efeitos do controlo da constitucionalidade (cfr. Ac TC 63/91, DR, II, 3.7), não obstante a existência de alguns problemas e especificidades (cfr. supra, Cap. 24). e) Actos normativos da administração Os actos normativos editados pela administração no exercício de funções administrativas podem constituir o objecto de controlo da constitucionalidade. Incluem-se aqui todos os actos regulamentares típicos, qualquer que seja a entidade de que emanem (Estado, Regiões Autónomas, Autarquias Locais)²¹, bem como os actos pararegulamentares (resoluções, instruções, directivas, despachos) desde que preencham as características de norma jurídica nos termos atrás referidos (cfr. supra, III/l). f) Resoluções normativas da AR e das assembleias regionais. Trata-se de outros actos atípicos que, quando revistam carácter normativo (cfr. supra, Cap. 24/B), como é o caso de resoluções de aprovação de tratados, de recusa ou suspensão de ratificação de decretos-leis (cfr. art. 172.º), obedecem aos princípios gerais de controlo dos actos normativos. Cfr. Acs TC 405/87, 184/89, 63/91, 64/91. g) Actos normativos do PR. Salientou-se atrás (cfr. supra, Cap. 23/B) a existência de decretos do PR aos quais é atribuído um verdadeiro sentido normativo (ex.: decreto de declaração do estado de sítio ou de emergência). Revestindo a natureza material de normas, ficam sob a alçada do controlo de constitucionalidade. h) Normas referendárias. As consultas populares a nível local (art. 241.º/3) podem incidir sobre a aprovação de normas (dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos para os poderes regulamentares locais). Quando o referendo local consistir na aprovação de normas ele assume o carácter de acto normativo de valor regulamentar, sujeito a fiscalização de constitucionalidade. Quanto ao referendo nacional, cfr. supra, Cap. 24, D. i) Convenções colectivas de trabalho. Os contratos e acordos colectivos de trabalho têm um valor normativo pelo menos equivalente ao das portarias regulamentares (cfr. art. 57.º/4 da CRP). Como actos normativos, e na parte em que têm valor normativo, estão sujeitos ao controlo de constitucionalidade. (...) j) Assentos. Os assentos autenticamente interpretativos das normas legais são hoje inconstitucionais porque são verdadeira legislação, violando o princípio da tipicidade das leis (art. 115.75). O regime de controlo dos assentos não é muito claro. O Tribunal Constitucional tem recorrido à figura de ‘norma recomposta’ — norma interpretativamente redefinida pelo assento — para legitimar a sua competência de fiscalização dos assentos (cfr. Ac TC 104/86, DR II, 4886)”

37 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. p. 395, assenta que: “Mas, segundo informa Jorge Miranda, a primeira Constituição que instituiu expressamente a inconstitucionalidade por omissão foi a da República Socialista Federativa da Iugoslávia, em 21 de fevereiro de 1974”

de Justiça. O efeito do reconhecimento da omissão inconstitucional limita-se a dar conhecimento ao órgão legislativo competente, para que reste cientificado da inércia ofensiva à Constituição, sem qualquer força concretista.

3. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL

Inspirado no modelo da Constituição Brasileira de 1891, o controle difuso português inicia sua história na Constituição de 1911³⁸, sendo reafirmado na de 1933³⁹. Na Carta de 1976, o controle difuso foi previsto no artigo 282.º e seguintes, asseverando o artigo 283.º que funcionava junto ao Conselho da Revolução, a Comissão Constitucional, órgão que daria última palavra, pela via difusa, nas questões constitucionais em Portugal, conforme competência fixada pelo artigo 284.º, alínea “c”.

Porrevisão constitucional, foi criado, em 1982, o Tribunal Constitucional, que assumiu a função de última instância decisória, pela via recursal, no sistema de controle difuso português. Destarte, em Portugal, desde 1976, conforme referido acima, o modelo de fiscalização da constitucionalidade trilhou o caminho misto, ou seja, com adoção tanto do modelo europeu, de exame concentrado das normas, quanto o exame no caso concreto, pela via difusa, como questão incidental, conforme o modelo americano⁴⁰.

3.1. Sujeitos do Controle

A fiscalização concreta da constitucionalidade pode ser realizada por qualquer juiz português, conforme comando previsto no artigo 204.º, da Constituição, porquanto ali há ordem do legislador constitucional para que os tribunais não apliquem normas em descompasso com o Texto Magno. Por sua vez, as partes do litígio podem suscitar o controle, assim como o Ministério Público, quando funciona como parte em via recursal. Por fim, o Ministério Público pode ser juridicamente obrigado a recorrer da questão constitucional resolvida na instância, conforme será abaixo examinado⁴¹.

No sistema norte-americano, Dantas⁴² alumia que o *certiorari*, inaugurado em 1789, inicialmente apenas conferia a possibilidade de corrigir imperfeições no processo em que se examinava a inconstitucionalidade. Porém,

38 GUEDES, Armando M.M. *O Tribunal Constitucional português. Os primeiros seis anos (1983-1989)*. p.09-10

39 MORAIS, Carlos B. de. *Justiça Constitucional*. p. 545-546.

40 NOVAIS, Jorge R. *Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica*. p. 50.

41 MORAIS, Carlos B. *Justiça Constitucional*. p. 562.

42 NASCIMENTO, Bruno D. *Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. p. 91-95.

para o autor, depois de quase um século de fiscalização da constitucionalidade, a partir de 1891 revelou-se aquele instituto como um mecanismo de restrição do exame dos recursos, concedendo-se à Suprema Corte mais liberdade no exame de admissibilidade do recurso constitucional, agora podendo considerar a relevância ou não da matéria constitucional debatida, mesmo que tal poder de filtragem fosse, naquele exórdio, secundário, só ganhando força efetiva a partir de 1916, conforme conclusão a que chega, a partir dos estudos de William Howard Taft.

Por sua vez, não há filtragem no sistema português quanto à relevância do interesse coletivo para o conhecimento do recurso dirigido ao Tribunal Constitucional⁴³. Como enfatiza Novais⁴⁴, no controle incidental lusitano não há a possibilidade do Tribunal Constitucional fazer a escolha discricionária de casos, como acontece no modelo Estadunidense, ou a exigência de repercussão geral, prevista na Constituição Federal Brasileira.

Sem essas barreiras, o sistema recursal português, com via à realização da fiscalização concreta, abre espaço para qualquer litigante recorrer de questão constitucional ao Tribunal Constitucional, isso independentemente do grau da lesão sofrida, bem como do tipo de inconstitucionalidade sugerida⁴⁵, tornando o sistema bastante permeável e democrático.

Conforme Guedes⁴⁶, em 1985, das 332 decisões proferidas naquele ano pelo Tribunal Constitucional, 6 diziam respeito à fiscalização preventiva, 13 à fiscalização abstrata e as demais a recursos (126), a reclamações (10), a decisões interlocutórias (64) e outras (113). Duas décadas depois, em 2015, Novais⁴⁷ descreve que o tribunal proferiu 1.445 decisões em controle concreto e 14 decisões em exame concentrado de constitucionalidade.

Em outro giro, o Tribunal Constitucional detém competência para o exame apenas sobre a inconstitucionalidade da norma. Assim, quando o Tribunal Constitucional, no exame do recurso, decide acerca da questão da constitucionalidade de forma diferente do tribunal comum, este último fica vinculado, naquele feito, ao pronunciamento do primeiro, devendo, se for o caso, reformar a decisão⁴⁸, desaplicando ou não a norma.

43 NOVAIS, Jorge R. *Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica*. p. 53.

44 Idem. *Op. Cit.* p. 46.

45 NOVAIS, Jorge R. *Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica*. p. 53.

46 GUEDES, Armando M. *O Tribunal Constitucional português. Os primeiros seis anos (1983-1989)*. p.37

47 NOVAIS, Jorge R. *Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica*. p. 46.

48 Idem. *Op. Cit.* p. 51.

3.2. Hipótese de Cabimento

A fiscalização no Tribunal Constitucional, como dito acima, recai sobre normas, não atingindo atos ou ações que reflexamente confrontem com a Constituição⁴⁹. Se a lesão a direito for proveniente de atos ou decisões, sejam elas da administração, do judiciário ou de particulares, não há socorro recursal para o Tribunal Constitucional, porquanto não se pode falar aqui em discussão sobre a inconstitucionalidade de norma⁵⁰. Restam aos tribunais comuns, sem prejuízo do sistema recursal previsto entre tais órgãos, o exame exclusivo daqueles atos e decisões supostamente lesivos a alguém, em caráter definitivo, já que não há como acessar o recurso constitucional nessas hipóteses⁵¹.

Contudo, conforme Canotilho⁵², o sistema português de controle de constitucionalidade discrepa de outros modelos quanto ao parâmetro normativo. Ou seja, no sistema português, a expressão norma não significa estritamente uma espécie pré-definida, como a lei ou outros atos primários equiparáveis. Vai além, porquanto a forma legislativa não é quem qualifica algo como norma, para fins de exame da constitucionalidade. Com base ainda nas lições do constitucionalista português em referência, o que identifica uma norma como capaz de aferição constitucional, para o contexto ora em exame, é ser proveniente de um poder normativo e representar “(i) padrão de comportamentos; (ii) acto criador de regras jurídicas para a decisão de conflitos⁵³”, afastando-se, assim, de atos de efeitos concretos.

Ainda com base em Canotilho⁵⁴, a adequação normativa, para efeito de controle, atenta para a dimensão normativa, no que diz respeito à criação normativa, em oposição à mera aplicação normativa, devendo ainda ser considerada violação direta à Constituição, em antagonismo à ofensa reflexa. Além disso, deve-se observar a “heteronomia normativa”, porquanto a norma não pode ser criada pela autonomia privada, embora, ainda que seja uma norma criada pela autonomia privada, seja cabível o controle quando há reconhecimento de vinculação impositiva pelos poderes públicos.

Noutro giro, Guedes⁵⁵ lamenta, sem desconsiderar a vedação ao exame de atos políticos e de governo pelo poder judiciário, a restrição imposta ao controle dessa espécie no sistema português, porquanto reconhece que isso expõe a vulnerações o *princípio da legalidade democrática*, por lançar a um

49 GUEDES, Armando. M. *O Tribunal Constitucional português. Os primeiros seis anos (1983-1989)*. p.20

50 NOVAIS, Jorge R. *Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica*. p. 47.

51 Idem. *Op. Cit.* p. 51.

52 CANOTILHO, José Joaquim G. *Direito Constitucional*. p.964.

53 Idem. *Op. Cit.* p. 991.

54 CANOTILHO, José Joaquim G. *Direito Constitucional*. p.992 e 993.

55 GUEDES, Armando M. *O Tribunal Constitucional português. Os primeiros seis anos (1983-1989)*. p.28

“destino incerto” aquele princípio, isso sempre que em jogo atos possivelmente lesivos ao sistema constitucional⁵⁶.

Como consequência daquela limitação, a inconstitucionalidade por omissão, por envolver justamente a carência existencial normativa, também não pode ser objeto de fiscalização concreta⁵⁷. À luz do que referido acerca do controle concentrado de constitucionalidade, na hipótese de omissão normativa para a implementação da Constituição, resta apenas aquela modalidade de fiscalização, cuja legitimidade para desencadeá-la cinge-se ao Presidente da República e ao Provedor de Justiça.

Atento ao artigo 280.º, da Constituição, Novais⁵⁸ esboça um quadro de controle de constitucionalidade pela via incidental, no qual descreve dois grandes grupos de decisões, considerando a forma de decidir do tribunal comum.

No primeiro grupo, tem-se as decisões que, reconhecendo a inconstitucionalidade de uma norma, recusa aplicação. Nesse caso, se a norma estiver compreendida entre aqueles diplomas de maior importância legislativa, tanto desafia recurso ao Tribunal Constitucional por aquele que se sentir prejudicado, quanto recurso do Ministério Público, que nessa hipótese é obrigado a recorrer. Dentre tais normas, encontram-se convenções internacionais, leis, decretos-leis e decretos regulamentares. Noutro círculo, encontram-se as normas de menor importância, tais como portarias, despachos, posturas municipais e normas administrativas. Ainda na trilha das decisões que deixam de aplicar uma norma, por considerá-la inconstitucional, tem-se a iniciativa recursal da parte prejudicada, não existindo, agora, obrigatoriedade de o Ministério Público recorrer.

Num segundo grupo, o autor relaciona as decisões nas quais o juiz aplica uma norma, por considerar que inexistente qualquer inconstitucionalidade. Nesse caso, se a norma foi antes considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, há possibilidade recursal, tanto pelo prejudicado, quanto pelo Ministério Público, hipótese em que este último, mais uma vez, tem obrigação de recorrer. Inexistindo pronunciamento do Tribunal Constitucional acerca da

56 NOVAIS, Jorge R. **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica**. p. 72-73, apresenta dois exemplos, os quais, segundo o autor, revelam contradições sérias em tal modelo de fiscalização, considerando a limitação ao exame apenas de normas, pelo Tribunal Constitucional. Segundo Novais, não existiria inconstitucionalidade mais grave que uma decisão fixando pena de morte, sanção repugnada pelo ordenamento lusitano, caso em que o Tribunal Constitucional não poderia intervir. Por sua vez, uma norma laboral aprovada, sem a audição prévia de associação sindical, vigente há um bom tempo, mesmo se depois fosse realizada tal oitiva, revelando-se que nada alteraria o cumprimento daquela exigência legislativa, ou seja, evidenciando a inexistência que qualquer mácula relevante, ainda assim, invocada tal desconformidade procedimental, poderia o Tribunal Constitucional dela conhecê-la.

57 Idem. **Op. Cit.** p. 48.

58 Idem. **Op. Cit.** p. 37-41.

inconstitucionalidade da norma em questão, só remanesce recurso voluntário de quem houver suscitado a eiva inconstitucional durante o processo, isso se a questão tiver sido desafiada pelos recursos ordinários previstos na lei processual, com o esgotamento do exame pelo juiz comum acerca da questão.

3.3. Natureza da Suscitação

Quanto à natureza da suscitação, Moraes⁵⁹ classifica-a de incidente de instância, sendo uma questão prejudicial heterogênea, desprovido de caráter devolutivo. Para o autor, a natureza heterogênea da questão revela-se justamente pelo fato de a questão surgida no processo merecer resposta em outro ramo do Direito. Ainda, segundo a mesma doutrina, aqui não exsurge a devolutividade, visto que a questão não é examinada com exclusividade pelo Tribunal Constitucional.

De todo modo, a inconstitucionalidade ventilada como questão incidental é muito comumente denominada de exame de constitucionalidade pela via da exceção. Ora, em teoria geral do processo⁶⁰, tem-se que o vocábulo “exceção” está ligado à ideia de defesa⁶¹, seja ela dilatória ou peremptória. Portanto, soa inadequado o termo “exceção” quando se quer fazer referência ao controle realizado pela via incidental, eis que tanto pode ser deflagrado de ofício pelo juiz ou suscitado pela parte autora ou pela parte ré, mormente quanto não tem como efeito necessário o embargo ou a improcedência do pedido⁶².

Ademais, só é cabível a instância recursal ao Tribunal Constitucional quando restar demonstrada a relação de prejudicialidade entre a questão constitucional e a questão discutida no processo, moldura jurídica que, uma vez inexistente, leva aquele Tribunal a indeferir liminarmente o recurso, por carência de relação entre a norma suscitada e a *ratio decidendi*⁶³.

Atuando como verdadeiro “juiz de normas”, no modelo kelseniano, o Tribunal Constitucional tem atuação restrita ao exame da constitucionalidade da norma, cabendo aos demais tribunais, no papel de “juiz de casos”⁶⁴, aplicar

59 MORAIS, Carlos B. **Justiça Constitucional**. p. 567-568.

60 SILVA, Ovídio A. B.; GOMES, Fabio L. **Teoria Geral do Processo**. p. 269-271.

61 SOUZA, André P. de *et al*, em **Teoria geral do processo contemporâneo**, lecionam que: “A exceção no sentido genérico (defesa) apresenta exato paralelo com o instituto da ação, de tal sorte que prestigiosa doutrina, abandonando a clássica divisão tripartite, identifica quatro institutos fundamentais do processo: jurisdição, ação, defesa e processo” (2017, p. 253).

62 MORAIS, Carlos B. **Justiça Constitucional**. p. 563.

63 Idem. **Op. Cit.** p. 565.

64 QUEIROZ, Cristina. A relação entre o tribunal constitucional e a justiça comum no processo de controle concreto de normas, em particular, o caso das sentenças interpretativas. In CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jonas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.) **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor**

a conclusão do órgão de soberania ao caso em cotejo⁶⁵. Contudo, atento à cada vez mais criticada separação entre aplicação da norma e subsunção fática⁶⁶, é forçoso reconhecer que algumas decisões do Tribunal Constitucional não são estéreis às questões de fato colocadas em juízo⁶⁷, como revela a hipótese de reconhecimento de recurso prejudicado, quadra em que é inevitável verificar, no caso concreto e à luz dos fatos postos, a subsistência de interesse recursal⁶⁸. Como se pode reconhecer, por exemplo, que um recurso não tem utilidade prática para uma parte sem examinar a questão fática lançada na causa? Indisfarçavelmente, a separação daqueles juízos se mostra corroída, por parecer artificial⁶⁹.

3. 4. Decisão do Tribunal Constitucional e Seus Efeitos

O Tribunal Constitucional atua como tribunal de recurso, dando a última palavra sobre a validade da norma sindicada⁷⁰. Ele é quem define, portanto, a questão da compatibilidade da norma com a Carta Maior do Estado Português, tudo nos termos do artigo 280.º. A decisão tomada em tal modalidade de controle é de inaplicabilidade da norma ao caso posto ao crivo judicial, na hipótese de reconhecimento da inconstitucionalidade, com efeito restrito ao caso concreto, sem o condão de causar qualquer efeito quanto à vigência da norma na dimensão exoprocessual⁷¹. Em outras palavras, não se pode falar

José Joaquim Gomes Canotilho. p. 607.

65 CANAS, Vitalino. **Algumas notas sobre o valor e alcance das decisões do Tribunal Constitucional**. p. 96.

66 NEVES, António C. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. p. 163-165, assenta que a questão de fato se revela como uma questão jurídica. Ao examinar o conceito jurídico de prova, reafirma a impossibilidade de apreender fatualidade sem os critérios jurídicos. Por fim, assevera a seleção de critérios jurídicos do caso concreto submetido a exame.

67 MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. p. 249, afirma que: “A implantação do direito está regularmente ligada a dados concretos da realidade social a partir dos quais ela esboça intelectualmente determinados casos típicos e grupos de casos e os prevê com determinadas ações jurídicas. A legislação, assim como a existência da normatividade geral, antecipada uma parte do futuro”.

68 MORAIS, Carlos B. **Justiça Constitucional**. p. 585, o autor revela que o Tribunal Constitucional, no Ac n.º529/2001, teve que proceder com uma apuração, quanto à saber se um expediente foi remetido ou pelo Presidente da Assembleia da República ao Presidente da Assembleia da Região Autónoma da Madeira, isso em sede de fiscalização concreta.

69 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. p. 755, enfatizam que: “... ‘o princípio da viabilidade do recurso’ (GOMES CANHOTILHO, *Exaustão dos recursos ordinários*. p. 5), a parte final do n.º 2 do artigo 76º da LOTC prevê ainda que, neste tipo de recurso, o requerimento de interposição de recurso para o Tribunal Constitucional possa ser liminarmente indeferido quando o recurso for manifestamente infundado”. Em outras palavras, mais uma vez se verifica o inevitável exame do caso concreto.

70 MORAIS, Carlos B. de. Insuficiência dos efeitos inter partes das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídica portuguesa. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. (Org.) **Perspectivas de reformas na justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. p. 55.

71 NOVAIS, Jorge R. **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica**. p.

em qualquer efeito *erga omnes* nesse tipo de pronunciamento⁷². Como ensina Canas⁷³, reconhecendo-se, por exemplo, a inconstitucionalidade da norma em fiscalização concreta realizada em face de uma decisão de primeira instância, a única consequência que disso advém é a impossibilidade de ser rediscutida nas instâncias *ad quem*, estritamente para aquele feito, a mesma questão, não se estendendo sequer a preclusão a outro feito que contenha as mesmas partes.

A restrição de efeitos à relação intersubjetiva em jogo, no processo concretamente examinado, pode ser uma porta aberta para tratamentos desiguais entre pessoas que estão na mesma situação jurídica, considerando que uma norma deve ter vigência em face de toda coletividade⁷⁴. Nesse diapasão, Novais adverte que há inclusive jurisprudência do Superior Tribunal Administrativo⁷⁵ que autoriza a administração a não aplicar uma norma já reconhecida como inconstitucional em outros casos concretos, hipótese de criticável exercício de controle difuso, não previsto na Constituição Portuguesa. Mas o mesmo autor reconhece a difícil escolha do administrador, quando sabe que tem o dever de praticar um ato alicerçado em norma cuja discrepância com o ordenamento já foi reconhecida em outros casos.

Apenas quando a declaração de inconstitucionalidade de uma norma é pronunciada, em três casos concretos, passa a deter força vinculante. Esse sistema de tríade decisória encontra na doutrina algumas razões de justificação, quais sejam, conceder um tempo para o tribunal madurecer o entendimento acerca da inconstitucionalidade, com a possibilidade de se formar um consenso entre os conselheiros, evitando-se, especialmente, que situações limítrofes não tenham a inconstitucionalidade afirmada de logo, em um só caso examinado⁷⁶.

Ainda sobre a tríplice manifestação do Tribunal Constitucional acerca da inconstitucionalidade de uma norma, em casos concretos, estabelece o

43, sustenta que se o Tribunal Constitucional reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma, no caso concreto, isso não cria qualquer vinculação para o reexame em outro caso concreto ou abstrato.

72 CANOTILHO, José Joaquim G. **Direito Constitucional**. p. 969

73 CANAS, Vitalino. **Algumas notas sobre o valor e alcance das decisões do Tribunal Constitucional**. p. 101.

74 BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. p.182, assim esclarece acerca da generalidade enquanto característica da norma justa, e não da norma jurídica: “Julgamos que a consideração da generalidade e abstração como requisitos essenciais da norma jurídica tenha uma origem ideológica e não lógica, isto é, julgamos que por trás desta teoria haja um juízo de valor do tipo: ‘É bom (é desejável) que as normas jurídicas sejam gerais e abstratas’. Em outras palavras, pensamos que a generalidade e abstração sejam requisitos não da norma jurídica tal como é, mas do que deveria ser para corresponder ao ideal de justiça, no qual todos os homens são iguais, todas as ações são certas; isto é, são requisitos não tanto da norma jurídica (ou seja, da norma válida em um certo sistema), mas da norma justa.”

75 MORAIS, Carlos B. de. Insuficiência dos efeitos inter partes das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídica portuguesa. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. (Org.) **Perspectivas de reformas na justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. p. 56.

76 Idem. **Op. Cit.** p. 58-59.

artigo 82º, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional⁷⁷, que o Tribunal Constitucional pode seguir os termos do processo de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade (ou da ilegalidade) previstos naquela lei, com o fim de reconhecer a força obrigatória daqueles julgados. A iniciativa, para isso, tanto é dos juízes do Tribunal Constitucional, quanto do Ministério Público. Assim, Miranda⁷⁸ esclarece que o efeito não é automático quanto à força obrigatória dos três casos julgados em concreto, dependendo, portanto, da deflagração de tal procedimento próprio. Por outro lado, afirma aquele doutrinador que embora a redação faça parecer que o Tribunal Constitucional teria faculdade de reconhecer ou não a força obrigatória, ali não se encontra um poder, mas sim um dever de decidir.

Crítico à falta de vinculação imediata quanto às decisões do Tribunal Constitucional, Moraes defende que tais decisões deveriam se revestir de força vinculante⁷⁹. Contudo, o ordenamento português não confere força vinculante aos seus precedentes, sendo o Tribunal Constitucional instância cassatória, com força revogatória ou capaz de mandar revogar a decisão jurisdicional incompatível com a Constituição⁸⁰.

Sobre os efeitos da decisão do Tribunal Constitucional, na fiscalização concreta, Canas⁸¹ sintetiza que da conclusão pela inconstitucionalidade exsurtem três efeitos típicos. Primeiramente, o dever de desaplicação da norma questionada, como dever individual do magistrado da causa em concreto na qual houve tal decisão. Embora seja o juiz da causa quem vai decidir se a norma glosada é aplicável ou não no caso concreto, não tem poder de decisão sobre a inconstitucionalidade já pronunciada pelo Tribunal Constitucional naquele feito. O autor aponta, como segundo efeito e como consequência da pronúncia de inconstitucionalidade da norma, o reflorescimento da norma revogada pela eiva de inconstitucionalidade. Como já anunciado neste texto e

77 Lei 28/82, de 15 de novembro (com as alterações introduzidas pela Lei nº 143/85, de 26 de novembro, pela Lei nº 85/89, de 7 de setembro, pela Lei nº 88/95, de 1 de setembro, pela Lei nº 13-A/98, de 26 de fevereiro, e pelas Leis Orgânicas n.ºs 1/2011, de 30 de novembro, 5/2015, de 10 de abril e 11/2015 de 28 de agosto)

78 MIRANDA, Jorge. **O Tribunal Constitucional Português**. Valor e alcance da suas decisões. p. 85.

79 MORAIS, Carlos B. de. Insuficiência dos efeitos inter partes das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídica portuguesa. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. (Org.) **Perspectivas de reformas na justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. p. 59-60, defende que os argumentos não se sustentam, porquanto esse sistema, comparando o sistema português com o alemão, italiano e espanhol, em que não subsiste tal necessidade de formação de mais de um caso no mesmo sentido, chama o primeiro de “amigo do legislador”. Diz, ainda, que o consenso almejado nem sempre é possível. Por fim, quanto à confirmação da inconstitucionalidade, em situações duvidosas, é situação de não é excepcionalíssima, só tendo corrido.

80 MORAIS, Carlos B. **Justiça Constitucional**. p. 548.

81 CANAS, Vitalino. **Algumas notas sobre o valor e alcance das decisões do Tribunal Constitucional**. p.95-98.

também relacionado pelo citado autor, o terceiro efeito que se impõe dirige-se ao Ministério Público, que então assume o dever de recorrer das decisões que reapliquem as normas reconhecidas pelo Tribunal Constitucional como inconstitucionais.

No que diz respeito ao efeito repristinatório, podem surgir situações que exijam do Tribunal Constitucional não só a manifestação para a desaplicação da norma. Canas⁸² ainda adverte para os casos em que o afastamento da norma inconstitucional ressuscita a norma revogada por aquela, mas também tsnada de inconstitucionalidade. Ou ainda, a desaplicação da norma inconstitucional deixa sem qualquer regulação o caso de quem alega o vício perante o texto da Constituição⁸³. No primeiro caso, advoga que o Tribunal Constitucional deve ordenar a não aplicação da norma revogada pelo texto inconstitucional. No último, a decisão do Tribunal Constitucional deve ser aparelhada por um “provimento fictício”, capaz de reparar a situação do litigante que deveria se beneficiar do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma e nunca sofrer prejuízo.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, nota-se que o ordenamento português de controle da constitucionalidade adotou um sistema misto, contemplando inicialmente o sistema difuso de *judicial review*, com assimilação posterior do modelo europeu.

Portugal, após passar por um período pós-revolucionário, quando grassava a fiscalização da constitucionalidade pelo Conselho da Revolução, assessorado pela Comissão Constitucional, adere ao conjunto de países que adotam o modelo de Tribunal Constitucional.

No controle difuso, o recurso ao Tribunal Constitucional, diferentemente de outras ordens jurídicas, pretende-se ao exame apenas da inconstitucionalidade da norma, cabendo aos tribunais comuns o papel de “juiz de casos”. Contudo, o acesso ao Tribunal Constitucional não exige a demonstração requisitos de interesse público, como se revelam nos casos de *certiorari* do direito estadunidense, ou na repercussão geral, do direito brasileiro.

82 CANAS, Vitalino. **Algumas notas sobre o valor e alcance das decisões do Tribunal Constitucional**. p. 98-101.

83 Idem. **Op. Cit.** p.100, o autor cita o caso de alguém que alega uma norma que concede o benefício de uma pensão, mas regulada de forma a comprometer o princípio da igualdade. Com a desaplicação da norma, sequer pensão subsistirá, por falta de norma anterior, repristinável, capaz de garantir aquela benesse.

O recurso ao Tribunal Constitucional é instrumental garantidor da última palavra em matéria de interpretação da Constituição, em exame intersubjetivo, sem caráter vinculante, só excepcionalmente com força obrigatória, isso quando da formação de uma tríade de decisões atestadoras da inconstitucionalidade de uma norma, após o crivo de um procedimento próprio para formação do caráter imperativo da tese sufragada por aquele órgão de soberania.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: < <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acessado em: 17 mar. 2018.

AMARAL, Maria Lúcia. Problemas da judicial review em Portugal. **Themis**. Coimbra: Almedina.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. de Fernando Pavan Baptista; Ariano Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANAS, Vitalino . Algumas notas sobre o valor e alcance das decisões do Tribunal Constitucional. **Progresso do Direito**.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6.^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4.^a ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

FORTE, David. F.; SPALDING, Matthew – Lesson 2: The Purpose Of The Constitution. In **The Heritage Guide To The Constitution: Teaching Companion Unit**. Regnery Publishing, 2014. Disponível em:<<https://www.heritage.org/constitution/content/pdf/lesson-2.pdf>>. Acessado em: 03 abr. 2018.

FRANÇA. **Constituição Francesa**. Disponível em:< http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acessado em: 17 mar. 2018.

GUEDES, Armando M. Marques. O Tribunal Constitucional português. Os primeiros seis anos (1983-1989). **O Direito**. Lisboa: [sn]. Ano 125, nº 1-2 (Jan. – Jun. 1993).

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Trad. Sérgio Sérulo Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **As Origens da Constituição Norte-Americana Uma lição para a Europa**. Lisboa: Lex-Edições Jurídicas, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MIRANDA, Jorge. O Tribunal Constitucional Português. Valor e alcance das suas decisões. **Progresso do Direito**. Lisboa, 1986.

MORAIS, Carlos Blanco de. Insuficiência dos efeitos inter partes das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídica portuguesa. In RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. (Org.). **Perspectivas de reformas na justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. de Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: [s.n.], 2011.

NASCIMENTO, Bruno Dantas. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, António Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NOVAIS, Jorge Reis. **Sistema português de fiscalização da constitucionalidade - avaliação crítica**. Lisboa: AAFDL - Editora, 2017.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: < <https://www.parlamento.pt/legislacao/documents/constpt2005.pdf> >. Acessado em: 16 mar. 2018.

PORTUGAL. **Lei 28/82, de 15 de novembro (organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional)**. Disponível em:< https://www.cmjplp.org/admin/public/DWSDownload.aspx?File=Files/Files/CMJPLOP/EstadosMembros/Portugal/OrganizacaoJudicial/4_Organizacao_Processo_TConstitucional_Portugal.pdf>. Acessado em: 16 mar. 2018.

QUEIROZ, Cristina M. M. A relação entre o tribunal constitucional e a justiça comum no processo de controle concreto de normas, em particular, o caso das sentenças interpretativas. In: CORREIA, Fernando Alves;

MACHADO, Jonas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.) – **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

RIBEIRO MENDES, Armindo – Tribunal Constitucional entre o Direito e a Política - A Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade. **JULGAR**. n.º 3 (2007). Disponível em: <<http://julgar.pt/tribunal-constitucional-entre-o-direito-e-a-politica-a-fiscalizacao-preventiva-da-constitucionalidade/>>. Acessado em: 03 abr. 2018.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOUZA, André Pagani de *et AL*. **Teoria geral do processo contemporâneo**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de constitucionalidade. In:

CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de constitucional - controle de constitucionalidade**. Salvador: JUSPODIVM, 2007.

**POLÍTICAS FISCAIS E O COMBATE À DESIGUALDADE
DE RENDA: a redistribuição da riqueza como elemento de
desenvolvimento social**

***FISCAL POLICIES AND THE DECREASE OF INEQUALITY OF
INCOME: the redistribution of wealth as an element of social development***

Pedro Dias de Oliveira Netto

Doutorando em Direito pela UFPE

Mestre em Direito pela UFPE

Conciliador voluntário do CEJUSC/JFPE

RESUMO: O artigo tem como objetivo analisar as causas e o cenário da desigualdade social da renda gerada pela economia e, por conseguinte, como melhorar a redistribuição desses recursos, de forma socialmente mais justa, por meio dos parâmetros de justiça fiscal estabelecidos pela Constituição de 1988. Assim, constata-se as características intrínsecas às desigualdades da renda do trabalho e do capital, com o propósito de demonstrar as suas diferentes dimensões e impactos no combate à pobreza e, também, quais medidas podem ser adotadas pelo Estado.

Palavras-chave: Direito tributário. Políticas fiscais. Redução da desigualdade de renda.

ABSTRACT: *The paper aims to analyze the causes and the composition of the social inequality of income generated by the economy and how to improve the redistribution of these resources, in a socially more just way, through the fiscal justice parameters established by the Brazilian Constitution of 1988. Thus, the intrinsic characteristics of the income inequality of labor and capital are verified, with the purpose of demonstrating their different dimensions and impacts on poverty decrease, and also, what solutions can be adopted by the Government.*

Keywords: *tax law. fiscal policies. reduction of income inequality.*

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Brasil continua sendo um dos países que mais concentra renda no topo da pirâmide social, refletindo direta e indiretamente em um cenário de perpetuação de desigualdades em diferentes aspectos e, por conseguinte, não reflete um dos principais objetivos fundamentais previstos na vigente Constituição da República: a erradicação da pobreza e da marginalização por meio da redução das desigualdades sociais e regionais.

Diversas frentes de atuação podem ser adotadas pelo Poder Público para alcançar a redução das desigualdades, sendo uma das mais importantes a desempenhada pela tributação por meio de políticas fiscais inclusivas.

Assim sendo, importante problemática pode ser identificada diante do atual cenário nacional: como é possível mitigar as desigualdades sociais e melhorar a redistribuição da renda gerada pela economia, de forma socialmente mais justa, por meio do atual modelo tributário brasileiro?

Para a análise dessa questão, o presente artigo será estruturado em 3 seções de desenvolvimento, acrescida desta introdução e das considerações finais.

Inicialmente, abordaremos brevemente a perspectiva evolutiva da formação econômica brasileira, desde o período colonial até os dias atuais, com a finalidade de identificar quais atividades econômicas e fatores permitiram uma maior concentração de renda em pequenos extratos sociais, bem como analisaremos o contemporâneo quadro de desigualdade social do Brasil.

Em sequência, serão estudadas as características intrínsecas às desigualdades da renda do trabalho e do capital, com o propósito de demonstrar as suas diferentes dimensões e impactos no combate à pobreza, e, também, quais medidas podem ser adotadas pelo Estado para tornar o sistema tributário brasileiro mais justo.

Por fim, a última seção tratará sobre a temática das políticas fiscais redistributivas e a inclusão social, analisando como a desigualdade de oportunidades e de resultados pode desestruturar as futuras gerações por meio de um círculo vicioso vinculado à ideia de pobreza, acarretando uma redução das capacidades básicas de grande parte da sociedade. Assim, pretendemos constatar que o Poder Público, mediante acertadas escolhas de políticas fiscais inclusivas, pode permitir que os indivíduos alcancem uma melhor qualidade de vida.

1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A FORMAÇÃO ECONÔMICA E A CONCENTRAÇÃO DE RIQUEZA NO BRASIL

O debate acerca da desigualdade social na distribuição da renda, para sua melhor compreensão, necessita de uma análise referente à perspectiva histórica da formação econômica do país, em especial, dos fatores que contribuíram para uma maior concentração de riqueza e dos meios de produção alocados em uma pequena parcela da população.

Celso Furtado¹, dentre outros importantes doutrinadores, foi um dos responsáveis por analisar a trajetória da economia brasileira desde o período da colonização por Portugal. Inicialmente, por volta dos séculos XVI e XVII, a atividade produtiva do Brasil-colônia se deu por meio da produção do açúcar para fins de exportação, cuja mão de obra utilizada decorria, majoritariamente, do mercado escravista dos países africanos controlado pelos portugueses. Nesse período, o que mais singulariza a economia escravista constitui-se, por certo, do modo como era operado o processo de criação de capital.

Os empresários açucareiros, diante do oligopólio das atividades controladas por poucos², atuavam no Brasil em escala relativamente grande, pois as condições do meio não permitiam pensar em pequenos engenhos, necessitava haver uma grande mão de obra disponível. Desse modo, o trabalho indígena também passou a ser utilizado para manter a produção açucareira, ainda que em tarefas não especializadas de instalação.

Do ponto de vista da relação entre os produtores e trabalhadores, a mão de obra escrava, segundo nos aponta Celso Furtado³, poderia ser comparada às instalações de uma fábrica: a inversão financeira consistia na compra do escravo e a sua manutenção representaria custos fixos. Destarte, como os fatores de produção, em sua grande totalidade, eram controlados pelos empresários, a renda obtida no processo de cultivo do açúcar se concentrava nas mãos de poucos.

Ainda nesse período, diante do reflexo positivo da produção açucareira, a economia brasileira apresentou um novo sistema econômico em fase inicial, qual seja, a criação de gado, cuja condição para existência e expansão era a disponibilidade de terras, aspecto favorável no Brasil diante da propícia

1 FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 34 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 31-36.

2 O acesso legal à posse de terra, desde o período colonial, foi apanágio de uma minoria, e a massa rural tem sido sempre constituída, inclusive, até os dias atuais, de pessoas ligadas ao proprietário da terra por um vínculo de dependência. (FURTADO, Celso. *Raízes do subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 156-157).

3 FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 34 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 85-87.

extensão territorial. Entretanto, o desenvolvimento da pecuária se deu em escala relacionada à própria subsistência da população, sendo fonte de alimento e de importante matéria-prima para exportação do couro.

Já no século XVIII, a crise na produção da cana-de-açúcar acarretou uma busca por alternativas econômicas, dentre as quais podemos destacar a ampliação do desenvolvimento da atividade pecuária na região sul, e, também, a busca por metais preciosos, em especial, nas regiões meridionais do país como, por exemplo, em Minas Gerais. Assim, a exportação do ouro atingiu um breve ápice em meados das décadas de 1750 e 1760, angariando um mercado maior que o da produção açucareira.

Diante da crise da extração do ouro no país, o século XIX foi marcado pela circunstância em que o governo central se encontrava, isto é, em uma grande escassez de recursos financeiros, uma fase em que as dificuldades econômicas incentivaram um ambiente de insatisfação social em praticamente todas as regiões do país. É nesse contexto de queda nos preços do açúcar, pecuária e extração do ouro, que a produção do café se torna uma das novas fontes de riqueza e produção econômica do país. Já nos anos de 1830, no primeiro decênio da independência do Brasil, o café é considerado como principal produto de exportação.⁴

Não obstante, o principal acontecimento econômico situado nos últimos vinte anos do século XIX se cinge na transição para o trabalho assalariado, sendo possível dividir a sua análise em dois grupos: a renda dos proprietários e a renda dos assalariados⁵. Enquanto a renda destes é revertida quase que em sua totalidade para o sustento pessoal e familiar por meio de gastos de consumo, a renda daqueles, os proprietários, é suficiente para o autossustento, e ainda sobra um grande excedente que é destinado ao aumento de capital.

Celso Furtado⁶ ressalta que, em momentos nos quais havia uma melhora da produtividade por meio da alta cíclica na exportação do café, esse lucro ficava em posse dos empresários, ampliando a concentração de renda. De igual modo, em períodos de baixa cíclica na exportação, os prejuízos eram absorvidos apenas em parte pelos proprietários, pois com a queda da produção, dada a natureza da atividade econômica, em que há uma grande imobilização de capital, a única forma de lograr aumentos de produtividade física, em curto prazo e sem ter que abrir mão do empreendimento, seria “cortando” na folha de salários, o que não constituía uma solução certa do ponto de vista da coletividade.

Desse modo, para a manutenção do nível de emprego era necessário

4 FURTADO, op. cit. p. 146-147.

5 FURTADO, op. cit. 219.

6 FURTADO, op. cit. 240-241.

que o impacto da baixa exportação cafeeira não se concentrasse no lucro dos empresários, pois se assim ocorresse, esses tenderiam a paralisar suas atividades para não ter de enfrentar maiores reduções de lucros.

A bem da verdade, a atual economia brasileira do século XXI não destoa desse cenário que vem se perpetuando. O papel das mercadorias de origem primária (*commodity*⁷) reflete no cenário econômico e repercute na balança comercial do país. A exploração de produtos agrícolas e da pecuária corresponde, também, a uma das principais fontes de criação de riquezas e concentração de propriedade agrária que são acumuladas por um seleto grupo de produtores.

Acompanhando uma tendência mundial do século XXI, constituída na financeirização da economia, também surge no Brasil a prática de um capitalismo financeiro-rentista que, conforme aponta Bresser-Pereira, consiste numa sociedade onde os proprietários de capital, em sua grande maioria herdeiros, são predominantemente rentistas que passam a ser assessorados por agentes financeiros dos principais bancos do país, com a finalidade de elevar o rendimento do capital por intermédio de juros, dividendos e rendas imobiliárias elevadas.⁸

Destarte, considerando a própria herança da formação econômica do país, surge um importante questionamento: a distribuição da riqueza produzida no Brasil é justa? Caso você seja brasileiro, ou estrangeiro residente no país há um bom tempo, certamente chegará à resposta de negação, pois o Brasil é marcado por uma grande e real desigualdade social que transcende gerações.

A título de exemplo, no ano de 2017 foi realizada uma pesquisa de opinião organizada pelo Datafolha/Oxfam Brasil na qual se constatou que nove em cada dez brasileiros percebem que o país é muito desigual. Ainda, segundo os dados apresentados, é possível verificar que 79% dos entrevistados consideraram como papel do Estado o combate às desigualdades sociais.⁹

A Constituição Federal de 1988, após completar 30 anos de vigência, corresponde a um importante instrumento na redução de desigualdades. Trata-se, em verdade, de normas constitucionais revestidas por características de

7 Commodity pode ser definida, segundo Sinnott, Nash e De La Torre, como produto transacionável, sem marca, a granel com baixo processamento, sua qualidade e características podem ser objetivamente estabelecidas e são ofertadas sem diferenciação qualitativa através do mercado. (SINNOT, Emily; NASH, John; DE LA TORRE, Augusto. *Natural Resources in Latin America and The Caribbean: beyond booms and busts?* Washington: World Bank, 2010, p. 2).

8 BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Capitalismo financeiro-rentista. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 32, n. 92, p. 17-29, Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142018000100017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 3 de Jan. de 2019.

9 OXFAM BRASIL. *Nós e as desigualdades: pesquisa Oxfam Brasil/Datafolha – percepções sobre desigualdades no Brasil*, 2017. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/nota_informativa_Oxfam_Datafolha_Nos_desigualdades.pdf>. Acesso em: 5 de Jan. de 2019.

um Estado social, ao prever entre os objetivos fundamentais do Brasil, por exemplo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais etc.

O papel desempenhado por um Estado social, no âmbito da tributação, não se limita apenas à preocupação em arrecadar para a manutenção de atividades típicas da Administração Pública. Busca-se, também, realizar a redistribuição da riqueza para reduzir as desigualdades sociais. Por oportuno, mencionamos interessante remate lançado por Saldanha Sanches¹⁰ que, ao abordar a temática do processo social de redistribuição de riqueza, aduz que a justiça na tributação e a justiça na distribuição adquirem o mesmo grau de importância, pois quando uma pessoa utiliza gratuitamente um serviço público, o Estado está concedendo um rendimento em espécie que foi redistribuído da esfera patrimonial dos contribuintes de maior capacidade econômica, reduzindo, assim, a desigualdade social na distribuição da riqueza com o provimento dos direitos sociais.

No atual contexto de redução de gastos em políticas públicas sociais em que o Brasil se encontra, se faz importante conhecer e analisar dados sobre o cenário de estagnação da redução de desigualdades, em grande parte, por consequência das políticas de austeridade.¹¹

O índice de Gini, desenvolvido pelo matemático italiano Corrado Gini, é utilizado como unidade de medida da concentração de riqueza e da desigualdade social nos países. O coeficiente varia entre 0 e 1, no entanto, quanto mais próximo de 1 for o resultado, mais desigual será a concentração de renda dessa nação.

Conforme aponta o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), órgão da ONU, por meio da divulgação do Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH), para o ano de 2016, no qual há uma importante análise sobre o quadro de estagnação no combate às desigualdades sociais no Brasil, constatou-se que o índice de Gini brasileiro, em 2015, ficou estabelecido em 0,515, sendo, nessa época, o 10º país mais desigual do mundo¹². Entre os países no topo do ranking da desigualdade,

10 SANCHES, Saldanha. *Justiça fiscal*. Lisboa: FFMS, 2010, p. 14-15.

11 Entretanto, não é possível negar a importância da responsabilidade fiscal para a sustentabilidade do Estado, pois esta vai repercutir, inclusive, na manutenção dos direitos sociais. É objeto de crítica o fato de que, ao congelar um limite geral de gastos, conforme prevê a Emenda Constitucional nº 95, sem ressaltar qualquer despesa que repercuta em direitos sociais, tal situação irá acarretar numa redução da capacidade de atuações diretas do Estado em encontrar mecanismos no combate à redução das desigualdades sociais.

12 É importante ressaltar que, ao considerar o índice de Gini do Brasil no ano de 1990, calculado em 0,607 pelo IBGE/PNAD, houve uma considerável melhora na redução da concentração de riqueza nos anos subsequentes até os dias atuais. Ressalta-se, no entanto, informações divulgadas por órgãos especializados como, por exemplo, o Oxfam Brasil, cujo relatório “País Estagnado: um retrato das desigualdades brasileiras”, apresentado em 26 de novembro de 2018, aponta que o combate às desigualdades da renda se encontra

o relatório da ONU apontou que a África do Sul é a nação com maior concentração de riqueza em um pequeno extrato social, com índice Gini de 0,634, logo em seguida apareceriam a Namíbia, índice de 0,610, e, em terceiro lugar, o Haiti com 0,608.¹³

No que tange aos dados de 2017, a organização não governamental Oxfam Brasil, em recente relatório divulgado sobre a concentração e distribuição de riqueza no país, identifica que foi interrompida, pela primeira vez, nos últimos 15 anos, a redução da desigualdade, em decorrência da recessão econômica vivenciada nos últimos anos, do aumento do nível de desemprego e das políticas de austeridade.

Ademais, segundo os dados mais recentes divulgados pelo PNUD para o ano de 2018, a estagnação fez com que o Brasil caísse da 10ª posição para a 9ª posição entre os países mais desiguais do mundo.¹⁴

Entre os principais números divulgados pela Oxfam Brasil, destaca-se, outrossim, o fato de que o número de pessoas pobres (segundo critérios definidos pelo Banco Mundial, são considerados pobres aqueles que sobrevivem com renda de até US\$ 1,90 ao dia) também foi elevado no Brasil nos últimos anos. Havia 15 milhões de pessoas pobres no país em 2017, correspondendo a 7,2% da população, representando um aumento de 11% em relação ao ano de 2016, quando havia 13,3 milhões de pessoas nessa situação, um total de 6,5% da população.¹⁵

Os rendimentos obtidos pelos 10% dos brasileiros mais ricos cresceram 6% de 2016 para 2017. No entanto, entre os 50% mais pobres, a renda caiu em 3,5%. Nesse período, pela primeira vez em vinte e três anos, a renda média das mulheres caiu em relação à dos homens, de 72% para 70% e, também, a diferença salarial entre brancos e negros se agravou, pois, em 2017, estes ganhavam em média 53% dos rendimentos médios daqueles, ante 57% no ano de 2016.¹⁶

Há de se indagar, no entanto, diante do atual cenário de estagnação na redução das desigualdades sociais no Brasil, onde existe uma tendência econômica ao favorecimento do acúmulo de renda e patrimônio em uma pequena parcela da sociedade: como o Estado pode combater essa concentração de riqueza e, conseqüentemente, a redução das desigualdades?

inerte e sem perspectivas de avanço.

13 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Human Development Report*, 2016. Disponível em: < <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-2016-human-development-report-2017.pdf>>. Acesso em: 6 de Jan. de 2019.

14 OXFAM BRASIL. *País Estagnado: um retrato das desigualdades brasileiras*, 2018, p. 26-27. Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/pais-estagnado>>. Acesso em: 6 de Jan. de 2019.

15 OXFAM BRASIL, op. cit. p. 16.

16 OXFAM BRASIL, op. cit. p. 18-25.

Por certo, existem diversas formas e áreas de atuação que precisam ser providas pelo Poder Público e, portanto, estão inseridas em um contexto de dispêndios de recursos públicos. A arrecadação dos tributos é imprescindível para que o Estado tenha condições de adotar as adequadas políticas fiscais para reduzir as desigualdades de renda e a redistribuição da riqueza gerada pela economia. Deve-se estabelecer uma distribuição igualitária da carga tributária, onde esta é evidenciada ao se garantir a efetividade dos princípios da capacidade contributiva e da isonomia material, reduzindo os tributos indiretos e aumentando a arrecadação sobre os tributos diretos, em especial com a tributação da renda e do patrimônio dos mais ricos.

2. TRIBUTAÇÃO SOBRE A RENDA DO TRABALHO E DO CAPITAL: COMO TORNAR O SISTEMA MAIS JUSTO?

É de conhecimento geral o fato de que a desigualdade de renda pode ser aferida por meio de peculiaridades diferentes e elementos característicos que podem acarretar uma problemática própria e que, portanto, necessitariam de mecanismos distintos para sua resolução. Se é assim, faz-se importante debatermos o grau de ocorrência da desigualdade existente sobre a distribuição das rendas obtidas pelo trabalho e, também, em contraponto com a concentração da renda do capital.

No entanto, antes de analisarmos a temática da tributação sobre a renda do trabalho e do capital, mister que sejam abordadas algumas premissas da tributação em um Estado fiscal. O imposto incidente sobre renda, por certo, não deve ser compreendido apenas sob a perspectiva de alcançar uma maior arrecadação para o Estado; deve-se compreendê-lo, em primeiro plano, como uma questão de justiça fiscal.

Como bem observa Anthony Barnes Atkinson¹⁷, é preciso considerar uma visão mais ampla dos objetivos sociais que envolvem a natureza dos impostos para aplicar conceito de justiça à tributação. Para Atkinson, a definição de justiça envolveria a ligação entre o esforço para obter a renda decorrente do trabalho e a recompensa remuneratória alcançada, pois as pessoas mereceriam permanecer com uma parcela razoável do que receberam por horas prolongadas de trabalho, maiores responsabilidades ou um segundo emprego. No entanto, sobre a concentração excedente de renda do trabalho e do capital, principalmente obtida por meio da herança, deveriam incidir, progressivamente, maiores alíquotas. Como medidas para caracterizar a justiça na tributação, o autor menciona a situação do Reino Unido, sugerindo uma

17 ATKINSON, Anthony Barnes. *Desigualdade: o que pode ser feito?* São Paulo: LeYa, 2015, p. 229-231.

estrutura de tributação mais progressiva para o imposto de renda pessoal, com alíquotas que aumentem através de faixas de renda tributável até um teto de 65%, acompanhada por uma ampliação da base tributária, a qual poderia ser alcançada por meio da eliminação das desonerações fiscais para os empresários e, em especial, das desonerações das contribuições para a seguridade social na folha de pagamento que foram concedidas aos empregadores.

José Casalta Nabais¹⁸ afirma que o imposto, como dever fundamental, não pode ser compreendido como um mero poder para o Estado, nem como um mero sacrifício para os cidadãos, constituindo antes uma espécie de contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada. O valor cobrado pelo imposto não poderia ser um valor muito elevado, devendo condizer com a capacidade contributiva de cada indivíduo. Tampouco, o valor poderia ser equivalente ao preço dos serviços públicos usufruídos por cada contribuinte, pois ficaria prejudicada a ideia de solidariedade que está na base de formação dos Estados fiscais. Seguindo os mesmos preceitos, Klaus Tipke e Douglas Yamashita¹⁹ compreendem que o dever de pagar impostos é um dever fundamental, pois este não é meramente uma perda de patrimônio, mas sim uma contribuição necessária para que o Estado, pautado na preservação do interesse público, possa cumprir suas tarefas.

Cristina Pauner Chulvi²⁰, a respeito do tema, acrescenta ainda mais uma característica ao aduzir que, em um Estado fiscal, a distinção entre direitos de liberdade e os direitos sociais não é tão acentuada, pois ambos necessitam da arrecadação de impostos para a sua manutenção. Consequentemente, existe uma relação entre a efetividade de qualquer direito e a existência de recursos públicos para custeá-los. Portanto, segundo a autora, torna-se um dever do Poder Público exigir os impostos pagos pelos cidadãos, sendo uma obrigação destes contribuírem para o sustento dos gastos públicos. O dever constitucional de contribuir para o sustento dos gastos públicos constitui-se como um dever de solidariedade, ou seja, a percepção social de que o imposto representa uma “carga” prejudicial à propriedade privada deve ser revista a partir da concepção de um Estado de Bem-Estar Social, que atribui ao dever de sustento dos gastos públicos uma natureza de solidariedade, por se tratar de um instrumento de serviço das políticas sociais e econômicas de um Estado redistribuidor. A perspectiva solidária é baseada no princípio que exige o sacrifício dos interesses dos mais favorecidos economicamente frente aos mais desamparados.

18 NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 27-29.

19 TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 13.

20 CHULVI, Cristina Pauner. El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. *Cuadernos y Debates*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n. 108, p. 61-95, 2001.

As desigualdades na distribuição da renda do trabalho em relação a renda do capital devem ser medidas e analisadas, em um primeiro momento, de forma separada, para constatar as suas diversas dimensões.

Thomas Piketty²¹ nos dá conta que a desigualdade em relação ao trabalho é com frequência mais moderada do que a desigualdade sobre o capital em grande parte dos Estados contemporâneos. Para ele, a forte concentração do capital é explicada, em regra, pela importância da herança e dos seus efeitos cumulativos e, para exemplificar, ressalta que é mais fácil poupar quando se herdou um imóvel e não se tem que pagar aluguel.

Não obstante, considerando a transmissão intergeracional da herança, é possível constatar a existência de pessoas que fazem parte da classe alta em termos de renda do trabalho, mas da classe popular em termos de patrimônio e vice-versa. Portanto, a desigualdade social deve ser concebida como multidimensional.

No cenário de desigualdade social verificado no Brasil também é possível decompor a desigualdade da renda do trabalho e do capital. Inicialmente, como já referido, a renda do capital pode ser compreendida como a mais acentuada na perspectiva da concentração de riqueza no país, haja vista que as principais atividades econômicas desenvolvidas, baseadas em produtos primários como, por exemplo, a agricultura, a pecuária e a extração de minérios, favorecem a concentração de capital em um pequeno extrato da sociedade, enquanto que, de outro lado, é ampliada uma grande massa de trabalhadores de baixa remuneração.

Desse modo, o capital acumulado em pequenos extratos sociais é concentrado, em grande parte, por meio das propriedades de terras em áreas rurais²², e, também em fase crescente na economia brasileira, em capital decorrente do mercado financeiro, especialmente, nas mãos dos acionistas que recebem a maior parte dos lucros/dividendos das empresas de grande porte do Brasil.²³

21 PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 239-241.

22 Em 2016, a Oxfam Brasil lançou relatório do estudo “Terrenos da desigualdade: terra, agricultura e desigualdades no Brasil rural”, no qual se constatou que menos de 1% dos proprietários agrícolas possui 45% da área rural do país. Ainda, a desigualdade de gênero na questão fundiária também é alarmante, pois, segundo a pesquisa, são os homens que estão à frente de 87,32% dos estabelecimentos, representando 94,5% das áreas rurais brasileiras. Por fim, imprescindível mencionar o fato de que, segundo o Incra, nesse período, existiam 729 pessoas físicas e jurídicas no país que se declararam proprietários de imóveis rurais com dívidas acima de R\$ 50 milhões à União, cada. No total, esse pequeno grupo deveria, aproximadamente, R\$ 200 bilhões, com propriedades de área suficiente para assentar 214.827 famílias. (OXFAM BRASIL. *Terrenos da desigualdade: terra, agricultura e desigualdades no Brasil rural*, 2016. Disponível em: < https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/relatorio-terrenos_desigualdade-brasil.pdf>. Acesso em: 12 de Jan. de 2019).

23 A título de exemplo, em informação veiculada pelo sítio eletrônico InfoMoney, em 2017, os quatro principais bancos do sistema financeiro nacional detêm 80% do crédito concedido em todo o país. Disponível

Em contraponto ao crescente aumento da renda de capital decorrente do mercado financeiro, não podemos olvidar o fato de que a classe média de trabalhadores brasileiros, por outro lado, se encontra muito endividada e com a renda decorrente do trabalho bastante comprometida. Seja em decorrência do endividamento por cartões de crédito, ou pelo financiamento em longas prestações dos imóveis ou automóveis adquiridos, seja também por causa dos altíssimos juros dos empréstimos e financiamentos para o pagamento de outras despesas pessoais.²⁴

Segundo levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), por meio de dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD), de 2016, o ganho médio de uma pessoa que integra o grupo do 1% mais rico da população era equivalente a 36 vezes do ganho de uma pessoa que integra o grupo da metade mais pobre do país.

Ainda conforme os dados do IBGE, 889 mil é o número de pessoas que integram o 1% mais rico, cujo rendimento médio é de, aproximadamente, R\$ 27 mil/mês. De outro lado, 44,4 milhões de pessoas integram o grupo de 50% com menor renda, ganhando em torno de R\$ 747/mês, valor menor que o salário mínimo da época, em 2016.²⁵

Constatadas as disparidades na concentração da renda do trabalho e do capital no país, surge o importante questionamento: como tornar o sistema tributário mais justo para que ocorra uma melhor distribuição das riquezas geradas pela economia?

Algumas considerações podem ser feitas em relação à evolução dos impostos de renda e a progressividade no Brasil. Róber Iturriet Avila e João Batista Santos Conceição²⁶ apontam para o fato de que apenas em 1922 foi aprovado um verdadeiro imposto sobre a renda no Brasil, cujas alíquotas progressivas variavam apenas de 0,5% até 8%. Posteriormente, no início dos anos 1940, aconteceram gradativos aumentos na alíquota do imposto de renda. A alíquota máxima saiu de 20% para 50% após o fim da segunda guerra mundial.

Já em 1961, a alíquota máxima foi elevada para 60%. No ano seguinte, alcançou o percentual de 65%, em que o imposto sobre a renda contava com

em: <<https://www.infomoney.com.br/mercados/noticia/6020465/quatro-bancos-concentram-dos-ativos-das-instituicoes-financeira-febraban-nega>>. Acesso em: 12 de Jan. de 2019.

24 SANTOS, Fernanda. *Inadimplência cresce mais na classe média do que nas classes baixas*, 2018. Disponível em: <<https://br.financas.yahoo.com/noticias/inadimplencia-cresce-mais-na-classe-media-que-nas-classes-baixas-diz-pesquisa-191915569.html>>. Acesso em: 12 de Jan. de 2019.

25 IBGE. *Rendimento de Todas as Fontes*, 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101559_informativo.pdf>. Acesso em: 12 de Jan. de 2019.

26 AVILA, Róber Iturriet; CONCEIÇÃO, João Batista Santos. *O imposto de renda do Brasil no tempo: da progressividade ao liberalismo*, 2017. Disponível em: <<http://brasildebate.com.br/o-imposto-de-renda-do-brasil-no-tempo-da-progressividade-a-egide-liberalizante/>>. Acesso em: 13 de Jan. de 2019.

14 faixas de alíquotas progressivas, as quais tinham como alíquota mínima inicial a estabelecida em 3%. Em meados dos anos de 1964, no entanto, ocorreu uma estagnação das alíquotas para, em seguida, haver uma redução da progressividade, passando de 55% para 50%, e uma redução de 14 para 12 faixas de rendas tributadas.

Em período pós-Constituição de 1988, a tabela progressiva, no exercício de 1989, ano-base 1988, comportava nove classes e alíquotas variáveis de 10% a 45%. No entanto, no ano seguinte, foram reduzidas para três classes, incluindo a de isenção, e duas alíquotas: 10% e 25%.²⁷ Não obstante, em 1999, por meio da Lei nº 9.887, a alíquota máxima de 25% foi ampliada para 27,5%.

No que tange à tributação da renda do capital, o modelo brasileiro concebido na década de 1990 se baseou em propostas radicais, como o *flat tax*²⁸ e as deduções relativas ao rendimento normal do capital próprio, vinculadas a um ideal liberal e as perspectivas de atrair investimentos por meio de desonerações tributárias àqueles que detêm capital.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) publicou importante estudo sobre a tributação do capital no Brasil e no mundo, evidenciando que, ao contrário do que vem sendo adotado no Brasil, há uma tendência recente dos países membros da OCDE em reduzir a tributação do lucro das empresas para, em seguida, realizar uma ampliação da tributação efetiva dos dividendos distribuídos aos sócios, com a finalidade de manter a carga tributária estável.²⁹

Sérgio Wulff Gobetti³⁰ enfatiza que, aparentemente, trocar a tributação direta da empresa para alcançar a distribuição dos lucros e dividendos pode parecer neutra, mas alguns impactos podem ser constatados com essa medida. A título de exemplo, o autor menciona o fato de que a tributação das pessoas físicas, diferentemente das pessoas jurídicas, é voltada para a progressividade, ao passo que a incidência do imposto sobre o lucro da empresa pode ser transferida para os trabalhadores da empresa ou até mesmo para os consumidores. Por meio de maiores alíquotas sobre os dividendos distribuídos seria mais difícil repassar essa incidência para terceiros. Além

27 BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. *História do imposto de renda no Brasil, um enfoque na pessoa jurídica (1922-2013)*, p. 114, 2016. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2016/05/Imp.-Renda.pdf>>. Acesso em: 13 de Jan. de 2019.

28 Tradução livre: alíquota fixa. No Brasil, a Lei n.º 9.249/95 foi responsável por duas importantes alterações na tributação sobre o capital. Em seu art. 9º, foram instituídos os juros sobre o capital próprio, podendo ser deduzidos pelas empresas na contabilização como um custo; entretanto, o acionista remunerado por meio desses juros deve ter retido na fonte uma alíquota fixa de 15%. Já em seu art. 10, a lei em comento estabeleceu que, a partir de 1996, não ficariam sujeitos ao imposto de renda os lucros e dividendos pagos aos acionistas.

29 IPEA. *Tributação do capital no Brasil e no mundo*, p. 37, 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/porta/images/stories/PDFs/TDs/td_2380b.pdf>. Acesso em: 13 de Jan. de 2019.

30 IPEA, op. cit. p. 38.

desse impacto distributivo, uma maior tributação na renda do capital distribuída pode contribuir para o crescimento econômico, principalmente se estimular as empresas a reterem mais lucro para reinvestimento.

O propósito principal da progressividade não se restringe apenas à elevação das receitas fiscais. Em verdade, trata-se de acabar com a concentração de renda e patrimônio, considerados como socialmente excessivos e inócuos para a movimentação da economia, ou, no mínimo, para que se torne muito custoso mantê-lo em tal nível para que seja desencorajada a sua perpetuação. Dessa maneira, o imposto progressivo exprime um compromisso ideal de justiça social e fiscal.³¹

Não podemos olvidar que, caso não exista uma adequada política fiscal de redistribuição, a divisão efetiva da renda entre o capital e trabalho dependerá, como é bem ressaltado por Thomas Piketty³², do poder de negociação dos sindicatos, da capacidade dos empregadores de se apropriar de um percentual maior dos lucros ou, inclusive, do estado vigente de sobreposição de forças entre empresários e trabalhadores.

Em um cenário de políticas de austeridade, apoiadas na contenção da despesa pública e consequente retração das transferências sociais, não só há um retrocesso no combate à pobreza, como também uma acentuação das desigualdades econômicas e sociais já existentes. Nesse contexto, não são repassados os gastos públicos de forma isonômica e material entre as diversas camadas sociais, pois aqueles que detêm maior capacidade econômica não são obrigados a contribuir com maior parcela de seus recursos, haja vista a atual isenção da distribuição dos lucros e dividendos e, também, das baixas alíquotas da tributação sobre o patrimônio e a herança.

Assim sendo, o Estado acaba por não exercer sua prerrogativa de exigir que os cidadãos de maior poder econômico contribuam com o sustento dos gastos públicos, indo de encontro ao preceito constitucional que estabelece um dever, e não uma faculdade, do Poder Público arrecadar os impostos com base na isonomia material e na capacidade contributiva.

3. POLÍTICAS FISCAIS REDISTRIBUTIVAS E INCLUSÃO SOCIAL

O termo desigualdade, por certo, pode ser estudado diante de várias concepções. Em especial, quando se trata da análise dos fatores que influenciam na aferição de renda e acúmulo de capital, faz-se importante abordar duas perspectivas que são bastante utilizadas por meio de argumentos

31 PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 492.

32 PIKETTY, Thomas. *A economia da desigualdade*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 37.

retóricos nas campanhas políticas dos Estados contemporâneos, quais sejam: a desigualdade de oportunidades e desigualdade de resultados.

Existem circunstâncias que estão fora do controle das pessoas e que, por mera liberalidade do destino ou, até mesmo, a sorte, permitem que ocorra um acúmulo de capital não decorrente do esforço próprio, por exemplo, o recebimento de uma herança. Assim, a igualdade de oportunidades está presente quando as variáveis externas não influenciarem no resultado final auferido³³. O poder econômico do capital pré-existente ao esforço do indivíduo não deve ser responsável por garantir privilégios que, diante da sua exclusividade, não seriam usufruídos de forma isonômica pelos demais.

Com a finalidade de diminuir as desigualdades de oportunidades que assolam as sociedades contemporâneas, como é o caso do Brasil, o Poder Público busca fornecer serviços públicos em áreas fundamentais para, assim, mitigar os impactos das desigualdades econômicas e, ainda que difícil, alcançar uma igualdade de partida de esforços.

Anthony Atkinson exprime, por meio de sólida argumentação, a importância que também deve ser atribuída pelo Estado à perspectiva da desigualdade de resultados. Para o autor, a desigualdade de resultados cinge-se na redistribuição *ex post*, pois esta pode afetar diretamente a igualdade de oportunidades para as futuras gerações. Os beneficiários das desigualdades de resultados de hoje podem transmitir uma vantagem injusta aos seus descendentes e, por conseguinte, limitar para os menos favorecidos as chances de mobilidade social da geração seguinte.³⁴

A desigualdade na distribuição de renda também pode ser compreendida, segundo Armatya Sen³⁵, como vinculada à ideia de pobreza, acarretando uma privação das capacidades básicas dos indivíduos, ou seja, restringindo a possibilidade de exercerem as liberdades substantivas que sejam aptas para alcançar um padrão de vida digno.

Uma melhor distribuição da renda gerada pela economia pode ampliar as capacidades das pessoas para torná-las mais produtivas e, por conseguinte, auferir gradativamente uma maior renda. Os serviços públicos fornecidos pelo Estado como, por exemplo, a educação básica e a saúde, cujo custeio depende dos impostos arrecadados, elevam a qualidade de vida da sociedade e aumentam potencialmente as chances da redução da pobreza. Assim, quanto mais inclusivo for o alcance das políticas públicas, maior será a possibilidade daqueles menos favorecidos economicamente alcançarem a mobilidade social.

33 ATKINSON, Anthony Barnes. *Desigualdade: o que pode ser feito?* São Paulo: LeYa, 2015, p. 31-32.

34 ATKINSON, op. cit. p. 33-34.

35 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 123-124.

Políticas públicas fiscais e sociais inclusivas possibilitam e estimulam a participação da sociedade em melhores empregos para, desse modo, conseguirem o melhor uso possível das suas capacidades e habilidades. Destarte, o papel do Estado é determinante no combate à pobreza. Nesse sentido, Daron Acemoglu e James Robinson apontam que instituições inclusivas criam condições igualitárias para todos se desenvolverem, ao contrário das instituições consideradas extrativistas, que são estruturadas de modo que poucos possam extrair recursos de muitos e mostram-se incapazes de proteger os direitos fundamentais.³⁶

Por essa razão, podemos definir que uma política fiscal é inclusiva quando seus efeitos permitem criar oportunidades para todos por meio de um modelo de funcionamento da economia socialmente mais justo, repartindo os ônus da arrecadação dos impostos de forma a contemplar a isonomia material e a capacidade contributiva.

Em países com uma elevada desigualdade social deve-se, portanto, exercer uma política fiscal baseada na tributação progressiva, aumentando a tributação pessoal dos mais ricos, com o propósito de fornecer uma maior universalização de serviços públicos gratuitos e de qualidade.

Desse modo, o combate à desigualdade na concentração de renda deve ser compreendido como uma opção política³⁷, pois o Poder Público sempre terá a possibilidade de adotar, dentro das metas do governo, os mecanismos inclusivos e adequados para a prevenção e mitigação gradativa da pobreza. Devemos refletir sobre quais são as dificuldades da política fiscal que temos e sobre o que precisamos modificar e melhorar se pretendermos reduzir efetivamente as desigualdades e criar oportunidades para todos de uma forma socialmente mais justa.

CONCLUSÃO

Ao transcorrer do presente artigo, constatou-se que a atual situação do Brasil, acarretada por uma história de constante acumulação de riqueza nas mãos de poucos, reflete a necessidade de se concretizar novas políticas públicas voltadas à redução das desigualdades sociais. A ideia de políticas fiscais inclusivas, objetivando aumentar a progressividade dos impostos sobre a renda e patrimônio daqueles que dispõem de maior capacidade econômica, se bem executadas, corresponderão a um importante avanço nas

36 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 332.

37 STIGLITZ, Joseph Eugene. *Inequality is a choice*, 2013. Disponível em: < <https://opinionator.blogs.nytimes.com/2013/10/13/inequality-is-a-choice/>>. Acesso em: 16 de Jan. de 2019.

políticas de redistribuição de renda e, inclusive, na promoção de igualdades de oportunidades e situações.

Assim sendo, a partir do exposto, podemos enfatizar algumas considerações objetivas:

(1) O papel desempenhado por um Estado social, no âmbito da tributação, não se limita apenas à preocupação em arrecadar para a manutenção de atividades típicas da Administração Pública. Busca-se, também, realizar a redistribuição da riqueza com a finalidade de mitigar as desigualdades sociais. Portanto, a justiça na tributação e a justiça na distribuição dispõem do mesmo grau de importância.

(2) A arrecadação dos tributos é imprescindível para que o Estado tenha condições de adotar as adequadas políticas públicas objetivando a redução da pobreza. Desse modo, deve-se estabelecer uma distribuição socialmente mais justa da carga tributária, reduzindo os tributos indiretos e aumentando a arrecadação sobre os tributos diretos, em especial com a tributação da renda e do patrimônio dos mais ricos.

(3) A distribuição de riqueza por meio do fornecimento de serviços públicos não aumenta materialmente o rendimento financeiro disponível das famílias para gastarem livremente, mas são indispensáveis na promoção da garantia dos direitos sociais e na luta contra a pobreza, permitindo uma maior igualdade de oportunidade para as gerações atuais e futuras.

(4) Em um cenário de políticas de austeridade, apoiadas na contenção da despesa pública e consequente retração das transferências sociais, não só há um retrocesso no combate à pobreza, como também uma acentuação das desigualdades econômicas e sociais já existentes. Nesse contexto, não são repassados os gastos públicos de forma isonômica e material entre as diversas camadas sociais, pois aqueles que detêm maior capacidade econômica não são obrigados a contribuir com maior parcela de seus recursos, haja vista a atual isenção da distribuição dos lucros e dividendos e, também, das baixas alíquotas da tributação sobre o patrimônio e a herança.

(5) Podemos definir que uma política fiscal é inclusiva quando seus efeitos permitem criar oportunidades para todos os extratos sociais por meio de um modelo de funcionamento da economia socialmente mais justo, repartindo os ônus da arrecadação dos impostos de forma a contemplar a isonomia material e a capacidade contributiva.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ATKINSON, Anthony Barnes. **Desigualdade: o que pode ser feito?** São Paulo: LeYa, 2015.

AVILA, Róber Iturriet; CONCEIÇÃO, João Batista Santos. **O imposto de renda do Brasil no tempo: da progressividade ao liberalismo**, 2017. Disponível em: < <http://brasildebate.com.br/o-imposto-de-renda-do-brasil-no-tempo-da-progressividade-a-egide-liberalizante/>>. Acesso em: 13 de Jan. de 2019.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **História do imposto de renda no Brasil, um enfoque na pessoa jurídica (1922-2013)**, 2016. Disponível em: <<https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2016/05/Imp-Renda.pdf>>. Acesso em: 13 de Jan. de 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Capitalismo financeiro-rentista. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 32, n. 92, p. 17-29, Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142018000100017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 3 de Jan. de 2019.

CHULVI, Cristina Pauner. El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. **Cuadernos y Debates**, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n. 108, p. 61-95, 2001.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 34 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. **Raízes do subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

IBGE. **Rendimento de Todas as Fontes**, 2017. Disponível em: < https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101559_informativo.pdf>. Acesso em: 12 de Jan. de 2019.

IPEA. **Tributação do capital no Brasil e no mundo**, 2018. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2380b.pdf>. Acesso em: 13 de Jan. de 2019.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 2015.

OXFAM BRASIL. **Nós e as desigualdades: pesquisa Oxfam Brasil/Datafolha – percepções sobre desigualdades no Brasil**, 2017. Disponível em: < https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/nota_informativa_Oxfam_Datafolha_Nos_desigualdades.pdf>. Acesso em: 5 de Jan. de 2019.

_____. **País Estagnado: um retrato das desigualdades brasileiras**, 2018. Disponível em: <<https://www.oxfam.org.br/pais-estagnado>>. Acesso em: 6 de Jan. de 2019.

_____. **Terrenos da desigualdade: terra, agricultura e desigualdades no Brasil rural**, 2016. Disponível em: < https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/relatorio-terrenos_desigualdade-brasil.pdf>. Acesso em: 12 de Jan. de 2019.

PIKETTY, Thomas. **A economia da desigualdade**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

_____. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PNUD. **Human Development Report**, 2016. Disponível em: < <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-2016-human-development-report-2017.pdf>>. Acesso em: 6 de Jan. de 2019.

SANCHES, Saldanha. **Justiça fiscal**. Lisboa: FFMS, 2010.

SANTOS, Fernanda. **Inadimplência cresce mais na classe média do que nas classes baixas**, 2018. Disponível em: <<https://br.financas.yahoo.com/noticias/inadimplencia-cresce-mais-na-classe-media-que-nas-classes-baixas-diz-pesquisa-191915569.html>>. Acesso em: 12 de Jan. de 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 123-124.

SINNOT, Emily; NASH, John; DE LA TORRE, Augusto. **Natural Resources in Latin America and The Caribbean: beyond booms and busts?** Washington: World Bank, 2010.

STIGLITZ, Joseph Eugene. **Inequality is a choice**, 2013. Disponível em: < <https://opinionator.blogs.nytimes.com/2013/10/13/inequality-is-a-choice/>>. Acesso em: 16 de Jan. de 2019.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

**A TRANSAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: ANÁLISE COM BASE NO NOVO SISTEMA
PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

***THE TRANSACTION IN THE SCOPE OF THE PUBLIC
ADMINISTRATION: ANALYSIS BASED ON THE NEW
BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL SYSTEM***

Renato Henrique Barbosa de Oliveira Filho

Graduado em Direito pela UNIFBV

Especialista em Direito Municipal pela Universidade Estácio de Sá

Pós-graduando em Direito Processual Civil pela UFPE

Advogado e Coordenador do Núcleo de Direito Administrativo e

Constitucional da Gerência Jurídica do SENAI/PE.

RESUMO: Após a queda da Monarquia e do surgimento do Estado Social iniciou-se um processo de constitucionalização dos direitos em que os direitos fundamentais protagonizaram. Nesse contexto, o anseio social passou a ser o de uma Administração Pública consensual, daí a busca por novas formas de resolução de conflitos no âmbito do direito público. Em 2015, adveio o novo CPC que, por meio de suas diretrizes constitucionalizadas e pautado numa metodologia neopositivista, conferiu destaque à autocomposição. No entanto, a adoção de métodos de resolução consensual de conflitos pelo Estado encontra alguns entraves nas normas próprias do Regime Jurídico Administrativo ao qual está submetido. Assim, através de uma reflexão crítica, pretende-se averiguar os aspectos da transação no direito público, considerando os métodos alternativos de resolução de conflitos trazidos pelo novo sistema processual. Objetiva-se demonstrar que não existe vedação à transação judicial e extrajudicial entre o Poder Público e particulares. Para esse desiderato, busca-se analisar o novo sistema processual em conjunto com as regras inerentes ao Regime Jurídico Administrativo. Para tanto, fez-se uso da pesquisa bibliográfica colhendo dados na doutrina, leis e jurisprudências. Ou seja, adotou-se um método documental como estratégia de argumentação para o desenvolvimento deste estudo.

Palavras-chave: Administração Pública – Transação – Direitos Fundamentais – Ponderação de interesses.

ABSTRACT: *After the fall of the Monarchy and the emergence of the State, a process of constitution of the fundamental rights in the protagonism began. In this context, the social social has become a form of government. In 2015, it was followed by the new CPC, which, through its constitutional guidelines, was a neopositivist methodology that emphasized self-composition. However, the adoption of rules of consensual resolution of State contracts is being included in some of the own rules of the Administrative Legal Regime to which it is submitted. Thus, through a critical reflection, it is sought to ascertain the aspects of the transaction in the public, considering the alternative methods of resolution brought by the new procedural system. It is intended that there is no judicial and extrajudicial judicial response between the Public Authorities and individuals. To this desiderato, search-to analyze the procedural in conjunction with the rules inherent to Administrative Legal Regime. To do so, one must use bibliographic research by gathering data in legislation, laws and jurisprudence. That is, a documentary method was adopted as an argumentation strategy for the development of this study.*

Keywords: *Public Administration - Weighting of interests.*

1. INTRODUÇÃO

No limiar do presente artigo, verificar-se-á que o processo de transformação do modo de se relacionar entre o Estado, a administração pública e a sociedade implicou em mudanças sociais e jurídicas que repercutiram na estrutura organizacional do próprio Estado.

Nessa época, o Direito Administrativo que era embrionário, passou a ser enxergado sob uma nova perspectiva, pois os indivíduos que viviam numa relação vertical de monarquia deixaram de ser súditos para serem sujeitos de direitos, passando a exigir um novo posicionamento do Estado. Época em que o regime de não ingerência, pautado no liberalismo, transmudou-se para uma atuação positiva do Estado em prol da concretização dos direitos fundamentais que contribuíram para a formação da democracia atual.

Tem-se, portanto, o marco do processo de constitucionalização dos direitos, em que a Constituição passou a ser o veículo principal para todas as fontes normativas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. Via de consequência, o Direito Administrativo experimentou contradições ideológicas existentes no Estado contemporâneo que lhe obrigaram a enfrentar temáticas surgidas em decorrência da valorização dos direitos fundamentais constitucionais, dentre as quais ganhou destaque o consensualismo na esfera pública.

A primeira dificuldade a ser enfrentada por essa nova perspectiva é a de compatibilização entre os mecanismos consensuais de resolução de conflitos e o próprio Regime Jurídico da Administração Pública.

Porém, em meio às temáticas discussões doutrinárias, o sistema processual civil brasileiro, no ano de 2015, foi modificado com a publicação do novo Código de Processo Civil, que trouxe uma mudança paradigmática para o ordenamento a partir de uma metodologia neopositivista na qual a lei, que era o núcleo do ordenamento processual antigo, cedeu espaço à ordem jurídica. Nesse novo cenário processual, a autocomposição ganhou papel de destaque, tendo o CPC previsto diversos dispositivos incentivadores desse instituto jurídico, inclusive no âmbito da administração pública.

O que se observou, portanto, foi que os momentos jurídicos naturalmente se encaixaram, uma vez que a busca pela consensualidade já era objetivo almejado pelo Direito Administrativo contemporâneo. Como consequência, o moderno conceito de interesse público abandonou os ideais de indisponibilidade e supremacia absolutos e a atividade administrativa passou a fazer uso da técnica da ponderação dos interesses em conflito, de forma a buscar o equilíbrio das relações jurídicas, caracterizadas por interesses públicos e privados cada vez mais próximos.

Dessa forma, este artigo se dedicará à análise da maneira como a Administração Pública atuará na preservação do interesse público, alinhada à resolução consensual dos conflitos e às características de indisponibilidade e supremacia de tal interesse. Nessa perspectiva, será estudado o processo de constitucionalização do Direito Administrativo associado às mudanças do ordenamento processual civil brasileiro e às limitações impostas pela indisponibilidade e supremacia que compõem o Regime Jurídico de direito público.

Este, portanto, é o objeto do presente artigo: discutir o instituto jurídico da transação e sua aplicabilidade no direito público sob o enfoque do novo sistema processual civil brasileiro.

2. O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Para melhor entender o conceito de Administração Pública, é preciso analisá-la sob duas vertentes; uma mais subjetiva que vai designar o conjunto de órgãos e a estrutura estatal em si e a outra, mais objetiva, que designa a administração pública como a própria função administrativa, ou seja, as

atividades de planejamento e de execução do Estado¹. Logo, administração pública não se confunde com o próprio governo ou Estado, pois está diretamente relacionada à população.

A relação entre Estado, administração pública e população se desenvolve de uma maneira intrincada, não sendo possível separar de forma exclusiva um do outro. “Estado” é um termo que possui conceito aberto, com várias formas de ser encarado e definido. No entanto, é imprescindível ao presente estudo destacar a linha diretamente ligada ao Direito Administrativo.

Dentro dessa relação com o Direito Administrativo, alguns autores irão dizer que o Estado surge em um momento muito específico, entre o fim da monarquia feudal e o surgimento de um único poder perante aquela unidade territorial, quando surgem os monarcas absolutos. Nessa época, a relação entre o Estado e os cidadãos era vertical, pois não se tinha o conceito de cidadão como se tem hodiernamente; era uma relação em que havia um rei e pessoas (súditos) que não possuíam direitos adquiridos na forma como hoje se compreende².

Nesse período, o Direito Administrativo não existia, apenas estava em formação, tendo surgido como ramo autônomo somente na fase do Estado Moderno, quando se desenvolveu o conceito de Estado de Direito estruturado sobre o princípio da legalidade³.

Assim, como ocorreu o desenvolvimento e a estruturação da relação entre Estado e cidadãos?

As grandes relações estão consubstanciadas especialmente na Revolução Francesa, pois com a queda do rei absoluto os cidadãos passaram a necessitar de um “Direito Novo”, direito esse que regulamentasse a conduta do Estado soberano em sua relação com seus administrados⁴.

Assim, a relação imposta pelo rei absoluto (representante do Estado) foi rompida pelo valor da liberdade, pois havia um desejo de uma conformação em que as pessoas fossem livres e iguais em direitos, uma liberdade que propiciasse a todos a chance de serem felizes, pois ser feliz era um valor a ser buscado⁵.

Na época, o grande dilema foi o de como conseguir essa liberdade. A conclusão foi de que essa liberdade não poderia ser concedida pelo rei, pois, caso contrário, esse direito não nasceria e se desenvolveria com a própria pessoa pela simples condição de ser pessoa⁶. Assim, o rei absoluto foi

1 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 2013, p.19.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 2014, p.1.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 2014, p.2.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 2013, p. 38-39.

5 Escopo constante do preâmbulo da Declaração de Direitos do Homem e dos Cidadãos de 1789.

6 A essência dessa ideia está no texto do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e intrínseco no regime

substituído por uma lei absoluta, daí desenvolvendo-se a ideia de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei⁷.

A partir de então, como mecanismo limitador, foram opostos direitos fundamentais dos quais qualquer cidadão já é titular ao nascer, ou seja, direitos naturais de qualquer pessoa e de caráter irrenunciável.

Assim, o poder que estava concentrado nas mãos de um monarca foi dividido em três grandes funções que a própria Constituição brasileira adotou como base para a organização da Administração Pública⁸. Esse foi o momento em que o Estado Liberal, essencialmente abstencionista, foi sufragado por um Estado Social, cujo poder materializa-se com a participação dos cidadãos e dos organismos sociais⁹.

A partir de então é que o Estado começa a se organizar com base em uma estrutura formada por órgãos públicos e entidades públicas indiretas oriundas da descentralização administrativa, passando a atuar “pautado” na lei; daí a origem do princípio da legalidade em uma de suas vertentes¹⁰.

Entendido o processo de desenvolvimento da relação entre Estado e cidadãos – daí surgindo o Direito Administrativo como regulamentador – torna-se possível identificar a forte influência do Direito Constitucional em todas as etapas desse movimento.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹, ao considerar como características fundantes da autonomia do Direito Administrativo o princípio da separação de poderes e o escopo da garantia à proteção aos direitos fundamentais não apenas nas relações particulares, afirma que “os títulos fundamentais do Direito Administrativo se alojam no Direito Constitucional. Assim, o Direito Administrativo de cada país possui a feição que lhe confere o respectivo Direito Constitucional”.

A constitucionalização dos direitos é uma tendência buscada por diversos ordenamentos jurídicos e consiste em um processo de tornar como base de funcionamento de um sistema os princípios e as regras constitucionais, o que resulta na aplicação direta da Constituição nas relações sociais quando da interpretação das normas infraconstitucionais, da construção de jurisprudências e de doutrinas.

jurídico da administração pública.

7 Ideia consagrada por Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis”.

8 Origem da teoria da repartição ou tripartição dos poderes.

9 OLIVEIRA FILHO, Renato Henrique Barbosa de. CORNÉLIO, Fernanda Marques. *Defensoria Pública, Legitimidade para Ação Civil Pública e Direitos Difusos*. 2013.

10 Ideia de limitação do poder do administrador público.

11 op. cit. p. 28

Marçal Justen Filho¹² alerta que a supremacia da Constituição deve ultrapassar o mero discurso político, pois a produção de um Estado democrático a partir de uma transformação concreta da realidade social e sua adequação ao modelo constitucional depende diretamente da efetividade das atividades administrativas. Para o autor, deve ser rejeitado o enfoque tradicional do Direito Administrativo, já que se consiste em um modelo que inviabiliza o controle das atividades administrativas por meio de soluções destituídas de transparência, tais como “discricionariedade”, “conveniência e oportunidade” e “interesse público”.

Contudo, tais soluções não devem ser definitivamente suprimidas, mas sua importância e extensão devem estar limitadas à dimensão constitucional e democrática.

As lições do Ministro Luís Roberto Barroso¹³ revelam que, quanto à Administração Pública, a constitucionalização dos direitos: 1) limita a discricionariedade; 2) impõe deveres de atuação; e 3) fornece fundamentos de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente do legislador ordinário.

Assim, tem-se que a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à Lei decorreu da mudança do modo de se relacionar entre Estado, administração pública e cidadãos, bem como da superação dos dogmas arcaicos do Direito Administrativo que passou a ter como escopo a preservação dos direitos fundamentais.

Nesse momento é que surge o conceito da supremacia do interesse público baseado em uma ponderação de interesses. Ou seja, não há mais a prevalência irrestrita do interesse público sobre o privado, tudo dependerá da análise de cada caso concreto com base em uma ponderação dos direitos fundamentais envolvidos. “Isso porque preservar o interesse privado também é, em última análise, preservar o interesse público”¹⁴.

Torna-se evidente, portanto, que uma controvérsia entre o cidadão e o Estado deve ser solucionada da maneira mais efetiva possível, especialmente mediante uma solução pacífica, não devendo ser admitida decisão baseada em conceitos indeterminados e de fundamentação pouco transparente, violadoras de garantias constitucionais que devem ser preservadas pelo Estado.

12 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2016, p. 105.

13 BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. 2005.

14 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

3. O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO E A JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA

O Direito Administrativo pressupõe a existência de normas que lhes são peculiares e que se relacionam entre si de maneira lógica, coerente e única. Tais normas compõem o denominado regime jurídico administrativo, que nada mais é do que o conjunto normativo que define a lógica de funcionamento da administração pública, sendo os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público o núcleo desse regime¹⁵.

Em linhas gerais, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado estabelece que, em havendo necessidade, o Estado poderá restringir direitos individuais na busca do interesse público. Portanto, todas as prerrogativas de que o Estado goza decorrem desse princípio, que na verdade são concedidas ao interesse da coletividade. Já o princípio da indisponibilidade funciona como um limite às tais prerrogativas¹⁶.

Assim, ao tempo em que o Estado tem normas que lhe conferem prerrogativas para alcançar o interesse público, o mesmo se submete a algumas limitações com vistas a evitar a renúncia desse interesse.

Contudo, o princípio da indisponibilidade do interesse público não pode ser interpretado como a impossibilidade de o Estado reconhecer que lesou um cidadão e de transacionar como forma de repará-lo – evidentemente que dentro de parâmetros justificados – na qualidade de garantidor não só do interesse da coletividade, como também dos direitos individuais fundamentais de todo e qualquer cidadão.

Sob a ótica mais constitucionalizada, o Direito Administrativo, fundamentado nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, deve ser estudado, interpretado e aplicado com observância aos demais princípios constitucionais, que devem coexistir sem qualquer hierarquia ou exclusão¹⁷.

Quanto ao tema, a opinião da doutrina se divide. Para a linha “tradicional”, a exemplo de DI PIETRO¹⁸, o Direito Administrativo – originário da passagem do Estado no modelo absoluto para o Estado de Direito, momento em que as relações das pessoas e o Estado se invertem com base numa submissão à lei, delimitadora do limite da liberdade de cada um, assim como da atuação específica da própria administração – tem seu conteúdo buscado numa divisão entre o direito público e o direito privado.

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 2013, p. 53-56.

16 CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2016, p. 56-59.

17 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2016, p. 51.

18 Op. cit. 2014 p. 60-61

A outra corrente doutrinária afirma que o Direito Administrativo se constrói de maneira diversa, pois considera que a passagem da queda do rei absoluto e da introdução da lei serviu como um expediente de dominação, de manutenção do Estado Autoritário, não sendo superado o “absolutismo” típico do regime anterior. Para essa linha, a noção de supremacia do público sobre o particular não é compatível com a própria noção de direitos fundamentais, isso porque a liberdade era exercida na medida em que a lei especificava.

De certa forma, esse é o entrelaçamento que leva a pensar na dicotomia público/privada que vai embasar o regime jurídico da administração pública. Na realidade, existe uma crise doutrinária instalada, pois ao mesmo tempo em que se diz que o interesse público está diretamente relacionado à dicotomia direito público/privado, fala-se que existe uma linha muito tênue entre tais direitos, sendo difícil identificar essa relação caso a caso.

No entanto, é inegável que se assiste hoje uma aproximação entre os dois regimes, que constitui uma das prospecções da Administração Pública contemporânea.

Marçal Justen Filho¹⁹ desenvolve uma aproximação entre o próprio interesse público e o regime jurídico da administração pública com a ideia de supremacia do interesse público e dos direitos fundamentais. Tal aproximação é que fornece o conteúdo desse interesse público. Segundo o autor, não há como se admitir nos dias de hoje um Estado que se coloque autoritariamente perante o cidadão (titular de direitos) como se colocaria um rei absoluto perante o seu súdito, pois a relação de autoridade é uma relação que ainda existe, mas o que não existe é uma relação de autoritarismo.

Na realidade, a relação entre a administração pública e o cidadão deve ser conformada de um lado pelo seu complexo de direitos e do outro pelo poder/dever da administração, já que possui como finalidade exatamente o cumprimento de um conceito indeterminado, mas fundamental ao direito que é o bem comum.

Assim, essa relação jurídica subordinada ao regime jurídico constitucionalizado deve se basear em uma ponderação de princípios, bens e valores constitucionais que deverão nortear a solução de eventuais conflitos entre a administração pública e os cidadãos²⁰.

Nessa linha é que se busca a horizontalização da relação entre Estado e particulares, que se conforma por meio de uma necessária mudança de paradigma para a construção de uma administração pública consensual que funciona sob a égide de um regime jurídico administrativo em que as garantias

¹⁹ Op. cit. 2016, p. 48-59

²⁰ SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

atribuídas às pessoas possuem igual importância às prerrogativas do Poder Público.

Frente a esse cenário é que a concepção originária do princípio da legalidade – vinculada à separação dos poderes e às ideias opositoras ao poder absolutista – cede espaço ao ideal da juridicidade, em que as atividades da Administração Pública passam a se sujeitar não apenas às leis, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento.

Essa evolução foi registrada por Odete Medauar²¹ a partir do momento em que as leis em seu sentido formal, ou seja, vistas como justas somente por serem leis, independentemente do seu conteúdo, passaram a integrar um conjunto normativo formado por outros elementos criados através de outras bases valorativas.

A superação da regra geral de que nas relações de direito público, tudo que não for autorizado por meio de lei será reputado como proibido, decorre da ideia de que o ato praticado pela administração, independentemente de previsão legal, deve obrigatoriamente visar atingir o interesse público, bem como da possibilidade de o administrador atuar por fundamento direto na Constituição ou de outra fonte normativa do Direito, baseada na ideia de vinculação ao Direito como um todo, sobretudo à Constituição Federal, e não só à lei²².

O princípio da juridicidade, na realidade, é uma acepção mais moderna do princípio da legalidade baseada em uma visão neoconstitucionalista do Direito, em que regras constitucionais e legais agregadas de valores e direitos fundamentais constituem um “bloco de legalidade” que legitima e impõe limites à atividade administrativa.

Na realidade, a lei na forma de dispositivo literal é capaz de disciplinar o atendimento das necessidades sociais, mas não é capaz – em razão da sua própria natureza de permanência e generalidade – de atendê-las de maneira concreta e contínua, uma vez que os anseios sociais transmudam-se rapidamente no tempo, razão pela qual o princípio da legalidade se transforma nessa vertente de juridicidade²³.

4. O LUGAR DO INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

Compreendidos os conceitos que dão sustento a um ordenamento jurídico constitucionalizado, fundamentado na ideia de um Direito Administrativo

21 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 2013, p. 139.

22 ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2013, p. 58.

23 ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2013, p. 60

que se ocupa essencialmente com a realização do interesse público e, ao mesmo tempo, com a preservação dos direitos fundamentais, torna-se possível estabelecer o conceito jurídico do interesse público perseguido pela Administração Pública.

O primeiro passo é afastar-se da ideia de separação absoluta entre o interesse público na figura de um interesse do todo, que representa o próprio corpo social, do interesse individual das partes. Isso porque, na verdade, “o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é ‘função’ qualificada do interesse das partes, um aspecto, uma forma específica de sua manifestação”²⁴.

Muito embora possa ser possível admitir um interesse público contraposto a um determinado interesse individual, não é possível se conceber a ideia de um interesse público contrário aos interesses de cada um dos membros da sociedade, pois o interesse público nada mais é do que a dimensão pública dos interesses de cada indivíduo como partícipe da sociedade interessado em um serviço público efetivo.

Assim, pode-se afirmar que o interesse público é adequadamente atendido quando se consideram os interesses dos particulares, devendo a Administração Pública alinhar o cumprimento das suas atribuições com a proteção dos interesses dos cidadãos²⁵.

Assim, o atendimento das necessidades coletivas exige da Administração Pública uma postura consensual e de ponderação de interesses, ou seja, a adoção da melhor solução possível – do ponto de vista administrativo em consonância com o princípio constitucional da eficiência – com base na análise de cada caso concreto²⁶.

Fixadas as teorias e compreendido que o interesse público é a dimensão pública dos interesses individuais, é possível afirmar que não existe semelhança entre o interesse público e o interesse do Estado na qualidade de sujeito de direitos e interesses individuais²⁷. Diferente do particular, o Estado só poderá defender seus interesses se esses coincidirem com o interesse público, caso em que a sua defesa será simultaneamente um instrumento para defesa do interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em suas lições, classifica o interesse público em 1) primário, que se relaciona com os fins do Estado, ou seja, busca a realização dos interesses daqueles indivíduos como integrantes de um corpo social e 2) secundário, também denominado de interesse derivado ou

24 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 2013, p. 60

25 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

26 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

27 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 2013, p. 66

instrumental, que diz respeito aos interesses transitórios do Governo, utilizado como instrumento de realização do interesse primário²⁸.

Tradicionalmente se tem como regra a impossibilidade de o Estado transacionar em assuntos relacionados aos interesses primários, uma vez que só seria passível de negociação o interesse derivado. No entanto, a indisponibilidade do interesse público não se revela em um conceito rígido, não se podendo admitir que a regra geral da impossibilidade de transação não admita exceções.

O princípio da indisponibilidade do interesse público está implícito no texto constitucional e consiste em um dos pilares do regime jurídico administrativo baseado em uma limitação imposta ao Estado com o intuito de evitar lesão ao interesse ou ofensa aos direitos fundamentais dos administrados. A ideologia desse princípio parte da premissa de que a Administração não possui livre disposição dos bens e interesses públicos, cabendo-lhe apenas a geri-los e conservá-los em benefício da coletividade que é a titular dos mesmos²⁹.

Em face dessa indisponibilidade é que, num primeiro momento, resta inviabilizada qualquer possibilidade de os entes públicos transigirem com relação aos seus interesses, exceto quando houver prévia autorização legal.

Contudo, o Estado na função de administração pública, quando em litígio, deve – lastreado numa ponderação de interesses – buscar a solução mais compatível com o Estado Democrático de Direito, de maneira a garantir que os interesses individuais e coletivos coexistam e convivam harmoniosamente.

Na realidade, os ideais de supremacia e indisponibilidade do interesse público devem ser ponderadamente relativizados quando em prol de outros princípios, a exemplo o da moralidade e o da eficiência, bem como dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos.

Assim, em cada caso concreto deve-se buscar a melhor forma de resolução do conflito, de maneira a garantir a mais eficiente preservação do interesse público. Isso porque não existe uma supremacia e indisponibilidade absoluta; tais conceitos não passam de uma concepção abstrata, pois o interesse público não se constitui como um fim em si mesmo. Ou seja, a existência, por si só, do Regime Jurídico Administrativo não acarreta a exclusão dos demais princípios, tampouco deve colocar em risco os direitos fundamentais dos cidadãos³⁰.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre a possibilidade de a Administração transacionar, relativizando assim a indisponibilidade do

28 Op. cit. 2013, p.67

29 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 2010, p. 37

30 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2016, p. 51-58

interesse público, sobremaneira quando o acordo for a medida mais eficaz de se beneficiar a coletividade, verdadeira detentora dos bens e interesses públicos³¹.

O Tribunal de Contas da União (TCU) também já se posicionou favorável à realização da transação pelo poder público, mormente quando demonstrada a viabilidade técnica e financeira da conciliação e a inexistência de vedação legal para o acordo. No entanto, pondera que a análise deve ser restrita a cada caso concreto³².

Nesse contexto, sob a ótica da transação como mecanismo de preservação do direito fundamental de um cidadão injustamente lesado pelo Estado, para evitar o resultado de uma incompatibilidade da ação do legislador com os direitos fundamentais, é que Robert Alexy³³ defende a competência restritiva do legislador, condicionada ao princípio da proporcionalidade e ao mandato de ponderação, em que deverá haver um sopesamento entre os princípios consagrados pela ordem jurídica.

Na realidade, a pluralidade de direitos fundamentais, cuja proteção é garantida pela ordem jurídica constitucional, implica na impossibilidade de adoção de soluções predeterminadas e abstratas para eventuais conflitos em que estejam em discussão interesses públicos e privados, devendo a solução estar sempre baseada numa ponderação de interesses e adstrita, portanto, a cada caso concreto³⁴.

O que se pode extrair do texto constitucional, partindo do pressuposto da unicidade entre direitos, interesses e valores, é a ideia de que os direitos fundamentais privados devem integrar a própria noção de interesse público, sem contradição, negação ou exclusão, mas sim com harmonização³⁵.

Por tais motivos e ante a inexistência de regra constitucional hierárquica entre o interesse público e o privado, é que não se pode resolver um conflito com a aplicação pura e simples do princípio da supremacia ou indisponibilidade do interesse público³⁶.

Esclareça-se que não se está pretendendo defender o direito privado de forma individualista, ao ponto de sustentar uma tese defensiva da supremacia do indivíduo em face da coletividade. Na realidade, como ensina Marçal Justen Filho³⁷, o interesse da maioria é digno de maior proteção; o que não

31 STF - RE: 253.885/MG, Relator: Min. Ellen Gracie. Data de Julgamento: 04/06/2002, Primeira Turma.

32 TCU – SCN (Solicitação do Congresso Nacional). Processo nº. 016.180/2015-1. Acórdão nº. 274/2016 Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Data de Julgamento: 17/06/2016, Plenário.

33 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2017, p. 298-301

34 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2016, p. 59

35 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

36 Id. *Ibidem*

37 Op. cit. p.59

se admite é a diluição dos direitos fundamentais (mesmo de minorias) em detrimento da existência de incerto e indefinido interesse público.

A supremacia do interesse público, portanto, deve ser relativizada quando essa prevalência oferecer risco a um direito fundamental. Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade vem ao auxílio das disposições constitucionais, visto que tenta harmonizar os interesses em confronto, sem prejuízo de um ou de outro.

O interesse público não pode ser usado como um escudo para a Administração não assegurar os direitos fundamentais garantidos pela ordem jurídica. A invocação vazia do interesse público não comporta espaço no atual cenário jurídico brasileiro, que cada vez mais constitucionalizado busca resguardar os direitos fundamentais individuais.

5. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O processo civil brasileiro foi construído por meio de um modelo proposto pela Constituição Federal de 1988; por tal motivo é que se forma com base em princípios constitucionais processuais implementados por meio das normas (princípios e regras) estabelecidas pelo Código de Processo Civil³⁸.

O constitucionalismo processual ganhou ainda mais força no ano de 2015 com a publicação do novo Código de Processo Civil, muito embora já existisse um movimento mais antigo de constitucionalização dos direitos, a exemplo do que se observou no Direito Administrativo, conforme explicado no primeiro capítulo deste artigo.

Fredie Didier³⁹ destaca que esse fenômeno de constitucionalização do direito processual pode ser enxergado sob duas dimensões; a primeira, com a previsão de normas processuais dentro do próprio texto da Constituição e a segunda com a concretização das disposições constitucionais nas normas processuais infraconstitucionais.

Tem-se, portanto, um modelo processual constitucional alimentado por influências recíprocas em que a Constituição e a ordem jurídica processual exercem uma sobre a outra. Não foi por outra razão que o novo CPC dispôs em seu art. 1º que: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

38 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2017, p.18

39 DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. I. 2017, p. 53-54.

O CPC de 2015 reservou o seu primeiro capítulo justamente para tratar dessas normas fundamentais do processo civil. Contudo, o rol de normas fundamentais encontrado no invocado capítulo não é exaustivo; nesse sentido foi editado o enunciado 369 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis - FPPC⁴⁰.

Essa não exaustividade das normas fundamentais trazidas pelo CPC tem como fundamento o §1º do art. 5º da CRFB de 1988, que atribui aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Além disso, o processo civil contemporâneo deve objetivar *prima facie* a garantia da efetiva tutela dos direitos fundamentais, independentemente de previsão em seu texto. Por tal motivo é que o processo deve estar adequado e estruturado de acordo com a tutela efetiva dos direitos fundamentais.

Sob essa ótica, Fredie Didier⁴¹ pondera que os direitos fundamentais devem ser compreendidos da maneira que lhes seja dada a máxima eficácia. Portanto, o normativo que colocar qualquer obstáculo desarrazoado e desproporcional à efetivação de um direito fundamental deve ser afastado.

Nesse contexto, eventuais restrições à realização de um direito fundamental só poderão ser impostas quando a finalidade seja a de garantir – mediante um juízo de ponderação – outros direitos fundamentais que estejam envolvidos, pois a relativização de qualquer direito fundamental só é admitida quando compatível com os ditames constitucionais e respeitado o princípio da proporcionalidade, por meio da técnica da ponderação. Além disso, tal limitação deve ser estritamente proporcional ao peso e ao significado do direito fundamental que está sendo restringido.

Dessa forma, nesse modelo processual constitucionalizado, são protagonistas os princípios, garantias e disposições de diversas naturezas que a Constituição projeta sobre o processo.

Dentre muitos outros princípios constitucionais citados no seu primeiro capítulo, o CPC de 2015 reproduziu em seu art. 3º o princípio da inafastabilidade da jurisdição – previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal – que por meio de seus parágrafos, reconheceu expressamente a compatibilidade dos métodos consensuais de resolução de conflitos com tal princípio⁴².

A autocomposição ganhou um papel de destaque no novo CPC. Tanto é que no processo civil moderno, o Réu não é mais citado para oferecer contestação e sim para comparecer à audiência de conciliação ou mediação,

40 Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/fppc-carta-de-sa%cc%83o-paulo.pdf>> Acesso em 29 de outubro de 2017.

41 Op. cit., 2017, p. 64-65

42 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2017, p.18

com ressalva da exceção prevista no §4º, inciso II do art. 334, hipótese em que a audiência não ocorrerá caso o direito não admita a autocomposição.

Ressalte-se que a exceção à transação acima destacada não possui necessariamente relação com situações em que pura e simplesmente estejam envolvidos interesses públicos, ditos indisponíveis. Conforme será detalhado adiante, a inadmissibilidade da autocomposição deverá ser verificada em cada caso concreto.

De acordo com o art. 3º, §3º do CPC, os métodos consensuais de resolução de conflitos deverão ser estimulados por todos os profissionais do Direito, além do próprio Estado, a quem a Constituição outorgou o poder de solucionar os litígios em caráter definitivo, não podendo, pois, delegar ou se recusar a exercer essa função⁴³.

A solução consensual do conflito, seja ela judicial ou extrajudicial, foi considerada pelo CPC como o caminho mais adequado à preservação dos vínculos intersubjetivos existentes entre os sujeitos em conflito e também com relação aos terceiros afetados⁴⁴. Além disso, apresenta-se como mecanismo mais econômico de resolução de controvérsias.

Fredie Didier⁴⁵ enfatiza que a solução consensual dos conflitos deve ser estimulada até mesmo dentro do Poder Executivo, destacando as regras que regulamentam a autocomposição administrativa e a instalação de câmaras administrativas de conciliação. O referido autor defende inclusive a ideia de um novo princípio no ordenamento jurídico brasileiro que é o do estímulo da solução por autocomposição.

Fixadas essas bases conceituais, torna-se imprescindível estabelecer a distinção – em linhas gerais – dos métodos mais comuns de resolução de conflitos.

Primeiramente, é importante conceituar a transação, que é basicamente o resultado de um acordo decorrente de uma conciliação ou mediação. A transação é instituto de Direito Civil e encontra-se regulamentada no art. 840 do atual Código Civil (CC), que define sua finalidade como a de encerrar ou prevenir um litígio mediante concessões recíprocas entre os contratantes, consubstanciando-se em causa extintiva de obrigações.

Em linhas gerais, pode-se conceituar a transação como um contrato pelo qual as partes fazem acordos ou reconhecem direitos com o objetivo de extinguir ou prevenir eventuais litígios. No âmbito do Direito Público, a transação não se constitui como um método de concessão de direitos – o que num primeiro

43 DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 2017, p. 50-51

44 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2017, p.18

45 DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. I. 2017, p. 305

momento seria juridicamente inviável em face da indisponibilidade relativa do interesse público – mas sim como um meio célere e eficiente de solução de um conflito judicial ou administrativo⁴⁶.

Na realidade, a transação no Direito Público se revela como uma atitude positiva do Estado em satisfazer um interesse inequívoco de um cidadão, sem que ofereça embaraços processuais destinados à procrastinação da pretensão lastreada na invocação vazia da indisponibilidade e supremacia do interesse público.

Embora a teoria do instituto da transação tenha sido construída sob os moldes do direito privado, esse instituto jurídico, aplicado ao Direito Público, tem como núcleo a persecução do melhor interesse público como resultado.

Tradicionalmente, para a teoria civilista, só é possível transacionar aquilo que é disponível. No entanto, a indisponibilidade não implica necessariamente na impossibilidade de transacionar, pois ainda que a questão verse sobre interesse público, em algum aspecto, a depender do caso concreto, ela poderá ser negociada desde que não implique em renúncia aos princípios gerais da administração pública e nem aos direitos e garantias fundamentais⁴⁷.

Quanto à mediação e à conciliação, pode-se dizer que esses são meios procedimentais ou técnicas judiciais e extrajudiciais utilizados para se obter uma transação. A definição desses mecanismos está transcrita de maneira bem completa nos artigos 165 e 166 do CPC, onde estão conceituadas e estabelecidas as características básicas de cada instituto.

Tanto a mediação quanto a conciliação são mecanismos de autocomposição. Contudo, no primeiro tem-se a figura de um mediador que assume o papel de conduzir a audiência de maneira imparcial, sem tentar induzir a formalização do acordo, pois nesse caso a transação deve ser uma decisão exclusiva das partes envolvidas no litígio, cabendo ao mediador apenas a função de facilitar a comunicação entre as mesmas. Já na conciliação, tem-se a figura de um conciliador que terá a função, além de conduzir o procedimento, de buscar a transação, propondo medidas, convencendo as partes, etc.

O objetivo principal da conciliação é o de resolver o conflito, já a mediação tem o escopo de restaurar a comunicação entre as partes para que voltem a ter a capacidade de resolver por elas mesmas os próprios conflitos.

6. A ATUAL FASE METODOLÓGICA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

No capítulo anterior, foi exposto que o processo civil contemporâneo vem sofrendo fortes influências do texto constitucional. Vivencia-se, portanto,

46 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

47 Id. *Ibidem*.

um momento em que se tem reconhecida a força normativa da Constituição, que passou a ser o principal veículo do sistema jurídico. Essa transformação do pensamento jurídico hodierno implicou numa mudança de paradigma, pois o modelo de Estado fundado na lei passou para um modelo pautado na Constituição⁴⁸.

No Código de Processo Civil de 2015, é possível notar uma nítida predominância de características da metodologia pós-positivista, pois em seu texto há pouquíssimas referências à expressão “lei”. Até o Ministério Público não é mais o fiscal da lei, mas sim da ordem jurídica.

Essa mudança de paradigma decorreu principalmente 1) do desenvolvimento da teoria dos princípios, que receberam eficácia normativa; 2) do reconhecimento da função jurisdicional como elemento essencial ao desenvolvimento do Direito e 3) da expansão e consagração dos direitos fundamentais, que impôs ao direito positivo um conteúdo ético mínimo⁴⁹.

Portanto, atualmente busca-se trabalhar com o ordenamento jurídico de maneira sistemática, ou seja, não é apenas a lei que importa, mas sim todo o plexo que forma a ordem jurídica. Por isso que o CPC de 2015 é pós-positivista, já que ele trabalha muito mais com o ordenamento jurídico do que com a lei.

Fredie Didier⁵⁰ prefere utilizar a terminologia neopositivista, vez que entende ser esse um processo de reconstrução do positivismo jurídico. Afirmar em suas lições que a terminologia “pós-positivismo” remete a uma era arcaica compreendida entre a segunda metade do século XIX e a primeira metade do século XX.

Na prática, é possível afirmar que atualmente o sistema jurídico está vivenciando um novo momento do processo civil, no qual estão preservados conceitos e ganhos obtidos nas fases processualista e instrumentalista do processo. Parte da doutrina acredita tratar-se de uma nova fase processual e a denomina de neoprocessualismo⁵¹.

É importante destacar que o fenômeno da constitucionalização dos direitos e garantias processuais resultou, além de um ordenamento processual descodificado – baseado em um conjunto normativo sistemático –, em um distanciamento da conotação eminentemente privada, em que o processo deixa de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para realizar a justiça.

48 DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. VI. I. 2017, p. 48

49 Id. Ibidem. p. 48-49

50 Op. cit. 2017, p. 52

51 DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 2017, p. 66

Portanto, resta clarividente que o objetivo dessa nova legislação processual civil é o de harmonizar os procedimentos às normas elencadas no texto constitucional, incorporando os princípios e as regras constitucionais à codificação processual.

7. A RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO DIREITO PÚBLICO

Ao administrador público está incumbida a missão de preservar e satisfazer o interesse público da maneira mais eficiente possível, isso sob a ótica da economicidade aliada à preservação dos direitos fundamentais individuais.

Portanto, perseguir o melhor interesse público é, sem sombra de dúvidas, verificar a melhor alternativa para atuação da administração pública quando da resolução dos conflitos com os administrados. No entanto, é possível admitir uma postura consensual da administração na resolução de tais conflitos? É aceitável que a administração se valha de instrumentos típicos de direito privado para solucionar consensualmente conflitos nas hipóteses em que o direito do cidadão é inequívoco?

É certo que, no âmbito do Direito Público, a transação não ocorre da mesma forma que no Direito Privado, tendo em vista as limitações, ainda que de forma relativa, decorrentes do interesse público indisponível e supremo.

Justamente por essa confusão é que por muito tempo prevaleceu o falso pensamento de que a Administração não poderia transacionar, pois representaria uma liberdade em relação a um interesse de que ela não poderia dispor⁵².

A regra sempre foi de que apenas os direitos disponíveis são transacionáveis, ainda que em uma parcela deles. No entanto, o novo CPC sequer utiliza em seu texto a expressão “indisponível” quando quer se referir a algo que não pode ser transacionado, até porque não se está diante de uma decorrência lógica necessária.

Na realidade, o CPC em seu art. 334, § 4º, inciso II preferiu se referir a direitos que não admitem autocomposição. Ou seja, a transação está condicionada à análise de cada caso concreto, inexistindo, pois, regra abstrata e absoluta.

O instrumento da transação é, portanto, um mecanismo colocado à disposição da Administração Pública para resolução de suas controvérsias administrativas, sempre com base numa ponderação dos interesses conflitantes⁵³.

52 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

53 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

Porém, é importante enfatizar que a transação pela Administração deve sempre ser precedida da demonstração fundamentada de que a solução consensual é a medida economicamente mais viável e/ou se destina à preservação de um direito fundamental inequívoco de um cidadão violado, cuja responsabilidade de preservar é do Estado.

A redução de litigiosidade e a garantia dos direitos fundamentais são objetivos perseguidos pela Constituição Federal de 1988, que em seu preâmbulo já expõe a sua intenção política. O CPC de 2015, já constitucionalizado, também consagrou o escopo da redução de litigiosidade. Em diversos de seus dispositivos buscou-se estimular a autocomposição, sendo o mais famoso deles a obrigatoriedade da citação para comparecimento à audiência de conciliação ou de mediação prévia ao oferecimento da contestação (art. 331).

O consensualismo, sempre quando é a medida mais eficiente, vem conquistando cada vez mais importância no âmbito do direito público. Essa busca à consensualidade, sem sombra de dúvidas, resulta numa Administração Pública flexível e, sobretudo, capaz de solucionar casos atípicos. Responde, em particular, ao que se espera de uma Administração moderna, aliada aos ditames do Estado Democrático de Direito que enxerga o cidadão como um titular de direitos⁵⁴.

Além disso, a escolha da via judicial para pleitear direitos em face da Administração Pública não inviabiliza, por si, a solução amigável do conflito. A Administração não é obrigada, pela simples existência do litígio, a deixar de reconhecer direitos que sejam realmente devidos⁵⁵.

Ademais, inexistente regra jurídica expressa que proíba a Administração Pública transacionar. Pelo contrário, o CPC de 2015 (art. 174) e a Lei Federal nº. 13.140/15 (art. 32) criaram e regulamentaram as câmaras administrativas para solução consensual de conflitos no âmbito da Administração Pública. Houve, portanto, um nítido fortalecimento da transação perante o poder público, após a publicação do novo CPC.

Ressalte-se que as Câmaras Administrativas não excluem outras formas de resoluções consensuais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes⁵⁶. Tanto é que o parágrafo único do art. 33 da invocada Lei n. 13.140/15 diz que “a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos”.

54 MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. *A Lógica do Consenso na Administração Pública Contemporânea em face do Paradigma do Resultado*. 2005.

55 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014.

56 LUSTOZA, Helton Kramer. *Advocacia Pública em Ação*. 2017, p.444

8. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TRANSACIONAR

Conforme já abordado, a compreensão inicialmente defendida por parcela da doutrina no sentido da impossibilidade de transação quando o litígio envolver direitos indisponíveis está sendo superada, tendo o CPC de 2015 contribuído significativamente para essa mudança. Sob a luz de vários princípios constitucionalmente consagrados, percebeu-se que o acordo administrativo, em diversas situações, é um instrumento legítimo e eficaz para preservação de direitos.

É certo que a transação no âmbito do direito público não comporta renúncia a direitos, mas tão somente confere a solução da controvérsia de forma mais rápida para o cidadão⁵⁷. Se a ordem jurídica dispõe que alguém tem um direito em face da Administração, não pode ela fazer outra coisa senão o satisfazer, sob pena de violá-la, pois que, por princípio constitucional, tem a obrigação de observar.

Ao passo em que é vedada ao Estado a renúncia de direito, ao mesmo tempo lhe é garantida a possibilidade de, no curso de um processo judicial, reconhecer que está errado e assim promover a autocomposição da lide, dispensando-se, nesse caso, a decisão judicial de mérito⁵⁸.

Após esse alinhamento de entendimentos, tendo ficado esclarecido que não há qualquer oposição entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e o instituto da transação, passa-se a expor breves comentários a respeito da independência de previsão legal para o Estado transacionar.

Como já dito, após o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, o princípio da legalidade cedeu espaço à juridicidade administrativa, que consiste na ideia de um Direito Administrativo flexibilizado e tendencioso às garantias constitucionais fundamentais. Tal fato implica necessariamente no conceito moderno de que a atividade administrativa é exigível independentemente de previsão legal. Ora, a forma de atuação da Administração Pública, seja ela imperativa ou consensual, não se encontra predeterminada no ordenamento⁵⁹.

Assim, ao tempo em que a transação é um dever da Administração Pública de reconhecer e satisfazer consensualmente o direito do cidadão que foi por ela injustamente violado, a sua formalização dependerá de prévia justificativa fundamentada na eficácia administrativa ou na preservação de direito fundamental.

57 TALAMINI, Eduardo. *A (In) Disponibilidade do Interesse Público: Consequências Processuais (Composições em Juízo, Prerrogativas Processuais, Arbitragem e Ação Monitória)*. 2004, p. 16.

58 Id. *Ibidem*. p. 08

59 FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e Princípios Fundamentais*. 2013, p. 29

Tal dever estatal decorre justamente do princípio da juridicidade, uma vez que se há uma lei, norma constitucional ou fonte do direito outra que assegure inequivocamente o direito desse cidadão, a consequente reparação é uma decorrência lógica. Portanto, leis que expressamente autorizam a Administração Pública transacionar em determinados casos, apenas estão dizendo que para tais casos deve ser respeitado o princípio da legalidade⁶⁰.

Acresce que o agente administrativo tem cada vez mais a responsabilidade funcional de perseguir os fins do Estado de promoção de políticas públicas, não podendo estar limitado à mera legalidade formal em descon sideração às orientações da Constituição Federal, ficando evidente que as possibilidades de acordos não se limitam aos casos de edição de leis ou mesmo de súmulas administrativas⁶¹.

Além disso, não é possível conceber a ideia de que o Estado somente possa realizar atos ou medidas que a lei ordene, pois, se assim o fosse, o significado geral do princípio da legalidade paralisaria a Administração porque seria necessário um comando geral específico para cada ato ou medida editada, tornando-a inviável⁶².

“Nesse enfoque, a legalidade a que a Administração está vinculada é aquela que deflui do sistema jurídico do Estado de Democrático de Direito, feita a partir de uma interpretação conforme a Constituição”⁶³.

Revelar-se-ia um demasiado contrassenso admitir que a Administração Pública somente poderia transacionar em hipóteses específicas trazidas pelo legislador ordinário, quando neste estudo defende-se a análise concretista dos direitos envolvidos em determinado conflito de maneira a restarem afastadas as soluções de caráter abstrato e genérico.

Portanto, o princípio da legalidade não constitui óbice à atuação consensual administrativa, uma vez que o anseio da sociedade moderna é de uma Administração Pública eficiente e democrática, garantidora dos direitos fundamentais dos indivíduos que a compõem.

Dessa forma, a autoridade administrativa é competente para decidir se deve realizar a transação ou não, independentemente de autorização legislativa, bastando apenas estar evidenciado que a solução consensual é o meio mais eficaz para o atendimento otimizado do interesse público⁶⁴.

60 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014

61 GAZDA, Emmerson. *Administração Pública em juízo: Poder-Dever de Transigir*. 2006

62 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 2013, p. 139-140

63 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014

64 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014

9. O PODER-DEVER DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TRANSIGIR E A FUNÇÃO DO ADVOGADO QUE ATUA COM O DIREITO PÚBLICO

Como dito anteriormente, a própria Constituição Federal de 1988 trouxe em seu preâmbulo o compromisso com a implantação de um Estado Democrático e com a redução de litígios por meio da resolução consensual das controvérsias, sendo certo que essa redução envolve os litígios entre os integrantes do Estado e desses contra o Estado, na medida em que dizem respeito diretamente à vida das pessoas.

As atuais diretrizes do Direito Administrativo brasileiro são exatamente no sentido de ampliar as possibilidades de transação por parte da Administração, impondo ao agente público a obrigação de motivar os casos em que seja recusado ao administrado-cidadão a possibilidade de uma solução pacífica para a controvérsia⁶⁵.

A doutrina processualista também elenca a pacificação social como sendo um dos escopos da jurisdição. A transação, nesse aspecto, dentre todas as formas de se resolver um conflito é a que mais se aproxima desse objetivo, uma vez que, por meio dos citados mecanismos, as próprias partes estabelecem livremente os termos e as condições para a solução da demanda.

O CPC de 2015 em seu artigo 139, inciso V previu como obrigação do magistrado a promoção da autocomposição em qualquer fase do processo. Além disso, determinou como obrigatória a citação para comparecimento das partes à audiência de conciliação prévia ao oferecimento da contestação.

Dessa forma, é possível afirmar que o poder-dever da administração pública transacionar decorre, em primeiro lugar, da preservação do melhor interesse público e, em segundo, do princípio constitucional da legalidade, o qual impõe a sua submissão aos parâmetros da lei que, por sua vez, indica o dever de transacionar quando identificada a inexistência de razão num conflito específico⁶⁶.

No Brasil, tal princípio tem assento constitucional, também no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que determina à Administração o respeito ao princípio da moralidade administrativa, razão pela qual qualquer postura desleal da Administração Pública consistirá numa reprovação qualificada⁶⁷. Portanto, se a Administração constata que a posição jurídica do particular é

65 GAZDA, Emmerson. *Administração Pública em juízo: Poder-Dever de Transigir*. 2006

66 TALAMINI, Eduardo. *A (In) Disponibilidade do Interesse Público: Consequências Processuais (Composições em Juízo, Prerrogativas Processuais, Arbitragem e Ação Monitoria)*. 2004 p. 3-4

67 SCHREIBER, Rafael. *Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público*. 2014

correta, não lhe é permitido valer-se de artifícios ou subterfúgios para subtrair-se ao cumprimento do dever dali extraível.

Nesse contexto de busca pela consensualidade e ponderação de interesses, a figura do advogado que atua com o Direito Público ganha notória relevância, incentivada inclusive pelo CPC de 2015.

Contudo, especificamente no tocante à utilização de métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito do Direito Público, dentre os quais se insere a transação, é praticamente inevitável fugir do debate de temas controvertidos que ainda despontam discussões acaloradas.

Ainda que o cenário jurídico administrativo/processual tenha sofrido importantes e recentes mudanças, a jurisprudência é cautelosa em aceitar acordos no âmbito da Administração Pública, tendo o STF inclusive imputado responsabilidade a um procurador público – apurado em processo administrativo disciplinar – por ter ele realizado acordos extrajudiciais em reclamações trabalhistas, manifestando-se nos seguintes termos⁶⁸:

“No ponto, verificou-se que a autoridade coatora informara que a condenação em comento não teria se fundado apenas na emissão do citado parecer, mas em diversas condutas comissivas e omissivas do então impetrante que teria contribuído para o pagamento de acordos extrajudiciais danos à União e sem respaldo legal. Assim, afirmou-se haver divergência entre a arguição do recorrente e da autoridade coatora, a demandar análise fático-probatória, inviável no caso”. (STF – MS 27867 AgR/DF, rel. Min.Dias Toffoli, 18.9.12).

Trata-se de infeliz precedente da Corte Constitucional brasileira que acaba condicionando, mediante um conceito jurídico ultrapassado, a transação administrativa à existência de previsão legal da possibilidade em específico.

Ainda que no caso concreto do referido acórdão inexistisse fundamento jurídico hábil a garantir respaldo à realização dos respectivos acordos extrajudiciais, considerando que se deve estar evidenciada a perseguição do melhor interesse público, a possibilidade de transacionar decorre da própria ordem jurídica contemporânea, independentemente de previsão legal expressa e específica. Ou seja, a análise deveria ter se restringido à existência de motivos capazes de justificar a solução administrativa consensual.

Quanto à atuação judicial, é importante destacar a responsabilidade profissional do advogado público, pois no seu *modus operandi* deve prevalecer

68 LUSTOZA, Helton Kramer. *Advocacia Pública em Ação*. 2017, p.445

a ponderação de interesses, quando da análise dos casos concretos. Constatado o erro da Administração Pública, deve o advogado público buscar a resolução consensual do conflito ao invés de interpor medidas procrastinatórias do andamento do feito.

10. CONCLUSÃO

O Estado, na figura de um Monarca, assim como a administração pública, na qualidade de aparelho estatal, ao longo da história, se mantiveram autônomos e distantes dos cidadãos. Tinha-se, portanto, uma relação verticalizada, em que prevalecia a vontade do rei.

Nessa época, a dogmática da disciplina destinada a submeter as atividades da Administração Pública à lei foi construída sobre a ideia central de que o interesse público é próprio da pessoa estatal, externo e contraposto ao dos cidadãos. Contudo, fatores como a queda da monarquia e o estopim da Revolução Francesa contribuíram para uma radical mudança na forma de esses três indivíduos se relacionarem, fato que se efetivou por meio de um processo de horizontalização dos direitos.

A partir desse ponto, desenvolveu-se um Direito Administrativo influenciado pelos novos anseios da sociedade moderna, a qual começou a exigir que o Estado atuasse positivamente em prol da garantia dos direitos individuais fundamentais.

Nesse cenário, a Constituição traça os preceitos basilares de desempenho da Administração Pública ao mesmo tempo em que determina sua democratização, para que o administrador público, à luz dos comandos constitucionais, persiga o melhor interesse público, mediante uma solução concertada com o administrado, tanto com o objetivo de prevenir, quanto para por fim às controvérsias.

Influenciado pelo texto constitucional, no ano de 2015, adveio o novo Código de Processo Civil, que por meio de uma proposta neopositivista, buscando em seu próprio texto assegurar os direitos fundamentais, trouxe em destaque a autocomposição estimulada através de vários mecanismos, dentre eles as câmaras administrativas destinadas à resolução consensual dos conflitos entre a Administração Pública e os particulares.

Portanto, a solução consensual das controvérsias no âmbito da Administração Pública não é só juridicamente possível, como também foi um desejo concretizado pelo novo ordenamento constitucional/processual. Contudo, essa nova ordem processual, estimulada pela busca à consensualidade, com repercussões inclusive no Direito Público, causou diversas discussões no

âmbito doutrinário, uma vez que a figura do interesse público absolutamente supremo e indisponível ainda não foi desconstruída no ordenamento jurídico brasileiro.

Admitir a possibilidade de a Administração Pública transacionar, inclusive sobre direitos indisponíveis, não é pacífico na doutrina e na jurisprudência, além de violar os ideais de um posicionamento tradicional. Porém, os ideais de supremacia e indisponibilidade do interesse público devem ser flexibilizados quando, diante de um caso específico, se deseje assegurar um direito fundamental de um cidadão violado pelo Estado ou até quando a transação se revelar na medida mais eficiente para a consecução do próprio interesse público.

A impossibilidade de transacionar não é uma decorrência lógica da indisponibilidade de um interesse. Tanto é que o novo CPC não tratou o direito indisponível como necessariamente aquele em que a autocomposição é inviável. Pelo contrário, a análise da inviabilidade da autocomposição deve sempre estar restrita a cada caso concreto.

Assim, chegam-se às linhas finais deste estudo com o entendimento de que é a ponderação de princípios, bens e valores constitucionais que deverá nortear a resolução de eventuais conflitos entre Administração e cidadãos. Deve-se buscar a solução que estabeleça o equilíbrio e proteja dos interesses legítimos envolvidos em cada caso concreto, com o auxílio da advocacia pública e livre de critérios abstratos e genéricos pautados na indisponibilidade e supremacia absolutistas do interesse público.

É a satisfação das necessidades coletivas que determinará a adoção da melhor solução possível como resposta ao dever de boa administração do Estado, com eficiência e economicidade.

Destaque-se ainda, a título de conclusão, que a Administração não depende de autorização legislativa prévia para atuar de forma consensual. Até porque é seu dever transigir, quando viável sob a égide da eficiência administrativa. A mera observância da lei pelo simples método da subsunção não mais atende aos reclamos de uma sociedade plural e heterogênea como a nossa, razão pela qual a técnica da ponderação de valores no caso concreto, diante da releitura dos princípios constitucionais administrativos, é a solução mais adequada ao melhor interesse público.

Em linhas gerais, cabe à Administração Pública analisar os aspectos jurídicos e valorar cada caso, a fim de verificar a melhor solução a ser dada. Obviamente que a formalização da transação, quando se tem interesse público em discussão, depende da demonstração da viabilidade técnica, econômica e jurídica para ser efetivada.

Nessa situação, quando a Administração optar por transacionar, em que as partes põem fim a um litígio, ela não está transigindo com o interesse público, e sim atuando em conformidade com o princípio da proporcionalidade que reclama uma atuação administrativa adequada, ajustada nos meios aos fins de interesse público.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ARAGÃO, Alexandro Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 6 mar. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. V. I. 19ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e Princípios Fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GAZDA, Emmerson. **Administração Pública em Juízo: Poder-Dever de Transigir**. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, v. 23, nº. 83, p.131-158, jan/mar 2006. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao010/>>

emmer__gazda.htm> Acesso em: 05 nov. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Advocacia Pública em Ação: Atuação na Prática Judicial e Extrajudicial**. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8ª ed. Niterói: Impetus, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. **A Lógica do Consenso na Administração Pública Contemporânea em face do Paradigma do Resultado**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585>. Acesso em: 24 out. 2017

OLIVEIRA FILHO, Renato Henrique Barbosa de; CORNÉLIO, Fernanda Marques. **Defensoria Pública, Legitimidade para Ação Civil Pública e Direitos Difusos**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3670, 19 jul. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24970>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

SCHREIBER, Rafael. **Acordos Judiciais e Extrajudiciais Feitos por Advogado Público, Sem Lei Prévia**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4122, 14 out. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29917>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

TALAMINI, Eduardo. **A (In) Disponibilidade do Interesse Público: Consequências Processuais (Composições em Juízo, Prerrogativas Processuais, Arbitragem e Ação Monitória)**. Academia.edu, 2004. Disponível em: <https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_publico_consequencias_processuais>. Acesso em: 06 nov. 2017.

