

REVISTA
BRASILEIRA DA
ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 1 • abr.-jun. / 2016

REVISTA
BRASILEIRA DA
ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 1 • abr.–jun. / 2016

Coordenação

FLÁVIO LUIZ YARSHELL

CONSELHO

Ada Pellegrini Grinover (SP), Ana Carolina Brochado Teixeira (BH), Antonio Magalhães Gomes Filho (SP), Calixto Salomão Filho (SP), Cândido Rangel Dinamarco (SP), Carlos Ayres Britto (DF), Daniel Francisco Mitidiero (RS), Fredie Didier Jr. (BA), Gustavo Tepedino (RJ), Humberto Ávila (RS), Humberto Theodoro Júnior (MG), Ivan Nunes Ferreira (RJ), José Rogério Cruz e Tucci (SP), Luiz Guilherme Marinoni (PR), Marcelo Abelha Rodrigues (ES), Melina Girardi Fachin (PR), Paula Andrea Forgioni (SP), Paulo Cesar Pinheiro Carneiro (RJ), Roberto Rosas (DF), Rogéria Dotti (PR), Viviane Girardi (SP)

ISSN 2447-9144

REVISTA BRASILEIRA DA ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 1 • abr.-jun. / 2016

DIRETORIA

Presidente – **LEONARDO SICA**
Vice-Presidente – **FERNANDO BRANDÃO WHITAKER**
1º Secretário – **MARCELO VIEIRA VON ADAMEK**
2ª Secretária – **FÁTIMA CRISTINA BONASSA BUCKER**
1º Tesoureiro – **RENATO JOSÉ CURY**
2º Tesoureiro – **MÁRIO LUIZ OLIVEIRA DA COSTA**
Diretora Cultural – **VIVIANE GIRARDI**
Diretor Adjunto – **LUIZ PÉRISSÉ DUARTE JUNIOR**

CONSELHO DIRETOR DA AASP

André Almeida Garcia, Eduardo Foz Mange, Fátima Cristina Bonassa Bucker, Fernando Brandão Whitaker, Flávia Hellmeister Clito Fornaciari Dórea, Juliana Vieira dos Santos, Leonardo Sica, Luiz Périssé Duarte Junior, Marcelo Vieira von Adamek, Mário Luiz Oliveira da Costa, Nilton Serson, Paulo Roma, Pedro Ernesto Arruda Proto, Renato José Cury, Ricardo de Carvalho Aprigliano, Ricardo Pereira de Freitas Guimarães, Roberto Timoner, Rodrigo Cesar Nabuco de Araujo, Rogério de Menezes Corigliano, Sílvia Rodrigues Pereira Pachikoski, Viviane Girardi.

COORDENAÇÃO

FLÁVIO LUIZ YARHELL

SUPERINTENDENTE

ROGER A. FRAGATA TOJEIRO MORCELLI

Publicação oficial da
Associação dos Advogados de São Paulo – AASP

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

ISSN 2447-9144

REVISTA BRASILEIRA DA ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 1 • abr.-jun. / 2016

Coordenação
FLÁVIO LUIZ YARSHELL

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.



Diagramação eletrônica: TCS - Tata Consultancy Services - CNPJ 04.266.331/0001-29

Impressão e encadernação: Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretora Editorial
MARISA HARMS

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [06-2016]
Profissional
Fechamento desta edição: [19.06.2016]



REVISTA BRASILEIRA DA ADVOCACIA

Ano 1 • vol. 1 • abr.–jun. / 2016

Coordenação

FLÁVIO LUIZ YARHELL

Diretora Responsável

MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo

JULIANA MAYUMI ONO

Editoras: Aline Darcy Flôr de Souza e Marcella Pâmela da Costa Silva

Produção Editorial

Coordenação

DANIEL CESAR LEAL DIAS DE CARVALHO

Analistas de Operações Editoriais: Aline Almeida da Silva, André Furtado de Oliveira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Moraes, Felipe Jordão Magalhães, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriel Henrique Zeledon Salas, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha, Maurício Zednik Cassim Rafaella Araujo Akiyama e Thiago César Gonçalves de Souza

Qualidade Editorial e Revisão

Coordenação

LUCIANA VAZ CAMEIRA

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

Analistas Editoriais: Daniele de Andrade Vintecinco e Mayara Crispim Freitas

Equipe de Jurisprudência

Analistas Editoriais: Felipe Augusto da Costa Souza, Patricia Melhado Navarra e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

SUMÁRIO

Palavras do coordenador.....	11
------------------------------	----

DOCTRINA

EM DEBATE

Alguns desafios para os departamentos jurídicos das empresas com o novo Código de Processo Civil

Some challenges to the legal departments of companies with the New Code of Civil Procedure

ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO.....	17
-------------------------------------	----

DIREITO CIVIL

Notas sobre os lucros cessantes no direito brasileiro e estrangeiro
Remarks on Loss of Profits In Brazilian And Foreign Law

REGIS FICHTNER	35
----------------------	----

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015

Atypical contracts procedure in Brazilian Code of Civil Procedure 2015

FREDIE DIDIER JR.	59
------------------------	----

DIREITO ELEITORAL

Notas críticas sobre a última reforma eleitoral

Critical Notes on the most recent electoral reform

RICARDO PENTEADO	87
------------------------	----

DIREITO ADMINISTRATIVO

Administração Pública e arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os árbitros

State parties and arbitration: the link between the parties and the arbitral institutions and arbitrators

MARÇAL JUSTEN FILHO 103

As presunções jurídicas e a negação da jurisdição. A Fazenda Pública em juízo

Presumptions and jurisdiction avoidance: the public Budgeting in Court

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO 151

DIREITO PENAL

Presunção de inocência e o pacote anticorrupção: a análise do "novo" crime de enriquecimento ilícito e as garantias constitucionais

Presumption of innocence and the anti-corruption measures: analysis of the new criminal offense of "enriquecimento ilícito" and the constitutional guarantees

GAMIL FÖPPEL EL HIRECHE e PEDRO RAVEL FREITAS SANTOS 171

DIREITO TRIBUTÁRIO

Parecer: A inconstitucionalidade da Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Petróleo e Gás (TFPG)

Opinion: The unconstitutionality of the tax for control, environmental monitoring, and supervision of research, mining, exploration, and production of oil and gas activities (TFPG)

HUMBERTO ÁVILA 193

EM DESTAQUE

Entrevista com René Ariel Dotti

FLÁVIO LUIZ YARHELL 223

"Presunção de inocência" VI Encontro AASP

Aula magna do Min. Antonio Cezar Peluso

ANTONIO CEZAR PELUSO 231

ÉTICA E PRERROGATIVAS

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015.. 249

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORA INÉDITA... 285

PALAVRAS DO COORDENADOR

Ao apresentar ao público o número inaugural da *Revista Brasileira da Advocacia*, o ilustre presidente da Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, Dr. Leonardo Sica, bem destacou o contexto e o espírito desta publicação: ela nasceu da convergência de diferentes aspirações, veio para suprir uma lacuna do mercado editorial e, principalmente, ela está por ser construída. Sua construção está a cargo de todos nós e virá na medida em que seu conteúdo seja lido, debatido e aprimorado. Isso quer dizer que a Coordenação e o Conselho Editorial da *Revista* estão permanentemente abertos – e nem poderia ser de outra forma – a eventuais críticas e indispensáveis sugestões.

Neste número, conforme fora anunciado no precedente, abre-se ao leitor uma seção destinada ao campo da ética e das prerrogativas, que é inaugurado mediante quadro comparativo entre o vigente e o precedente Código de Ética da Advocacia. Em números vindouros, conforme também prometido no volume inaugural, virá seção destinada a comentários à jurisprudência. Esse segmento, que procurará ao máximo ser atual e dinâmico, afigura-se especialmente relevante em tempos nos quais se pretende dar às decisões dos tribunais um peso ainda mais relevante no sistema, para que a jurisprudência seja estável, íntegra e coerente – para usar aqui a dicção do art. 926 do CPC/2015.

Também aqui se deu continuidade à proposta de trazer ao público a palavra dos mais experientes e notáveis advogados. Seus depoimentos, expostos sob a forma de entrevistas, reputam-se essenciais, especialmente (mas não de forma exclusiva) para os colegas que iniciam suas carreiras e que têm naqueles verdadeiros mestres, modelos de conduta profissional.

Finalmente, embora as palavras de agradecimento da presidência, feitas ao ensejo do primeiro número, fossem desde logo subscritas pela coordenação, fica aqui reiterado o registro de louvor e de gratidão pelo valoroso trabalho desempenhado pelos autores dos trabalhos publicados, pelos membros do Conselho Editorial e pelo time de colaboradores da AASP e da Editora.

Flávio Luiz Yarshell

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Advogado.

fly@ycadvogados.com.br

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles in shades of light gray. A dense pattern of fine, light gray lines radiates from the bottom right towards the top left, creating a textured, mesh-like effect. The overall composition is clean and modern.

Doutrina

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles in shades of light gray. A dense pattern of fine, light gray lines radiates from the bottom right towards the top left, creating a sense of depth and movement. The overall aesthetic is clean and modern.

Em debate



ALGUNS DESAFIOS PARA OS DEPARTAMENTOS JURÍDICOS DAS EMPRESAS COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

SOME CHALLENGES TO THE LEGAL DEPARTMENTS OF COMPANIES WITH THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO

Pós-Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2015). Pós-Doutorado em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (2015/2017). É Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP (títulos obtidos em 2014 e em 2009). MBA em Gestão Empresarial pela FGV (2012). Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela FGV (2006). Especializações em Direito Processual Civil (2004) e em Direito dos Contratos (2005) pelo IICS/CEU. Pós-Graduação Executiva no Programa de Negociação da Harvard Law School (2013). Pós-Graduação Executiva no Programa de Mediação da Harvard Law School (2015). Pós-Graduação em Direito de Energia (2013) e em Direito da Regulação em Infraestrutura (2014) pelo IBDE. Pós-Graduação em Direito Público pelo Ibeji (2015). Bacharel em Direito pela USP (2001). É Professor Doutor de Direito Processual Civil no Curso de Mestrado na Universidade de Marília – Unimar (desde 2014). É Professor colaborador na matéria de Direito Processual Civil em cursos de Pós-Graduação e Atualização (desde 2012, destacando-se a Escola Paulista de Direito – EPD, Mackenzie, Insper, ESA – OAB/SP, AASP, a PUC-SP e a USP). Advogado. Apontado como um dos vinte executivos jurídicos mais admirados do Brasil (Revista Análise, 2015). Recebeu do Conselho Federal da OAB, em janeiro de 2016, o Troféu Mérito da Advocacia Raymundo Faoro. Autor de livros e artigos no ramo do Direito Processual Civil. Membro fundador e Diretor do Ceapro – Centro de Estudos Avançados de Processo (desde 2014). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Associado efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Presidente da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/SP, Pinheiros (desde 2013). Presidente da Comissão de Energia do IASP (desde 2013). Membro da lista de árbitros e de mediadores da Sociedade Rural Brasileira (desde 2015). Membro da lista de árbitros da câmara Arbitranet (desde 2015).
elias.marques@cosan.com

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: O artigo trata dos principais desafios da gestão de contencioso em uma empresa. Também aborda os possíveis impactos na rotina dos departamentos jurídicos com o novo Código de Processo Civil, bem como analisa a possibilidade de de utilização dos negócios processuais pela empresa.

ABSTRACT: The article discusses the main challenges of litigation management in a company. It also addresses the potential impacts on routine legal departments with the New Civil Procedure Code and analyzes the possibility of using procedural agreements by the company.

PALAVRAS-CHAVE: Departamento jurídico – Gestão de contencioso – Novo Código de Processo Civil – Negócios processuais.

KEYWORDS: Legal department – Litigation management – New Civil Procedure Code – Procedural agreements.

Atendendo ao nobre convite do Prof. Flávio Luiz Yarshell, este artigo tem como foco tecer breves apontamentos sobre possíveis impactos do novo Código de Processo Civil na rotina dos departamentos jurídicos das empresas.

Inicialmente, o artigo apresentará alguns desafios da organização da área de contencioso do departamento jurídico. Após, serão desenvolvidos os principais aspectos do novo Código de Processo Civil, com considerações sobre seus possíveis impactos para o cotidiano dos departamentos jurídicos. E, em especial, o artigo trará algumas considerações sobre os negócios processuais, com impressões sobre sua utilização pelos departamentos jurídicos.

O departamento jurídico da empresa, no que toca ao universo da gestão de contencioso, deve seguir alguns *guidelines*, sempre de modo a apoiar a organização empresarial da forma mais eficiente possível.

Pode-se dizer que são vetores comuns da administração de contencioso: (i) o refino dos controles internos do departamento, (ii) a gestão detalhada da informação, (iii) a atuação preventiva, com compreensão e apoio ao negócio da empresa, (iv) o domínio das técnicas jurídicas de resolução de disputas, (v) a seleção e gestão adequada dos escritórios de advocacia terceirizados, e (vi) o controle das contingências e provisões da empresa, bem como do orçamento do departamento.

O departamento jurídico deve ter um controle exemplar das informações dos processos que se relacionam com a empresa, sendo necessário implementar e gerir sistemas de acompanhamento, os quais devem estar sempre atualizados com a inserção dos andamentos processuais e dos respectivos valores envolvidos. É recomendável que o departamento jurídico também tenha cópias das principais peças e decisões processuais e relatórios atualizados dos escritórios quanto aos processos por eles conduzidos. O departamento precisa ter profissionais especializados para gerir adequadamente os processos que envolvem a empresa.

Por gestão de informação, compreende-se “um conjunto de estratégias que visa identificar as necessidades informacionais, mapear os fluxos formais de informação nos diferentes ambientes da organização, assim como sua coleta, filtragem, análise, organização, armazenagem e disseminação, objetivando apoiar o desenvolvimento das atividades cotidianas e a tomada de decisão no ambiente corporativo. A gestão do conhecimento é um conjunto de estratégias

para criar, adquirir, compartilhar e utilizar ativos de conhecimento, bem como estabelecer fluxos que garantam a informação necessária no tempo e formato adequados, a fim de auxiliar na geração de ideias, solução de problemas e tomada de decisão”.¹

A gestão de informação implica na preocupação do departamento em apoiar no desenho e na implementação de políticas adequadas para a documentação dos negócios da empresa, garantindo-se o registro das informações mais relevantes para a companhia, bem como disciplinando as áreas da empresa quanto aos melhores critérios para a formação de documentos.

A gestão de contencioso também não se resume na simples administração de processos em curso. A atuação preventiva é necessária.

Além de compreender as particularidades do negócio da empresa e apoiar as áreas de produção, o departamento precisa desenvolver um trabalho de prevenção quanto à formação de litígios, promovendo-se treinamentos, criando-se comitês internos de estudos, atuando-se de forma conjunta com as áreas de contratos e de planejamento; tudo de modo a mapear-se o real custo e benefício de se litigar.

A atuação preventiva também implica uma análise do perfil do contencioso da organização empresarial, identificando-se as situações possíveis de composição amigável para o encerramento de litígios desnecessários.

O advogado de um departamento jurídico é e continua sendo um advogado, além de ser gestor. Faz parte do passado a falha crença de que o advogado da empresa não pode opinar na rotina de condução dos processos que envolvem a empresa. Para atuar de forma proativa, o advogado da empresa, contudo, precisa dominar adequadamente as técnicas e ferramentas processuais, o que vai lhe permitir, inclusive, selecionar e gerir de forma mais eficiente os escritórios de advocacia contratados pela organização.

Neste passo, é missão do advogado da empresa, que atua com contencioso, conhecer bem o teor da nova Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), da nova Lei de Arbitragem (Lei 13.129/2015), e do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

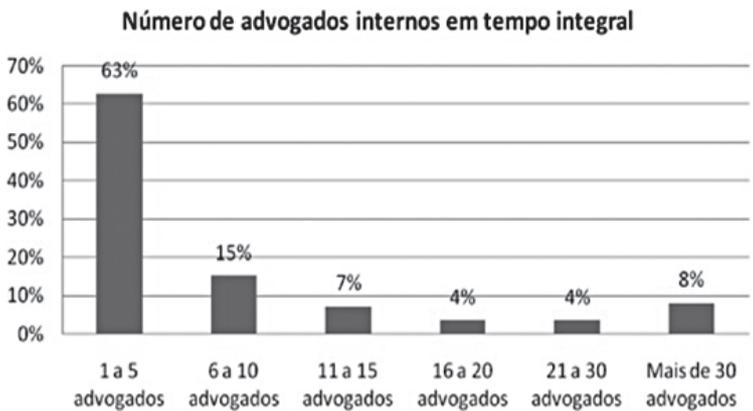
Selecionar e gerir escritórios de advocacia contratados pela empresa é uma arte que vai muito além da simples análise de relatórios periódicos do andamento de processos.

Uma boa gestão de contencioso implica na busca do escritório que realmente seja parceiro da empresa, entenda as particularidades do negócio da organização

1. Disponível em: [www.ofaj.com.br/colunas].

e compreenda e mapeie quais são as principais teses jurídicas que podem afetar a empresa. O escritório deve manter o departamento jurídico informado dos trâmites dos processos, sendo recomendável o debate com o departamento acerca da estratégia processual e do teor das peças processuais a serem apresentadas.

Nunca é demais lembrar que o tema da terceirização das atividades jurídicas da empresa tem especial importância para o contencioso, notadamente porque, em regra, os departamentos jurídicos possuem poucos profissionais *in house*, e porque as atividades ligadas às rotinas processuais são frequentemente terceirizadas, conforme pesquisa divulgada no ano de 2010 pela *Lex Martindale*:²



2. [www.marketingjuridico.com.br].

A contratação do escritório também deve ser bem refletida quanto aos honorários envolvidos, definindo-se critérios adequados para a remuneração do escritório, para reembolso de custos e despesas, bem como se alertando o escritório quanto aos procedimentos e políticas da organização.

O controle religioso do orçamento do departamento, bem como o necessário cuidado com a política de contingências que afetam a empresa, podem ser apontados como importantes missões da gestão de contencioso.

Quanto às contingências, vale lembrar que é fundamental a compreensão das normas do IFRS e do Comitê de Pronunciamentos Contábeis:³

“Uma provisão é um passivo de prazo ou valor incerto.

Reconhecimento

Uma provisão será reconhecida quando:

a) uma entidade tiver uma obrigação presente (legal ou presumida) como resultado de um evento passado;

b) for provável que um fluxo de saída de recursos que incorporam benefícios econômicos será exigido para liquidar a obrigação; e

c) puder ser feita uma estimativa confiável do valor da obrigação.

Se essas condições não forem atendidas, nenhuma provisão será reconhecida”; e “Em casos raros, não fica claro se há uma obrigação presente. Nesses casos, um evento passado é considerado como dando origem a uma obrigação presente se, considerando todas as evidências disponíveis, houver maior probabilidade de que exista uma obrigação presente no final do período de relatório”.

As normas acima disciplinam o regime de reconhecimento de quais são as contingências relevantes para fins de provisionamento, sendo que, quando for provável que um valor tenha que ser pago pela organização empresarial, o montante deverá ser reservado para fins de pagamento no futuro.

Na política de gestão de contingências não pode haver surpresas, sendo necessária a aproximação da área de contencioso com a área financeira da empresa. A previsibilidade e a segurança da informação, aqui, são expressões de ordem.

Não se pode esquecer que os próprios diretores jurídicos já elencaram o contencioso e a gestão de risco como seus principais pontos de preocupação

3. IAS37 e Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC 25.

na rotina do departamento, conforme pesquisa divulgada no ano de 2010 pela *Lex Martindale*:⁴



Neste contexto, é claro que uma relevante mudança nas ferramentas processuais, com o advento de um novo Código de Processo Civil, é capaz de gerar sérios impactos na rotina dos departamentos jurídicos.

Os grandes pontos de atenção estão na política de contingências e na elaboração do orçamento, na gestão de informação, na maior necessidade de sinergia entre as áreas internas do departamento e da empresa, na seleção e gestão dos escritórios terceirizados, e em uma reflexão maior sobre a postura cultural da empresa quanto à política de gestão de contencioso.

O novo Código de Processo Civil, em vigor desde 18.03.2016, apresenta um modelo de processo focado no resultado e na busca da efetividade na solução do conflito, com adoção de técnicas de aceleração dos julgamentos, com muita preocupação com a segurança jurídica e a previsibilidade dos julgamentos, com prestígio aos precedentes judiciais, com foco nas técnicas de cooperação entre os sujeitos do processo e com incentivo às técnicas de conciliação e mediação, com aberturas para flexibilidade quanto ao procedimento, com aumento do risco de litigar, com aumento do risco de sucumbência e com possível encarecimento do custo dos litígios.

4. Disponível em: [www.marketingjuridico.com.br].

Este cenário, na medida em que resultar em procedimentos mais céleres, com possibilidade de execuções prematuras de decisões judiciais, pode impactar na gestão de provisionamento.

Uma maior previsibilidade do contencioso também pode afetar a política de provisionamento, pois o departamento, diante de precedentes já consagrados nos tribunais, independentemente da fase do processo, já saberá se uma determinada tese jurídica é ou não vitoriosa nas cortes.

A forte preocupação do Código com posturas mais cooperativas dos sujeitos processuais também pode acarretar impacto nas políticas de gestão de informação, com um alerta para a necessidade de melhoria das políticas de *compliance* e de melhor documentação e registro das informações da empresa.

A postura cooperativa incentivada pelo Código também exigirá uma sinergia maior entre as áreas de contencioso e as áreas de contratos e de planejamento, principalmente porque cláusulas contratuais, com combinações quanto ao procedimento judicial, poderão ser desenhadas em negócios jurídicos.

A gestão de contencioso também deverá analisar de forma mais atenta as teses jurídicas relevantes para a empresa e para o setor em que ela atua, com estudos sobre a jurisprudência dominante e os precedentes das cortes.

O Código convida as organizações empresariais a refletirem sobre o seu perfil de contencioso, havendo incentivo para uma advocacia menos adversarial e mais preventiva.

Litigar pode ser caro no novo Código de Processo Civil, na medida em que há aumento de multas por litigância de má-fé e dos honorários de sucumbência. O departamento deve analisar adequadamente as teses e as possibilidades de êxito de cada caso judicial. A meta é atuar sempre dentro do que for o melhor custo e benefício para a empresa.

Advogar dentro da dinâmica do novo Código de Processo Civil é também aprender a atuar em conformidade com uma visão mais estratégica do comportamento das cortes, buscando-se proteger teses jurídicas, além dos casos individuais em si. E isso porque o novo Código coroa a figura do precedente judicial, sendo imprescindível atuar de forma a proteger teses jurídicas que tenham relevância para os negócios da empresa.

Nesse contexto, ao selecionar o escritório terceirizado que atuará em um determinado caso, além de refletir sobre as habilidades do escritório para conduzir determinado caso individual da empresa, o departamento deve ponderar se o escritório será capaz de atuar de forma segura quanto à proteção da tese que é relevante para o setor da empresa.

O Código também apresenta ao departamento o desafio de selecionar adequadamente o melhor método para a solução do conflito, podendo optar pela arbitragem, mediação ou pelo próprio Poder Judiciário.

Estes possíveis impactos ficarão mais nítidos com um breve detalhamento de quais são as mudanças mais relevantes com o advento do novo Código de Processo Civil.

O Código tem forte inspiração na noção de cooperação processual.

O Projeto *Unidroit/American Law Institute*, capitaneado pelos mestres Geoff Hazard e Michele Taruffo, já havia consagrado a noção de cooperação processual como elemento essencial para a busca de um processo efetivo, sendo esta busca verdadeiro princípio transnacional de processo civil. De acordo com as conclusões do citado projeto, deve-se buscar uma justiça efetiva, pronta e célere, com o dever das partes de evitar propositura de ações temerárias e abuso do processo, com o dever das partes de agirem de forma justa e de estimularem procedimentos eficientes e rápidos, e com o seu respectivo dever de cooperação.

O princípio da cooperação está previsto no art. 7.º do CPC de Portugal de 2013, sendo grande inspiração para a compreensão do espírito do novo Código de Processo Civil brasileiro: “Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.

A doutrina portuguesa assinala com maestria que o princípio da cooperação não se destina apenas às partes, sendo, na realidade, um grande vetor de comportamento para os magistrados e demais sujeitos do processo. Os deveres do juiz, de acordo com a noção de cooperação processual, seriam: (a) dever de esclarecer; (b) dever de prevenir; (c) dever de consultar as partes; e (d) dever de auxiliar as partes.

O STJ português, neste passo, já decidiu que: “Os princípios que regem o processo civil, nomeadamente os da igualdade e da cooperação, fazem com que o processo judicial em curso se transforme numa comunidade de trabalho” (STJ – 21.03.12 / 41/06.4tbcsc.11.s1 / Ana Paula Boularot).

A cooperação processual exige a formação de um processo em linha com um contraditório participativo, promovendo-se diálogos entre os sujeitos processuais quanto à melhor forma de se obter uma adequada, tempestiva, célere e efetiva tutela jurisdicional. A cooperação processual tem como marca o contraditório participativo.

A doutrina inglesa do *active case management* também deixou sua influência no novo Código de Processo Civil. Para essa doutrina, o juiz, como um verdadeiro gestor, deve: (a) identificar questões relevantes; (b) incentivar as partes a se valem dos meios alternativos de solução de controvérsias; (c) medir o tempo necessário para concluir adequadamente todos os passos processuais. O juiz planeja

o processo e disciplina o calendário, ouvindo as partes; (d) facilitar uma solução amigável da controvérsia; e (e) eliminar questões frívolas e planejar o processo, fazendo-o caminhar para o julgamento com eficiência e sem custo exagerado.⁵

Outro núcleo central do novo sistema processual é a preocupação com a efetividade do Poder Judiciário, a qual, conforme os ensinamentos de Chiovenda, tem o escopo de garantir um nível de eficiência máxima ao processo. Nestes termos: “na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.⁶

A própria Constituição Federal, em seu art. 5.º, LXXVIII, na mesma linha, prevê a importância de o processo ser efetivo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Oportuna é a lição de José Roberto dos Santos Bedaque:⁷ “Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo. Em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa. A celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a ideia do devido processo legal, não a única. A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo”.

A preocupação com um processo que atenda eficazmente à sua função institucional de pacificação social, com efetividade na resolução de conflitos, foi objeto de célebre estudo de Mauro Cappelletti e Bryant Garth,⁸ no clássico

5. WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide de (coord.). *Estudos em homenagem à Prof. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 689.

6. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 319.

7. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 49.

8. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

“Acesso à Justiça”, no qual se demonstra não só uma séria abordagem sobre a Administração do Poder Judiciário, mas também reflexões sobre a adequação de determinados ritos e procedimentos aos casos concretos e aos respectivos valores em jogo.

A citada obra, escrita na segunda metade do século passado, de forma didática e magistral, conseguiu abordar, com singular atualidade, reflexões sobre a efetividade do processo civil e a eficiência dos seus ritos; temas estes que hoje se encontram no foco de preocupação dos juristas que desenharam o novo Código de Processo Civil.

Não é a outra a conclusão ao se analisar a respectiva exposição de motivos, assinada em 08.06.2010 pela comissão de juristas (Luiz Fux, Teresa Arruda Alvim Wambier, Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Jr., Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro), lastreada no Ato do Presidente do Senado Federal 379/2009: “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”. Os principais objetivos da reforma, na importante visão da comissão de juristas, foram: “(...) poder-se-ia dizer que os trabalhos da comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1. estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2. criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3. simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4. dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e 5. finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”.

E, sempre na busca da efetividade da tutela, os juristas reconhecem a inspiração em institutos do direito comparado: “Foram criados institutos inspirados no direito estrangeiro, como se mencionou ao longo desta Exposição de Motivos, já que, a época em que vivemos é de interpenetração das civilizações. O novo Código de Processo Civil é fruto de reflexões da Comissão que o elaborou, que culminaram em escolhas racionais de caminhos considerados adequados, à luz dos cinco critérios acima referidos, a obtenção de uma sentença que resolva o conflito, com respeito aos direitos fundamentais e no menor tempo possível, realizando o interesse público da atuação da lei material”.

Logo nos primeiros artigos do novo Código de Processo Civil, busca-se positivar a importância de um processo verdadeiramente efetivo:

“Art. 4.º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5.º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6.º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7.º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 8.º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

No que toca à rotina dos departamentos jurídicos, as características mais marcantes do CPC/2015, em nossa humilde visão, estariam nos seguintes tópicos:

“a) Forte incentivo à mediação e à conciliação, havendo previsão, inclusive, de citação do réu para comparecer a uma audiência de mediação/conciliação, previamente ao ato de contestar (arts. 3.º e 334 do CPC/2015);

b) Possibilidade de antecipação dos efeitos da sentença, independentemente da presença do perigo da demora, nas hipóteses previstas no art. 311 do CPC/2015. É a chamada tutela de evidência, merecendo destaque a hipótese de concessão desta tutela quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, e o réu não conseguir, em sua defesa, apresentar prova capaz de gerar dúvida razoável. Também merece destaque a hipótese de concessão quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

c) Preocupação com a uniformidade na aplicação do direito pelos tribunais (art. 55, § 3.º, do CPC/2015), com prestígio à formação de precedentes judiciais (arts. 926 e 927 do CPC/2015), forte respeito à jurisprudência dominante (arts. 332 e 932 do CPC/2015), e adoção de técnicas para alinhamento em casos de natureza repetitiva (arts. 976 e 1.036 do CPC/2015);

d) Incentivo à prática de atos por meio eletrônico. As empresas, por exemplo, deverão cadastrar endereço eletrônico nos tribunais para fins de recebimento de citação (art. 246 do CPC/2015);

e) Possibilidade de o magistrado alterar a ordem de produção dos meios de prova, dilatar prazos e estabelecer, de comum acordo com as partes, calendário para a prática de atos processuais (arts. 139 e 191 do CPC/2015);

f) Possibilidade de as partes celebrarem convenções processuais, com alterações do procedimento comum (arts. 190 e 357 do CPC/2015);

g) Possibilidade de o magistrado sanear o feito em audiência específica, na qual se promoverá diálogo cooperativo entre os sujeitos processuais (art. 357 do CPC/2015);

h) Atribuição dinâmica do ônus da prova, dentro das hipóteses do art. 373 do Código, cabendo ao réu, por exemplo, demonstrar que as alegações do autor não merecem prosperar;

i) Possibilidade de ajuizar-se medida antecipada de prova sem a presença do perigo da demora, nas hipóteses do art. 381 do CPC/2015, com especial preocupação com a obtenção prévia de informação que seja capaz de viabilizar autocomposição, ou possa evitar o posterior ajuizamento de ação;

j) Julgamento parcial de mérito, podendo o magistrado julgar desde logo os pedidos que não demandam maior dilação probatória, prosseguindo-se em primeira instância com a instrução necessária referente aos pedidos ainda não apreciados (art. 356 do CPC/2015). A decisão de mérito aqui mencionada poderá ser executada provisoriamente, inclusive sem a necessidade de caução (art. 356 do CPC/2015);

k) Redução das hipóteses de interposição do agravo de instrumento, objetivando-se maior dinamismo ao trâmite do processo em primeira instância (art. 1.015 do CPC/2015);

l) Aumento do risco de sucumbência, com majoração dos valores dos honorários de sucumbência, inclusive com possibilidade de aumento da condenação por instância recursal (art. 85 do CPC/2015);

m) Aumento da multa por litigância de má-fé (art. 81 do CPC/2015);

n) Previsão expressa da atipicidade dos meios executivos, podendo o magistrado determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139 do CPC/2015);

o) Previsão de que o dinheiro deve ser penhorado de forma prioritária, conforme previsto nos arts. 835 e 854 do CPC/2015;

p) Previsão de que o devedor deve atuar de forma cooperativa no decorrer da execução, sendo que se ele invocar o princípio da menor onerosidade, deverá indicar, com boa fé, outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados contra ele (art. 805 do CPC/2015);

q) Previsão do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, promovendo-se, em regra, o devido contraditório prévio quanto à presença das hipóteses concretas da desconsideração (arts. 9.º, 10.º e 133 do CPC/2015)”.

Os artigos acima já nos adiantam o perfil de resolução de conflitos que o novo Código de Processo Civil deseja adotar, sendo que podemos entender que o legislador almeja a um processo civil de resultados, econômico e efetivo; com amplo espírito de conciliação e com incentivo para que tanto as partes como os juízes adotem uma visão participativa e colaborativa do processo. Também devemos chamar atenção para a tentativa de se obter maior flexibilidade e dinamismo no rito e na prática de atos processuais, bem como de se ter um sistema recursal com amplo prestígio aos precedentes. Também há aumento do risco sucumbencial.

Como já foi adiantado, este cenário pode impactar o controle de contingências e provisões. Ora, como visto, o processo civil tende a se tornar mais dinâmico e célere, inclusive com a possibilidade de decisões parciais de mérito, julgamentos liminares de improcedência, tutela de evidência, com a antecipação da tutela independentemente do perigo da demora, e alto prestígio aos precedentes judiciais. Todo este contexto permitirá à empresa obter em um menor espaço de tempo a adequada impressão sobre as probabilidades de êxito do processo, bem como exigirá da companhia um preciso estudo sobre o comportamento do Poder Judiciário em relação a determinado tema jurídico; tudo de modo a garantir que seu controle de provisão, de contingências e do caixa esteja de acordo com o trâmite processual e as reais chances de êxito do caso.

Outro aspecto relevante é a necessidade de uma adequada gestão de informação, com preciso controle de documentação e histórico dos fatos por parte da empresa. Em um ambiente processual em que o magistrado poderá atribuir de forma dinâmica o ônus da prova, é inegável que um avançado e exemplar controle de informações se torna um dos aspectos mais importantes para a empresa. E o departamento jurídico deve estar especialmente atento a este ponto.

Não poderíamos deixar de destacar a necessidade de as empresas terem em seus departamentos jurídicos profissionais versados em direito processual e que conheçam as oportunidades de sinergia existentes entre os campos do direito processual e o de negócios. Em um ambiente processual onde o rito do processo poderá ser flexibilizado, bem como as partes poderão atuar ativamente junto ao magistrado quanto a acordos em relação à atribuição dinâmica do

ônus da prova e à prática de atos processuais, certo é que há enorme espaço de sinergia entre a área contratual e a área de processo civil, visto que alguns dos pontos acima já poderão ser disciplinados em contratos.

Como já adiantado acima, a postura cooperativa incentivada pelo Código também exigirá uma sinergia maior entre as áreas de contencioso e as áreas de contratos e de planejamento, principalmente porque cláusulas contratuais, com combinações quanto ao procedimento judicial, poderão ser desenhadas em negócios jurídicos.

Flávio Luiz Yarshell ensina que os negócios processuais podem ser celebrados antes ou durante o processo, e devem adotar necessariamente a forma escrita.⁹

Os negócios processuais podem ser típicos ou atípicos. Quanto aos típicos, pode-se dizer que são aqueles que já possuem o escopo devidamente previsto no Código, tais como as convenções quanto à eleição de foro nos casos de competência relativa, bem como a interessante previsão do art. 471 do Código que permite as partes consensualmente apontarem o perito que será responsável pela prova técnica. O art. 190 do Código, por sua vez, é mais abrangente, sendo uma verdadeira cláusula geral que permite uma regulação atípica, pelas partes, de certos aspectos do procedimento. Em especial, quanto ao art. 190 do Código, Teresa Arruda Alvim Wambier doutrina que “a autorregulação entre as partes mediante celebração de negócios jurídicos processuais acerca de aspectos procedimentais da ação judicial que porventura mantenham entre si vê-se prestigiada nestes arts. 190 e 191”.¹⁰

Quando as partes forem plenamente capazes, e quando o direito permitir a autocomposição, o art. 190 do Código estipula ser possível negociar-se sobre o procedimento, os ônus, os poderes, as faculdades e os deveres processuais.

Teresa Arruda Alvim Wambier lembra que “aspectos procedimentais variados podem, também, ser objeto de convenção: as partes podem estipular limites de manifestações, podem estipular a impossibilidade de existir esta ou aquela modalidade probatória, prazos mais exíguos que os legais...”.¹¹

Para Fredie Didier Jr. os negócios processuais podem versar sobre impenhorabilidade, instância única, ampliação ou redução de prazos, superação de

9. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: Jus-Podium, 2015. p. 65.

10. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 351.

11. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. Op. cit., p. 353.

preclusão, substituição de bem penhorado, rateio de despesas processuais, dispensa de assistente técnico, retirar efeito suspensivo de recurso, não promoção de execução provisória, dispensa de caução, limitar número de testemunhas, intervenção de terceiro fora das hipóteses legais, acordo para tornar uma prova ilícita, acordo para permitir decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro, dentre outros temas.¹²

A visão de Fredie Didier Jr. se alinha com os recentes enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP:

“São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (*pacto de disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogoratórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal” (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC–RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba).

“São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais” (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC-Rio).

É claro que existem polêmicas quanto aos negócios processuais atípicos, sendo certo que, para o Prof. Humberto Theodoro Jr., as partes não podem convencionar sobre a iniciativa de prova do juiz, ou o controle dos pressupostos processuais e das condições da ação, e nem qualquer outra matéria envolvendo ordem pública.¹³

12. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodium, 2015. vol. 1, p. 381.

13. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. vol. I, p. 471.

Independentemente das polêmicas já existentes, e que, por certo, se avulmarão, acerca dos limites dos negócios processuais, fato é que sua previsão no Código intensifica a possibilidade de haver maior interação entre as áreas de planejamento e a área de contencioso, sendo inevitável o convite para que advogados dialoguem mais acerca dos detalhes e da complexidade dos negócios jurídicos que podem ser objeto de disputas judiciais, com o desafio de tentarem adequar o procedimento – naquilo que for lícito e possível – às especificidades do caso concreto.

O departamento jurídico também deve estar atento quanto à majoração dos riscos do contencioso, sendo certo que deve auxiliar a empresa na análise do adequado custo / benefício de um determinado litígio.

Também verificamos a possibilidade de mudança cultural para as empresas, as quais, a depender do tema jurídico objeto de determinado caso concreto, poderão ganhar mais com a conciliação do que com o litígio. Um exemplo serão os assuntos já disciplinados em súmula vinculante e ou em precedentes judiciais, inclusive os provenientes do incidente de resolução de demandas repetitivas. Tais temas certamente ganharão solução rápida no Poder Judiciário, sendo mais benéfico para a empresa promover uma competente análise prévia para compreender se o seu caso concreto comporta conciliação.

Essas são apenas algumas humildes impressões quanto aos impactos de um novo Código de Processo Civil no ambiente dos departamentos jurídicos, sendo certo que, longe de esgotar o tema, procurou-se, ao menos, chamar a atenção para a importância de as empresas e os seus departamentos jurídicos estarem atentos às mudanças do contexto processual.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O novo Código de Processo Civil e as novas fronteiras da advocacia brasileira, de José Augusto Fontoura Costa e Daniel Tavela Luís – *RArb* 46/321-334 (DTR\2015\13106); e
- Os desafios da advocacia perante os tribunais e o novo CPC, de Tiago Asfor Rocha Lima – *RBA* 0/71-86 (DTR\2016\395).

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles in shades of light gray. A fine grid of thin lines is overlaid on the right side of the image, creating a subtle pattern. The overall aesthetic is clean and modern.

Direito Civil



NOTAS SOBRE OS LUCROS CESSANTES NO DIREITO BRASILEIRO E ESTRANGEIRO

REMARKS ON LOSS OF PROFITS IN BRAZILIAN AND FOREIGN LAW

REGIS FICHTNER

Professor de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.
Mestre em Direito pela USP e pela Universidade de Freiburg, Alemanha. Doutor
em Direito pela UERJ. Advogado sócio de Andrade & Fichtner Advogados.
regis@afadv.com.br

ÁREA DO DIREITO: Civil

RESUMO: O artigo¹ trata do tema lucros cessantes, analisando alguns dos seus principais aspectos no direito brasileiro e estrangeiro, em especial o alemão e o americano. Inicia com uma análise do princípio da reparação total em alguns dos principais sistemas jurídicos ocidentais. Apresenta os aspectos gerais da indenização por lucros cessantes no direito alemão e brasileiro. Discorre sobre os requisitos para a indenização de lucros cessantes e sobre critérios para a fixação do seu valor.

PALAVRAS-CHAVE: Lucros cessantes – Indenização – Requisitos – Valor.

ABSTRACT: The paper deals with the issue of loss of profits, analyzing some of its main aspects under Brazilian and foreign – specially German and American – law. It starts with an analysis of the principle of full compensation for damages suffered as addressed in some of the main western legal systems. Presents the general aspects pertaining to damages for loss of profits in German and Brazilian law. Discusses the requirements for damages for loss of profits and the criteria applicable when determining its value.

KEYWORDS: Loss of Profits – Damages – Requirements – Value.

SUMÁRIO: I. O princípio da reparação total e os lucros cessantes. II. Os lucros cessantes no direito alemão. III. Lucros cessantes no direito brasileiro. IV. A regra da Convenção de Viena – Uncitral. V. Os lucros cessantes no direito americano. VI. Requisitos para a indenização de lucros cessantes. VI. 1) Possibilidade de obtenção de lucro. VI. 2) Probabilidade de obtenção de lucros. VI. 3) Valor dos danos. VI. 4) Previsibilidade dos lucros cessantes.

1. Trabalho resultante de projeto de pesquisa realizado no Instituto Max Planck, Hamburg, Alemanha.

VII. Lucros cessantes decorrentes de contratos colaterais?. VIII. Prova do valor dos lucros cessantes. VIII. 1) Experiência anterior da vítima. VIII. 2) Experiência posterior da vítima. VIII. 3) Experiência da vítima em outros locais. VIII. 4) Comparação com negócios similares de terceiros. VIII. 5) Experiência posterior do causador do dano. VIII. 6) Médias de rentabilidade do negócio. IX. Quantificação dos lucros cessantes.

I. O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO TOTAL E OS LUCROS CESSANTES

A quase totalidade dos sistemas jurídicos, em matéria de responsabilidade civil, adota o princípio da reparação total, o que em linhas gerais significa que o autor do dano, seja na responsabilidade civil contratual, seja na extracontratual, é obrigado a reparar todos os prejuízos sofridos pela vítima decorrentes da sua ação ou omissão.

Esse princípio prevalecia em sua totalidade no direito brasileiro sob a vigência do Código de 1916, conforme previa o seu art. 1.059. O Código de 2002, no entanto, inovou nessa matéria. Expressou o princípio no *caput* do seu art. 944, ao dispor que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, mas incluiu uma mitigação no seu parágrafo único, ao prever que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Ao assim dispor, o legislador quis conceder ao juiz um instrumento de equidade, para que seja evitado que alguém seja condenado a pagar indenização desproporcional ao grau de culpa com que agiu ao causar o dano.

Os sistemas jurídicos em geral não dispõem de mitigações dessa natureza. No direito alemão prevalece o princípio da reparação total, expresso no § 249, 1, do BGB, que dispõe que o causador do dano tem que recolocar as coisas no estado em que se encontrariam, caso o ato causador do dano não tivesse ocorrido.²

O princípio da reparação total é adotado na Inglaterra. A sua formulação clássica foi dada por Lord Blackburn no caso *Livingstone v. Rawyards Coal Co.*,³

2. “§ 249. Art und Umfang des Schadensersatzes.

(1) Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.”

3. *Livingstone v. Rawyards Coal Co.*, 5 App Cas 25 at 39, 1880: Segundo Lord Blackburn, a reparação de danos é “that sum of Money which will put the party who has been injured, or who has suffered, in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting compensation or reparation”.

em que se discutia indenização por expropriação. Apesar de se distinguir dano emergente de lucro cessante, a reparação de danos é tratada de forma unitária.⁴

O princípio da reparação total foi adotado no direito belga,⁵ no direito francês,⁶ no direito italiano⁷ e no direito holandês.⁸

No direito austríaco, no entanto, o princípio da reparação total não foi adotado por completo. A extensão da compensação por danos depende do grau de culpa do seu autor, conforme dispõe o § 1.324 ABGB. Se o causador do dano agiu com culpa leve, ele deve pagar apenas a perda real (“*eigentliche Schadloshaltung*”), excluindo-se assim os lucros cessantes e até a indenização por danos imateriais. Somente se o causador do dano agiu com grave negligência ou dolo é que incide o princípio da reparação total. Essa regra tem sofrido mitigações, no que se refere à indenização por lucros cessantes, pela Corte Suprema austríaca, que em casos em que fica evidente que a vítima deixou de perceber lucro, o inclui no conceito de “perda real”, concedendo-lhe a indenização.⁹

A regra do § 1.324 ABGB austríaco é aplicável tanto para a responsabilidade contratual, como para a extracontratual. Os contratos comerciais, no entanto, possuem regra própria no Código Comercial, que, por ter origem no Código alemão, acolhe o princípio da reparação total na sua integralidade.

É consenso nos sistemas jurídicos modernos que o princípio da reparação total abrange não somente os bens que já se encontravam no patrimônio da vítima, o chamado dano emergente, mas também os que ele deixou de receber

-
4. V. W. V. Horton Rogers, in “*Damages under English Law*”, in *Unification of Tort Law: Damages. European Centre of Tort and Insurance Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001, p. 58-59.
 5. V. H.A. Cousy and Anja Vanderspikken, in “*Damages under Belgian Law*”, in *Unification of Tort Law: Damages. European Centre of Tort and Insurance Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001, p. 29.
 6. V. Suzanne Galand-Carval, in “*Damages under French Law*”, in *Unification of Tort Law: Damages. European Centre of Tort and Insurance Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001, p. 78.
 7. Arts. 1.223 e 2.056 do CC italiano.
 8. V. Mark H. Wissink and Willem H. van Boom, in “*Damages under Dutch Law*”, in *Unification of Tort Law: Damages. European Centre of Tort and Insurance Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001, p. 143.
 9. v. Helmut Koziol, in “*Damages under Austrian Law*”, in *Unification of Tort Law: Damages. European Centre of Tort and Insurance Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001, p. 8.

por força do ato ilícito extracontratual ou pelo descumprimento de obrigação contratual, que se costuma denominar de lucro cessante.

A indenização dos lucros cessantes implica, no entanto, maior dificuldade para o aplicador da lei. No dano emergente, para obter o direito à indenização, basta à parte provar que um determinado bem compunha o seu patrimônio e que esse bem sofreu algum dano por ato ou omissão da outra parte. No lucro cessante o bem que se pretende seja indenizado ainda não compõe o patrimônio da vítima. Trata-se de bem que a vítima iria integrar ao seu patrimônio, caso não houvesse a prática do ato ensejador do dever de indenizar. Essa aquisição futura, no entanto, de fato ainda não aconteceu, podendo sempre haver dúvidas se efetivamente se daria.¹⁰

Daí por que ao legislador não basta dizer que o lucro cessante deve ser indenizado. Ele deve dar alguma orientação ao aplicador da lei quanto às exigências para que este possa considerar plausível que determinado bem fosse ser incorporado ao patrimônio da vítima, caso a circunstância deflagradora do dever de indenizar não tivesse ocorrido.

II. OS LUCROS CESSANTES NO DIREITO ALEMÃO

A diferenciação entre dano emergente e lucro cessante ocorreu no processo de codificação do BGB por razões históricas, tendo em vista que no direito anterior ao Código, em algumas hipóteses, os lucros cessantes não eram indenizáveis, como por exemplo nos casos de culpa leve. A doutrina e a jurisprudência alemãs procuraram, no entanto, superar essa diferenciação. Segundo a corrente majoritária alemã, não existe de fato uma fronteira entre os dois tipos de dano. Desde que os lucros futuros pareçam certos, eles são tratados como perda de patrimônio.¹¹

10. V. o seguinte comentário da espanhola Elena Vicente Domingo: “Es opinión doctrinal comúnmente admitida que la apreciación del daño pecuniario derivado de la pérdida de rentas y ganancias profesionales, aparentemente, no plantea especiales dificultades, al margen de las de la prueba que discurre conforme a las reglas generales. Pero la realidad confirma que la prueba del lucro cessante es un escollo difícil de superar y que de ordinario exige la reconstrucción hipotética de lo que podría haber ocurrido”. In “*El resarcimiento de los daños, in Código Europeo de Contratos*”, Academia de Iusprivatistas Europeos, Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos, Universidad de Burgos, Dykinson, p. 609-610.

11. V. Gottfried Schiemann, in Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Neubearbeitung, 2005, Sellier-De Gruyter, Berlin, p. 248.

Lucro cessante, segundo a doutrina alemã, é toda vantagem patrimonial que a vítima ainda não integrou ao seu patrimônio, mas que não fosse a atuação do causador do dano, ela teria adquirido.¹² O tipo de vantagem é irrelevante. Não precisa ser necessariamente uma quantia em dinheiro, apesar de ser essa a forma mais comum. O dever de indenizar ocorre, v.g., decorrente da perda da força de trabalho ou da perda por danos à propriedade, em especial bens de produção.

O direito positivo alemão explicita a obrigatoriedade de indenização dos lucros cessantes, apesar do consenso de que essa obrigação já está englobada no conceito de reparação total do § 249 do BGB.¹³ Isso aconteceu na elaboração do BGB, como se disse acima, para que não restasse dúvida sobre estar o lucro cessante incluído no princípio da reparação total, tendo em vista que a maioria das codificações antigas não previa esse tipo de indenização, ou pelo menos não na sua inteireza.¹⁴

A primeira parte do § 252 do BGB dispõe que os danos a serem indenizados compreendem também o lucro cessante.¹⁵ Esta disposição legal não contém um conceito de lucro cessante, mas somente determina a sua aplicabilidade.

A segunda parte do § 252 do BGB é, conforme veremos adiante, mais prolixa e mais minuciosa do que a regra do Código Civil brasileiro. Ela dispõe que “como cessante deve ser considerado o lucro que, no desenrolar normal das coisas, ou mediante circunstâncias especiais, em especial de acordo com o estabelecido pelas partes, com probabilidade poderia ser esperado”.¹⁶

A redação da segunda parte do § 252 do BGB trouxe polêmica em relação ao seu significado. Alguns juristas interpretaram o dispositivo como uma limitação material do dever de indenizar. Essa teoria veio a ser designada “teoria

12. V. Oetker, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 6. Auflage, p. 484.

13. V. Oetker, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 6. Auflage, p. 483.

14. V. Gottfried Schiemann, in Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Neubearbeitung, 2005, Sellier-De Gruyter, Berlin, p. 247.

15. “§ 252. Entgangener Gewinn
Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn.”

16. “Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.”

do direito material”.¹⁷ Segundo os seus seguidores, a indenização por lucros cessantes seria muito mais restrita que as demais modalidades de indenização, já que somente seria indenizado o lucro que pudesse ser esperado com probabilidade por um observador externo.¹⁸

A posição majoritária, no entanto, é a de que a regra do § 252 do BGB contém uma facilitação da prova para a vítima do dano. Essa teoria é denominada de “*teoria da facilitação da prova*”.¹⁹ É mais fácil, portanto, para a vítima, demonstrar que um determinado lucro incidiria, com base em circunstâncias e na interpretação das disposições contratuais. Essa facilitação da prova não impede, porém, que até mesmo o lucro improvável possa ser indenizado, desde que a vítima consiga comprovar que ele ocorreria, não fosse a atuação ilícita do causador do dano.²⁰ A doutrina e a jurisprudência têm admitido até mesmo a indenização pela perda de uma chance, desde que presentes o nexo de causalidade e a probabilidade de sua concretização, caso não tivesse ocorrido o ato ensejador do dever de indenizar.²¹

O ponto de partida para a fixação da possibilidade de indenização por lucros cessantes no direito alemão se encontra no passado. A regra diz expressamente que é indenizado o lucro “que poderia ser esperado”.²²

As bases para o julgamento da viabilidade do lucro cessante na Alemanha são o desenrolar normal da atividade²³ prejudicada pelo causador do dano, ou as circunstâncias especiais, principalmente levando-se em conta o que foi estabelecido pelas partes e os preparativos por elas realizados.²⁴

Basta, portanto, para a fixação do valor da indenização, que a vítima demonstre o lucro normal da atividade interrompida ou prejudicada pelo causa-

17. “*Materiellrechtliche Theorie*”.

18. V. Gottfried Schiemann, in Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Neubearbeitung, 2005, Sellier-De Gruyter, Berlin, p. 247.

19. “*Beweiserleichterungstheorie*”.

20. V. Gottfried Schiemann, in Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Neubearbeitung, 2005, Sellier-De Gruyter, Berlin, p. 247.

21. V. decisão do BGH – Bundesgerichtshofs (que corresponde ao STJ brasileiro), in *NJW* 1995, p. 1023-1024.

22. “*erwartet werden könnte*”.

23. “*gewöhnliche Verlauf der Dinge*”.

24. “*die getroffenen Anstalten und Vorkehrungen*”.

dor do dano. Cabe ao causador do dano comprovar que naquele caso concreto, por alguma circunstância qualquer, o lucro não ocorreria.²⁵ Caso, no entanto, o lucro normal da atividade dependa de algum investimento por parte da vítima, ele tem que demonstrar que possuía os meios necessários a realizar esse investimento.²⁶

O fato de haver no direito alemão disposição legal prevendo a indenização do lucro cessante, não quer dizer, no entanto, que esse tipo de indenização não possa ser afastado por expressa determinação legal. Exemplos de dispositivos legais excluindo o dever de indenizar lucro cessante são o § 53 VVG²⁷ e o § 309 Abs. 1 AGG.²⁸

No direito alemão o lucro cessante pode também ser previamente excluído por expressa disposição contratual.²⁹ Nesses casos, porém, o § 309 Nr. 7 AGB³⁰ determina que tal disposição contratual não prevalece quando os danos decorrem de culpa grave ou dolo. Não se admite também, pela mesma disposição legal, que tal disposição contratual afete direitos de incapazes.

Não se admite, por igual, indenização por lucro cessante decorrente de atividade ilícita, como, por exemplo, o ato praticado em violação ao § 134 BGB. Gera controvérsia o lucro cessante decorrente de atividade contrária aos bons costumes. O caso mais polêmico diz respeito à possibilidade de indenização do lucro cessante da prostituta. A Alemanha possui, desde 20.12.2001, lei que permite a prática da prostituição.³¹ Por força dessa lei, a atividade deixou de ser ilícita, passando a ser possível a indenização pelo lucro cessante da prostituta no caso do cometimento de algum dano à sua pessoa. Uma parte minoritária da doutrina entende, no entanto, que a lei não excluiu o fato de a prática ser contra os bons costumes, o que também serviria como impedimento do dever de indenizar. A lei, segundo essa visão, teria apenas criado regras de proteção da prostituta em relação aos seus clientes, sem tornar, no entanto, a prática como conforme aos bons costumes. A doutrina majoritária, no entanto, admite

25. V. BGHZ 29, 393/398.

26. V. BGH NJW 1964, 661/663.

27. Lei dos Seguros – *Versicherungsvertragsgesetz*.

28. Lei do Tratamento Isonômico – *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*.

29. V. Oetker, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, 6. Auflage, p. 484.

30. Lei sobre as Condições Gerais dos Negócios – *Allgemeine Geschäftsbedingungen*.

31. O par. 1 S. 1 ProstG concede executoriedade ao contrato estabelecido entre a prostituta e o seu cliente.

a indenização do lucro cessante da prostituta, por entender ser atualmente, na Alemanha, atividade conforme a lei.³²

A reparabilidade dos lucros cessantes da prostituta é admitida também pela Suprema Corte austríaca,³³ no direito holandês³⁴ e no direito grego.³⁵ Ela é negada, porém, pelo fato de a prostituição violar a ordem pública, no direito belga,³⁶ no direito inglês,³⁷ no direito francês,³⁸ no direito italiano³⁹ e no direito americano.⁴⁰

O caso mais comum de indenização de lucro cessante no direito alemão é o de dano à pessoa que exerce trabalho remunerado como empregado. O causador do dano deve indenizar a vítima pelo tempo em que ela estiver impossibilitada de trabalhar. Mesmo pessoas que estejam desempregadas têm direito à indenização em casos de redução da capacidade laborativa.⁴¹ O fato de a vítima até o momento do dano não ter tido uma vida produtiva estruturada

32. V. Oetker, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 6. Auflage, p. 486.

33. V. Helmut Koziol, in Unification of Tort Law: Damages. European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001, p. 24.

34. V. Mark H. Wissink and Willem H. van Boom, in “*Damages under Dutch Law*”, in Unification of Tort Law: Damages. European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001, p. 156.

35. V. Konstantinos D. Kerameus, in “*Damages under Greek Law*”, in Unification of Tort Law: Damages. European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001, p. 115.

36. V. H.A. Cousy and Anja Vanderspikken, in “*Damages under Belgian Law*”, in Unification of Tort Law: Damages. European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001, p. 47.

37. V. W. V. Horton Rogers, in “*Damages under English Law*”, in Unification of Tort Law: Damages. European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001, p. 73-74.

38. V. Suzanne Galand-Carval, in “*Damages under French Law*”, in Unification of Tort Law: Damages. European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001, p. 86.

39. V. F. D. Busnelli and G. Comandé, in “*Damages under Italian Law*”, in Unification of Tort Law: Damages. European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001, p. 138.

40. V. Gary Schwartz, in “*Damages under US Law*”, in Unification of Tort Law: Damages. European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001, p. 180.

41. V. BGH NJW 1997, 937.

não impede a indenização por lucro cessante. Tal fato não é indício suficiente para que se infira que a vítima não obterá um emprego no futuro.⁴² No Brasil, a Jurisprudência costuma conceder à vítima, nesses casos, indenização com base no salário mínimo.⁴³

Outra modalidade de lucros cessantes comuns é a do dano que tem por resultado o atraso da vítima na conclusão do ensino necessário à sua entrada no mercado de trabalho. A Jurisprudência concede indenização pelo atraso nos estudos causados por fato de terceiro.⁴⁴ Caso o atraso ocorra quando já iniciado o estudo de uma determinada atividade econômica, a indenização é fixada segundo os critérios de remuneração dessa atividade, tendo em vista a alta probabilidade de conclusão do curso. Se a vítima ainda não iniciou os estudos para o exercício de uma determinada profissão, a questão se torna de mais difícil solução. Se aventou na Alemanha a possibilidade de a indenização ser fixada segundo o padrão econômico dos países, mas a Jurisprudência não acolheu esse critério. O entendimento majoritário na Alemanha é o de conceder indenização pela remuneração média da população.⁴⁵ A Jurisprudência no Brasil tem dificuldade em admitir a fixação da indenização com base nos ganhos da atividade que o lesado deixou de poder exercer, preferindo utilizar como parâmetro nesses casos o salário mínimo.⁴⁶

No caso de danos cometidos contra profissional liberal, a fixação da indenização é mais complexa. A questão diz respeito a ser a indenização fixada de acordo com o nível remuneratório de um trabalhador que exerce a mesma função da vítima, ou ser a indenização fixada levando-se em consideração os lucros do negócio no qual ela trabalhava ou que era por ela gerido. Na Alemanha, em um dano cometido à pessoa de um químico profissional liberal, que pos-

42. V. BGH NJW 1995, 1023.

43. V., a respeito, Gisela Sampaio da Cruz Guedes, op. cit., p. 183 e ss. Vale destacar o seguinte trecho: “Na jurisprudência, observa-se com frequência a utilização do salário mínimo como critério para a quantificação dos lucros cessantes nos casos em que o lesado, vítima de lesão corporal, não consegue comprovar o que efetivamente deixou de ganhar por conta do evento danoso”(p. 183).

44. V. BGH NJW 1985, 791.

45. V. Gottfried Schiemann, in Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Neubearbeitung, 2005, Sellier-De Gruyter, Berlin, p. 260.

46. V. REsp 1.232.773/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, em que um estudante pediu indenização pelo atraso na sua entrada no mercado de trabalho contra instituição de ensino, por falta de reconhecimento do curso pelo MEC.

suía uma pequena fábrica de produtos farmacêuticos, que prejudicou o prosseguimento do negócio e o desenvolvimento de novos produtos, o BGH entendeu que a indenização não poderia ser fixada levando-se em conta o salário de um químico, mas sim os lucros cessantes do negócio que ele possuía.⁴⁷ Essa decisão foi objeto de críticas, com o principal argumento de que o que deve ser indenizado é o valor de mercado da atuação da vítima como profissional. Nessa visão, a indenização pelos prejuízos causados à empresa somente pode surgir em razão de danos que vão além da atuação do trabalhador. O elemento decisivo nesses casos, é se fixar o quanto o negócio depende efetivamente da atuação da vítima do ato lesivo. Se o negócio pode prosseguir sem a participação direta da vítima, a indenização não deve levar em consideração os lucros cessantes da empresa. Assim decidiu o BGH em um caso em que o dono de uma fábrica de roupas sofreu danos que o impediram de trabalhar. A indenização nesse caso foi fixada na base do valor do salário de um gerente de um negócio do mesmo padrão, porque o negócio podia prosseguir sem a presença dele.⁴⁸

Outro grupo importante de casos é o de danos causados a coisas que são utilizadas para a obtenção de remuneração, tais como taxi, automóvel para locação, automóvel utilizado em autoescola, dentre outros. Nesses casos a doutrina e a jurisprudência concedem indenização, levando-se em consideração os lucros normais obtidos nas respectivas atividades econômicas.⁴⁹

III. LUCROS CESSANTES NO DIREITO BRASILEIRO

A positivação da regra relativa aos lucros cessantes no Código Civil brasileiro se encontra expressa topicamente na parte do Código dedicada à responsabilidade civil contratual. O art. 402 do CC/2002 dispõe que “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.⁵⁰ É consenso que a regra se aplica evidentemente também à responsabilidade extracontratual, mesmo porque o art. 402 apenas explicita regra que já se encontra incluída no princípio da reparação total, previsto no art. 944 do CC/2002.

47. V. *Diplom-Chemiker-Fall*: BGHZ 54, 45.

48. V. BGHZ 63, 98.

49. V. v.g. BGHZ 55, 329.

50. Sobre a distinção entre dano emergente e lucros cessantes v. Gisela Sampaio da Cruz Guedes, *Lucros cessantes – Do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*, São Paulo: Ed. RT, p. 50 e ss.

O art. 402 do CC/2002 brasileiro dispõe que as perdas e danos devidas ao credor abrangem o que ele “*razoavelmente deixou de lucrar*”. O termo “*razoavelmente*” empregado nesta norma não deve ser interpretado no sentido quantitativo, não diz respeito ao “*quantum debeatur*”. Não se trata de limitar a indenização a uma quantia que o aplicador da lei considere razoável. O termo “*razoavelmente*” diz respeito ao “*an debeatur*”, ou seja, à própria qualificação daquilo que a vítima pretende seja considerada como um lucro que iria integrar o seu patrimônio, caso não houvesse o fato ensejador do dever de indenizar. O legislador brasileiro não deu, assim, ao aplicador da lei, elementos muito palpáveis para a definição dos limites do que seja o lucro cessante indenizável.

IV. A REGRA DA CONVENÇÃO DE VIENA – UNCITRAL

A indenização por lucros cessantes foi também expressamente prevista na Convenção da ONU de 1980, de Viena, sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias – Uncitral, *verbis*:

“Seção II. Perdas e danos

‘Art. 74. As perdas e danos decorrentes de uma violação do contrato cometida por uma das partes compreendem o prejuízo causado à outra parte bem como os benefícios que esta deixou de receber em consequência da violação contratual. Tais perdas e danos não podem exceder o prejuízo sofrido e o lucro cessante que a parte faltosa previu ou deveria ter previsto no momento da conclusão do contrato como consequências possíveis da violação deste, tendo em conta os fatos de que ela tinha ou deveria ter tido conhecimento’”.

Vê-se que o legislador optou por uma conceituação bastante subjetiva do lucro cessante, na medida em que somente prevê a possibilidade de indenização dos lucros cessantes que a parte que causou o dano “previu ou deveria ter previsto no momento da conclusão do contrato como consequências possíveis da violação deste, tendo em conta os fatos de que ela tinha ou deveria ter tido conhecimento”.

V. OS LUCROS CESSANTES NO DIREITO AMERICANO

No direito americano, a indenização por lucros cessantes é plenamente aceita em todos os Estados e está sujeita aos princípios legais da reparação total e o de que os danos necessitam ser proximamente causados por má conduta de alguém. O princípio da reparação total e a exigência de causa aproximada

(“*proximate cause*”), que corresponde ao nosso nexos de causalidade, decorre de decisões judiciais⁵¹ e de leis (“*statutes*”) de diversos Estados.

No que se refere à responsabilidade civil contratual dispõe o § 3.300 do CC da Califórnia,⁵²*verbis*:

“§ 3.300 (Mensuração dos danos por quebra de contrato)

No inadimplemento de uma obrigação derivada de um contrato, a mensuração dos danos, a não ser que expressamente previsto em contrário neste Código, é o montante que irá compensar a parte prejudicada por todos os danos decorrente de uma causa próxima, ou aqueles, no curso normal das coisas, provavelmente dela resultam”.⁵³

No que se refere à responsabilidade extracontratual assim dispõe o § 3.333 do CC da Califórnia:⁵⁴

“§ 3.333 (Quebra de obrigações não contratuais)

Pelo descumprimento de obrigações não decorrentes de contrato, a mensuração dos danos, a não ser que expressamente previsto em contrário neste Código, é a quantia que irá compensar todos os danos decorrentes de uma causa próxima, pudessem ou não ser antecipados”.⁵⁵

51. V., exemplificativamente, *Western Union Telegraph Co. v. Hall*, 124 U.S. 444 (1888); *Lakota Girl Scout Council, Inc. v. Havey Fund-Raising Management, Inc.*, 519 F.2d 634 (8th Cir. 1975); *Gurney Indus., Inc. v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co.*, 467 F.2d 588 (4th Cir. 1972).

52. Com pequenas variações de linguagem, esse texto foi adotado em Montana (Mont. Rev. Codes Ann. Par. 17-301); North Dakota (N. D. Cent. Code par. 32-03-09); Oklahoma (Okla. Stat. Ann. Tit. 23, par. 21) e South Dakota (S.D. Compiled Laws Ann. Par. 21-2-1).

53. “§ 3.300 (Measure of damages for breach of contract). For the breach of an obligation arising from contract, the measure of damages, except where otherwise expressly provided by this code, is the amount which will compensate the party aggrieved for all the detriment proximately cause thereby, or which, in the ordinary course of things, would be likely to result therefrom.”

54. Com pequenas variações de linguagem, esse texto foi adotado em Montana (Mont. Rev. Codes Ann. Par. 17-401); North Dakota (N. D. Cent. Code par. 32-03-20); Oklahoma (Okla. Stat. Ann. Tit. 23, par. 61) e South Dakota (S.D. Compiled Laws Ann. Par. 21-3-1).

55. “§ 3.333 (Breach of obligation other than contract) For the breach of an obligation not arising from contract, the measure of damages, except where otherwise expressly provided by this code, is the amount which will

VI. REQUISITOS PARA A INDENIZAÇÃO DE LUCROS CESSANTES

Fixado o conceito de que os lucros cessantes integram o princípio da reparação total, ainda assim resta o problema de se definir em que situações deve ser concedido à parte que sofreu o dano indenização dessa natureza. Abaixo enumeraremos alguns requisitos para a caracterização de lucros cessantes.

VI. 1) Possibilidade de obtenção de lucro

Para que a vítima de um evento danoso possa solicitar a reparação dos lucros cessantes, é preciso que ela demonstre a possibilidade de obtenção de lucro, caso não houvesse o fato ensejador da responsabilização civil.

Caso o autor do dano consiga demonstrar que em determinada situação não haveria, por qualquer motivo, possibilidade de lucro, a indenização deve ser negada.⁵⁶

Esse requisito é comum a todos os sistemas de responsabilidade civil. Em geral a indenização é negada quando o autor da ação não consegue demonstrar de nenhuma forma que deixou de obter lucro em razão de fato atribuível ao réu, ou quando o réu consegue comprovar que as alegações do autor em relação aos lucros cessantes não procedem.

No direito americano esse requisito costuma ser designado como “oportunidade de realização de lucros”.⁵⁷ No caso *California E. Airways Inc. v. Alaska Airlines, Inc.*,⁵⁸ o fabricante não entregou um avião no prazo acertado. A Companhia Aérea requereu indenização pelo não cumprimento da prestação no prazo acertado entre as partes. A indenização por lucros cessantes foi negada porque o autor da ação não provou que passageiros deixaram de ser transportados pela não entrega da aeronave.

compensate for all the detriment proximately caused thereby, wheter it could have been anticipated or not.”

56. V. REsp 912.500/RN, rel. Min. Raul Araújo. Nesse caso a vítima de acidente automobilístico não comprovou perda de remuneração. Tentou obter indenização por perda de diárias de viagens a serviço, mas o tribunal entendeu que as diárias têm natureza meramente indenizatória, não possuindo a natureza de lucro.

57. “opportunity to realize profits”.

58. 38 Wash. 2d 378, 229 P.2d 540 – 1951.

VI. 2) Probabilidade de obtenção de lucros

Mesmo que a parte prejudicada demonstre que os lucros decorrentes da atividade afetada por fato de terceiro são possíveis, resta ainda verificar se eles são prováveis. O nível de exigência da prova de probabilidade do lucro pode variar de sistema para sistema. Mesmo dentro de um mesmo sistema, a doutrina e a jurisprudência não são unânimes em relação ao que seja necessário para a demonstração da probabilidade de lucro.⁵⁹

A jurisprudência americana costuma exigir na indenização de lucros cessantes que estes sejam “razoavelmente certos” (“*reasonable certainty*”).⁶⁰

Essa exigência vem com o passar do tempo sendo mitigada por decisões judiciais, que vem cada vez mais flexibilizando o requisito da certeza razoável. A jurisprudência admite a demonstração da probabilidade de lucro através de opiniões técnicas de peritos. A prova da existência do dano é que precisa ser certa no direito americano. A sua extensão pode ser demonstrada com menos rigor formal. Não é exigido que se demonstre matematicamente o valor exato do dano para que haja o dever de indenizar os lucros cessantes.⁶¹

VI. 3) Valor dos danos

O direito americano exige a prova do fato dos danos, o que significa provar que, não fosse o ato ilícito a vítima teria obtido algum lucro. É nesse sentido que se falou acima em “*certainty of profits*”. Essa regra não se aplica para se provar o montante dos lucros cessantes. Em *Story Parchment Co. v. Peterson Parchment Paper Co.*, a Corte assim decidiu: “Enquanto a prova da existência dos danos tem que ser certa, a prova do seu montante pode ser incerta, inexata ou mesmo especulativa”.⁶²

Diante disso, o entendimento da jurisprudência americana é o de que a dificuldade na fixação do valor dos lucros cessantes não deve servir como

59. V. AgRg no AREsp 6.458/MS, rel. Min. Raul Araújo, em que não se concedeu indenização por lucros cessantes em razão de eventuais perdas de negócios decorrentes de mau funcionamento de serviço de telefonia móvel.

60. V. *Randy's Studebaker Sales, Inc. v. Nissan Motor Corp.*, 533 F.2d 510 – 10th. Cir. 1976.

61. V. *M&R Contractors & Builder v. Michael*, 215 Md. 340, 348-49, 138 A.2d 350, 355 (1958).

62. “While the proof of the fact of damages must be certain, proof of the amount can be uncertain, inexact, or even speculative”. *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.*, 282 U.S. 555 (1931).

fundamento para a negativa da condenação do responsável em indenizar a vítima.⁶³

O Código Civil italiano, por seu turno, em seus arts. 1.226 e 2.056, permite expressamente que, em caso de dificuldade na fixação do valor dos lucros cessantes, este possa ser definido por critério de equidade.

Há muita dificuldade, portanto, em se encontrar um critério científico e objetivo para a quantificação dos lucros cessantes, tanto no que respeita ao seu montante, quanto no que respeita à fixação do prazo dentro do qual se admitiria a indenização de lucros cessantes diferidos no tempo, como veremos adiante.

VI. 4) *Previsibilidade dos lucros cessantes*

Como se disse acima, o lucro cessante se conceitua como aquele que a parte prejudicada iria em condições normais adquirir, não fosse o fato de outrem ter interrompido a sua fruição.

Em geral, os sistemas jurídicos exigem que os lucros cessantes, para que possam ser indenizáveis, sejam previsíveis ao tempo da celebração do contrato.

Como se viu acima, a regra da Convenção de Viena Uncitral é a de somente serem indenizados os lucros cessantes que a parte que causou o dano previu ou deveria ter previsto no momento da conclusão do contrato como consequências possíveis da violação deste, tendo em conta os fatos de que ela tinha ou deveria ter tido conhecimento.

Nisso a doutrina e a jurisprudência alemã se diferenciam das dos demais países. Nada impede, no direito alemão, o dever de indenizar um lucro cessante, cuja probabilidade tenha surgido apenas após o ato ilícito.⁶⁴ Na Alemanha a chance de obtenção de um ganho pode até não ser visível no momento

63. V. *Stott v. Johnston*, 36 Cal. 2d 864, 875, 229 P.2d 348, 355 (1951): “It appears to be the general rule that while a plaintiff must show with reasonable certainty that he has suffered damages by reason of the wrongful act of defendant, once the cause and existence of damages have been so established, recovery will not be denied because the damages are difficult of ascertainment”. V. também *California Lettuce Growers v. Union Sugar Co.*, 45 Cal. 2d 474, 486-87, 289 P.2d 785, 793 (1955): “A liberal rule should be applied in allowing a court or a jury to determine the amount, and that, given proof of damage, uncertainty as to the exact amount is no reason for denying all recovery”.

64. V. BGHZ 74, 221. O caso envolvia um imigrante que sofreu um dano que o impedia de trabalhar. Inicialmente a indenização seria fixada de acordo com os padrões remuneratórios da sua terra natal, tendo em vista que ele deixaria a Alemanha. Ele, no entanto, se casou com uma alemã e permaneceu no País. O BGH considerou que a indenização deveria ser fixada segundo os padrões remuneratórios alemães.

da violação do direito, como ocorre, v.g., no aumento inesperado do valor da coisa posteriormente à ocorrência do fato ensejador do dever de indenizar.⁶⁵ Do mesmo modo, não podem ser exigidos lucros cessantes que antes pareciam prováveis, mas que posteriormente se chegou à conclusão serem inviáveis.⁶⁶

A jurisprudência americana exige que os lucros cessantes causados por quebra de contrato sejam previsíveis à época em que o contrato foi celebrado. Trata-se do requisito da “*foreseeability*”. Inicialmente se exigia uma previsibilidade subjetiva, no sentido de que teria que haver prova de que as partes levaram em consideração a probabilidade de lucros cessantes no momento da conclusão do contrato. Hoje a jurisprudência exige a previsibilidade objetiva, que consiste apenas em ser razoável se extrair dos termos do contrato que lucros deixariam de ser percebidos em razão do descumprimento da obrigação por uma das partes.⁶⁷

Também o direito francês exige que, na reparação de danos decorrente de rompimento de contrato, somente podem ser reparados os lucros cessantes que fossem previsíveis no momento da sua celebração, conforme prevê o art. 1.150 do CC. Essa regra, no entanto, é excepcionada pela lei em caso de dolo. Caso o rompimento seja deliberado, mesmo os danos não previsíveis no momento da celebração devem ser reparados. A jurisprudência tem estendido, porém, essa regra, para os casos de negligência grave.⁶⁸

VII. LUCROS CESSANTES DECORRENTES DE CONTRATOS COLATERAIS?

A questão que aqui se coloca diz respeito a ser possível se exigir lucros cessantes decorrentes de um contrato dependente do contrato celebrado entre as partes.

65. V. Oetker, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 6. Auflage, p. 484.

66. Nesse sentido, v. V. Gottfried Schiemann, in Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Neubearbeitung, 2005, Sellier-De Gruyter, Berlin, p. 252.

67. V. Robert L. Dunn, “Recovery of damages for lost profits”, Lawpress Corporation, 1978, p. 13 e ss.

68. V. Suzanne Galand-Carval, in “Damages under French Law”, in Unification of Tort Law: Damages. European Centre of Tort and Insurance Law, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2001, p. 80.

A resposta em todos os sistemas, em princípio, é negativa. Para que os lucros cessantes possam ser exigidos nesses casos, seria necessário que esses lucros fossem previsíveis e levados em consideração pelas partes no momento da celebração do contrato principal.

Em *Riverbank v. Finis*, em uma ação por perdas e danos incluindo lucros cessantes por quebra de um contrato de construção, assim decidiu a Corte:

“Quando os lucros decorrem do contrato que foi inadimplido, esses lucros são considerados como um dos elementos do contrato e se presume que foram levados em consideração pela parte que o rompeu no momento em que foi celebrado. Eles são indenizáveis se provado que ocorreriam com razoável certeza. No entanto, quando os lucros que se pretende sejam indenizados provêm de uma transação colateral, não somente eles têm que ser provados com razoável certeza, mas também deve ser demonstrado que eles foram previstos pela parte que rompeu o contrato, no momento em que ele foi celebrado”.⁶⁹

Sempre que duas partes celebram um contrato, elas avaliam evidentemente os riscos envolvidos em caso de inadimplemento. Para que possa ser indenizado o lucro cessante de um contrato coligado ou dependente, é preciso uma prova bastante robusta de que esse contrato, do qual se pretende obter indenização por lucros cessantes, foi levado em consideração pela parte que ocasionou o inadimplemento do contrato principal.

VIII. PROVA DO VALOR DOS LUCROS CESSANTES

Em geral, uma das questões mais difíceis de serem resolvidas em um litígio envolvendo indenização por lucros cessantes e a fixação do valor a ser indenizado.

Os lucros cessantes são aqueles que a parte prejudicada com o descumprimento do contrato ou com o ato ilícito ainda não recebeu. Em alguns casos

69. *Riverbank v. Finis P. Ernest, Inc.*, 37 Ill. App. 3d 536, 539, 346 N.E2d 494, 497 (1976): “When the profits which are sought are those arising out of the breached contract, those profits are considered one of the elements of the contract, and are presumed to have been within the contemplation of the defaulting party at the time he entered into the contract; they are recoverable if proved with reasonable certainty. However, when the profits sought are those which should have arisen only out of a collateral transaction, not only must these profits be proved with reasonable certainty, but also it must be shown that they were reasonably made within the contemplation of the defaulting party when the contract was made”.

eles são de fácil comprovação, mas na maioria das vezes surge muita controvérsia sobre como fixá-los.

A seguir examinaremos alguns dos critérios mais utilizados, de acordo com a especificidade dos casos.

VIII. 1) Experiência anterior da vítima

Nada melhor para se fixar o lucro cessante que se comparar os resultados da atividade da vítima antes e depois do fato danoso.⁷⁰ Esse critério somente pode ser admitido quando as experiências anterior e posterior são comparáveis e não são prejudicadas por outros fatos externos que não tenham relação com a causa ensejadora do dever de indenizar.⁷¹

O fato de inexistir experiência anterior da vítima não é impeditivo, no entanto, da concessão da indenização, podendo esta ser concedida com base em outros critérios abaixo mencionados.⁷²

VIII. 2) Experiência posterior da vítima

Um segundo critério possível, mas mais polêmico, diz respeito a poder a vítima utilizar como padrão de indenização os resultados do seu negócio depois que a interferência causadora do dever de indenizar cessou. Esse critério é mais perseguido pela parte autora quando o negócio gerador do lucro cessante é novo, ou seja, não tinha ainda começado em momento anterior ao momento em que o dano foi causado.⁷³

A Jurisprudência americana se divide em relação a esse critério. Em *Evergreen Amusement Corp. V. Milstead*, em que houve atraso na construção de um teatro, a experiência posterior na condução do negócio não foi aceita para a quantificação do dano.⁷⁴ Em vários casos, no entanto, em que

70. V. REsp 971.721/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, em que em ação de indenização por acidente de helicóptero se concedeu indenização à vítima com base nos valores que ela em média costumava receber.

71. Sobre a viabilidade desse sistema de quantificação, v. *National Pharmaceutical Servs., Inc. V. Harrison Community Hosp.*, 67 Mich. App. 286, 241 N.W.2d 76 – 1976.

72. V., a respeito, Gisela Sampaio da Cruz Guedes, op. cit., p. 177 e ss.

73. A jurisprudência brasileira é restritiva na concessão de lucros cessantes quando a atividade sequer tenha se iniciado. V., *EResp 846.455/MS*, rel. Min. Laurita Vaz e *REsp 846.455/MS*, rel. Min. Sidnei Beneti.

74. *V. Evergreen Amusement Corp. V. Milstead*, 206 Md. 610, 112 A.2d 901 – 1955.

a indenização por lucros cessantes envolve novos negócios, a Jurisprudência tem admitido a indenização calculada sobre o faturamento posterior do autor da ação.⁷⁵

VIII. 3) *Experiência da vítima em outros locais*

Há casos em que o negócio da vítima é novo, mas ela possui o mesmo tipo de atividade em outro local, situação comum em cadeia de lojas. Quando o fato danoso atinge somente um dos negócios da vítima, surge a possibilidade de ela utilizar como critério de fixação da indenização o seu resultado em lojas similares em outros locais. Há, no entanto, que se levar em consideração as circunstâncias especiais de cada local, tal como localização, tamanho da loja, estado de conservação, dentre outras.

Em *Lucky Auto Supply v. Turner*, em que o autor da ação era dono de uma cadeia de lojas de autopeças e uma delas foi afetada por fato de terceiro, a Corte admitiu a prova de que por força do ato ilícito uma das lojas teve faturamento bem inferior às outras e determinou o pagamento da diferença dos lucros obtidos por elas.⁷⁶

VIII. 4) *Comparação com negócios similares de terceiros*

Outra forma possível de fixação da indenização é a utilização de comparação dos resultados da vítima do fato danoso com os resultados de terceiros que exercem a mesma atividade e não sofreram o mesmo tipo de dano.⁷⁷ Deve-se ter cuidado na comparação para se verificar se efetivamente há similaridade em grau suficiente para se utilizar os resultados de terceiro como critério de fixação da indenização. Em *Randy's Studebaker Sales, Inc. V. Nissan Motors Corp.*, uma concessionária de automóveis sofreu danos em razão de quebra de contrato por parte do fabricante. A Corte concedeu indenização fixada segundo os parâmetros de resultados obtidos por outras concessionárias situadas em locais próximos.⁷⁸

75. Exemplo dessa posição se pode ver em *Edwards v. Container Kraft Carton Co.*, 161 Cal. App. 2d 752, 327 P.2d 622 – 1958.

76. *Lucky Auto Supply v. Turner*, 244 Cal. App. 2d 872, 53 Cal. Rptr. 628 – 1966.

77. V. REsp 615.421/PR, rel. Min. Castro Filho.

78. V. *Randy's Studebaker Sales, Inc. V. Nissan Motors Corp.*, 533 F.2d 510 – 10th. Cir. 1976.

VIII. 5) *Experiência posterior do causador do dano*

Até mesmo os resultados posteriores do causador do dano podem ser utilizados como critério de fixação da indenização. Esse critério serve para utilização especialmente em casos de concorrência desleal, em que o autor do dano exerce o mesmo tipo de atividade da vítima e interfere ilicitamente no seu negócio, visando a obter maiores lucros para si mesmo.

Em um contrato de agenciamento, uma empresa foi contratada para distribuir com exclusividade uma marca de cigarros em determinado território. No início a contratada operou com prejuízo, tendo em vista a necessidade de divulgação da marca e construção do mercado consumidor local. Quando o território foi desenvolvido, a fabricante rompeu o contrato e passou a distribuir ela própria a mercadoria no mesmo território. A Corte concedeu indenização levando-se em consideração os resultados da causadora do dano.⁷⁹ Em *Conviser v. J.C. Brownstone*, o faturamento do causador do dano foi também utilizado em razão de o réu ter se utilizado indevidamente da lista de clientes confidencial do autor e ter obtido resultados com a venda de seus produtos para esses clientes constantes da lista.⁸⁰

VIII. 6) *Médias de rentabilidade do negócio*

Outro critério também admitido para a fixação da indenização por lucros cessantes, é a utilização de médias de rentabilidade do negócio que foi prejudicado por ato de terceiro.⁸¹ Quando não há possibilidade de uma comparação com algum negócio individual, se admite a utilização de uma média de mercado, sempre se tendo o cuidado, no entanto, de se verificar se efetivamente o negócio da vítima se enquadra na média dos negócios similares pesquisados.⁸²

IX. QUANTIFICAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES

Uma vez definido o critério de fixação dos lucros cessantes, é preciso que se aplique esse critério ao caso concreto. Algumas dificuldades podem surgir nessa quantificação.

79. *Buxbaum v. G.H.P. Cigar Co.*, 188 Wis. 389, 206 N.W. 59 – 1925.

80. *Conviser v. J.C. Brownstone*, 209 App. Div. 584, 205 N.Y.S. 82 (1924).

81. V. o REsp 1237415/RJ, Relator Min. Luis Felipe Salomão, em que pela impossibilidade de uso de um apartamento se concedeu à vítima indenização por lucro cessante com base no valor de mercado de aluguel do imóvel.

82. V., a respeito, Gisela Sampaio da Cruz Guedes, op. cit., p. 181 e ss.

O que deve ser indenizado são os lucros líquidos que a vítima deixou de receber. Ou seja, do faturamento do negócio têm que ser abatidos todos os custos de produção.

O ônus da prova dos lucros cessantes é do autor da ação. Ele tem que comprovar que, não fosse a atuação ilícita do réu, teria obtido lucros no seu negócio maiores do que acabou por obter.

A questão mais tormentosa aqui diz respeito ao tempo de pagamento dos lucros cessantes. Um contrato foi rompido ilicitamente por uma das partes. Os lucros cessantes devem ser calculados levando-se em consideração quanto tempo?

A regra geral é a do tempo em que perdurar a atuação ilícita do causador do dano durante o prazo do contrato ainda por transcorrer. Em contratos de longo prazo, no entanto, essa regra pode sofrer mitigações.

Nenhum sistema jurídico contém regra para fixar o tempo de pagamento dos lucros cessantes. Essa fixação deve ser realizada pela jurisprudência.⁸³ Vejamos alguns casos no direito americano dignos de nota:

Em *Palmer v. Connecticut Ry. & Lighting Co.*, U.S. 544 (1941): um contrato de arrendamento de 999 anos foi rompido após 3 anos. O autor da ação tinha solicitado indenização por lucros cessantes por 30 anos. A Corte concedeu indenização calculando-se os lucros cessantes por mais 8 anos de contrato. A decisão não apresenta uma justificativa para o período de 8 anos. Fixou esse prazo por ter entendido ser esse um tempo razoável.⁸⁴

Em *Sandler v. Lawn-A-Mat Chem. & Equip. Corp.*, as partes celebraram um contrato de distribuição exclusiva pelo prazo de 50 anos, renováveis por mais 50 anos. O contrato foi rompido pelo fornecedor. A Corte concedeu indenização por 3 anos de contrato, sem qualquer fundamentação especial em relação ao período de indenização pelos lucros cessantes.⁸⁵

Em *Hawkinson v. Johnston*, um contrato de *leasing* de 99 anos foi rompido depois de 32 anos de execução. A Corte concedeu indenização por lucros cessantes por um período de 10 anos.⁸⁶

83. V. REsp 1.134.868/MG, rel. Min. Raul Araújo, em que se fixou o termo *ad quem* dos lucros cessantes de acordo com o princípio da razoabilidade.

84. *Palmer v. Connecticut Ry. & Lighting Co.*, U.S. 544 –1941.

85. *Sandler v. Lawn-A-Mat Chem. & Equip. Corp.*, 141 N.J. Super. 436, 358 A.2d 805 – 1976.

86. *Hawkinson v. Johnston*, 122 F.2d 724, 137 A.L.R. 420 (8th. Cir. 1941), cert. Denied, 314 U.S. 694 –1941.

Em *Jon Kredmann & Co. V. Meyers Bros. Parking-Western Corp.*, foi celebrado um contrato de *leasing* de 26 anos, renovável por mais 25 anos, em que o arrendatário deveria construir um estacionamento no terreno do arrendador no centro de Los Angeles e arrendá-lo para aquele. O arrendador rompeu o contrato. A Corte inicialmente concedeu perdas e danos por 10 anos. Em novo julgamento o prazo foi reduzido para 5 anos.⁸⁷

Em relação aos contratos sem prazo determinado, em geral se deve conceder a indenização apenas pelo prazo fixado na notificação para o rompimento do contrato.⁸⁸

No que se refere aos lucros cessantes decorrentes de atos ilícitos, também não há critério legal para a fixação do seu marco temporal, cabendo à Jurisprudência efetivar essa fixação com base nas circunstâncias de cada caso, levando em consideração também, no caso brasileiro, na forma do art. 944 do CC, o grau de culpa do agente causador dos danos.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Indenização por lucros cessantes milionária e ilegal, quantificação do dano que não observou os parâmetros legais, de Nelson Nery Jr. – *Soluções Práticas de Direito* 6/365 (DTR\2014\17369);
- Pacto de não concorrência e lucros cessantes, de José Manoel de Arruda Alvim Netto – *Soluções Práticas* 2/575 (DTR\2012\229); e
- Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual), de Paulo Jorge Scartezzini Guimarães – *RDPriv* 63/33 (DTR\2015\13068).

87. *Jon Kredmann & Co. V. Meyers Bros. Parking-Western Corp.* 58 Cal. App 3d 173 Cal. Rptr. 41 (1976).

88. *v. Purnell v. Atkinson*, 451 S. W.2d 734 – Ark. 1970.

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles and a dense pattern of thin, light gray lines that create a sense of depth and movement. The circles are positioned primarily on the right side of the frame, with some extending towards the center. The lines are most concentrated in the lower right quadrant, radiating outwards.

Direito Processual Civil



NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

ATYPICAL CONTRACTS PROCEDURE IN BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE 2015

FREDIE DIDIER JR.

Livre-docente (USP), Pós-doutorado (Universidade de Lisboa), Doutor (PUC/SP) e Mestre (UFBA). Professor-associado de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Advogado e consultor jurídico.
fredie@terra.com.br

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: Este ensaio pretende examinar dogmaticamente o art. 190 do CPC/2015 brasileiro.

ABSTRACT: This essay intends to dogmatically examine art. 190 of the Brazilian Code of Civil Procedure.

PALAVRAS-CHAVE: Código de processo civil brasileiro – Negócios jurídicos – Negócios jurídicos processuais.

KEYWORDS: Brazilian Code of Civil Procedure – Contract Procedure.

SUMÁRIO: 1. Negócios jurídicos processuais: noções gerais, espécies e classificação. 2. Negócios jurídicos processuais atípicos. 2.1. A cláusula geral de negociação sobre o processo. O princípio da atipicidade da negociação sobre o processo. 2.2. Regras gerais da negociação processual. 2.3. Negócios processuais celebrados pelas partes com o juiz. 2.4. Momento de celebração. 2.5. Requisitos de validade. 2.5.1. Generalidades. 2.5.2. Capacidade. 2.5.3. Objeto. 2.5.4. Forma. 2.6. Anulabilidade. 2.7. Eficácia e revogabilidade. 2.8. Onerosidade excessiva, resolução e revisão. 2.9. Inadimplemento e ônus da alegação. 2.10. Efetivação. 2.11. Princípio da boa-fé e negociação processual. 2.12. Interpretação. 2.13. Negócios processuais coletivos e negócios processuais que dizem respeito a processos indeterminados. 2.14. Direito intertemporal.

1. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: NOÇÕES GERAIS, ESPÉCIES E CLASSIFICAÇÃO

Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais¹ ou alterar o procedimento.

Sob esse ponto de vista, o negócio jurídico é fonte de norma jurídica processual e, assim, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas *válidas*, inclusive as convencionais.² O estudo das *fontes da norma jurídica processual* não será completo, caso ignore o negócio jurídico processual.

Há diversos exemplos de negócios processuais: a eleição negocial do foro (art. 63 do CPC/2015), o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 65 do CPC/2015), o calendário processual (art. 191, §§ 1.º e 2.º, do CPC/2015), a renúncia ao prazo (art. 225 do CPC/2015), o acordo para a suspensão do processo (art. 313, II, do CPC/2015), organização consensual do processo (art. 357, § 2.º, do CPC/2015), o adiamento negociado da audiência (art. 362, I, do CPC/2015), a convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§ 3.º e 4.º, do CPC/2015), a escolha consensual do perito (art. 471 do CPC/2015), o acordo de escolha do arbitramento como técnica de liquidação (art. 509, I, do CPC/2015), a desistência do recurso (art. 999 do CPC/2015), o pacto de mediação prévia obrigatória (art. 2.º, § 1.º, da Lei 13.140/2015) etc. Todos são negócios processuais *típicos*.

Bem pensadas as coisas, na própria petição inicial há pelo menos o negócio jurídico processual³ de *escolha do procedimento* a ser seguido, visualizado

-
1. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 59-60.
 2. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: entre publicismo e privatismo*. Tese de Livre-docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015. p. 240.
 3. Vai ainda mais além Paula Costa e Silva, com argumentos muito bons, que aproxima o *acto postulativo* do ato negocial. Defende que é ato que delimita o objeto do processo e que traduz o que a parte “quer” do tribunal. Traduz manifestação de vontade, com escolha dos efeitos desejados, sendo que o tribunal fica adstrito ao que lhe foi pedido (COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo*, cit., p. 318 e ss.). A ideia parece correta e a ela aderimos. Em *sentido diverso*, entendendo que a postulação é um ato

com mais facilidade quando o autor pode optar entre diversos procedimentos, como entre o mandado de segurança e o procedimento comum.

Há negócios processuais *relativos ao objeto litigioso do processo*, como o reconhecimento da procedência do pedido, e há negócios processuais que têm por *objeto o próprio processo*, em sua estrutura, como o acordo para suspensão convencional do procedimento. O negócio que tem por objeto o próprio processo pode servir para a redefinição das situações jurídicas processuais (ônus, direitos, deveres processuais) ou para a reestruturação do procedimento.

Há a possibilidade de celebração de negócios processuais *atípicos*, lastreados na cláusula geral de negociação sobre o processo, prevista no art. 190 do CPC/2015, a principal concretização do princípio do respeito ao autorregramento processual. Ao art. 190 do CPC/2015 se dedica um item específico, mais à frente.

Note, ainda, que é possível visualizar negócios processuais *unilaterais* (que se perfazem pela manifestação de apenas uma vontade), como a *desistência* e a *renúncia*, e negócios *bilaterais* (que se perfazem pela manifestação de duas vontades), como é o caso da *eleição negocial do foro* e da *suspensão convencional do andamento do processo*. Não deveria haver maiores dúvidas a respeito do tema. Parece claro que, se a *renúncia* é um negócio jurídico, como reputa a doutrina de maneira generalizada,⁴ não atribuir a mesma natureza jurídica à *renúncia do direito de recorrer*, por exemplo, seria incoerência que não se pode admitir. O art. 200 do CPC/2015⁵ deixa clara a possibilidade de negócios unilaterais e bilaterais.

Os negócios jurídicos *bilaterais* costumam ser divididos em *contratos*, quando as vontades dizem respeito a interesses contrapostos, e *acordos* ou *convenções*, quando as vontades se unem para um interesse comum.⁶ Não se nega

jurídico em sentido estrito (OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119).

4. Na doutrina, por exemplo, GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 297 e ss.
5. Art. 200 do CPC/2015: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”.
6. Por exemplo, GOMES, Orlando. Op., cit., p. 297 e ss.; BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: 1969. t. 2, p. 198.

a possibilidade teórica de um *contrato processual*,⁷ mas é certo que são mais abundantes os exemplos de *acordos* ou *convenções processuais*.⁸

Há também negócios *plurilaterais*, formados pela vontade de mais de dois sujeitos, como a sucessão processual voluntária (art. 109 do CPC/2015). É o que acontece, também, com os negócios processuais celebrados com a participação do juiz. Os negócios *plurilaterais* podem ser *típicos*, como o calendário processual (art. 191 do CPC/2015) e a organização compartilhada do processo (art. 357, § 3.º, do CPC/2015), ou *atípicos*, como o acordo para realização de sustentação oral, o acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, o julgamento antecipado do mérito convencional, as convenções sobre prova ou a redução convencional de prazos processuais.⁹

Há negócios *expressos*, como o foro de eleição, e negócios *tácitos*, como o consentimento tácito do cônjuge para a propositura de ação real imobiliária, o consentimento tácito para a sucessão processual voluntária (art. 109, § 1.º, do CPC/2015), a recusa tácita à proposta de autocomposição formulada pela outra parte (art. 154, parágrafo único, do CPC/2015), a renúncia tácita à convenção de arbitragem (art. 337, § 6.º, do CPC/2015) e a aceitação tácita da decisão (art. 1.000 do CPC/2015).

Negócios tácitos tanto podem ser celebrados com comportamentos *comissivos*, como é o caso da prática de ato incompatível com a vontade de recorrer

7. Um exemplo de contrato processual no direito brasileiro é a “colaboração premiada” – vulgarmente chamada de “delação premiada” – prevista na Lei 12.850/2013, para o processo penal. Aceitamos uma colaboração premiada atípica como negócio jurídico no processo de improbidade administrativa. Sobre o tema, especificamente (DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coord.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 439-460; CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 545-546).

8. Barbosa Moreira já havia percebido a circunstância, sugerindo, inclusive, a designação “convenção processual” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de direito processual – terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 89).

9. Consoante o Enunciado 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais”.

(aceitação da decisão), ou *omissivos*, como a não alegação de convenção de arbitragem. Há, então, *omissões processuais negociais*. Nem toda omissão processual é, então, um *ato-fato processual*. O silêncio da *parte* pode, em certas circunstâncias, *normalmente tipicamente previstas*, ser uma manifestação de sua vontade.¹⁰

Há *negócios jurídicos processuais* que precisam ser homologados pelo juiz, como é o caso da *desistência do processo* (art. 200, parágrafo único, do CPC/2015), e outros que não precisam dessa chancela, como o negócio tácito sobre a modificação da competência relativa ou a desistência do recurso.¹¹ A necessidade de homologação judicial não descaracteriza o ato como *negócio*,¹² assim como não deixa de ser negócio jurídico o acordo de divórcio em que há filhos incapazes, apenas porque se submete à homologação judicial. A autonomia privada pode ser mais ou menos regulada, mais ou menos submetida a controle, mas isso não desnatura o ato como negócio.¹³ Todo efeito jurídico é, obviamente, consequência da incidência de uma norma sobre um fato jurídico; ora a lei confere à autonomia privada mais liberdade para a produção de eficácia jurídica, ora essa liberdade é mais restrita.¹⁴

A regra é a dispensa da necessidade de homologação judicial do negócio processual. Negócios processuais que tenham por objeto as situações jurídicas processuais dispensam, invariavelmente, a homologação judicial. Negócios processuais que tenham por objeto mudanças no procedimento podem sujeitar-se a homologação, embora nem sempre isso ocorra; é o que acontece,

10. Bem a propósito, o art. 111 do CC, aplicável ao direito processual civil: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”. Sobre a eficácia negocial do silêncio, DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Exercício tardio de situações jurídicas ativas. O silêncio como fato jurídico extintivo: renúncia tácita e *suppressio*. *Pareceres*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 266 e ss.

11. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. 5, p. 333.

12. Percebeu o ponto, mais uma vez, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, cit., p. 90.

13. Não se poderia reconhecer à autonomia da vontade, no campo processual, atuação tão ampla como a que se lhe abre o terreno privatístico (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, cit., p. 91).

14. Com posicionamento semelhante, BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual*, cit., p. 312 e ss.

por exemplo, com a desistência (art. 200, parágrafo único, do CPC/2015) e a organização consensual do processo (art. 357, § 2.º, do CPC/2015).

O relevante para caracterizar um ato como *negócio jurídico* é a circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática do ato, mas, também, à produção de um determinado efeito jurídico; no negócio jurídico, há escolha do regramento jurídico para uma determinada situação.¹⁵

Há quem não admita a existência de *negócios jurídicos processuais*, posicionamento que, com o Código de Processo Civil de 2015, ao que parece, será simplesmente *contra legem*. Note que os argumentos contrários à existência foram rebatidos ao longo da exposição, além de terem sido apresentados inúmeros exemplos, espalhados por toda a legislação. A discussão sobre a existência dessa categoria processual, ao menos no direito brasileiro, parece, agora, obsoleta e inócua.¹⁶

2. NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

2.1. *A cláusula geral de negociação sobre o processo. O princípio da atipicidade da negociação sobre o processo*

O *caput* do art. 190 do CPC/2015¹⁷ é uma cláusula geral, da qual se extrai o *subprincípio da atipicidade da negociação processual*. *Subprincípio*, porque serve

15. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 166.

16. Para registro histórico, convém mencionar alguns autores que entendiam não existir a categoria do negócio jurídico processual ao tempo do Código de Processo Civil de 1973: DENTI, Vittorio. *Negoziio processuale. Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè. vol. XXVIII, p. 145; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. vol. 1, p. 226-227; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. vol. 2, p. 472; ROCHA, José Albuquerque. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 242; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. t. 2, p. 15-16; KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 1991. p. 141; GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 2, p. 6.

17. Art. 190 do CPC/2015: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste

à concretização do princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo.¹⁸

Dessa cláusula geral podem advir diversas espécies de negócios processuais *atípicos*.¹⁹ Embora o legislador tenha usado o verbo “convencionar” no *caput* e no parágrafo único, a cláusula geral permite *negócios processuais*, gênero de que as convenções são espécies, conforme visto.

O negócio processual *atípico* tem por objeto as situações jurídicas processuais – ônus, faculdades, deveres e poderes (“poderes”, neste caso, significa qualquer situação jurídica ativa, o que inclui direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes propriamente ditos). O negócio processual atípico também pode ter por objeto o ato processual – redefinição de sua forma ou da ordem de encadeamento dos atos, por exemplos.²⁰

Não se trata de negócio sobre o direito litigioso – essa é a autocomposição, já bastante conhecida. No caso, *negocia-se sobre o processo, alterando suas regras*,²¹ e não sobre o objeto litigioso do processo. São negócios que derogam normas processuais – *Normdisposition*, conforme designação de Gerhard Wagner.²²

artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

18. DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. CABRAL, Antonio; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.
19. Não admitindo negócios processuais atípicos, com base no direito italiano, GIUSSANI, Andrea. *Autonomia privada e presuposti processuali: note per un inventario*. *RePro* 211/110. São Paulo: Ed. RT, 2012.
20. A propósito, os Enunciados 257 e 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: 257. “O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. 258. “As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa”.
21. Por isso, houve quem preferisse designar o fenômeno de *flexibilização procedimental voluntária*, GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 215.
22. Citado por CAPONI, Remo. *Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali*. *Civil Procedure Review*, vol. 1, n. 2, p. 45, 2010. Disponível em: [www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=19m]. Acesso em: 16.04.2014; *Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais*. Trad. Pedro Gomes de Queiroz. *RePro* 228/363. São Paulo: Ed. RT, 2014.

Segue lista com alguns exemplos de negócios processuais *atípicos* permitidos pelo art. 190 do CPC/2015: acordo de impenhorabilidade, acordo de instância única,²³ acordo de ampliação ou redução de prazos, acordo para superação de preclusão,²⁴ acordo de substituição de bem penhorado, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória,²⁵ acordo para dispensa de caução em execução

-
23. O art. 681.º, 1, do CPC português permite expressamente o acordo de instância única: “1. É lícito às partes renunciar aos recursos; mas a renúncia antecipada só produz efeito se provier de ambas as partes”. O art. 41, § 2, do CPC francês, também. Sobre o acordo de instância única (CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, vol. 3, n. 3, p. 20. Disponível em: [www.civilprocedurereview.com]. Acesso em: 21.04.2014; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010). In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 25).
24. CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. *Civil Procedure Review*, vol. 1, n. 2, p. 50, 2010. Disponível em: [www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=19m]. Acesso em: 16.04.2014; Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. Trad. Pedro Gomes de Queiroz (trad.) *RePro* 228/367. São Paulo: Ed. RT, 2014.
25. Consoante o Enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (*pacto de disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si.”. Já o Enunciado 490 do mesmo Fórum Permanente de Processualistas Civis traz outro rol de negócios atípicos admitidos com base no art. 190 do CPC/2015: “São admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); pré-fixação de indenização por dano processual prevista nos

provisória,²⁶ acordo para limitar número de testemunhas, acordo para autorizar intervenção de terceiro fora das hipóteses legais, acordo para decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro ou consuetudinário,²⁷ acordo para tornar ilícita uma prova etc.

É possível acordo sobre pressupostos processuais. Não há incompatibilidade teórica entre negócio processual e pressuposto processual. Tudo dependerá do exame do direito positivo. Há, por exemplo, expressa permissão de acordo sobre competência relativa e acordo sobre foro de eleição internacional (art. 25 do CPC/2015). O consentimento do cônjuge para a propositura de ação real imobiliária pelo outro cônjuge é negócio processual sobre um pressuposto processual: a capacidade processual. Há possibilidade de legitimação extraordinária convencional.²⁸ Nada impede, também, que as partes acordem no sentido de ignorar a coisa julgada (pressuposto processual negativo) anterior e pedir nova decisão sobre o tema: se as partes são capazes e a questão admite auto-

arts. 81, § 3.º, 520, I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, II)”.

26. Consoante o Enunciado 262 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “É admissível negócio processual para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença”.
27. Aplica-se, por analogia, o art. 2.º da Lei 9.307/1996: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1.º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2.º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”. Nesse sentido, GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões, cit., p. 21. Também assim, art. 114 do CPC italiano, que prevê o acordo de julgamento por equidade como um negócio típico: “Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il mérito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concordare richiesta”. No CPC francês, há previsão expressa de acordo de direito aplicável ao caso (art. 12, § 3.º) e de decisão por equidade (art. 12, § 4.º; sobre o acordo de equidade no direito francês, CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. *Civil Procedure Review*, vol. 3, n. 3, p. 21-22. Disponível em: [www.civil-procedurereview.com]. Acesso em: 21.04.2014.
28. DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. *RePro*, vol. 232. São Paulo: Ed. RT, 2014.

composição, não há razão para impedir – note que a parte vencedora poderia renunciar ao direito reconhecido por sentença transitada em julgado.²⁹

2.2. Regras gerais da negociação processual

Do art. 190 do CPC/2015 decorrem as regras gerais para a negociação processual.

O negócio processual obriga os sucessores de quem o celebrou.³⁰

Há um conjunto de normas que disciplinam a negociação sobre o processo. Esse conjunto pode ser considerado um microsistema. O art. 190 e o art. 200 do CPC/2015 são o núcleo de microsistema e devem ser interpretados conjuntamente, pois restabelecem o modelo dogmático da negociação sobre o processo no direito processual civil brasileiro. Nesse sentido, o Enunciado 261 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O art. 200 [CPC/2015] aplica-se tanto aos negócios unilaterais quanto aos bilaterais, incluindo as convenções processuais do art. 190 [CPC/2015]”.

Observados os pressupostos específicos dos negócios processuais típicos, os pressupostos gerais, neste item examinados, devem ser também preenchidos.

2.3. Negócios processuais celebrados pelas partes com o juiz

Embora o *caput* do art. 190 do CPC/2015 mencione apenas os negócios processuais atípicos celebrados pelas partes, não há razão alguma para não se permitir negociação processual atípica que inclua o órgão jurisdicional.³¹

Seja porque há exemplos de negócios processuais plurilaterais típicos envolvendo o juiz, como já examinado, o que significa que não é estranha ao

29. Não admitindo esse acordo processual (ignorar coisa julgada anterior), GIUSSANI, Andrea. *Autonomia privada e pressuposti processuali: note per un inventario*. *RePro* 211/108. São Paulo: Ed. RT, 2012.

30. Enunciado 115 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O negócio jurídico celebrado nos termos do art. 190 obriga herdeiros e sucessores”.

31. Em sentido contrário, não admitindo a possibilidade de o juiz ser considerado sujeito de uma convenção processual, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: entre publicismo e privatismo*. Tese de Livre-docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015. p. 236-239; YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 79.

sistema essa figura; seja porque não há qualquer prejuízo (ao contrário, a participação do juiz significa fiscalização imediata da validade do negócio), seja porque poder negociar *sem* a interferência do juiz é mais do que poder negociar *com* a participação do juiz.

Um bom exemplo de negócio processual atípico celebrado pelas partes e pelo juiz é a execução negociada de sentença que determina a implantação de política pública.³²

2.4. *Momento de celebração*

Os negócios processuais podem ser celebrados antes ou durante a litispendência. O *caput* do art. 190 do CPC/2015 é expresso ao permitir essa possibilidade. Ratifica-se, então, o que se disse acima: o negócio jurídico é processual se repercutir em processo atual ou futuro.

Assim, é possível inserir uma cláusula negocial processual num outro contrato qualquer, já regulando eventual processo futuro que diga respeito àquela negociação. O parágrafo único do art. 190 do CPC/2015, aliás, expressamente menciona a possibilidade de negócio processual inserido em contrato de adesão. Um bom exemplo de negócio processual inserido em outro negócio (de adesão ou não) é o pacto de mediação obrigatória: as partes decidem que, antes de ir ao Judiciário, devem submeter-se a uma câmara de mediação.

Enquanto houver litispendência, será possível negociar sobre o processo. Tudo vai depender do objeto da negociação. Um acordo para divisão de tempo na sustentação oral, por exemplo, pode ser celebrado um pouco antes do início da sessão de julgamento no tribunal.

Ambiente propício para a celebração de acordos processuais é a audiência de saneamento e organização do processo (art. 357, § 3.º, do CPC/2015). Nesse momento, as partes podem, por exemplo, acordar para alterar ou ampliar o objeto litigioso, dispensar perito ou celebrar o negócio de organização consensual do processo (art. 357, § 2.º, do CPC/2015).³³

32. COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. *RePro*, n. 212. São Paulo: Ed. RT, 2012; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. vol. 4, p. 367-368.

33. HOFFMAN, Paulo. *Saneamento compartilhado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 198-199; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A cláusula geral do acordo de procedimento no projeto do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010), cit., p. 26.

2.5. Requisitos de validade

2.5.1. Generalidades

Como qualquer negócio jurídico, os negócios jurídicos processuais passam pelo plano da validade dos atos jurídicos. Também como qualquer negócio jurídico, o negócio jurídico processual pode ser invalidado apenas parcialmente (Enunciado 134 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

A convenção processual é autônoma em relação ao negócio principal em que estiver inserida. A invalidade do negócio principal não implicará, necessariamente, a invalidade da convenção processual. Essa regra, existente para a convenção de arbitragem (art. 8.º da Lei 9.307/1996), estende-se a todas as demais convenções processuais, por analogia.³⁴

Assim, para serem válidos, os negócios processuais devem: (a) ser celebrados por pessoas capazes; (b) possuir objeto lícito; (c) observar forma prevista ou não proibida por lei (arts. 104, 166 e 167 do CC/2002). O desrespeito a qualquer desses requisitos implica *nulidade* do negócio processual, reconhecível *ex officio* nos termos do parágrafo único do art. 190 do CPC/2015. A decretação de invalidade processual deve obedecer ao sistema das invalidades processuais, o que significa dizer que não haverá nulidade sem prejuízo.³⁵

2.5.2. Capacidade

O *caput* do art. 190 do CPC/2015 exige que as partes sejam plenamente capazes para que possam celebrar os negócios processuais atípicos, mas não esclarece a que capacidade se refere.

Observe que o negócio pode ter sido celebrado antes do processo; assim, pode ter sido formado antes de as partes do negócio se tornarem partes do processo.

34. Nesse sentido, Enunciado 409 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserta, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual”.

35. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das convenções processuais no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014, p. 124. Também assim, o Enunciado 16 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

É a *capacidade processual* o requisito de validade exigido para a prática dos negócios processuais atípicos permitidos pelo art. 190 do CPC/2015. No caso, exige-se a *capacidade processual negocial*,³⁶ que pressupõe a capacidade processual, mas não se limita a ela, pois a vulnerabilidade é caso de *incapacidade processual negocial*, como será visto adiante, que a princípio não atinge a *capacidade processual geral* – um consumidor é processualmente capaz, embora possa ser um *incapaz processual negocial*.

A observação é importante, pois o sujeito pode ser incapaz civil e capaz processual, como, por exemplo, o menor com dezesseis anos, que tem capacidade processual para a ação popular, embora não tenha plena capacidade civil. Embora normalmente quem tenha capacidade civil tenha capacidade processual, isso pode não acontecer. *Como se trata de negócios jurídicos processuais, nada mais justo que se exija capacidade processual para celebrá-los.*

Incapazes não podem celebrar negócios processuais sozinhos. Mas se estiver devidamente representado, não há qualquer impedimento para que o incapaz celebre um negócio processual. De fato, não há sentido em impedir negócio processual celebrado pelo espólio (incapaz processual) ou por um menor, sobretudo quando se sabe que, extrajudicialmente, suprida a incapacidade pela representação, há para esses sujeitos mínimas limitações para a negociação.

Não há qualquer impedimento na celebração de convenções processuais pelo Poder Público:³⁷ se pode optar pela arbitragem (art. 1.º, §§ 1.º e 2.º da Lei 9.307/1996), tanto mais poderia celebrar convenções processuais. Eventual invalidade, no caso, recairia sobre o objeto, mas, não, sobre a capacidade.

O Código de Processo Civil prevê expressamente a possibilidade de acordo ou tratado internacional dispensar a *caução às custas* (art. 83, § 1.º, I, do CPC/2015). É um claro negócio jurídico processual, celebrado pela União. O art. 75, § 4.º, do CPC/2015, expressamente prevê um negócio jurídico proces-

36. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões, cit., p. 13. Diogo Rezende de Almeida vai nessa linha, com uma sutil diferença: para ele, nos negócios celebrados *antes* do processo, a capacidade exigida é a do direito material (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das convenções processuais no processo civil*, cit., p. 120-121). Para nós, porque visa a produzir efeitos em um processo, ainda que futuro, a capacidade exigida é a processual. Uma pessoa casada não pode regular uma futura ação real imobiliária sem a participação do seu cônjuge, por exemplo: embora *materialmente* capaz, ela sofre restrição em sua capacidade processual (art. 73 do CPC/2015; art. 1.647 do CC/2002).

37. Assim, Enunciado 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A Fazenda Pública pode celebrar negócio processual”.

sual celebrado entre o Estado e o Distrito Federal, para cooperação entre as procuradorias jurídicas.

É preciso também registrar que o Ministério Público pode celebrar negócios processuais, sobretudo na condição de parte – basta dar como exemplo a possibilidade de o Ministério Público inserir, em termos de ajustamento de conduta, convenções processuais.³⁸

O parágrafo único do art. 190 do CPC/2015 traz hipótese específica de *incapacidade processual negocial*: a incapacidade pela situação de vulnerabilidade. Há vulnerabilidade quando houver desequilíbrio entre os sujeitos na relação jurídica, fazendo com que a negociação não se aperfeiçoe em igualdades de condições.³⁹

O juridicamente incapaz presume-se vulnerável. Mas há quem seja juridicamente capaz e vulnerável. As posições jurídicas de consumidor e de trabalhador costumam ser apontadas como posições vulneráveis, nada obstante envolvam sujeitos capazes. Nesses casos, a vulnerabilidade precisa ser constatada *in concreto*: será preciso demonstrar que a vulnerabilidade atingiu a formação do negócio jurídico, desequilibrando-o. Não por acaso o parágrafo único do art. 190 do CPC/2015 diz que o órgão jurisdicional somente reputará nulo o negócio quando se constatar a “manifesta situação de vulnerabilidade”.

38. Assim, Enunciado 253 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte”. O Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou e estimulou a celebração de convenções processuais pelo Ministério Público, nos arts. 15-17 da Res. 118/2014: “Art. 15. As convenções processuais são recomendadas toda vez que o procedimento deva ser adaptado ou flexibilizado para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais. Art. 16. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Art. 17. As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialógica e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta”.

39. O dispositivo decorreu da influência do pensamento de Leonardo Greco sobre a paridade de armas na negociação processual (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 1, p. 11, 2007. Disponível em: [www.redp.com.br]).

Um indício de vulnerabilidade é o fato de a parte não estar acompanhada de assessoramento técnico-jurídico.⁴⁰ Esse fato não autoriza, por si, que se presume a vulnerabilidade da parte, mas indiscutivelmente é uma pista para ela.⁴¹

Assim, nada impede, em tese, a celebração de negócios processuais no contexto do processo consumerista ou trabalhista. Caberá ao órgão jurisdicional, em tais situações, verificar se a negociação foi feita em condições de igualdade; se não, recusará eficácia ao negócio. Note que o parágrafo único do art. 190 do CPC/2015 concretiza as disposições dos arts. 7.º e 139, I, do CPC/2015, que impõem ao juiz o dever de zelar pela igualdade das partes.

O art. 105 do CPC/2015 traz uma lista de atos para os quais o advogado necessita de poder especial; lá, há muitos atos negociais. Sempre que um negócio processual puder resultar em uma das situações previstas no art. 105 do CPC/2015, há necessidade que o advogado tenha poder especial para praticá-lo em nome da parte.

2.5.3. Objeto

O objeto do negócio é o ponto mais sensível e indefinido na dogmática da negociação processual atípica. É preciso criar padrões dogmáticos seguros para o exame da licitude do objeto dos negócios processuais.

Seguem algumas diretrizes gerais, que não exaurem a dogmática em torno do assunto.

40. “Como se sabe, não são raros os contratos em que não há assistência de advogado para uma ou ambas as partes contraentes. Uma cláusula que estabeleça modificação em questões técnicas do processo pode, muito bem, passar despercebida por um leigo e mesmo por empresários versados em negócios empresariais (mas não no processo e, mais ainda, nos detalhes procedimentais). Nesses casos, a não participação de advogado quando da lavratura do negócio pode significar a incapacidade do contraente de prever as consequências da sua manifestação de vontade. A vulnerabilidade técnica, nesse caso, especificamente quanto ao processo e suas previsões, pode significar a necessidade de não aplicação do negócio, no ponto” (ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 208).

41. Enunciado 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

a) A primeira diretriz é a adoção do critério proposto por Peter Schlosser, para avaliar o consenso das partes sobre o processo civil: *in dubio pro libertate*.⁴²

Ressalvada alguma regra que imponha uma interpretação restritiva (art. 114 do CC/2002, p. ex.), na dúvida deve admitir-se o negócio processual.

b) A negociação atípica somente pode realizar-se em causas que admitam solução por autocomposição. Trata-se de requisito objetivo expresso previsto no *caput* do art. 190 do CPC/2015.

Embora o negócio processual ora estudado não se refira ao objeto litigioso do processo, é certo que a negociação sobre as situações jurídicas processuais ou sobre a estrutura do procedimento pode acabar afetando a solução do mérito da causa. Um negócio sobre prova, por exemplo, pode dificultar as chances de êxito de uma das partes. Esse reflexo que o negócio processual possa vir a causar na resolução do direito litigioso justifica a proibição de sua celebração em processos cujo objeto não admita autocomposição.

Mas é preciso que se deixe claro um ponto: o direito em litígio pode ser indisponível, mas admitir solução por autocomposição. É o que acontece com os direitos coletivos⁴³ e o direito aos alimentos. Assim, “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual” (Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Por isso o texto legal fala em “direito que admita autocomposição” e não “direito indisponível”.

c) Tudo o quanto se sabe sobre a licitude do objeto do negócio jurídico privado aplica-se ao negócio processual.

Assim, somente é possível negociar comportamentos lícitos. São nulos, por exemplo, o negócio processual em que uma parte aceite ser torturada no depoimento pessoal e o negócio em que as partes aceitem ser julgadas com base em provas de fé (carta psicografada, por exemplo). No primeiro caso, o objeto do negócio é a prática de um crime; no segundo, o objeto do negócio vincula

42. Citado por CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*. *Civil Procedure Review*, vol. 1, n. 2, p. 44, 2010. Disponível em: [www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=19m]. Acesso em: 16.04.2014; *Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais*. Trad. Pedro Gomes de Queiroz. *RePro* 228/362. São Paulo: Ed. RT, 2014.

43. Enunciado 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “É admissível a celebração de convenção processual coletiva”. Certamente, será muito frequente a inserção de convenções processuais em convenções coletivas de trabalho ou de consumo, por exemplo.

o Estado-juiz, que é laico, a decidir com base em premissa religiosa, o que é inconstitucional (art. 19, I, da CF/1988).

Não é possível negociar para não haver representação processual por advogado. Se as partes não têm capacidade postulatória, elas não podem negociar para se autoatribuir essa capacidade.⁴⁴

Também é nulo o negócio processual simulado (art. 167 do CC/2002) ou em fraude à lei (art. 166, VI, do CC/2002). Aplica-se, no caso, o art. 142 do CPC/2015, que impõe ao juiz o dever de proferir decisão que obste o propósito das partes, sempre que constatar a simulação processual ou a fraude à lei. Simulação processual não é apenas a propositura de um processo simulado (“lide simulada”, no jargão forense); há simulação processual também quando se celebra negócio processual simulado; pode haver fraude à lei também em negócios processuais.

O art. 142 do CPC/2015, embora existente desde a época do Código de Processo Civil de 1973 (art. 129), deve ter a sua importância redimensionada pela doutrina e pela jurisprudência, em razão da introdução da cláusula geral de negociação sobre o processo do art. 190 do CPC/2015.⁴⁵

d) Sempre que *regular expressamente* um negócio processual, a lei delimitará os contornos de seu objeto.

Acordo sobre competência, por exemplo, é expressamente regulado (art. 63 do CPC/2015) e o seu objeto, claramente definido: somente a competência relativa pode ser negociada. Assim, acordo sobre competência em razão da matéria, da função e da pessoa não pode ser objeto de negócio processual. Acordo de supressão de primeira instância é exemplo de acordo sobre competência funcional: acorda-se para que a causa não tramite perante o juiz e vá direto ao tribunal, que passaria a ter competência funcional originária, e não derivada; esse acordo é proibido.⁴⁶

44. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 76.

45. Encampando essa ideia, o Enunciado 410 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Aplica-se o art. 142 do CPC ao controle de validade dos negócios jurídicos processuais”.

46. Enunciado 20 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar mo-

e) Sempre que a matéria for de reserva legal, a negociação processual em torno dela é ilícita.

Os recursos, por exemplo, observam a regra da taxatividade: somente há os recursos previstos em lei, em rol taxativo (art. 994 do CPC/2015). Assim, não se pode criar recurso por negócio processual (um recurso ordinário para o STF diretamente contra decisão de primeira instância, por exemplo) nem se pode alterar regra de cabimento de recurso (agravo de instrumento em hipótese não prevista em lei, por exemplo). Em ambos os casos, no final das contas, se estaria negociando sobre competência funcional, que é absoluta; o art. 63 do CPC/2015 somente permite acordo de competência relativa.

f) Não se admite negócio processual que tenha por objeto afastar regra processual que sirva à proteção de direito indisponível. Trata-se de negócios processuais celebrados em ambiente propício, mas com objeto ilícito, porque relativo ao afastamento de alguma regra processual cogente, criada para a proteção de alguma finalidade pública. É ilícito, por exemplo, negócio processual para afastar a intimação obrigatória do Ministério Público,⁴⁷ nos casos em que a lei a reputa obrigatória (art. 178 do CPC/2015).

Pelo mesmo motivo, não se admite acordo de segredo de justiça.⁴⁸ Perante o *juízo estatal*, o processo é público, ressalvadas exceções constitucionais, dentre as quais não se inclui o acordo entre as partes. Trata-se de imperativo constitucional decorrente da Constituição Federal (arts. 5.º, LX; 93, IX e X, da CF/1988). Caso desejem um processo sigiloso, as partes deverão optar pela arbitragem.

g) É possível inserir negócio processual em contrato de adesão, mas ele não pode ser abusivo. Não pode, por exemplo, onerar excessivamente uma das partes. Se abusivo, será nulo. Generaliza-se aqui o raciocínio desenvolvido para o foro de eleição e para a distribuição convencional do ônus da prova, negócios

tivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos”.

47. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 1, p. 11, 2007. Disponível em: [www.redp.com.br]. Nesse sentido, Enunciado 254 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica”.

48. Diferentemente do que acontece em França, onde este acordo é permitido (art. 435 do CPC francês).

processuais típicos. É por isso que o parágrafo único do art. 190 do CPC/2015 fala em nulidade por “inserção abusiva em contrato de adesão”.

h) No negócio processual atípico, as partes podem definir outros deveres e sanções, distintos do rol legal de deveres e sanções processuais, para o caso de seu descumprimento.⁴⁹

2.5.4. Forma

A forma do negócio processual atípico é livre.⁵⁰

A consagração da atipicidade da negociação processual liberta a forma com o que o negócio jurídico se apresenta. Assim, é possível negócio processual oral ou escrito, expresso ou tácito, apresentado por documento formado extrajudicialmente ou em mesa de audiência etc.

Há, porém, casos excepcionais (foro de eleição e convenção de arbitragem, p. ex.), em que a lei exige forma escrita.

2.6. Anulabilidade

Além de nulo, o negócio processual pode ser anulável. Vícios de vontade podem contaminar negócios processuais.⁵¹ Convenção processual celebrada após coação ou em erro pode ser anulada, por exemplo. A anulação do negócio processual, nesses casos, depende de provocação do interessado (art. 177 do CC/2002).

49. Enunciado 17 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção”.

50. GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese de doutoramento. São Paulo: PUC, 2013. p. 165; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das convenções processuais no processo civil*, cit., p. 123-124. Há versões comerciais de ambas as teses: GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A contratualização do processo*. São Paulo: Ed. LTr, 2015.

51. Entendimento encampado no Enunciado 132 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190”. Assim, também, mais recentemente, YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 77.

2.7. Eficácia e revogabilidade

Há negócios processuais que dependem de homologação judicial (desistência da demanda, art. 200, parágrafo único, do CPC/2015; organização consensual do processo, art. 357, § 2.º, do CPC/2015). Nesses casos, somente produzirão efeitos após a homologação. A necessidade de homologação de um negócio processual deve vir prevista em lei.⁵² Quando isso acontece, a homologação judicial é uma condição legal de eficácia do negócio jurídico processual.⁵³

O negócio processual atípico baseado no art. 190 do CPC/2015 segue, porém, a regra geral do *caput* do art. 200 do CPC/2015: produzem efeitos *imediatamente*, salvo se as partes, expressamente, houverem modulado a eficácia do negócio, com a inserção de uma condição ou de um termo.⁵⁴ Leonardo Greco traz exemplo interessante: as partes dispensam a prova testemunhal, caso a perícia esclareça determinado fato.⁵⁵

A regra é a seguinte: não possuindo defeito, o juiz não pode recusar aplicação ao negócio processual.

A princípio, a decisão do juiz que não homologa ou que recusa aplicação a negócio processual não pode ser impugnada por agravo de instrumento. Sucede que o inc. III do art. 1.015 prevê o cabimento de agravo de instrumento contra decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem. Essa decisão pode significar recusa de aplicação de uma convenção processual, que é a convenção de arbitragem. Parece ser possível, por isso, extrair, a partir desse caso, por analogia, a recorribilidade por agravo de instrumento da decisão interlocutória que não homologue ou recuse eficácia a um negócio processual. O rol das hipóteses de agravo de instrumento, embora taxativo, pode ser interpretado por analogia. Imagine o absurdo da interpretação em sentido contrário: o juiz não homologa a desistência e o ato não pode ser recorrido imediatamente; o processo prosseguiria contra a vontade do autor.

52. Enunciado 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do *caput* do art. 190 não dependem de homologação judicial”.

53. Enunciado 260 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio”.

54. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 151-152.

55. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 1, p. 12, 2007. Disponível em: [www.redp.com.br].

Aplica-se aos negócios processuais *bilaterais*, ainda, a regra da irrevogabilidade da declaração de vontade.⁵⁶ Salvo previsão legal ou negocial expressa,⁵⁷ o negócio processual atípico celebrado com base no art. 190 do CPC é irrevogável.

Obviamente, é possível o distrato processual, pois as mesmas vontades que geraram o negócio são aptas a desfazê-lo.⁵⁸ Mas se o negócio processual for do tipo que precisa de homologação judicial para produzir efeitos, o respectivo distrato também dependerá dessa homologação.⁵⁹

2.8. *Onerosidade excessiva, resolução e revisão*

A onerosidade excessiva superveniente à elaboração de um negócio jurídico de execução diferida pode servir como fundamento para a sua resolução (art. 478 do CC/2002) ou revisão (art. 479 do CC/2002).

As regras servem às convenções processuais – sobretudo àquelas celebradas antes da instauração do processo.

Rafael Abreu fornece um bom exemplo: convenção processual sobre custos do processo; sucede que, no momento de incidência da convenção, a situação econômica do conveniente é bem diferente daquela do momento da celebração do negócio, tornando a convenção excessivamente onerosa.⁶⁰

2.9. *Inadimplemento e ônus da alegação*

O inadimplemento da prestação de um negócio processual celebrado pelas partes é fato que tem de ser alegado pela parte adversária; caso não o faça no

56. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das convenções processuais no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014. p. 178 e ss.

57. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das convenções processuais no processo civil*, cit., p. 179.

58. Nesse sentido, Enunciado 411 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O negócio processual pode ser distratado”.

59. Nesse sentido, Enunciado 495 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O distrato do negócio processual homologado por exigência legal depende de homologação”.

60. ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 207.

primeiro momento que lhe couber falar, considera-se que houve novação tácita e, assim, preclusão do direito de alegar o inadimplemento. *Não pode o juiz, de ofício, conhecer do inadimplemento do negócio processual, salvo se houver expressa autorização negocial (no próprio negócio as partes aceitam o conhecimento de ofício do inadimplemento) ou legislativa nesse sentido.*⁶¹

Essa é a regra geral que se extrai do sistema, a partir de outras regras previstas para negócios típicos: a não alegação do foro de eleição, pelo réu, que significa revogação tácita dessa cláusula contratual (art. 65 do CPC/2015); a não alegação da convenção de arbitragem implica renúncia tácita à jurisdição estatal (art. 337, § 6.º, do CPC/2015).

Um exemplo, para ilustrar, com um negócio atípico.

Imagine-se o acordo de instância única: as partes negociam que ninguém recorrerá. Se, por acaso, uma das partes recorrer, o órgão jurisdicional não pode deixar de admitir o recurso por esse motivo; cabe à parte recorrida alegar e provar o inadimplemento, sob pena de preclusão. O não cabimento do recurso em razão do negócio jurídico processual não pode ser conhecido de ofício pelo juiz.

2.10. Efetivação

O inadimplemento da prestação de um negócio processual autoriza que se peça a execução da prestação devida ou a implantação da situação jurídica pactuada. Essa execução, diferentemente do que ocorre com a execução de negócios jurídicos não processuais, dá-se no bojo do próprio processo, sem necessidade de ajuizamento de uma ação executiva.

Por simples petição, a parte lesada pelo inadimplemento pede ao juiz “que exija da parte contrária o respeito ao pactuado ou simplesmente ponha em prática a nova sistemática processual firmada na convenção”.⁶²

É o que acontece, por exemplo, quando se requer a inadmissibilidade de um recurso interposto por parte que havia aceitado a decisão ou quando o juiz decide com base na regra de ônus da prova que foi pactuada, mesmo contra a vontade da parte.⁶³

61. A propósito, Enunciado 252 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento”.

62. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das convenções processuais no processo civil*, cit., p. 179.

63. Idem, *ibidem*.

2.11. Princípio da boa-fé e negociação processual

Durante toda a fase de negociação processual (tratativas, celebração e execução), vige o princípio da boa-fé processual (arts. 5.º do CPC/2015; e 422 do CC/2002). Isso vale tanto para os negócios típicos quanto para os atípicos.⁶⁴

2.12. Interpretação

Os negócios processuais, típicos e atípicos, devem ser interpretados de acordo com as normas gerais de interpretação dos negócios jurídicos previstas no Código Civil – que, em verdade, são normas gerais para interpretação de qualquer negócio jurídico:

a) art. 112 do CC/2002: nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem;⁶⁵

b) art. 113 do CC/2002: os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração;⁶⁶

c) art. 114 do CC/2002: os negócios jurídicos *benéficos* (aqueles em que apenas uma das partes se obriga, enquanto a outra se beneficia) e a *renúncia* interpretam-se estritamente;⁶⁷

d) art. 423 do CC/2002: quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente; a regra é importante, pois, como vimos, é permitida a inserção de negócio processual em contrato de adesão.⁶⁸

64. Assim, Enunciado 407 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé”.

65. Encampando essa ideia, defendida desde a 17.ª ed. deste volume, o Enunciado 404 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Nos negócios processuais, atender-se-á mais à intenção consubstanciada na manifestação de vontade do que ao sentido literal da linguagem”.

66. Encampando essa ideia, defendida desde a 17.ª ed. deste volume, o Enunciado 405 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os negócios jurídicos processuais devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

67. Encampando essa ideia, defendida desde a 17.ª ed. deste volume, o Enunciado 406 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os negócios jurídicos processuais benéficos e a renúncia a direitos processuais interpretam-se estritamente”.

68. Encampando essa ideia, defendida desde a 17.ª ed. deste volume, o Enunciado 408 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Quando houver no contrato de adesão

2.13. *Negócios processuais coletivos e negócios processuais que dizem respeito a processos indeterminados*

Admitem-se *negócios processuais coletivos*.⁶⁹⁻⁷⁰ Basta pensar em um acordo coletivo trabalhista, em que os sindicatos disciplinem aspectos do futuro dissídio coletivo trabalhista. Trata-se de negócio que visa disciplinar futuro processo coletivo.

Para que tais convenções processuais coletivas sejam celebradas, é preciso que haja legitimação negocial coletiva por parte do ente que a celebre. Aplica-se, aqui, por analogia, o regramento das convenções coletivas de trabalho e convenções coletivas de consumo (art. 107 do CDC).

Há também negócios que dizem respeito a processos indeterminados.

Há exemplos de acordos celebrados entre órgãos do Poder Judiciário e alguns litigantes habituais (Caixa Econômica Federal, p. ex.), no sentido de regular o modo como devem ser citados (sobretudo regulando a citação por meio eletrônico) e até a quantidade de citações novas por semana. Tratados internacionais podem disciplinar regras processuais de cooperação internacional – tratados são negócios jurídicos e podem ser fonte de norma processual.

negócio jurídico processual com previsões ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

69. Enunciado 255 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “É admissível a celebração de convenção processual coletiva”. Certamente, será muito frequente a inserção de convenções processuais em convenções coletivas de trabalho ou de consumo, por exemplo. Além disso, a Res. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público regula, expressamente, as convenções processuais celebradas pelo Ministério Público em termos de ajustamento de conduta, instrumento negocial para a solução de litígios coletivos.
70. “(...) alguns exemplos interessantes que constituem objeto dos acordos coletivos processuais na França: (a) as conclusões finais das partes devem anunciar claramente as razões de fato e de direito; (b) comunicação entre tribunal e advogado por via eletrônica; (c) acordo para perícias firmado entre tribunal, ordem dos advogados e associação de peritos, para regulamentar a produção da prova e uniformizar critérios de fixação de honorários; (d) instituição de comissão mista de estudo para acompanhar processos e estudar as eventuais disfunções e apresentar propostas de alterações”. (ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo, cit., p. 190.) Sobre o assunto, CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia, cit., p. 30-35. Disponível em: [www.civilprocedurereview.com]. Acesso em: 21.04.2014).

Também não parece haver impedimento para convenções processuais envolvendo a Ordem dos Advogados do Brasil e órgãos do Poder Judiciário para, por exemplo, estipular um calendário de implantação de processo eletrônico ou outros instrumentos de gestão da administração da Justiça. Na medida em que interfiram no andamento de um processo, esses negócios serão processuais.

Outro bom exemplo é a possibilidade de os Estados e o Distrito Federal ajustarem compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias (art. 75, § 4.º do CPC). Parece bem razoável a interpretação elástica do dispositivo, até mesmo em razão do art. 190 do CPC, no sentido de a permissão estender-se também aos entes da administração indireta, como as autarquias e empresas estatais.⁷¹

2.14. *Direito intertemporal*

Há duas dúvidas de direito intertemporal que merecem exame destacado.

a) Negócio jurídico processual atípico celebrado antes do início da vigência do Código de Processo Civil de 2015 pode produzir efeitos?

Para quem defende que negócios processuais atípicos eram permitidos nos termos do art. 158 do CPC/1973, o problema não existe: o Código de Processo Civil de 2015 apenas ratifica o que já se permitia. Esta é a nossa posição.

Para quem defende que negócios processuais atípicos somente são permitidos a partir do Código de Processo Civil de 2015, o problema ganha vulto. Nesse caso, o negócio atípico celebrado ao tempo do Código de Processo Civil de 1973 pode produzir efeitos a partir do início da vigência do CPC/2015. Essa posição foi encampada pelo Enunciado 493 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O negócio processual celebrado ao tempo do CPC/1973 é aplicável após o início da vigência do CPC/2015”.

b) Negócio jurídico processual típico, previsto no Código de Processo Civil de 2015, mas celebrado antes do início da vigência do Código de Processo Civil de 2015, pode produzir efeitos?

71. Acolhendo a ideia, o Enunciado 383 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As autarquias e fundações de direito público estaduais e distritais também poderão ajustar compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias”.

O Código de Processo Civil de 2015, como visto, previu alguns negócios processuais típicos novos (escolha consensual do perito, art. 471, p. ex.). Uma escolha consensual do perito celebrada na vigência do CPC/1973 poderia produzir efeitos após o início da vigência do CPC/2015?

Novamente, para quem defende que negócios processuais atípicos eram permitidos nos termos do art. 158 do CPC/1973, o problema não existe: a escolha consensual do perito seria considerada como negócio atípico, se celebrada ao tempo do Código de Processo Civil de 1973. Esta é a nossa posição.

Para quem entende que esse negócio somente pode ser celebrado a partir do Código de Processo Civil de 2015, e com observância aos respectivos pressupostos, é possível aceitá-lo, reconhecendo-lhe efeitos a partir do início da vigência do CPC/2015, numa espécie de *convalidação, pela lei, do negócio jurídico*.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais, de Murilo Teixeira Avelino – *RePro* 246/219 (DTR\2015\13217);
- Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação, de Rosa Maria de Andrade Nery – *RDPriv* 64/261 (DTR\2016\129); e
- Os negócios processuais, suas vantagens econômicas e a redução de custos do processo, de Vinícius Mattos Felício e Guilherme Vinicius Magalhães – *Crise Econômica e Soluções Jurídicas* 37 (DTR\2015\16497).

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles in shades of light gray. A fine grid of thin, light gray lines is overlaid on the right side of the page, creating a subtle pattern. The overall aesthetic is clean and modern.

Direito Eleitoral



NOTAS CRÍTICAS SOBRE A ÚLTIMA REFORMA ELEITORAL

CRITICAL NOTES ON THE MOST RECENT ELECTORAL REFORM

RICARDO PENTEADO

Advogado eleitoral.
ricardo.penteado@mptap.com.br

ÁREA DO DIREITO: Eleitoral

RESUMO: Análise crítica sobre aspectos polêmicos da última reforma eleitoral, no tocante à limitação do período de campanha; redução do período de convenções, registro e julgamento de candidaturas; limitação aos orçamentos das campanhas eleitorais; limitação à propaganda eleitoral e aspectos positivos da pré-campanha eleitoral.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 13.165/2015 – Campanha eleitoral – Propaganda – Financiamento e duração.

ABSTRACT: Critical analysis on controversial aspects of the last electoral reform, regarding the limitation of the campaign period; reduction of the conventions, registration and trial applications period; limitation of election campaigns budgets; limitation to electoral publicity and positive aspects of the pre-election campaign.

KEYWORDS: Law 13.165/2015 – Electoral campaign – Advertising – Finance and duration.

INTRODUÇÃO

Propõe este artigo, ainda que de forma epidérmica, analisar alguns aspectos da última reforma eleitoral implementada pela Lei 13.165, de 29.09.2015, que teve por objeto alterar a Lei 9.504/1997 que regula as eleições; a Lei 9.096/1995, que dispõe sobre os Partidos Políticos e a Lei 4.737/1965, que constitui o Código Eleitoral Brasileiro.

Convém lembrar que o advento da Lei 9.504/1997 prometia fazer com que o direito eleitoral ganhasse estabilidade, já que até então era errática e casuística a legislação disciplinadora das eleições, sempre editada no próprio ano e imediatamente antes de cada pleito, o que favorecia casuísmos políticos, impedia a sedimentação de orientações doutrinárias e prejudicava a fixação de posicionamentos jurisprudenciais duráveis.

Ao ser editada, esperava-se que só a Lei 9.504/1997 regulamentasse todas as eleições (nacionais, estaduais/distrital e municipais), mantendo-se estáveis as regras da disputa eleitoral e garantindo-se uma segurança jurídica que, aos olhos da melhor doutrina, é indiscutivelmente a joia da coroa do Estado de Direito Democrático.

Pode-se dizer que os pleitos de 1998, 2000, 2002 e 2004 ocorreram de forma estável e com razoável segurança jurídica, ainda que possam ter sido sobressaltados por uma ou outra interpretação jurisprudencial controvertida que causaram algum alvoroço passageiro (vinculação das coligações, fixação de número de vagas nas Câmaras Municipais, p. ex.).

Mas foi a partir do notório escândalo do “mensalão” que as regras eleitorais contidas na Lei 9.504/1997 passaram a sofrer constantes e incoerentes alterações que pretextavam moralizar o exercício dos mandatos eletivos e aprimorar as eleições.

Paradoxalmente, contudo, as mudanças implementadas nada tiveram com o sistema eleitoral propriamente dito – revisão que seria muito mais profunda e de índole constitucional – e limitaram-se ao ataque cosmético das disciplinas atinentes à propaganda eleitoral tendo como aparente objetivo reprimir os supostos altos custos das campanhas eleitorais.

Quiçá por uma tentativa diversionista de defesa, os implicados naquele escândalo de corrupção, malgrado condenados por este crime, lograram incutir na sociedade a equivocada ideia de que o seu comportamento dissoluto na gestão da coisa pública seria consequente dos supostos altos custos das eleições, e não de sua própria índole ímproba.

Em ambiente semelhante, adveio a Lei 13.165/2015, moldurada desta vez pelo escândalo do “petrolão” que, conquanto diga respeito a atos ímprobos de gestão da coisa pública, com o favorecimento de empresas contratadas pela Petrobras, também serviu como catalisador de uma nova reforma eleitoral.

Mais uma vez o mote central desta reforma foi o suposto alto custo das eleições, concentrando-se no financiamento das campanhas as grandes alterações aprovadas.

Assim é que de escândalo em escândalo, de reforma em reforma, vemos o nosso sistema eleitoral servir como o cordeiro sacrificial que espiaria os pecados do mundo, como se todos os deslizes que foram cometidos pelos representantes populares tivessem como causa o alto custo das campanhas eleitorais.

CAMPANHA DIMINUÍDA

Conforme destacado, o traço principal da reforma foi o de reduzir os custos da campanha eleitoral e, nesse propósito, ocorreu ao legislador uma solução

prosaica e aparentemente radical: diminuir a duração da campanha eleitoral que, segundo a nova redação do art. 36 da Lei 9.504/1997, operada pela Lei 13.165/2015, só pode começar após o dia 16 de agosto do ano da eleição.

Observa-se, contudo, que já era criticada a disposição legislativa que proibia atos de campanha eleitoral antes do dia 5 de julho do ano das eleições, porquanto criava artificialmente um “ponto de largada” para a formação de candidaturas e do debate social pela preferência do voto.

Esta restrição, aliada a uma interpretação cerceadora do direito de manifestação pública a respeito de candidaturas impunha, deveras, um comportamento hipócrita e ficcional aos candidatos que, para cumprir a lei, não podiam admitir que ostentavam esta condição, muito embora pudessem assim ser reconhecidos pela mídia (jornais e meios de comunicação).

Em nosso entendimento, o que era ruim conseguiu ficar pior: a campanha eleitoral, que durava pouco mais do que três meses, passou a durar minguados dois meses.

Já a propaganda no rádio e na televisão, que antes acontecia num período de quarenta e cinco dias, passou a ter trinta e cinco dias, sendo certo que o seu tempo de duração foi sensivelmente reduzido para todos os cargos. No caso das eleições de Prefeito, por exemplo, esse tempo de propaganda de rádio e TV, que durava 30 minutos a cada duas vezes no dia, foi reduzido para apenas 10 minutos duas vezes por dia.

Convenha-se que se o objetivo era diminuir os custos, a medida deve apresentar-se eficaz. Mas cumpre indagar: a propaganda não perdeu a sua eficiência? Para o eleitor, que é destinatário das mensagens políticas nela veiculada, serão suficientes os 10 minutos, divididos entre todos os candidatos, para a formação de seu juízo a respeito da melhor escolha?

Pondere-se, ainda, o risco dessas propagandas tornarem-se ainda mais complexas do ponto de vista da técnica da comunicação, porquanto a diminuição do tempo do discurso forçará a complexidade da produção da própria mensagem, tornando ainda mais intrincados os recursos e artifícios de marketing político.

Deveras, o que poderia ser dissertativo, passa a ser exposto de forma compacta, favorecendo a ideia ligeira e bombástica, produzida no intuito de se fixar uma mensagem no menor espaço de tempo possível.

É claro que 10 minutos de propaganda, quando divididos entre um número reduzido de candidatos, pode mostrar-se mais do que eficiente para o debate dialético que se deseja num pleito eleitoral.

Ocorre, entretanto, que o sistema eleitoral – que tanto demanda uma reforma – restou intocado, sendo certo que o legislador tratou apenas cosmeticamente da questão, visando somente a redução de custos, e não o aprimoramento do processo eleitoral e da formação da consciência popular para o exercício do sufrágio consciente.

Houve, quer nos parecer, uma inversão de prioridades: ao invés de se prestigiar a campanha eleitoral como uma necessidade da formação da consciência popular; preferiu-se eliminá-la ao máximo em nome da almejada redução de custos, que aos olhos de muitos, leva certos elementos a se corromperem na gestão da coisa pública.

Não se advoga aqui por uma campanha interminável, é evidente. Mas quer nos parecer que a ausência de campanha eleitoral, ou a sua redução a ponto de torná-la ineficiente, só pode ter como consequência a desinformação do eleitorado e o imobilismo dos poderes já constituídos, situação que em nada favorece o ideal democrático.

Por outro lado, a negação de acesso aos candidatos aos meios de comunicação, a par de contrariar o chamado “direito de antena” constitucionalmente garantido (§ 3.º do art. 17 da CF), deixa o próprio eleitorado à reboque daqueles que controlam os meios de comunicação explorados pela iniciativa privada, por mais que se lhes reconheça a necessária garantia de independência.

Não bastasse isso, o próprio acesso que os governos têm aos meios de comunicação, na forma do § 1.º do art. 37 da CF, que é um direito/poder amplamente exercido no rádio e na televisão, desequilibra a paridade de armas de comunicação que deveria ser garantida tanto para a situação como para a oposição.

Parece-nos, em suma, que a diminuição da campanha eleitoral, com as sensíveis reduções de espaço para a propaganda eleitoral, não prestigiam a informação ao eleitor e tampouco asseguram a paridade de armas que deve existir entre aqueles que estão no poder e aqueles que o almejam.

A democracia tem preço e se o compararmos com os custos de outras alternativas de forma de exercício de poder, esse valor é sempre modesto.

PROCESSO DE REGISTRO ELEITORAL

A reboque da redução das campanhas eleitorais, sobreveio uma alteração no calendário político que, em nosso ver, consubstancia um lamentável equívoco do legislador: a prorrogação dos atos convencionais partidários e do processo de registro de candidaturas.

Na sua forma original, a Lei 9.504/1997 previa que as convenções partidárias deveriam ocorrer no período entre 10 e 30 de junho do ano das eleições, sendo que os registros de candidaturas deveriam ser postulados até o dia 5 de julho.

Cabe lembrar que o registro de candidaturas na Justiça Eleitoral serve não apenas à averiguação das elegibilidades dos pré-candidatos como alberga a prestação jurisdicional eleitoral quando haja impugnações por conta de inelegibilidades, em processo que se franqueia o amplo contraditório com a necessária instrução probatória pertinente ao caso.

Ora, basta a observação das mais recentes eleições – notadamente as municipais – para constatar que a Justiça Eleitoral, por melhor equipada que estivesse para exercer seu mister, não deu conta, em muitos casos, de solucionar definitivamente pedidos de registro de candidatos, mesmo depois de passada a realização do próprio pleito!

Do calendário eleitoral anterior – que já parecia mingüado para a prestação jurisdicional eficiente – foram retirados mais do que trinta dias, conforme dispõe a nova redação do art. 11 da Lei 9.504/1997, que estabelece o dia 15 de agosto do ano das eleições como data limite para a apresentação dos pedidos de registro de candidaturas e 20 dias antes da eleição para que todos esses pleitos tenham sido julgados nas instâncias ordinárias (§ 1º do art. 16 do mesmo diploma).

Entre o dever de solucionar o processo – em que se ameaça o julgador com sanções disciplinares, conforme o art. 97 da Lei 9.504/1997 – e o dever de garantir às partes o amplo contraditório com a instrução necessária, pode-se imaginar que coisa possa ser sacrificada em nome de outra.

E nem se diga que a redução desse calendário constitua motivo de aflição exclusiva do Poder Judiciário ou do postulante à candidato. Essa situação implica na dificuldade do próprio eleitor de definir quais são os próprios contendores e, portanto, quais são aqueles que têm condições de serem sufragados pelo seu voto.

Convenha-se que a abreviação do calendário no tocante ao processo de registro de candidaturas, não era absolutamente necessária, nem mesmo no contexto equivocado de barganhar o custo da democracia.

FINANCIAMENTO E LIMITE DE GASTOS

Embora não tenha sido produto da Lei 13.165/2015, mas sim de uma decisão do STF, restou proibida, para as próximas eleições, a doação eleitoral feita

por pessoas jurídicas, mesmo as não incluídas no rol restritivo do art. 24 da Lei 9.504/1997.

Experiência semelhante já havia sido tentada no passado recente por tratamento legislativo, e o resultado foi catastrófico (eleições de 1989 e a conhecida operação Uruguai).

Diz-se, entretanto, que a decisão do STF não se pautou por um critério político, mas sim por uma interpretação das normas constitucionais que, segundo a alta corte, repeliriam o financiamento eleitoral privado de pessoas jurídicas.

Muito se poderia discutir a respeito deste tema, do desacerto e das funestas consequências desta proibição, cuja permanência no cenário jurídico brasileiro é esperada para ser breve.

Para a discussão que se propõe neste artigo, entretanto, basta por ora a constatação deste novo cenário em que os recursos para financiamento das eleições passam a ser sensivelmente diminuídos.

Assim, não bastasse a quase inexistente fonte de recursos, sobreveio um novo critério a respeito da limitação orçamentária das eleições.

Cabe lembrar que o limite orçamentário de uma eleição não corresponde, necessariamente, ao quanto se arrecadará, mas sim ao máximo que se gastará na realização da campanha respectiva.

A fixação desse limite não é, portanto, um mero detalhe burocrático, porquanto consubstancia uma fronteira de gastos que não pode ser ultrapassada, sob pena de aplicação de sanções pecuniárias ou mesmo de caracterização de abuso de poder econômico.

É intuitivo que quanto menor for o limite orçamentário, menos se pode fazer campanha, já que a última está condicionada a aquele.

Desde que a democracia foi restaurada em todos os níveis de poder, o limite máximo de gasto de uma campanha eleitoral vem sendo estabelecido pelos próprios partidos políticos, que ao decidirem suas estratégias de campanha, apresentavam à Justiça Eleitoral qual seria o valor máximo a ser gasto.

Mais recentemente a Lei das Eleições estabeleceu que o limite máximo de gasto de uma campanha eleitoral poderia ser fixado por uma lei editada pelo Congresso Nacional no ano da eleição, caso contrário, seria ele estabelecido pelo próprio partido político do candidato interessado segundo seus critérios e estratégias.

Com o advento da Lei 13.165/2015, entretanto, sobreveio a regra do art. 5.º que reza:

“Art. 5.º O limite de gastos nas campanhas eleitorais dos candidatos às eleições para Presidente da República, Governador e Prefeito será definido com base nos gastos declarados, na respectiva circunscrição, na eleição para os mesmos cargos imediatamente anterior à promulgação desta Lei, observado o seguinte:

I – para o primeiro turno das eleições, o limite será de:

a) 70% (setenta por cento) do maior gasto declarado para o cargo, na circunscrição eleitoral em que houve apenas um turno;

b) 50% (cinquenta por cento) do maior gasto declarado para o cargo, na circunscrição eleitoral em que houve dois turnos;

II – para o segundo turno das eleições, onde houver, o limite de gastos será de 30% (trinta por cento) do valor previsto no inciso I.

Parágrafo único. Nos Municípios de até dez mil eleitores, o limite de gastos será de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para Prefeito e de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para Vereador, ou o estabelecido no *caput* se for maior”.

Como se vê, o critério de que se vale a nova ordem legislativa baseia-se no maior valor que foi gasto na eleição imediatamente anterior, na mesma circunscrição, com uma glosa de 30% para efeito de se estabelecer o limite para o próximo pleito.

Tem-se pois que o limite de gasto foi estabelecido praticamente a esmo já que foi vinculado a um comportamento pessoal e individual de uma candidatura passada que, ao estabelecer seus próprios limites, levava em consideração as particularidades e circunstâncias de um pleito anterior – que pode nada ter que ver com o cenário atual.

Não bastasse isso, o legislador determinou, qualquer que fosse o resultado, que dele se abatesse 30% ou 50%, conforme o caso de ter havido ou não um segundo turno.

Como se vê, a fixação dos limites orçamentários nos milhares de Municípios do Brasil, foi entregue ao mero acaso.

Ora, pode ter acontecido que numa determinada circunscrição não tenha havido uma disputa muito acirrada entre candidatos do pleito e, por conta disso, os gastos tenham sido muito modestos – fato que não deve se repetir, necessariamente, na eleição subsequente.

Por que este orçamento passado, fixado de forma subjetiva e de acordo com uma conveniência pretérita, vincularia todas as demais eleições futuras na mesma circunscrição?

Mais que isso: Municípios muito semelhantes, com número parecido de eleitores, podem apresentar, por este critério de vinculação às eleições passadas, limites inexplicavelmente distintos, sem que nenhuma situação jurídica objetiva justifique essa desigualdade de tratamento.

Para se ter ideia do resultado concreto bizarro desta disposição legal cabe uma constatação denunciadora do absurdo: Na próxima eleição para o cargo de prefeito do Município de São Paulo, o limite de gasto para o primeiro turno será de R\$ 33.993.565,86.

Em contrapartida, se a eleição para o cargo de governador do Estado de São Paulo fosse hoje, o limite de gasto para o primeiro turno seria de R\$ 32.614.879,43. Ou seja: o candidato ao governo poderia gastar R\$1.378.686,43 a menos do que o candidato a prefeito!

Assim é que, segundo os lotéricos critérios estabelecidos pela Lei 9.504/1997, para comunicar-se com os 30.466.834 eleitores de todo o Estado de São Paulo, o candidato ao governo tem um limite menor do que o candidato a prefeito da capital do mesmo Estado, que fará campanha para apenas 8.619.170 eleitores. Paradoxalmente o eleitorado do Estado é continente do eleitorado da capital.

A causa desta distorção é evidente. Ao vincular o limite de gastos eleitorais da próxima eleição a um ato subjetivo de vontade do candidato nas eleições anteriores, o legislador não se valeu de um critério linear e uniforme e violou não apenas o princípio da igualdade de tratamento perante a lei, como admoestou o princípio constitucional da proporcionalidade e adequação.

Tivesse o legislador considerado o contingente de eleitores, em ponderação com a extensão territorial da circunscrição respectiva, quiçá teria editado norma com efeito linear e uniforme.

Mas não foi o que fez.

Ao adotar o critério acima, tornou o limite orçamentário uma regra de acaso baseada numa circunstância do passado, sem a menor adequação e respeito ao processo eleitoral propriamente dito.

Ousa-se uma indagação que embora tenha componente *ad terrorem*, serve para alguma reflexão: como agir em casos em que a eleição passada tenha sido mal contabilizada e fraudada com o chamado “caixa dois”? Por qual razão a próxima eleição teria seu orçamento limitado tendo por referência uma eleição “subfaturada”? Não se estaria estimulando nova prática de caixa dois?

NOVAS LIMITAÇÕES À PROPAGANDA

Por derradeiro, sem se esgotar a análise da Lei 13.165/2015, convém destacar as limitações à propaganda eleitoral contidas na nova redação do art. 37 da Lei das Eleições.

O tema deve ser abordado tendo em especial conta as eleições municipais, que são marcadas por uma campanha que se apega ao contato pessoal com os eleitores e que raramente têm os meios de comunicação do rádio e televisão disponíveis aos candidatos.

Assim é que levando-se em conta que a maioria dos Municípios nacionais têm uma população rural e urbana com difícil ou nenhum acesso aos jornais, Internet ou outras publicações, as campanhas eleitorais são levadas a efeito nas próprias ruas e logradouros públicos, sendo certo que para eles assim dispôs o legislador:

“Art. 37. Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos bens de uso comum, inclusive postes de iluminação pública, sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados”.

Como se vê, aos candidatos que não têm acesso ao rádio e televisão não sobrou quase nenhuma forma de realizar propaganda eleitoral por exposição visual de sua candidatura nos logradouros públicos.

Sequer a exposição de placas, estandartes, faixas ou cavaletes está permitida, recursos que, como se sabe, eram useiros e vezeiros para os candidatos de baixo poder econômico.

A propaganda de rua que hoje se admite está limitada ao quanto dispõe o § 6.º do mesmo art. 37:

“§ 6.º É permitida a colocação de mesas para distribuição de material de campanha e a utilização de bandeiras ao longo das vias públicas, desde que móveis e que não dificultem o bom andamento do trânsito de pessoas e veículos”.

Incoerentemente se proíbe o uso de uma cartolina pendurada num poste e se admite a exibição de uma bandeira ao longo das vias públicas. Ou seja: a bandeira, que é cara e exige contratação de mão de obra para sua exibição é admitida enquanto que o cartaz, que é barato e de maior duração é proscrito.

Identifica-se aqui uma clara mudança de orientação na prática da propaganda de rua, em prejuízo da divulgação de novas candidaturas.

Até a pouco tempo, a legislação eleitoral tornava a propaganda eleitoral imune às posturas municipais restritivas, garantindo aos candidatos – em nome da democracia – amplo acesso ao eleitorado.

Nos tempos de hoje, a pretexto de “baratear” as campanhas, quase todo tipo de propaganda é proibida, construindo-se um ambiente bem mais restritivo do

que aqueles adotados pelas posturas municipais, prejudicando sobremaneira os candidatos que não estejam expostos na mídia em favor daqueles que são por ela favorecidos e em favor daqueles que já ocupam cargos que lhes garantem certa exposição.

Por incrível que pareça, qualquer cidadão pode portar um cartaz contendo uma propaganda comercial, um protesto por qualquer causa ou a manifestação particular de uma ideia ou arte em logradouros públicos. Já ao candidato, que se expõe para poder representar os interesses da população, buscando um mandato popular, a mesma liberdade de expressão e exposição é tolhida, apenas porque o cartaz que exhibe uma candidatura, e não a um sabonete, se tornou inexplicavelmente subversivo.

Convenha-se que em nome do barateamento da campanha eleitoral não se autoriza o menoscabo à liberdade de manifestação do pensamento (inc. IV do art. 5.º da CF).

Se a exibição de um cartaz é permitida a um cidadão qualquer, melhor garantida deveria ser ela a aquele cidadão que se apresenta para representar a sua própria comunidade.

A PRÉ-CAMPANHA – ASPECTO POSITIVO

Cabe ressaltar, em meio às críticas acima apontadas, alguns aspectos positivos nas alterações propostas pela Lei 13.165/2015, notadamente a disciplina que se deu aos atos de pré-campanha eleitoral, deles afastando o que antes era caracterizado, pela jurisprudência, como o ilícito da propaganda eleitoral antecipada.

Sem se alterar a redação do art. 36 da Lei 9.504/1997, na parte que limitava o início da propaganda eleitoral, o art. 36-A trouxe um rol de condutas que afastou da tipificação extensiva que se vinha dando à norma restritiva de direito, garantindo a eficácia constitucional da liberdade de expressão.

Com efeito, até pouco tempo atrás considerava-se que mesmo a manifestação individual, quanto à pretensão de se lançar candidato, sem realizar propriamente um ato de campanha, mas no exercício político de cidadania, consubstanciaria o ilícito da propaganda eleitoral antecipada, se praticada antes da data permitida pelo legislador.

Hoje, porém, não apenas esta manifestação, como outras que digam respeito à formação desta candidatura e planejamento de uma campanha eleitoral já não são atos ilícitos.

Eis o rol que o legislador editou para afastar restrições produzidas por vieses interpretativos equivocados:

“Art. 36-A. Não configuram propaganda eleitoral antecipada, desde que não envolvam pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais dos pré-candidatos e os seguintes atos, que poderão ter cobertura dos meios de comunicação social, inclusive via Internet:

I – a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;

II – a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária;

III – a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária e pelas redes sociais;

III – a realização de prévias partidárias e a respectiva distribuição de material informativo, a divulgação dos nomes dos filiados que participarão da disputa e a realização de debates entre os pré-candidatos;

IV – a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos;

V – a divulgação de posicionamento pessoal sobre questões políticas, inclusive nas redes sociais;

VI – a realização, a expensas de partido político, de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias”.

Importante advertir, contudo, que nos atos acima ressaltados, quando possam provocar gastos ou organização de uma estrutura complexa, competem à economia partidária, devendo as despesas havidas serem registradas na prestação de contas ordinárias da agremiação respectiva, nunca custeadas pelo postulante à candidatura.

O essencial é que neste aspecto a Lei em apreço chegou em boa hora para garantir a liberdade de se criar uma candidatura de forma transparente e legítima, sem se adotar uma ficção de que o postulante a um mandato surgiria, de inopino, no dia seguinte ao de uma convenção partidária.

A realização de encontros para tratar da discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, desde que realizadas em ambientes fechados e às custas do partido político já podem ser feitas sem disfarces (inc. II) e sem rebuços de clandestinidade, sendo certo que estas atividades podem ser divulgadas nas redes sociais (inciso V).

Já era sem tempo.

CONCLUSÃO

O Min. Marco Aurélio Mello, do STF, cultiva um bordão que lhe é caro: “Paga-se um preço pelo Estado de Direito, e esse preço é módico”.

A democracia também tem seu preço, e o valor das campanhas eleitorais faz parte dele. Baratear o seu custo, conquanto possa parecer uma necessidade, não é coisa que se faça sem ter em mente a preservação do próprio valor democrático.

Se a alternância de poder demanda um investimento, que ele seja assimilado com naturalidade e desapego, porquanto o valor intrínseco da finalidade democrática é inestimável.

A sociedade brasileira tem manifestado certo sobressalto ao analisar os custos de uma campanha eleitoral, mas jamais estranhou – e convive muito bem – com a própria campanha eleitoral.

Não se questiona a legitimidade das eleições pretéritas, ainda que se ponha em dúvida o comportamento de certos eleitos enquanto se desempenharam como gestores públicos. Mas o que é que isso tem que ver com o sistema eleitoral, por mais defeitos que ele possa apresentar?

Quanto às campanhas eleitorais, é de se indagar: elas vinham aumentando de preço ou vinham sendo cada vez mais declaradas e tornando-se mais transparentes?

Seja o que for, não se sacrifica um valor por uma aparente aritmética que não ponha em perspectiva o bem maior que se objetiva. Se assim não fosse, seria viável considerar a eliminação das próprias eleições. Afinal, elas custam caro e demandam muitos sacrifícios. Se a economia é o objetivo, então acabemos com elas.

Diminuir a campanha eleitoral, restringir a propaganda e a participação popular – que só acontece com o franqueamento da comunicação entre candidatos e eleitores – consubstancia passo largo na direção da desvalorização do sistema democrático.

Já tivemos oportunidade de registrar que o século XX terminou em débito ao deixar sem solução aceitável o que parece ser o grande desafio para as próximas décadas: o custeio do sistema democrático e, em particular, o financiamento das campanhas eleitorais.

Sem desmerecer a necessidade de antecedente reforma política que defina não apenas “como” mas “quem” deve receber recursos para campanhas eleitorais (públicos ou privados), convém registrar que nenhum sistema está imune à corrupção ou à prática do “caixa dois”, de modo que nenhuma reforma eleitoral pode ser prescrita como remédio para o mau comportamento de delinquentes no exercício da gestão pública, porquanto a estes pouco importam as leis existentes ou as leis que venham a vigorar, dado que seu proceder não encontra limites éticos nestes parâmetros.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A ação eleitoral como tutela dos direitos coletivos e a aplicação subsidiária do microssistema processual coletivo e do CPC, de Flávio Cheim Jorge – *RBA* 0/137-163 (DTR\2016\428);
- As influências políticas do financiamento privado nas campanhas eleitorais, de Diogo Castor de Mattos e Eduardo Cambi – *RT* 945/81 (DTR\2014\3035);
- Combate à corrupção e ordem constitucional: desafios e perspectivas para o fortalecimento do estado democrático de direito, de Flávia Piovesan e Victoriana Leonora Corte Gonzaga – *RT* 967/21-38 (DTR\2016\4639); e
- Corrupção e financiamento das campanhas eleitorais, de Monica Herman Salem Caggiano – *RDCI* 41/215-240, *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 2/1179-1208 (DTR\2002\758).

The background features a complex, abstract design. It consists of several overlapping, semi-transparent circles and a dense network of thin, light-colored lines that create a grid-like pattern. The overall color palette is monochromatic, using various shades of gray and white. The design is positioned on the right side of the page, leaving the left side mostly blank.

Direito Administrativo



ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ARBITRAGEM: O VÍNCULO COM A CÂMARA DE ARBITRAGEM E OS ÁRBITROS

STATE PARTIES AND ARBITRATION: THE LINK BETWEEN THE PARTIES AND THE ARBITRAL INSTITUTIONS AND ARBITRATORS

MARÇAL JUSTEN FILHO

Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Advogado.
marcal@justen.com.br

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem; Administrativo

RESUMO: A alteração introduzida pela Lei 13.129/2015, que reconheceu a arbitralidade de litígios de que participa a Administração Pública brasileira, tem propiciado algumas disputas sobre questões conexas. Uma delas é a natureza do vínculo jurídico entre a Administração Pública-parte e a Câmara Arbitral e os árbitros. O tema não mereceu maior aprofundamento no direito brasileiro. Já foi versado no direito comparado – no entanto, sob enfoque bastante distinto e refletindo peculiaridades muito diversas daquelas vigentes no direito brasileiro. Adiante serão apresentadas algumas reflexões sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem e entes públicos – Câmara arbitral – Contrato administrativo – Função jurisdicional – Inexigibilidade de licitação.

ABSTRACT: The changes introduced by Law nº 13.129/2015, which recognized the arbitrality of disputes with public parties, gave rise to disputes over some issues. One of them is the nature of the legal relationship between the public party and the Chamber of Arbitration and arbitrators. The issue did not merit further analysis in Brazilian law. However, it has been discussed in comparative law, under a very different approach and reflecting very different peculiarities of those prevailing in Brazilian law. Herein we will present some reflections on the subject.

KEYWORDS: Arbitration and public parties – Arbitration chamber – Administrative contract – Judicial function – Waiver of public competitive bidding.

SUMÁRIO: 1. Colocação do problema. 2. A controvérsia no direito comparado. 2.1. A teoria contratualista. 2.2. A teoria do status. 2.3. O núcleo da controvérsia no direito comparado. 2.3.1. A questão do controle da atuação dos árbitros. 2.3.2. As dificuldades enfrentadas no direito comparado. 2.4. A análise da questão em face do direito brasileiro. 3. A dimensão consensual da arbitragem. 3.1. A natureza "contratual" da arbitragem. 3.1.1. A

ausência de configuração de um contrato. 3.1.2. A finalidade da convenção de arbitragem. 3.1.3. A questão dos requisitos de validade. 4. A natureza jurídica do vínculo com as partes. 4.1. A amplitude da relação jurídica de arbitragem. 4.1.1. A distinção necessária. 4.1.2. A inviabilidade da duplicação da questão. 4.2. A determinação da natureza jurídica da arbitragem. 5. As teses da formação contratual do vínculo. 5.1. O relacionamento jurídico entre os litigantes e terceiros. 5.2. O contrato como resultado da fusão de vontades. 5.3. As obrigações decorrentes de atos voluntários unilaterais. 5.4. Ainda a hipótese do negócio jurídico não contratual. 6. A escolha e aceitação dos árbitros e da câmara arbitral. 6.1. A escolha dos árbitros. 6.1.1. A declaração unilateral de vontade. 6.1.2. A desnecessidade de escolha "consensual" dos árbitros. 6.1.3. A indicação do árbitro pela parte. 6.1.4. A posição de cada parte quanto ao árbitro indicado pela outra. 6.1.5. A questão da escolha do terceiro árbitro. 6.1.6. A indicação do árbitro sem participação da parte. 6.2. A impossibilidade de alteração por vontade unilateral. 6.3. A questão das câmaras arbitrais. 6.3.1. As atividades ancilares. 6.3.2. A ausência de prestação à parte de utilidade autônoma. 6.3.3. A escolha de comum acordo entre as partes. 6.3.4. A escolha imposta e a adesão da outra parte. 6.3.5. A indicação pelo Poder Judiciário. 6.3.6. A fixação consensual de limites e restrições. 6.3.7. O vínculo jurídico equivalente. 7. As teses contratualistas sobre o vínculo propriamente dito. 7.1. A tese do contrato de mandato. 7.2. A tese do "contrato de prestação de serviços". 7.2.1. A realização de esforços pessoais no interesse de terceiro. 7.2.2. A pluralidade de partes e a inviabilidade da tese. 7.2.3. A ausência de prestação "em favor" da parte. 7.2.4. A ausência de prestação economicamente avaliável. 7.2.5. O conteúdo do "serviço". 7.2.6. O dever de satisfazer o direito, não o interesse da parte. 7.2.7. A questão da "competência-competência". 7.2.8. O direito à remuneração. 8. A distinção entre o litígio e a sua composição. 8.1. Ainda a "teoria dualista da ação". 8.2. A convenção de arbitragem. 8.3. A confessada influência da teoria do direito de ação. 8.4. A questão jurídica implicada. 8.5. A relação "processual não estatal". 9. A concepção jurisdicional. 9.1. A posição de Carlos Alberto Carmona. 9.2. A orientação difundida na doutrina brasileira. 9.3. Ainda a natureza não estatal da arbitragem. 10. O exercício de função. 10.1. O árbitro como exercente de função jurisdicional. 10.1.1. O direito público não estatal. 10.1.2. A amplitude do fenômeno. 10.2. A questão fundamental: garantias e a posição do árbitro. 10.2.1. A vedação à instituição de vínculo entre a parte e o árbitro. 10.2.2. A tese das "partes litigantes" como parte única. 10.2.3. A equivalência de posicionamento com o juiz. 10.2.4. Os deveres do árbitro. 10.3. A configuração de uma função. 10.3.1. A configuração de um poder-dever. 10.3.2. A função jurídica mais usual. 10.3.3. Outras hipóteses de função jurídica. 10.3.4. A difusão de situações funcionais. 10.3.5. A posição funcional do árbitro. 10.4. O mecanismo social difundido. 11. A natureza jurídica dos desembolsos a cargo da parte. 11.1. O exemplo clássico: a remuneração do agente estatal. 11.2. O direito do árbitro de ser remunerado. 11.2.1. A variação de situações e a remuneração da câmara. 11.2.2. A responsabilidade das partes. 11.3. O fundamento jurídico do desembolso. 11.4. A inaplicabilidade do princípio da legalidade. 11.4.1. O motivo da fixação por lei das custas e emolumentos. 11.4.2. A ausência de obrigatoriedade do consumo. 11.4.3. A determinação do valor por meio de lei. 12. Os reflexos sobre o direito administrativo. 12.1. A exigência da licitação prévia à contratação administrativa. 12.1.1. A regra geral da licitação prévia ao contrato da Administração. 12.1.2. A tese da inexigibilidade de licitação. 12.1.3. A ausência de previsão legal sobre o tema. 12.2. A não incidência do art. 37, XXI, da CF/1988. 12.2.1. A determinação do art. 37, XXI, da CF/1988. 12.2.2. A limitação da exigência de licitação prévia. 12.2.3. A ausência de contratação do árbitro pela Administração. 12.3. A ausência de aplicação da Lei 8.666. 12.3.1. O âmbito de abrangência do diploma. 12.3.2. O despropósito da ideia de licitação. 12.3.3. O descabimento da inexigibilidade de licitação.

12.4. A inviabilidade de competição e a notória especialização. 12.4.1. A notória especialização e a Lei 8.666/1993. 12.4.2. A questão da inviabilidade de competição. 12.4.3. Síntese: a confusão a ser superada. 12.5. Ainda a demonstração do despropósito da solução. 12.5.1. A existência de contratação administrativa. 12.5.2. A exigência da contratação formal e por escrito. 12.5.3. Ainda a questão do preço. 12.5.4. Síntese: o problema essencial. 12.6. A questão da câmara arbitral: a inviabilidade da solução. 12.6.1. A tentativa de solução. 12.6.2. A permanência dos problemas. 12.7. O descabimento da solução do convênio. 12.7.1. A figura do convênio. 12.7.2. O descabimento do convênio. 12.7.3. Ainda o problema da licitação. 12.7.4. A validade de convênios pactuados. 12.8. O desastre do credenciamento. 12.8.1. A figura do credenciamento. 12.8.2. O tratamento isonômico para todos os credenciados. 12.8.3. O credenciamento de árbitros. 12.8.4. O problema enfrentado. 12.8.5. Ainda o problema da existência de contrato. 12.8.6. Ainda e sempre o problema da licitação. 12.9. A solução jurídica adequada. 12.9.1. O postulado jurídico fundamental. 12.9.2. Ainda a ausência de contratação administrativa. 12.9.3. A escolha do árbitro e da câmara de arbitragem. 12.9.4. A não aplicabilidade de licitação. 12.9.5. A pluralidade de alternativas. 12.9.6. A escolha orientada a produzir o resultado mais satisfatório. 12.9.7. A vedação a "convites" e "chamadas". 12.9.8. Ainda a notória especialização. 12.9.9. Os demais requisitos necessários. 12.9.10. Ainda a escolha discricionária motivada. 12.10. A dissociação entre o procedimento prévio e a arbitragem. 12.10.1. As questões internas à Administração. 12.10.2. Ainda a relevância da ausência do vínculo contratual. 12.10.3. A exigência dos requisitos objetivos. 12.10.4. A vinculação pela escolha exteriorizada. 12.10.5. A vedação à "carta na manga". 13. Conclusão. 14. Referências bibliográficas.

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A arbitragem consiste na composição de um litígio por um ou mais sujeitos privados, que são independentes das partes litigantes e cuja decisão produz efeito de coisa julgada e vincula o próprio Estado. Essa solução depende da escolha consensual de submeter um litígio à arbitragem.¹

1. A definição é assumidamente simplista. A finalidade deste estudo não é examinar o conceito de arbitragem. Para um aprofundamento do tema, confirmam-se, dentre outras, as seguintes obras: BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Atlas, 2014; CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013; AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009; LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007; CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Arbitragem: Lei 9.307/1996*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

O presente estudo versa sobre o vínculo jurídico instaurado entre as partes litigantes e os terceiros (sejam árbitros,² sejam instituições de arbitragem) que atuarão no desempenho das funções de arbitragem. As considerações quanto à natureza desse vínculo jurídico são relevantes para o exame da arbitragem no âmbito da Administração Pública, em especial no que se refere à incidência da disciplina das licitações e contratos administrativos.

2. A CONTROVÉRSIA NO DIREITO COMPARADO

A doutrina estrangeira considera duas alternativas teóricas para determinar a natureza da relação jurídica entre as partes e a câmara de arbitragem e o árbitro.³

2.1. A teoria contratualista

A posição prevalente na maioria dos países de direito continental (*Civil Law*) é a contratualista. Existiria um contrato bilateral entre as partes e o árbitro. Se houver a intervenção de uma câmara arbitral, o contrato passaria a ser triangular.

Mas essa concepção comporta uma pluralidade de variáveis. Como afirma uma especialista, “A natureza ou classificação desse contrato permanece controvertida e incerta. Alguns interpretam esse relacionamento como um contrato de ‘mandato’, enquanto outros o classificam como um contrato de prestação de serviços”.⁴ Não é estranhável ponderar, então, que “nós duvidamos que um empresário, se parasse para pensar, admitiria que estaria praticando um contrato ao indicar um árbitro. Esse tipo de indicação não é semelhante à escolha

-
2. A arbitragem pode ser desenvolvida mediante a atuação de um árbitro único. Essa é uma solução anômala e incomum, no entanto, quando se trata de litígios envolvendo a Administração Pública. Na prática, a esmagadora maioria dos casos envolve um painel arbitral – ou seja, composto por uma pluralidade de árbitros. Este estudo alude genericamente à arbitragem envolvendo uma pluralidade de árbitros. Tal se destina tão somente a evitar o incômodo de ressaltar, a cada passagem, a existência de alternativas teóricas distintas.
 3. Sobre o tema, confirmam-se os ensinamentos de SERAGLINI, Christophe; ORTSCHIEDT, Jérôme. *Droit de l'arbitrage interne et international*. Paris: Montchrestien, 2013, p. 14-23.
 4. LAGARDE, Mercedes Torres. Liability of Arbitrators in Dubai: Still a Safe Seat of Arbitration. *ASA Bulletin*, vol. 33, issue 4. Kluwer Law International, 2015. p. 780-807 (original em inglês).

de um contador, de um arquiteto ou de um advogado. Na verdade, não tem nada a ver com isso”.⁵

A controvérsia é reconhecida pela própria jurisprudência. Uma decisão de 1984 da Corte de Genebra sumariou as diversas concepções vigentes sobre o tema no direito estrangeiro. O texto tem a seguinte redação:

“É difícil determinar a natureza jurídica da relação que vincula os árbitros à partes. Segundo Brosset (FJS Nr 464a), ‘alguns (autores) consideram que existe um ato unilateral de nomeação ao qual apenas o direito público é aplicável. Essa opinião parece difícil de defender, porque o árbitro não está obrigado a aceitar a missão que lhe é ofertada. Outros autores pensam que existe, ao contrário, um contrato *sui generis* de direito privado ou um verdadeiro mandato, ou mesmo um contrato de trabalho’. HABSCHIED (*Droit judiciaire privé suisse*, 2nd ed., 1981, at. 562) sustenta que ‘a relação jurídica entre o árbitro e as partes é uma relação jurídica de direito privado decorrente de um contrato entre o árbitro e as partes (sic) (...) (p. ‘277’). O contrato é similar à execução de serviços. RÜEDE/HADENFELDT (*Schweizerisches Schiedsgerichtrecht*, 1980, at. 147) escrevem que as regras do mandato devem ser aplicadas”.⁶

2.2. A teoria do status

No âmbito dos países de tradição anglo-saxã (*Common Law*), prevalece a concepção do *status*. Segundo esse enfoque, a natureza da atividade desempenhada pelo árbitro implica submeter o relacionamento existente àquele reservado para os membros do Poder Judiciário estatal.

Alguns autores afirmam que a teoria do *status* não implica afastar a teoria contratual. Nesse sentido,

“A ideia de que os árbitros usufruem de um *status* obviamente não é incorreta. A sua função como juízes privados é muito peculiar para resultar exclusivamente das intenções das partes privadas. Para que eles assumam o poder jurisdicional (...), os árbitros (e com eles o inteiro instituto da arbitragem) movem-se dentro de um esquema legal e procedimental que vai muito além das partes e dos seus juízos escolhidos numa dimensão de caso a caso... Em

5. MUSTILL, Michael J.; BOYD, Stewart C. *Commercial Arbitration*. 2nd ed. Lexis Nexis, 1989 (original em inglês).

6. Coriman International SA en liquidation judiciaire v. Batima SA and Auxiba SA., Geneva Court of Justice, 10 February 1984 in *Journal of International Arbitration*, v. 1, issue 3. Kluwer Law International, 1984, p. 277–278 (original em inglês).

outras palavras, o fato de árbitros internacionais serem investidos de um *status* simplesmente significa que o contrato do qual derivam seus poderes não pode excluir a aplicação dos princípios fundamentais que governam a resolução de disputas em qualquer fórum”.⁷

2.3. *O núcleo da controvérsia no direito comparado*

Essa discussão se instaurou no direito comparado em vista de reflexos práticos muito específicos e determinados.

2.3.1. *A questão do controle da atuação dos árbitros*

Trata-se especialmente de determinar a extensão da autonomia dos árbitros, os deveres que disciplinam a sua atividade, o regramento de sua responsabilidade pessoal e o controle jurisdicional de sua conduta.

O reconhecimento da natureza contratual da investidura do árbitro relaciona-se diretamente com a afirmação da existência de deveres de diligência e honestidade que norteiam o desempenho de suas funções. A incidência do regime puramente privado e contratual permite a aplicação de regras inerentes à atividade negocial e à responsabilidade civil por inadimplemento contratual. Nesse sentido, diferenciam-se as atuações do juiz estatal e do árbitro.

2.3.2. *As dificuldades enfrentadas no direito comparado*

A discussão acima sumariada é muito relevante porque se relaciona com um tema complexo no direito comparado. Trata-se do controle dos atos estatais. Em muitos países, há limitações intensas à revisão de atos produzidos pelo Estado, especialmente no tocante ao desempenho da função jurisdicional.

Portanto, a negativa da teoria contratual poderia submeter o controle da atuação dos árbitros ao regime próprio dos atos estatais, o que poderia significar a existência de parâmetros de controle muito reduzidos. Tal redundaria em riscos insuportáveis para o instituto da arbitragem.

2.4. *A análise da questão em face do direito brasileiro*

A teorização do direito comparado reflete pressupostos jurídicos distintos daqueles vigentes no Brasil. Isso não implica desmerecer as concepções do di-

7. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999 (original em inglês).

reito comparado. Mas é necessário trazer à consideração as peculiaridades que o tema apresenta no direito brasileiro – e que, se fossem tomadas em vista pelo pensamento alienígena, conduziriam certamente a resultados diversos dos ora considerados.

3. A DIMENSÃO CONSENSUAL DA ARBITRAGEM

Certamente, a instauração de uma relação entre as partes litigantes e os árbitros é uma decorrência da convenção de arbitragem.

3.1. A natureza "contratual" da arbitragem

É inquestionável que o pacto de arbitragem tem natureza convencional. Mas daí não se segue que a arbitragem e todas as suas demais derivações jurídicas apresentem natureza propriamente contratual.

3.1.1. A ausência de configuração de um contrato

A complexidade da arbitragem se evidencia pela própria manifestação consensual de vontade que lhe dá origem. É problemático assemelhar esse acordo de vontades à figura de um contrato propriamente dito.

O contrato se caracteriza pela obrigação de pelo menos uma das partes realizar uma prestação em favor da outra.⁸ Nesse sentido, há os contratos unilaterais e os contratos bilaterais (em que há constituição de obrigações para ambas as partes). Costuma-se aludir a contratos plurilaterais (ou organizacionais), em que as partes disciplinam a conjugação de esforços e recursos comuns para o desenvolvimento de atividades futuras de interesse recíproco.⁹

O acordo de vontades prevendo a solução arbitral não determina diretamente a obrigação de uma das partes realizar prestação em favor da outra, ou de ambas as partes executarem prestações recíprocas. É claramente não se trata de um contrato organizacional.

8. Em sentido amplíssimo, contrato é todo acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações. A orientação acima adotada reflete uma concepção mais restrita.

9. Ascarelli, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 266-267.

3.1.2. *A finalidade da convenção de arbitragem*

A convenção que prevê a arbitragem tem por objeto a atribuição a um terceiro da função de compor litígio, com eficácia vinculante não apenas em face das próprias partes, mas do próprio Estado. Trata-se de afastar a regra genérica que reserva ao Estado-Jurisdição a competência para composição de litígios.

Nenhuma das partes do pacto de arbitragem se obriga a realizar uma prestação em favor da outra – nem mesmo de modo indireto. O efeito da convenção de arbitragem reside numa manifestação de renúncia ao direito de recorrer ao Poder Judiciário para a composição jurisdicional de litígio.

Seria de duvidosa procedência a tese de que a convenção de arbitragem implicaria também a assunção de deveres patrimoniais e não patrimoniais, necessários à implementação da arbitragem. Esse entendimento é problemático porque a recusa da parte em adotar tais condutas não configura uma infração ao pacto de arbitragem. Assim, por exemplo, a recusa da parte em indicar um árbitro e a ausência de pagamento das despesas atinentes à arbitragem não se traduzem, propriamente, em “inadimplemento contratual”.¹⁰

3.1.3. *A questão dos requisitos de validade*

É inquestionável que a convenção de arbitragem, em qualquer de suas modalidades, consiste em um acordo de vontades, que reflete a autonomia jurídica das partes e exterioriza uma competência de natureza normativa. Negar-lhe a natureza propriamente contratual não implica rejeitar a proximidade entre os institutos. Justamente por isso, os requisitos de validade da convenção arbitral são basicamente os mesmos exigidos em vista dos demais negócios jurídicos.

4. A NATUREZA JURÍDICA DO VÍNCULO COM AS PARTES

A natureza jurídica do vínculo entre as partes e os árbitros¹¹ reflete a natureza jurídica da própria arbitragem.

10. A rejeição à natureza contratual da arbitragem não implica, no entanto, a denegação da existência do dever de a parte arcar com os custos inerentes. São duas questões distintas e inconfundíveis.

11. Neste primeiro momento, o exame será centrado apenas no vínculo entre as partes e os árbitros. Retornar-se-á posteriormente à avaliação da questão relativa ao relacionamento entre as partes e a câmara arbitral.

4.1. *A amplitude da relação jurídica de arbitragem*

O vínculo entre as partes e os árbitros é uma faceta da própria arbitragem. Isso não significa afirmar que a natureza da arbitragem decorre da natureza da convenção arbitral.

4.1.1. *A distinção necessária*

As duas questões são muito diversas. A natureza jurídica da convenção de arbitragem não se confunde com a natureza jurídica da própria arbitragem. Basta considerar os sujeitos que integram as duas relações jurídicas. A convenção de arbitragem é pactuada entre as partes. Os árbitros não são partes na convenção de arbitragem, ainda que se vinculem à arbitragem.

O tema objeto de estudo envolve uma outra questão, que é a natureza jurídica do vínculo entre as partes litigantes e os árbitros (e a câmara arbitral). Se a arbitragem é um meio de composição de conflitos mediante a atuação de árbitros privados, isso implica a existência de um vínculo jurídico entre os árbitros e as partes litigantes.

Logo, a relação jurídica estabelecida entre as partes e os árbitros é uma faceta essencial à própria arbitragem.

4.1.2. *A inviabilidade da duplicação da questão*

É incorreto duplicar a questão e afirmar que a relação jurídica entre as partes e os árbitros envolve uma questão distinta da própria relação jurídica de arbitragem.

Nem teria cabimento estabelecer uma espécie de diferenciação temporal, supondo que a atividade de indicação do árbitro envolveria um vínculo jurídico que se encerraria quando instaurada a arbitragem. Existe um relacionamento jurídico que se desenvolve ao longo do tempo, dotado de elevado grau de complexidade.

A complexidade traduz-se na existência de uma pluralidade de etapas procedimentais. Desencadeada a causa jurídica apta à instauração da arbitragem, o procedimento se inicia mediante atos jurídicos das partes litigantes. O painel arbitral é composto usualmente a partir de escolhas das partes litigantes – mas não apenas e nem sempre diretamente delas.¹² Na sequência, os árbitros iniciam a sua atuação, que deve concluir por uma decisão.

12. São admitidas diversas soluções quanto a isso. Há casos em que as partes elegem um regulamento que atribui a uma instituição o poder de nomeação do árbitro.

A pluralidade de etapas procedimentais não reflete uma pluralidade de relações jurídicas distintas. Há uma relação jurídica complexa, vinculando as partes e os árbitros. É juridicamente impossível, por isso, diferenciar a natureza jurídica da relação entre as partes e os árbitros da relação jurídica propriamente dita de arbitragem.

4.2. A determinação da natureza jurídica da arbitragem

A discussão sobre a natureza do vínculo jurídico instaurado em virtude da arbitragem se desenvolve de há muito, inclusive no direito comparado. O debate contempla as já referidas fórmulas da natureza contratual e da natureza jurisdicional (*status*) do instituto.

No âmbito da doutrina processualista brasileira, Alexandre Câmara afirma que “Há, basicamente, duas orientações doutrinárias acerca da natureza da arbitragem. Uma primeira corrente defende ter a arbitragem uma natureza privatista, enquanto outra corrente, claramente dominante, defende a natureza jurisdicional da arbitragem. Parece-me que as duas posições são criticáveis”.¹³

Para os fins do presente estudo, serão consideradas essas duas principais posições sobre o tema.

5. AS TESES DA FORMAÇÃO CONTRATUAL DO VÍNCULO

A concepção privatista relaciona-se diretamente com o reconhecimento de que a arbitragem resulta de uma convenção entre as partes. Logo, a atuação dos árbitros seria uma decorrência desse pacto entre as partes litigantes, sem que tal implicasse que a arbitragem seria a mera execução do “contrato de arbitragem” (figura que, como já acima indicado, não pode ser admitida).

5.1. O relacionamento jurídico entre os litigantes e terceiros

A instauração efetiva da arbitragem envolve, usualmente (mas não necessariamente), uma atuação consensual entre os litigantes. As partes podem acor-

A Lei 9.307 determina que a nomeação poderá ser realizada pelo Judiciário (art. 7.º, § 4.º – “Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio”).

13. Op. cit., p. 11. Francisco José Cahali coloca a questão em outros termos: “São basicamente quatro as teorias a respeito: privatista (contratual), jurisdicionalista (publicista), intermediária ou mista (contratual-publicista) e a autônoma” (Op. cit., p. 92).

dar sobre a escolha de uma câmara arbitral – o que implica a necessidade de consenso. Por outro lado, cada parte deve indicar um árbitro, cabendo em geral aos dois árbitros escolhidos a indicação de um terceiro.¹⁴

Essas atividades jurídicas pressupõem uma atuação voluntária das partes litigantes. Isso não significa, no entanto, a existência de contrato entre elas e os terceiros.

5.2. *O contrato como resultado da fusão de vontades*

A existência do contrato pressupõe, em primeiro lugar, a fusão das vontades das partes, de modo a produzir um ato jurídico uno. Ademais, é indispensável que o conteúdo da relação jurídica seja determinado pela vontade conjunta das partes.

Em muitos casos, há manifestações consensuais de vontade de natureza unilateral, que se produzem de modo sucessivo e que não se fundem entre si. Em tais casos, não há contrato.

Basta um exemplo para permitir a compreensão da questão. Considere-se o vínculo jurídico entre Administração e servidor público. Imagine-se a hipótese de investidura em cargo de provimento efetivo, mediante concurso de provas e títulos. Um particular inscreve-se para participar de um concurso. A Administração defere a inscrição. Há dois atos voluntários, que retratam uma manifestação de vontade. É evidente, no entanto, que não se configura um contrato. Os dois atos permanecem diferenciados entre si. São dois atos voluntários unilaterais, de existência sucessiva, que mantêm a identidade própria.

Suponha-se que o sujeito seja aprovado no concurso, ocorra a sua nomeação e ele tome posse. Esse cenário também não é configurável como um contrato: há uma sucessão de atos unilaterais, de natureza voluntária e que refletem manifestações de vontade que não se conjugam para produzir um ato jurídico bilateral. Há o surgimento de uma relação jurídica específica, para a qual foi indispensável a vontade das partes. Mas não se configura a existência de um contrato.¹⁵

14. Não existe impedimento a que as partes estabeleçam, especialmente na hipótese de cláusula compromissória, uma disciplina anterior ao surgimento do litígio, disciplinando a constituição do tribunal arbitral na hipótese de futuro litígio. Isso pode compreender inclusive a previsão de que todos os árbitros serão indicados pela instituição arbitral, por exemplo.

15. Um exemplo marcante envolve a própria relação jurídica processual judicial. A instauração do processo judicial pressupõe o exercício do direito de ação, que se faz pela atuação unilateral do autor. O Estado-Jurisdicção é provocado e convoca o réu a se de-

5.3. *As obrigações decorrentes de atos voluntários unilaterais*

O direito admite, então, o surgimento de relações jurídicas fundadas em atos voluntários unilaterais, que se produzem de modo sucessivo e que não apresentam natureza contratual. Nessa categoria enquadram-se os atos de escolha e aceitação dos árbitros e da câmara arbitral, uma vez que não há fusão de vontades, e tanto bastaria para rejeitar as teorias contratuálistas.

5.4. *Ainda a hipótese do negócio jurídico não contratual*

Mas até é possível que a escolha da instituição arbitral se faça mediante consenso entre as partes. Existirá, então, um negócio jurídico. A vontade das partes se funde para produzir um ato jurídico único, de natureza negocial. Não se produz, no entanto, um “contrato” propriamente dito entre as partes,¹⁶ tampouco um contrato entre as partes e a câmara arbitral. As partes, de comum acordo, indicam a câmara. Cabe a essa aceitar ou rejeitar a indicação. Até se poderia aludir a um ato coletivo, que consiste numa manifestação de vontade única, produzida pela atuação de uma pluralidade de sujeitos em posição homogênea – tal como se passa, por exemplo, com a deliberação de uma assembleia geral.

6. A ESCOLHA E ACEITAÇÃO DOS ÁRBITROS E DA CÂMARA ARBITRAL

A efetiva instauração da arbitragem envolve a (eventual) escolha de uma câmara arbitral e a indicação dos árbitros.

fender. Surge uma relação jurídica triangular, que é implementada pelas atuações voluntárias e unilaterais de diversos sujeitos. Isso não implica reconhecer que a relação processual judicial tem natureza contratual. Por outro lado, os exemplos fornecem a indicação de que a atuação do árbitro envolve o exercício de uma função de natureza pública. O tema será examinado adiante.

16. Não é demais lembrar que os negócios jurídicos plurilaterais podem ser classificados em contratos e acordos. Orlando Gomes, acentuando a influência do direito público nessa construção, dizia prevalecer o entendimento de que “Contrato e acordo são negócios que devem ser distinguidos pelo modo de constituição. Por este critério, a distinção baseia-se na estrutura do concurso de vontades. No contrato, as partes têm interesses contrapostos, ou pelo menos divergentes, motivo por que procuram harmonizá-los, ajustando as respectivas declarações de vontade a uma vontade comum (...). No acordo, os sujeitos têm o mesmo intento.” E que, para se admitir a existência de acordos, necessário apenas que “se reconheça a existência de negócios plurilaterais dos quais não resultam para as partes, pelo menos imediatamente, direitos e obrigações recíprocas como se verifica com os contratos” (*Introdução ao direito civil*. 19. ed. atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 289 e 291).

6.1. A escolha dos árbitros

A escolha do árbitro configura um ato jurídico unilateral (ressalvada a hipótese de escolha consensual) de cunho discricionário, por meio do qual a parte formula uma avaliação sobre a presença dos requisitos desejáveis e necessários ao bom desempenho da função de árbitro.

6.1.1. A declaração unilateral de vontade

Esse ato é uma declaração de vontade, de natureza unilateral, que desencadeia uma pluralidade de efeitos jurídicos. Se o sujeito escolhido aceitar a indicação, será ele investido na função correspondente – desde que não existam impedimentos, suspeições ou outros obstáculos.

6.1.2. A desnecessidade de escolha "consensual" dos árbitros

Havendo um árbitro único, a alternativa usual é a escolha consensual das partes. No entanto, essa solução não é necessária – inclusive porque a ausência de concordância entre as partes não impede a instauração da arbitragem. Assim se passa porque o árbitro pode ser indicado pela instituição escolhida ou pelo Poder Judiciário.

Nos casos mais usuais, em que há pluralidade de árbitros, cada parte é investida na titularidade do poder jurídico para indicar um deles.

6.1.3. A indicação do árbitro pela parte

No modelo praticado usualmente, cada parte indica um árbitro. Cada parte é investida de autonomia para escolher o árbitro. Portanto, nem sequer é cabível afirmar que as duas partes emitiriam uma manifestação de vontade consensual, que seria aceita pelos árbitros, gerando uma figura contratual.

Afinal, cada parte litigante realiza uma escolha própria ao indicar um dos árbitros. Existem duas séries de atos unilaterais, cada uma delas proveniente de uma das partes e cada qual orientada à indicação de um dos árbitros.

6.1.4. A posição de cada parte quanto ao árbitro indicado pela outra

Logo, não existe a participação da parte litigante relativamente ao árbitro indicado pela outra parte. Existe um poder jurídico de discordância quanto à

indicação.¹⁷ Mas essa discordância não traduz uma manifestação discricionária de vontade. Nem pode ser imotivada. Depende da invocação da ausência de requisito indispensável à atuação do sujeito como árbitro.

A circunstância de que incumbe à outra parte escolher concordar com a indicação e não arguir a ausência de um requisito indispensável à atuação do árbitro não infirma o raciocínio.

6.1.5. A questão da escolha do terceiro árbitro

Por outro lado, é impossível defender a existência de ato consensual das partes litigantes relativamente à escolha do terceiro árbitro. Esse é usualmente¹⁸ escolhido pelos dois árbitros, de comum acordo.¹⁹ Não existe qualquer manifestação de vontade vinculando o terceiro árbitro e cada uma das partes em litígio.

6.1.6. A indicação do árbitro sem participação da parte

Por outro lado, o sujeito pode ser investido na condição de árbitro independentemente da manifestação de vontade da parte litigante. Se houver omissão ou recusa da parte em exercer a sua faculdade, serão adotadas soluções que conduzirão à escolha de árbitro sem a participação do litigante. Isso não produzirá qualquer efeito jurídico relevante relativamente à arbitragem propriamente dita.

6.2. A impossibilidade de alteração por vontade unilateral

Anote-se que a concepção contratualista da investidura dos árbitros conduziria à inevitável possibilidade de alterações consensuais. Assim, cada parte poderia retirar o seu consentimento à “contratação” do árbitro que indicou. Mas assim não o é. Se uma parte arrepender-se quanto à indicação por ela própria realizada quanto ao árbitro, caber-lhe-á apenas formular um protesto

17. Aliás, a recusa pode ser exercitada quanto ao árbitro indicado pela própria parte. A hipótese não é comum, mas pode ocorrer. Basta que a parte alegue o desconhecimento no momento da indicação do motivo gerador do impedimento. Outra alternativa seria a ocorrência de evento superveniente.

18. Como já apontado, admitem-se outras soluções para a escolha dos árbitros, inclusive do terceiro.

19. É desnecessário anotar que a indicação consensual do terceiro árbitro não implica a existência de um contrato entre os dois árbitros indicados pelas partes.

invocando alguns dos fundamentos previstos genericamente para a recusa da autoridade julgadora. Cabe-lhe apontar fatos que indicam o impedimento ou a suspeição e que induzem a ausência de imparcialidade do árbitro.

6.3. *A questão das câmaras arbitrais*

A câmara arbitral desempenha um conjunto de atividades orientadas a assegurar o desenvolvimento da arbitragem, de modo a preservar e a garantir a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do árbitro.

6.3.1. *As atividades ancilares*

A câmara arbitral desenvolve atividades secundárias e dependentes, relativamente à arbitragem propriamente dita.²⁰ Mas todas as atuações por ela desempenhadas são relacionadas à arbitragem.

6.3.2. *A ausência de prestação à parte de utilidade autônoma*

A atuação da câmara arbitral não é orientada, portanto, a fornecer uma utilidade autônoma à parte litigante. Não se trata de disponibilizar instalações físicas, serviços de assessoramento ou qualquer outro benefício destinado à utilização pela parte no desempenho de suas atividades próprias.

Toda e qualquer atuação da câmara, mesmo quando dela usufrua a parte, é um meio para assegurar o desenvolvimento satisfatório da função arbitral.

Portanto, numa terminologia menos técnica, pode-se afirmar que uma câmara de arbitragem “presta serviços” às partes. Mas não se instaura entre a parte e a câmara arbitral um contrato para prestação de serviços. Sob o prisma mais rigoroso, a atuação da câmara de arbitragem é orientada a satisfazer os interesses transcendentais da comunidade. Não existe uma relação contratual entre as partes e a câmara. Nem há qualquer manifestação de comutatividade no relacionamento estabelecido.

6.3.3. *A escolha de comum acordo entre as partes*

Há casos em que as partes formulam escolha de comum acordo relativamente à câmara arbitral. Essa decisão não produz, de modo automático, o sur-

20. Lembre-se que a participação da câmara arbitral não é uma condição necessária para a existência da arbitragem. Pode haver o processo arbitral conduzido exclusivamente pelos árbitros (arbitragem *ad hoc*).

gimento de um vínculo jurídico entre as partes e a câmara arbitral. Caberá à câmara um ato de aceitação. Sem a manifestação de aceitação pela Câmara não se instaura relação jurídica alguma entre ela e os litigantes.

6.3.4. A escolha imposta e a adesão da outra parte

Admite-se a possibilidade de que a escolha da câmara seja imposta por uma das partes. A outra a isso se submeterá. É a solução que possivelmente será praticada no âmbito da Administração Pública.

A imposição unilateral e a aceitação da outra parte ou a inserção da cláusula compromissória com previsão de arbitragem institucional num contrato de adesão não implicam o surgimento de relação contratual entre os litigantes e a câmara arbitral. Permanece a mesma situação já exposta: existem atos voluntários unilaterais, que não se fundem para produzir um contrato.

6.3.5. A indicação pelo Poder Judiciário

Aliás, é perfeitamente possível que a determinação da câmara arbitral resulte de decisão judicial. Basta que as partes não cheguem a acordo quanto a isso, nos casos em que o tema não estiver predeterminado na convenção de arbitragem.

6.3.6. A fixação consensual de limites e restrições

Admite-se que as partes estabeleçam condições e limites à atuação da câmara ou do árbitro. Daí tampouco se segue que se configure um acordo de vontades de natureza contratual.

Não seria exagero lembrar que a Administração, ao prever a realização de um concurso público, fixa as condições de data, local e duração das provas. O candidato que aceita tais condições e desempenha a sua atuação em conformidade com elas não está pactuando um contrato com a Administração. Nem se passa diversamente no âmbito mesmo do processo judicial, que admite negócios processuais entre as partes.

Tal como ocorre nos exemplos acima fornecidos, as delimitações impostas pelas partes são vinculantes para a câmara e para os árbitros, sem que tal implique a existência de um contrato. Cabe à câmara arbitral e ao árbitro a faculdade de recusar a indicação, se com ela discordarem. Mas a indicação é um ato unilateral, tal como também o é a aceitação.

6.3.7. *O vínculo jurídico equivalente*

Assim, o vínculo jurídico estabelecido entre as partes e a câmara arbitral apresenta natureza jurídica equivalente àquele instaurado com os árbitros. Trata-se de providenciar uma solução que permita o desenvolvimento de um processo arbitral que observe todas as garantias e envolva a atuação de um julgador imparcial.

7. AS TESES CONTRATUALISTAS SOBRE O VÍNCULO PROPRIAMENTE DITO

A formação do vínculo entre as partes litigantes e os árbitros (e a câmara arbitral) não configura um contrato. Mas a natureza da relação jurídica constituída também não se enquadra no conceito de contrato.

7.1. *A tese do contrato de mandato*

Uma das teses contratualistas sustenta que o árbitro é um mandatário da parte. Essa orientação não pode ser aceita.

O mandatário deve atuar sempre no interesse da parte e seus atos são diretamente imputados ao mandante. Isso não ocorre no tocante aos árbitros. Eles desempenham atividades em nome próprio e sua atuação não é norteada a dar concretude à vontade das partes, mas a promover a extinção do conflito mediante a aplicação do direito ao caso concreto.

A teoria do mandato apenas reflete um aspecto inerente à atividade dos árbitros – que costuma ser apontada a propósito da função jurisdicional. Trata-se da substitutividade que caracteriza a heterocomposição dos litígios. Ao invés de definirem a solução mediante a sua atuação própria, as partes se valem de outrem nos casos de atuação jurisdicional. Os árbitros se “substituem” às partes, na acepção de que determinam a solução que prevalecerá.

Nem no caso da arbitragem, nem nas demais hipóteses de atuação de terceiros, existe algum tipo de mandato. Definitivamente, o árbitro não é um representante das partes.

7.2. *A tese do “contrato de prestação de serviços”*

A tese do contrato de prestação de serviços funda-se no entendimento de que os árbitros aplicam os seus esforços para produzir um resultado que se reflete num benefício para a parte do litígio. Basta levar adiante o exame para reconhecer a improcedência dessa tese.

7.2.1. A realização de esforços pessoais no interesse de terceiro

É inquestionável que o desempenho da função de árbitro envolve a realização de esforços, que são desenvolvidos não no interesse próprio. É verdade que, num contrato de prestação de serviços, o prestador aplica os seus esforços para produzir um resultado de interesse alheio. Mas daí não se segue que em toda e qualquer situação em que um sujeito aplique os seus esforços para produzir um benefício para terceiro existiria um contrato de prestação de serviços.

Ninguém ousará defender, por exemplo, que o registro de um certo documento em Cartório de Títulos e Documentos configuraria um “contrato de prestação de serviços” entre o interessado e o cartorário, embora se trate de situação em que o cartorário aplica seus esforços para produzir resultado de interesse alheio.

7.2.2. A pluralidade de partes e a inviabilidade da tese

A tese é ainda mais insustentável porque a arbitragem produz um vínculo jurídico que abrange todos os árbitros e todas as partes. Não se formam vínculos autônomos entre cada parte e cada árbitro. O árbitro indicado por uma das partes não é um “prestador de serviço” em favor dela.

A situação jurídica do terceiro árbitro é idêntica à dos outros dois. A ausência de relação contratual entre o terceiro árbitro e cada uma das partes é idêntica à relação entre cada árbitro e a parte que o indicou.

7.2.3. A ausência de prestação “em favor” da parte

Tampouco se pode defender que a atuação dos árbitros seria uma prestação executada “em benefício” das partes. Afigura-se inquestionável a existência de um dever de fazer recaindo sobre o árbitro. Mas esse dever não tem por objeto produzir um benefício para a parte.

7.2.4. A ausência de prestação economicamente avaliável

Nem é cabível reconhecer algum conteúdo patrimonial na prestação desenvolvida pelos árbitros. A decisão arbitral não é um objeto economicamente avaliável – ainda que verse sobre pretensões externadas pelas partes e que apresentem valor econômico.

7.2.5. O conteúdo do “serviço”

O “serviço” prestado pelo árbitro consiste na produção de decisão destinada a compor o conflito. Essa atuação destina-se a promover a reintegração

da ordem jurídica, perturbada pelo conflito de interesses instaurado entre as partes. Portanto e rigorosamente, a atuação dos árbitros apresenta um cunho de relevância social, constituindo-se numa solução privada para evitar a necessidade de movimentação do Poder Judiciário estatal.

7.2.6. *O dever de satisfazer o direito, não o interesse da parte*

O árbitro tem a obrigação de desempenhar a sua função com absoluta imparcialidade, com total dedicação, visando produzir a decisão mais conforme à ordem jurídica.

Portanto, sua posição jurídica em face da parte não consiste em atender às necessidades dela, em obedecer às suas orientações ou em favorecê-la.

Se o árbitro “presta serviços” – construção que deve ser adotada com cautela –, tais serviços são desenvolvidos no interesse não de cada uma das partes. O árbitro atua visando promover a paz social e a realização dos valores jurídicos fundamentais.

7.2.7. *A questão da “competência-competência”*

Ou seja, a atividade desempenhada pelo painel arbitral apresenta uma dimensão supraindividual. Ainda que a instauração da arbitragem dependa de uma decisão consensual das partes, a atuação dos árbitros se configura como uma função de natureza pública (ainda que não estatal).

Isso se traduz na atribuição aos árbitros da competência para determinar a própria competência.²¹ Essa decisão apresenta cunho vinculante em face do Estado,²² mas apresenta efeito vinculante, antes de tudo, em face das próprias partes. Se existisse um contrato de prestação de serviços, ter-se-ia de convir com a impossibilidade de o painel arbitral definir a sua própria competência em face dos próprios sujeitos em litígio. Nenhum contrato de prestação de serviços poderia gerar um poder jurídico para que o prestador definisse, de

21. Sobre o tema, confira-se TIBURCIO, Carmen. O princípio da *Kompetenz-Kompetenz* revisito pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (*Bundesgerichtshof*). In: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares (In Memoriam)*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 426-435.

22. A decisão pode ser revista pelo Judiciário ao final do processo arbitral, por provocação das partes.

modo autônomo em relação às partes, a existência de uma prestação de serviço “compulsória”.

7.2.8. O direito à remuneração

Outro ponto relevante é a questão da remuneração devida aos árbitros. Não cabe às partes definir esse aspecto. Os árbitros (ou a câmara de arbitragem) definem o valor da remuneração devida, que é imposto de modo vinculante às partes.²³

Mais ainda, essa remuneração será devida independentemente da satisfação atingida pela parte com o desempenho do painel arbitral. A decisão desfavorável à parte não implica ausência de adimplemento do dever do árbitro.

Ademais, os honorários serão devidos ainda que a decisão arbitral implique o julgamento de improcedência para todas as pretensões externadas por ambas as partes.

É evidente, no entanto, que a conduta defeituosa do árbitro pode implicar a sua responsabilização civil (inclusive). O reconhecimento de um defeito, que pode acarretar até mesmo a invalidação da arbitragem, configura a violação a um dever inerente à função do árbitro. Mas não se configura propriamente o inadimplemento a deveres contratuais. Os deveres objetivos de atuação honesta e leal, conforme a ordem jurídica, de modo imparcial e com observância de todos os requisitos pertinentes, derivam da condição de árbitro.

8. A DISTINÇÃO ENTRE O LITÍGIO E A SUA COMPOSIÇÃO

Anote-se que as teorias contratualistas refletem um enfoque superado no âmbito do próprio direito processual clássico. Uma das conquistas fundamentais do direito processual reside na distinção entre o direito subjetivo decorrente da relação de direito material e o direito à obtenção de um provimento destinado a compor o litígio.

8.1. Ainda a “teoria dualista da ação”

A distinção entre a relação de direito material e a relação jurídica de arbitragem tem íntima vinculação com a clássica diferenciação entre “direito

23. Há sistemas jurídicos, no entanto, que admitem a negociação dos honorários entre os árbitros e as partes. Isso exige a observância de regras rigorosas para evitar o risco de comprometimento da imparcialidade dos árbitros.

material” e “direito de ação”. A composição de um litígio por meio da atuação de terceiros desencadeia o surgimento de uma pluralidade de relações jurídicas, cada qual com objeto jurídico próprio e diverso do objeto jurídico do litígio.

8.2. *A convenção de arbitragem*

Rigorosamente, a convenção de arbitragem não dispõe sobre a relação de direito material, mas sobre o direito de ação. Como dito acima, a convenção de arbitragem é um pacto autônomo e distinto da relação de direito material. Se houvesse alguma dúvida, bastaria apontar que a cláusula compromissória pode ser inválida, sem que isso contamine a validade do contrato. E o contrato pode ser inválido, sendo essa invalidade pronunciada numa arbitragem instaurada com fundamento em cláusula compromissória contemplada no próprio contrato questionado.²⁴

Mas é pacífico que os mecanismos jurisdicionais desencadeados para a composição do litígio não se constituem num mero desdobramento da relação jurídica em que tal conflito se instaurou.

Por isso, as pretensões das partes litigantes no âmbito da relação jurídica de direito material não se confundem com as relações jurídicas instauradas entre elas e terceiros, convocados a desempenhar a arbitragem.

8.3. *A confessada influência da teoria do direito de ação*

É claro que esse enfoque reflete a influência da concepção processualista, desenvolvida a propósito da atividade jurisdicional estatal. Ainda assim, é possível estabelecer um paralelo entre o direito de ação (direito público subjetivo) e o direito de provocar a instauração da arbitragem – ainda que apresente uma dimensão de natureza privada.

Mesmo que existam diferenças entre as duas situações, é inquestionável que a composição vinculante do litígio por meio da atuação de um sujeito imparcial e independente implica a existência de relações jurídicas diversas e distintas. Assim se passa tanto no âmbito da jurisdição estatal como no tocante à arbitragem.

24. Esse último exemplo envolve, como é evidente, variações no tocante à causa de invalidade. Pode ocorrer de que a causa de invalidade contratual produza a invalidade inclusive da própria cláusula compromissória.

8.4. *A questão jurídica implicada*

O instituto da arbitragem implica uma complexidade jurídica adicional, relativamente ao direito de ação. Assim se passa porque, como já acima exposto, o relacionamento jurídico entre as partes litigantes e os árbitros é uma decorrência da convenção de arbitragem, mas com ela não se confunde.

A convenção de arbitragem produz uma relação jurídica entre as partes. A efetiva instauração da arbitragem implica o surgimento de uma outra relação jurídica, da qual participam as partes e os árbitros.

Ou seja, é necessário diferenciar a convenção entre as partes (compromisso arbitral ou cláusula compromissória) e as relações por elas estabelecidas com terceiros em vista da efetiva execução propriamente dita da arbitragem.

8.5. *A relação "processual não estatal"*

No âmbito da atividade jurisdicional estatal, alude-se à existência de uma relação jurídica processual,²⁵ que vincula as partes e o Estado-jurisdicção.

O vínculo entre as partes e os árbitros, o qual pode abranger inclusive uma câmara arbitral, configura uma relação processual. Trata-se de um vínculo jurídico orientado a produzir uma atuação específica e diferenciada, por meio da qual haverá a composição do litígio entre as partes. Uma diferença fundamental, no entanto, reside na natureza não estatal desse vínculo. O processo arbitral não é um processo estatal.

Não seria incorreto, então, aludir a uma relação processual de natureza não estatal, que se caracteriza por sua pluriangularidade e pela posição de imparcialidade do árbitro.

9. A CONCEPÇÃO JURISDICIONAL

A concepção prevalente no tocante à natureza jurídica da arbitragem é a que reconhece a existência de uma atividade jurisdicional.

9.1. *A posição de Carlos Alberto Carmona*

A controvérsia sobre o tema foi objeto de análise específica de Carlos Alberto Carmona, em trabalho clássico, que deu nova configuração ao tratamento

25. Sobre a relação jurídica processual, consulte-se DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. II, p. 200-225.

do instituto no direito brasileiro.²⁶ O autor sintetizou a origem das controvérsias, no texto abaixo reproduzido:

“O fato é que os autores do final do século passado e do início deste – especialmente os italianos – preocuparam-se sobremaneira com o contrato e compromisso, centrando ali suas preocupações. Assim, para os privatistas, a origem contratual da arbitragem era fundamental na qualificação de todo o instituto, ao passo que para os publicistas o problema estava em balizar, definir e especificar melhor a origem contratual da arbitragem, demonstrando ser fundamental o estudo do papel dos árbitros, suas funções e os efeitos da decisão deles”.²⁷

O ponto central da questão reside na reavaliação do conceito de jurisdição. Como afirma Carmona, “parece ser universal a tendência de ampliar o conceito de jurisdição, na medida em que aumenta o grau de participação e o interesse popular na administração da justiça (...)”.²⁸

Daí a conclusão preconizada por esse autor de que a arbitragem envolvia o desempenho de função jurisdicional, em tudo assemelhável às atividades atribuídas ao Poder Judiciário.

9.2. *A orientação difundida na doutrina brasileira*

A concepção antecipada no trabalho de Carmona vem sendo acompanhada pela generalidade dos doutrinadores.²⁹ Em trabalho mais recente, Cândido Rangel Dinamarco afirmou que:

“Indo além do que diz o próprio Carmona, hoje é imperioso entender que a jurisdicionalidade é inerente à própria arbitragem, prescindindo das vicissitudes da legislação ou mesmo das opções do legislador. O que há de fundamental é o reconhecimento da função de pacificar pessoas mediante a realização da justiça, exercida tanto pelo juiz togado quando pelo árbitro”.³⁰

Logo a seguir, Dinamarco formula uma ponderação marcante, que apresenta grande importância para a controvérsia examinada. As suas palavras estão adiante reproduzidas:

26. *A arbitragem no processo civil brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1993.

27. Op. cit., p. 33.

28. Op. cit., p. 37.

29. “O caráter jurisdicional da arbitragem é reconhecido pela doutrina amplamente majoritária” (Amaral, Paulo Osternack. Op. cit., p. 33-34, nota de rodapé n. 54).

30. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 39.

“O que importa e se impõe como elemento essencial é o escopo social de *pacificação*. De importância menor nesse quando conceitual, ou de importância *nenhuma*, são ainda as circunstâncias de o poder do árbitro ter origem na convenção das partes, e não na Constituição ou na lei, e de a execução forçada estar inteiramente excluída de suas atividades”.³¹

9.3. *Ainda a natureza não estatal da arbitragem*

Daí não se segue, no entanto, que a arbitragem configure uma atividade estatal. Os árbitros são sujeitos privados, que não atuam em nome do Estado e seus atos não se subordinam ao direito processual judiciário. Cabe aprofundar a questão.

10. O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO

A natureza da função assumida pelo árbitro é incompatível com a instauração de qualquer relação jurídica específica e diferenciada com qualquer das partes. A relação jurídica que operacionaliza a arbitragem é a relação jurídica processual.

10.1. *O árbitro como exercente de função jurisdicional*

O árbitro é um sujeito investido de função jurisdicional, ainda que não integre a estrutura do Estado. A arbitragem é um instituto que se submete aos postulados fundamentais do direito público – ainda que não se configure como uma manifestação estatal.

10.1.1. *O direito público não estatal*

Os diversos ramos do direito – inclusive o direito administrativo – encaminham-se para o reconhecimento de que a efetivação dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente não depende, de modo necessário, da participação e da presença do Estado.

Isso significa a crescente participação da sociedade (inclusive, mas não necessariamente, do chamado terceiro setor) como solução para a realização de valores reconhecidos como indisponíveis e supremos.

O efeito experimentado é o surgimento de institutos inovadores e desafiantes, que conjugam a ausência de estatalidade e a presença de publicismo.

31. Op. cit., p. 40-41.

São cada vez mais frequentes as hipóteses em que um sujeito privado atua fora dos limites do Estado, mas desempenha atividades públicas. Isso não implica a integração do particular no âmbito estatal. Não significa o surgimento de relações típicas de direito público. Há o desempenho de funções de interesse coletivo, que são subordinadas aos princípios próprios do direito público, mas que não se desenvolvem ao interno do Estado. O direito público, os direitos fundamentais e os interesses coletivos são muito mais extensos do que o conceito de Estado.

Nesse sentido, podem ser referidas as lições de Eduardo Talamini, abaixo reproduzidas:

“Conquanto legítima e plenamente compatível com a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, a atividade arbitral é privada. O árbitro não exerce a jurisdição estatal.

Sua origem está em um ato negocial das partes (...). Mas não há um ato de delegação estatal. Se for para utilizar o termo ‘jurisdição’ no sentido clássico, de uma das modalidades do poder soberano do Estado, a arbitragem não é ‘jurisdicional’ (ainda que o seja em outra acepção...)”.³²

Portanto, os árbitros não são agentes públicos, nem atuam em nome do Estado, ao desenvolver as atividades arbitrais.³³ Isso não implica negar, no entanto, a configuração de uma manifestação jurisdicional.

10.1.2. A amplitude do fenômeno

A arbitragem se insere, então, numa tendência de soluções privadas para a satisfação de interesses coletivos relevantes. Vai-se produzindo uma dissociação entre os conceitos de Estado e de função de interesse da coletividade.

Esse fenômeno verifica-se também a propósito da função administrativa, que não mais pode ser identificada com os Poderes do Estado. Tal como afirmado em outra oportunidade, “O direito administrativo tem por conteúdo disciplinar a atividade administrativa pública – a qual pode ser desenvolvida no

32. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada, *RePro*, vol. 246, ano 40, p. 456.

33. A Lei 9.307 determina, no art. 17, que “Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal”. Isso não implica o reconhecimento de sua condição de agentes públicos. Se o fossem, aliás, nem seria necessária essa regra. Trata-se de admitir que a posição jurídica do árbitro no âmbito da arbitragem é equivalente à do magistrado. Por isso, a infração a deveres fundamentais pode configurar uma conduta típica similar.

âmbito do Estado ou não. Isso significa que o direito administrativo institui a atividade administrativa pública estatal e disciplina o desenvolvimento da atividade administrativa pública não estatal”.³⁴

Esse processo social e político não se desenvolve apenas nos limites da função administrativa. Também se verifica no tocante à função jurisdicional. Pode-se diferenciar, como decorrência, uma função jurisdicional estatal e uma função jurisdicional não estatal – que compreende inclusive a arbitragem.

10.2. *A questão fundamental: garantias e a posição do árbitro*

Tratando-se de função jurisdicional, a tutela constitucional e legal da arbitragem vincula-se diretamente à garantia de composição do litígio segundo uma concepção reforçada de devido processo legal e imparcialidade do julgador. Ou seja, não se trata tão somente de reconhecer a função de pacificação social promovida por meio da arbitragem. O ponto relevante é o modo pelo qual tal se produz. Como assinala Felipe Sripes Wladeck:

“A legitimidade e a constitucionalidade do instituto da arbitragem enquanto método apto a produzir decisões vinculantes para as partes decorrem da exigência que lhe põe... de realizar-se em plena conformidade com os ditames do devido processo legal, inclusive sob a condução de um terceiro imparcial – com o que se atendem os incisos LIV e LV do art. 5.º da CF (...)”.³⁵

A garantia do devido processo legal compreende, de modo inafastável, a imparcialidade do julgador. O árbitro é um terceiro cuja imparcialidade se constitui num pilar teórico-organizacional do instituto.

10.2.1. *A vedação à instituição de vínculo entre a parte e o árbitro*

A natureza jurídica da arbitragem e as garantias inerentes à função jurisdicional constituem-se em impeditivos absolutos à existência de qualquer relação jurídica direta entre a parte e o árbitro. Essa é uma decorrência da conformação constitucional da jurisdição.

34. *Curso de direito administrativo*, 12. ed., São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 31. Tornando mais claro o raciocínio, há o seguinte acréscimo em nota de rodapé: “*O enfoque equivale a reconhecer a dissociação entre os conceitos de ‘Estado’ e de ‘atividade administrativa pública’.* Mais ainda, admite a existência de atividade administrativa pública estatal (que é preponderante) e a atividade administrativa pública não estatal...”.

35. *Impugnação da sentença arbitral*, Salvador: JusPodivm, 2014, p. 30.

A imparcialidade do árbitro, que dá identidade à função jurisdicional (seja estatal ou não estatal), acarreta a inviabilidade de atuação como árbitro de um sujeito que integra o litígio. Portanto, o árbitro é **imparcial** na acepção, primeira e direta, de não ser titular de qualquer dos polos da relação jurídica em que se instaurou o litígio.

Mas a imparcialidade do árbitro se manifesta com idêntica relevância numa segunda acepção. Trata-se da vedação à instauração de vínculo jurídico contratual entre a parte e o árbitro. Essa proibição se aplica não apenas em vista de relações externas ao litígio. Alcança inclusive a própria arbitragem. A exigência de imparcialidade do árbitro conduz à inviabilidade do reconhecimento de uma “prestação de serviços” em favor da parte. O árbitro não é nem pode ser, sob nenhum ângulo, parte numa relação jurídica contratual instaurada com uma ou com ambas as partes do litígio.

10.2.2. A tese das “partes litigantes” como parte única

Especialmente no direito comparado, costuma-se conceber que as partes litigantes seriam uma parte única no relacionamento com os árbitros. Existiria, então, uma comunhão de interesses entre elas, o que afastaria o risco de infração à imparcialidade.

A tese depende da aceitação de uma ficção jurídica, consistente em transformar as partes litigantes em um único polo da relação. Basta considerar que, no mundo real, é perfeitamente possível que uma das partes se oponha (devida ou indevidamente) à instauração da arbitragem. Isso não se constituirá em impedimento a que a arbitragem venha efetivamente a se desenvolver. Nesse caso, é muito problemático defender a tese de que ambos os litigantes teriam uma vontade comum no tocante à arbitragem.

Mesmo quando as partes estiverem de acordo em implementar a arbitragem e ainda que exista um interesse comum em obter um tratamento justo e equânime, isso não implica a existência de um contrato entre os litigantes (de um lado) e os árbitros (de outro).

Aliás, o direito conhece situações dessa ordem, negando-lhes natureza contratual de modo pacífico. Suponha-se uma licitação. Vários sujeitos privados comparecem perante um órgão público e formulam propostas. Têm interesse comum em obter uma decisão da autoridade julgadora. Não se pode afirmar que o vínculo jurídico instaurado entre licitantes e Administração Pública tenha natureza contratual. E não se contraponha que a existência de um vínculo de direito público implicaria uma distinção fundamental.

10.2.3. *A equivalência de posicionamento com o juiz*

O relacionamento do árbitro com as partes é equivalente àquele existente no âmbito da função jurisdicional estatal. Não se admite qualquer vínculo contratual específico e diferenciado entre uma das partes (ou ambas) e o magistrado estatal. Idêntica exigência se põe no tocante à função assumida pelo árbitro.

10.2.4. *Os deveres do árbitro*

Portanto, os árbitros sujeitam-se a deveres muito severos, mas tais deveres não têm origem contratual. O desempenho correto e adequado da função de árbitro não é uma decorrência da contratação do árbitro pela parte. É uma característica inerente ao regime jurídico da função jurisdicional.

Há exigências normativas próprias do exercício da função jurisdicional. Todo o indivíduo que for investido de tal função estará subordinado ao regime jurídico correspondente.

É verdade que a tradição do tratamento dispensado à arbitragem pode induzir à utilização de figuras tipicamente privadas ou de feição caracteristicamente contratual. Mas isso é irrelevante, na medida em que o regime jurídico inerente ao desempenho de uma função de natureza pública (mesmo que não estatal, insista-se) implica a incidência automática dos deveres a ela correlatos.

10.3. *A configuração de uma função*

O árbitro desempenha uma função, utilizada a expressão na acepção técnico-jurídica própria. Configura-se uma função nas hipóteses em que a ordem jurídica atribui a um sujeito um poder jurídico como instrumento para promover a satisfação de interesses a ele transcendentes.

10.3.1. *A configuração de um poder-dever*

Uma das características essenciais do vínculo funcional reside na vedação à utilização dos poderes para a satisfação de interesses próprios, egoísticos.

Nessa linha, a posição funcional acarreta uma conjugação de poderes e deveres. O sujeito está subordinado à realização de um fim, que não se encontra na sua própria órbita de interesses. Portanto, há um dever jurídico finalístico que recai sobre o sujeito. Para permitir o atingimento desse fim, o direito atribui ao sujeito certos poderes jurídicos, de natureza instrumental. É usual aludir-se, então, a um poder-dever.

10.3.2. *A função jurídica mais usual*

A configuração mais típica da função se verifica no âmbito do Estado. Alude-se à posição funcional dos agentes públicos, todos os quais dotados de competências orientadas à promoção dos valores escolhidos pela Nação e consagrados na Constituição e na lei.

10.3.3. *Outras hipóteses de função jurídica*

Mas o direito não reduz as hipóteses de função jurídica apenas aos agentes estatais. No seu relacionamento privado, muitos sujeitos ocupam uma função. O exemplo mais evidente é o do titular do poder familiar (Código Civil, art. 1.630 e ss.).

10.3.4. *A difusão de situações funcionais*

Vem-se verificando uma ampliação das hipóteses de funcionalização das situações jurídicas. Essa tendência decorre da convocação dos sujeitos privados a assumir tarefas de interesse coletivo. Atribui-se ao sujeito um poder jurídico que pode compreender até mesmo a alteração da posição jurídica alheia, em vista da realização de fins determinados de interesse coletivo.

10.3.5. *A posição funcional do árbitro*

O árbitro está investido do poder jurídico de emitir decisão destinada a compor um litígio entre outros sujeitos. Essa posição jurídica lhe é atribuída por uma escolha voluntária dos sujeitos. Mas tal escolha não é acompanhada da autorização para que o árbitro exercite tais poderes para outro fim que não promover a solução mais justa e legítima do litígio, com observância do devido processo legal e com a mais absoluta imparcialidade.

Portanto, o árbitro tem poderes de natureza jurisdicional. Tem também deveres equivalentemente rigorosos. A posição jurídica do árbitro é instrumental: o árbitro é um sujeito que atua para realizar fins que são estranhos aos interesses próprios. Mais do que isso, até se poderia afirmar que o árbitro não busca realizar os interesses de qualquer das partes. Ainda que a sua decisão possa implicar a prevalência e a tutela aos interesses de uma das partes, a decisão do árbitro se orienta a promover a pacificação social.

10.4. *O mecanismo social difundido*

A arbitragem consiste num instrumento concebido para promover a pacificação social. As soluções de arbitragem e as pessoas envolvidas se constituem

em instituições a que recorrem os integrantes da comunidade para obter a composição de litígios. Trata-se, portanto, de uma instituição social.

As concepções institucionais vêm adquirindo relevância cada vez mais intensa. Tal se passa precisamente pelo reconhecimento de que certas atividades são desenvolvidas de modo a realizar os interesses comuns de uma pluralidade de sujeitos.

A concepção institucional concentra uma pluralidade de posições jurídicas em que o desempenho da atividade se faz visando à realização de certos interesses socialmente relevantes.

Assim e por exemplo, a concepção institucional foi consagrada para determinar a natureza jurídica da sociedade anônima. As concepções puramente contratualistas são aplicáveis apenas às sociedades ditas de pessoas. As sociedades de capital passaram a ser qualificadas como uma instituição, cuja origem e desenvolvimento não se vinculam aos acordos consensuais entre os sócios.³⁶

11. A NATUREZA JURÍDICA DOS DESEMBOLSOS A CARGO DA PARTE

O exercício da função de árbitro e o funcionamento da câmara de arbitragem não necessitam fazer-se gratuitamente. Aliás, não existe vínculo jurídico entre o instituto da “função” e da “gratuidade”.

11.1. O exemplo clássico: a remuneração do agente estatal

A natureza transcendente dos interesses promovidos por meio da função não implicam uma exigência de atuação gratuita do sujeito. O exemplo mais evidente é, mais uma vez, o do agente estatal. Investido de situação jurídica funcional e encarregado de promover o bem comum, não se lhe é negado o direito de receber uma remuneração por sua dedicação.

11.2. O direito do árbitro de ser remunerado

Pelas mesmas considerações, assegura-se ao árbitro uma remuneração pela atuação desempenhada.

11.2.1. A variação de situações e a remuneração da câmara

A remuneração ao árbitro apresenta configurações distintas em vista de seu relacionamento com a câmara arbitral. Admite-se inclusive que os árbitros es-

36. Nesse sentido, confira-se MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 36. ed. atual. por Carlos Henrique Abrão. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 239.

tabeleçam relacionamento jurídico de natureza trabalhista com câmaras de arbitragem, mas a hipótese é anômala e deve preservar os postulados do devido processo legal.³⁷

Por outro lado, as partes “pagam” à câmara uma remuneração que é uma contrapartida pelo desempenho da arbitragem.

11.2.2. *A responsabilidade das partes*

A remuneração auferida pelo árbitro será derivada de desembolsos promovidos pelas partes. Como visto, há alternativas diversas para a determinação do valor da remuneração dos árbitros. Mas o montante devido, ao menos no direito brasileiro, não é pactuado mediante uma convenção entre as partes e o árbitro.

11.3. *O fundamento jurídico do desembolso*

O desembolso do montante pertinente à arbitragem apresenta natureza de liquidação de despesas e emolumentos extrajudiciais. Consiste num valor monetário de responsabilidade da parte, que se caracteriza como uma despesa necessária ao custeio das atividades de jurisdição não estatal.

Ou seja, o valor destinado ao custeio das atividades de arbitragem tem a mesma natureza jurídica dos emolumentos e custas exigidos a propósito das despesas judiciais. Em ambos os casos, não existe um vínculo contratual como causa jurídica do desembolso.

37. Nesse sentido, há um interessante julgado do STJ, onde se pode ler o seguinte: “(...) 3. A remuneração do árbitro, ou dos árbitros, compete às partes que se valem da arbitragem e poderá estar contida no próprio compromisso arbitral, se for o caso. Todavia, se o árbitro integrar uma câmara arbitral, nada impede que haja convenção determinando que os honorários, custas e despesas sejam pagos diretamente à instituição privada, a qual, por sua vez, repassará o valor devido aos seus árbitros. 4. Não existe, igualmente, nenhum óbice legal para que os serviços prestados pelos árbitros sejam remunerados por salário, mediante observância da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. 5. Hipótese em que os árbitros são remunerados diretamente pelas partes, não havendo previsão de pagamento de salário, na forma regimental, tendo o autor da demanda firmado contrato de franquia com tribunal arbitral, adquirido as respectivas cotas e participado de curso de arbitragem, determinando a existência de uma relação jurídica de natureza civil” (CC 129.310/GO, 2.ª Seção, j. 13.05.2015, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, DJe 19.05.2015).

11.4. *A inaplicabilidade do princípio da legalidade*

Nem cabe estabelecer uma diferenciação com a jurisdição estatal, invocando o princípio da legalidade que disciplina a atividade estatal.

11.4.1. *O motivo da fixação por lei das custas e emolumentos*

As custas e emolumentos judiciais são fixados por lei em virtude da natureza essencialmente estatal da atividade. Não se trata de uma decorrência da natureza jurídica dos próprios emolumentos. Ou seja, a lei deve disciplinar o valor das custas e emolumentos porque se trata de uma remuneração exigida por um órgão estatal.

11.4.2. *A ausência de obrigatoriedade do consumo*

Aliás, a lei não impõe a obrigatoriedade da fruição dos serviços judiciários estatais. Se assim o determinasse, incidiria uma taxa e haveria a possibilidade de cobrança não apenas pela efetiva fruição, mas também pela simples disponibilidade do serviço.

11.4.3. *A determinação do valor por meio de lei*

Nem cabe alegar que o próprio valor das custas e emolumentos é fixado por lei. A forma de determinação do valor a ser desembolsado pelas partes não afeta a sua natureza jurídica.

Suponha-se, por exemplo, que o valor das custas e emolumentos das atividades judiciárias estatais não precisasse ser fixado por lei. Seria estabelecido por um ato unilateral da autoridade envolvida. Isso não alteraria a sua natureza jurídica. Continuará a se configurar uma despesa relacionada com a invocação pelo sujeito da tutela jurisdicional.

A fixação do valor das custas e emolumentos por lei resulta de uma garantia em favor dos jurisdicionados. Tal garantia não se faz necessária no âmbito das arbitragens.

12. OS REFLEXOS SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO

A longa exposição anterior destinou-se a fornecer os necessários fundamentos para identificar o regime jurídico aplicável aos trâmites de indicação de árbitros e câmaras de arbitragem, nas hipóteses em que a solução for praticada pela Administração Pública.

12.1. A exigência da licitação prévia à contratação administrativa

O reconhecimento da existência de um contrato entre a parte e a Câmara Arbitral ou entre a parte e o árbitro propiciaria, no direito brasileiro, uma disputa sobre a incidência da regra do art. 37, XXI, da CF/1988 em vista da Administração Pública.

12.1.1. A regra geral da licitação prévia ao contrato da Administração

Ali está previsto que toda contratação promovida pela Administração Pública deve ser precedida de licitação.

Como decorrência, ter-se-ia de promover licitação para a escolha da Câmara Arbitral a ser prevista na convenção ou do árbitro a ser indicado pela Administração, quando tal se fizesse necessário.

12.1.2. A tese da inexigibilidade de licitação

Essa situação conduziu alguns a defender a configuração de “inexigibilidade de licitação” em tais hipóteses. Tal concepção acabou influenciando o próprio Regulamento da Lei de Portos (Lei 12.815/2015). O § 3.º do art. 7.º do Dec. 8.465/2015 determinou que “A escolha de árbitro ou de instituição arbitral será considerada contratação direta por inexigibilidade de licitação, devendo ser observadas as normas pertinentes”.³⁸

12.1.3. A ausência de previsão legal sobre o tema

Nenhum dispositivo legal determina que o vínculo jurídico entre a Administração e os árbitros configura um contrato. A previsão de que a indicação do árbitro seja “considerada contratação direta”, contemplada no Dec. 8.465/2015, não consiste na explicitação de uma regra legal. Trata-se de uma tentativa de solucionar uma dificuldade prática, promovendo a extensão de institutos conhecidos para solucionar controvérsias até então nunca enfrentadas.

Essa solução deve ser interpretada com grande cautela. Assim se passa porque a tese da inexigibilidade de licitação alicerça-se em pressupostos inconsistentes. E conduz a dificuldades práticas insuperáveis.

38. Algumas considerações podem ser encontradas em PEREIRA, Cesar. Arbitragem no setor portuário: o Dec. 8.465 e sua aplicação prática. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). *Direito portuário brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 584-585.

É necessário examinar a questão com mais profundidade, para identificar as características diferenciadas do relacionamento jurídico entre partes e instituições encarregadas da atividade de arbitragem.

12.2. A não incidência do art. 37, XXI, da CF/1988

Somente estão sujeitas à regra da licitação obrigatória as relações jurídicas de natureza contratual.

12.2.1. A determinação do art. 37, XXI, da CF/1988

Em vista dos contratos da Administração Pública, incide a determinação genérica do art. 37, XXI, da CF/1988, cuja redação é a seguinte:

“(…) ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

12.2.2. A limitação da exigência de licitação prévia

O dispositivo constitucional referido determina a obrigatoriedade da licitação prévia às contratações promovidas pela Administração Pública. Não há dúvida quanto a isso, inclusive porque o dispositivo constitucional é claro ao aludir a “*serão contratados*”.

Portanto, um pressuposto inafastável para a aplicação do dispositivo é a configuração de contratação administrativa. Não se prevê licitação para as hipóteses em que o relacionamento jurídico da Administração Pública com um terceiro não configurar um contrato.

12.2.3. A ausência de contratação do árbitro pela Administração

A arbitragem não é um contrato entre as partes litigantes e os árbitros (e a câmara de arbitragem), o que conduz à ausência de submissão da escolha do árbitro à disciplina do dispositivo constitucional acima indicado.

Como longamente demonstrado acima, a relação jurídica entre Administração e árbitro e câmara de arbitragem não se enquadra na figura do contrato. Não há relacionamento contratual em tal hipótese.

12.3. A ausência de aplicação da Lei 8.666

Como decorrência, o relacionamento em questão não se submete à disciplina da Lei 8.666.

12.3.1. O âmbito de abrangência do diploma

O art. 1.º determina o âmbito de abrangência do referido diploma, estabelecendo a seguinte regra:

“Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Portanto, somente incidem os dispositivos pertinentes aos casos em que existirem contratos pactuados pela Administração. Não havendo contratação administrativa, não se aplica o dispositivo. Também não incide a exigência de licitação.

12.3.2. O despropósito da ideia de licitação

A absoluta incompatibilidade entre a indicação de árbitros e o procedimento licitatório é reconhecida de modo genérico. Ninguém ousaria imaginar possível um potencial candidato a árbitro ser selecionado mediante um procedimento fundado em critérios objetivos (tal como o menor preço ou a maior qualidade técnica).

A licitação é um mecanismo jurídico destinado a selecionar a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração Pública. Como a arbitragem não se constitui num contrato, é inviável cogitar de promover licitação para instaurar uma arbitragem – ou para escolher árbitros ou câmaras de arbitragem.

12.3.3. O descabimento da inexigibilidade de licitação

É verdade que, tal como já acima apontado, tem-se adotado uma tese simplista para resolver questões práticas. A solução preconizada é a configuração de inexigibilidade de licitação. Esse entendimento legitima a ausência de licitação, mas não resolve os problemas existentes.

Há um pressuposto inafastável para a aplicação do instituto da inexigibilidade de licitação. Trata-se da existência de um contrato e a submissão do relacionamento entre as partes ao regime da Lei 8.666.³⁹

39. Lembre-se que mesmo os ditos “contratos privados da Administração” submetem-se às normas gerais da Lei 8.666. Assim está previsto no art. 62, § 3.º: “Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I – aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado; II – aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.”

Se não existir contrato e não houver a incidência da Lei 8.666/1993, será juridicamente *impossível* submeter uma situação prática ao regime da inexigibilidade de licitação.

Ou seja, aplicar a inexigibilidade da licitação não resolve os problemas jurídicos porque implica o reconhecimento de que os árbitros e a câmara de arbitragem são contratados pela Administração Pública. Exige a aplicação do procedimento específico da inexigibilidade de licitação, o que envolve inclusive a determinação da “remuneração” devida ao particular contratado. Acarreta a necessidade de aplicar todo o regime da Lei 8.666/1993 (ou, quando menos, as normas gerais) ao relacionamento entre as partes e os árbitros.

Esse regime jurídico não se conforma com a arbitragem, pela pura e simples razão de que não existe um contrato entre os árbitros (e a câmara arbitral) e as partes litigantes. Quando a Administração Pública é parte na arbitragem, não surge um contrato entre ela e os árbitros ou entre ela e a câmara arbitral.

12.4. A inviabilidade de competição e a notória especialização

Outro argumento utilizado para defender a aplicação da inexigibilidade de licitação é o reconhecimento de que é inviável a competição para indicação do árbitro, cuja atuação envolve uma notória especialização. Esse argumento também reflete uma confusão entre questões jurídicas distintas.

12.4.1. A notória especialização e a Lei 8.666/1993

A notória especialização foi eleita pela Lei 8.666/1993 como um dos critérios para escolha do particular a ser contratado, nas hipóteses de inexigibilidade de licitação. Assim está previsto no art. 25, II e § 1.º, do referido Diploma.

Daí não se segue, no entanto, que toda e qualquer situação de notória especialização conduza à incidência dos dispositivos referidos. Há hipóteses em que a Administração estabelece relacionamento com um sujeito dotado de notória especialização. Mas daí não se segue que incida, de modo necessário, a regra do art. 25, II e § 1.º, da Lei 8.666/1993.

Basta um exemplo simples para o raciocínio ser compreendido. A Administração pode pactuar convênios e ajustes com sujeitos privados. Algum desses sujeitos pode contar em seus quadros com indivíduos de notória especialização, o que se constitui em fundamento para a escolha de estabelecimento

do vínculo.⁴⁰ A hipótese não será submetida, no entanto, ao art. 25 da Lei de Licitações. E não o será porque convênio não se confunde com contrato. E o art. 25 apenas se aplica às hipóteses de contratos. Portanto, a notória especialização pode existir e ser relevante, sem que a sua consideração conduza à incidência das normas sobre inexigibilidade de licitação.

Dito de outro modo, a notória especialização é um atributo pessoal e diferenciado de alguns indivíduos. Esses sujeitos podem estabelecer vínculos com a Administração. Mas esse atributo do sujeito privado pode ser reputado como relevante pela Administração não apenas na hipótese do art. 25 da Lei de Licitações.

12.4.2. *A questão da inviabilidade de competição*

Considerações similares podem ser adotadas relativamente à inviabilidade de competição. Como se sabe, o art. 25 da Lei 8.666/1993 estabelece que a inexigibilidade de licitação se configura nos casos de inviabilidade de competição. Não existe uma definição legal do conceito, mas apenas um elenco exemplificativo dos casos em que se verifica – tal como se encontra nos três incisos do mesmo art. 25.

É correto afirmar que não será realizada a licitação para a contratação administrativa nos casos em que for inviável a competição. Mas isso não significa que a inviabilidade de competição exista apenas a propósito de contratação administrativa.

A inviabilidade de competição se configura em diversas hipóteses. O art. 25 trata do tema relativamente aos casos de contratação administrativa. Mas há outros tipos de relacionamento jurídico estabelecidos pela Administração. Em tais casos, também pode haver inviabilidade de competição.

40. Apenas por cautela, afaste-se o improcedente argumento de que a notória especialização do sujeito vinculado a uma empresa é juridicamente distinta da notória especialização do indivíduo contratado diretamente pela Administração. A situação é idêntica e o art. 13, § 3.º, da Lei 8.666/1993 determina que “A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato”. Quando a notória especialização for relevante para a Administração, será irrelevante se o titular dessa especialização for a própria pessoa física ou a pessoa jurídica a que tal pessoa física se vincular.

Poder-se-ia utilizar o mesmo exemplo do convênio. Se a Administração deliberar realizar um convênio e existir um único sujeito em condições de participar, haverá inviabilidade de competição – sem que se configure uma hipótese de inexigibilidade de licitação.

12.4.3. Síntese: a confusão a ser superada

A não configuração da arbitragem como um contrato conduz à impertinência das regras da Lei 8.666/1993 atinentes à licitação. Também conduz à inaplicabilidade dos conceitos fundamentais relativos à contratação direta.

Não estão presentes os requisitos para uma licitação nas hipóteses de escolha de árbitros e câmara de arbitragem. Mas isso não decorre da subsunção do caso ao art. 25 da Lei 8.666/1993. A razão fundamental para não ser aplicada a licitação consiste em que a arbitragem não é um contrato e os árbitros não são contratados pela Administração Pública.

12.5. Ainda a demonstração do despropósito da solução

Apenas por cautela, cabe apontar os resultados desastrosos que a tese da inexigibilidade de licitação acarretaria.

12.5.1. A existência de contratação administrativa

A inexigibilidade de licitação conduz apenas à ausência de licitação, não ao afastamento de uma contratação administrativa. Aplicando-se o art. 25 da Lei 8.666/1993, continuaria a incidir todo o regime jurídico próprio previsto naquele diploma.

12.5.2. A exigência da contratação formal e por escrito

Como decorrência, caberia a formalização por escrito da “contratação”, com determinação explícita do prazo de vigência, das obrigações do “contratado”, do preço e das condições de pagamento, e assim por diante.

Então, o “árbitro” seria um sujeito vinculado à Administração Pública segundo o relacionamento jurídico correspondente. A ausência de licitação seria apenas um detalhe formal. O resultado, como é evidente, seria a instauração de um vínculo jurídico incompatível com a própria função de árbitro.

12.5.3. Ainda a questão do preço

Frise-se que o contrato teria de contemplar o “preço” a ser pago ao árbitro “contratado” pela Administração. Essa solução conduziria a um impasse

invenível relativamente à situação dos demais árbitros. Não há solução para justificar contratualmente o pagamento a cargo da Administração relativamente ao árbitro indicado pela outra parte e ao terceiro árbitro indicado de comum acordo entre os árbitros. Quanto a isso, não existiria contrato, nem haveria fundamento para pagamento de importância alguma.

Mas o ponto evidente é o mesmo: nenhum dos árbitros, nem mesmo aquele indicado pela Administração, vincula-se a ela por um contrato de prestação de serviços.

12.5.4. Síntese: o problema essencial

O problema essencial, portanto, não é a dificuldade de realizar uma licitação para indicar um árbitro. Essa dificuldade é uma decorrência, um reflexo da ausência de vínculo contratual entre a Administração e o(s) árbitro(s).

12.6. A questão da câmara arbitral: a inviabilidade da solução

Nem seria cabível tentar solucionar a dificuldade mencionada por meio da utilização da câmara de arbitragem.

12.6.1. A tentativa de solução

Alguém poderia supor que as dificuldades antes apontadas poderiam ser superadas por meio da “contratação” de uma câmara arbitral. Segundo esse enfoque, não haveria necessidade de estabelecer qualquer relacionamento entre a Administração e o árbitro. Bastaria pactuar um vínculo com a câmara arbitral, que seria contratada para prestar “serviços de arbitragem”. Essa solução é igualmente inadequada, afigurando-se como uma tentativa de encontrar uma solução formal para tentar acomodar a situação a um regime jurídico com ela incompatível.

12.6.2. A permanência dos problemas

Todos os problemas essenciais permanecem existindo, na hipótese de uma “contratação” com a câmara de arbitragem. Em primeiro lugar, o vínculo jurídico é estabelecido em igualdade de condições entre a câmara e as duas partes. Em segundo lugar, a câmara não se obriga a prestar serviço algum às partes. Em terceiro lugar, a câmara não recebe o pagamento de um preço. Em quarto lugar, a câmara não se subordina a qualquer prerrogativa ou poder jurídico contratual da Administração. Em quinto lugar, a câmara nem mesmo se obriga

a “fornecer árbitros”. Em sexto lugar, há um vínculo jurídico direto entre os árbitros e as partes, que é insuprimível.

Como visto, a Câmara é um instrumento de apoio para o desempenho da função de arbitragem. Não desempenha em nome próprio nenhuma atividade de resolução do litígio. A arbitragem é a atuação fundamental e principal, que é desenvolvida em nome próprio e diretamente pelos árbitros.

12.7. O descabimento da solução do convênio

Diante do cenário acima, há sugestões de adoção da figura do convênio.

12.7.1. A figura do convênio

O convênio consiste num acordo de vontades de que participa a Administração, por meio do qual se obriga a conjugar esforços e/ou recursos com outro sujeito, visando atingir um resultado de interesse comum.

Uma das características essenciais do convênio reside na vedação à apropriação pela parte conveniada de qualquer riqueza ou benefício em virtude da execução das prestações. No convênio, há uma atuação de interesse comum que é desenvolvida ou custeada por uma pluralidade de sujeitos, sem que qualquer um deles incorpore qualquer benefício daí decorrente. Assim, por exemplo, o Estado pode pactuar um convênio com uma instituição privada de assistência a portadores de certa moléstia. A Administração pode repassar valores para essa instituição. Mas é absolutamente vedado que tais valores sejam incorporados, mesmo que parcialmente, ao patrimônio da instituição.

12.7.2. O descabimento do convênio

Não é viável submeter as atividades de arbitragem a convênio porque tanto o árbitro como a câmara de arbitragem apropriam-se de valores para seus próprios fins e interesses. Isso não é ilegítimo nem antijurídico: apenas é incompatível com um convênio.

Mas esse é apenas o obstáculo mais evidente. Há outros impedimentos relevantes. A atuação do árbitro ou da câmara de arbitragem não envolvem uma “associação”, nem uma “comunhão” de atividades com a Administração, que é parte no litígio. A câmara de arbitragem e o árbitro atuam com total independência, sem se preocupar com as finalidades cogitadas pela Administração. A arbitragem tem por objeto o julgamento do litígio, sem que isso envolva uma atuação concertada entre o sujeito titular da função decisória e a parte no litígio.

Ou seja, o convênio promovido pela Administração Pública não fornece solução nem mesmo para o relacionamento isonômico entre o árbitro e a outra parte. Se há convênio entre a Administração e a câmara, qual é a situação jurídica da outra parte? Não há resposta para essa indagação.

12.7.3. *Ainda o problema da licitação*

Em rigor, a utilização do convênio é mais uma manifestação das distorções produzidas pela compulsão pela licitação. Supondo-se que seria obrigatório realizar licitação, reputa-se que a solução para evitá-la seria simular a existência de um convênio. O resultado é lamentável do ponto de vista prático, criando vulnerabilidade para os próprios envolvidos e propiciando riscos significativos de soluções inadequadas.

12.7.4. *A validade de convênios pactuados*

Até pode existir um efetivo convênio para incentivar e dar respaldo a soluções arbitrais. Mas a atuação de uma instituição como câmara arbitral não configura um convênio, sob o prisma jurídico. Ou seja, o desempenho de atividades de suporte a uma arbitragem não é um convênio entre a instituição e a parte, inclusive nos casos em que essa parte integra a Administração Pública.

Isso não significa imputar algum defeito jurídico a tais “convênios”. Negar a configuração de convênio não equivale a afirmar a invalidade das escolhas da Administração. É perfeitamente válido que a Administração escolha certa instituição para o desempenho das funções de câmara arbitral, desde que presentes os requisitos para tanto. Como visto, não se configura nem contrato, nem convênio. Trata-se de uma escolha administrativa, que deve ser fundada em motivos adequados. Denominar a escolha de “convênio” é irrelevante, se estiverem presentes os requisitos necessários.

Para ser ainda mais direto: a escolha pela Administração de uma certa instituição para atuar como câmara arbitral não depende de licitação. Mas essa desnecessidade decorre não da configuração de um convênio. Resulta da ausência de configuração de um ato bilateral (contrato ou convênio) entre a Administração e a referida instituição. O único defeito na situação examinada consiste em afirmar a existência de um convênio em hipóteses em que não se encontram presentes os requisitos correspondentes.

12.8. *O desastre do credenciamento*

Outra solução que também não pode ser adotada é a do credenciamento. Aliás, o credenciamento pode gerar efeitos muito mais desastrosos do que as soluções antes examinadas.

12.8.1. A figura do credenciamento

O credenciamento consiste num ato administrativo unilateral por meio do qual a Administração estabelece requisitos de habilitação de potenciais interessados em contratar com ela, promovendo contratações sucessivas, de modo indistinto, com os diversos credenciados.

12.8.2. O tratamento isonômico para todos os credenciados

Em termos práticos, o credenciamento resulta numa situação de ausência de diferenciação entre os diversos credenciados. Todos os que preencherem os requisitos de credenciamento devem ser tratados de modo isonômico, inclusive para o efeito de serem contratados em condições razoavelmente aleatórias.

12.8.3. O credenciamento de árbitros

Ainda em termos práticos, o credenciamento de árbitros e de câmaras de arbitragem se traduziria numa espécie de “banco de dados” contendo nomes de sujeitos distintos. Em cada situação concreta, haveria a escolha de um desses nomes – presumindo-se que todos os que se encontram credenciados dispõem de condições de idêntica performance.

12.8.4. O problema enfrentado

O problema produzido pela adoção do credenciamento é a ausência de possibilidade de seleção fundada em critérios específicos, especialmente a avaliação fundada em razões diferenciadas. Há o enorme risco de admissão de credenciamento a sujeitos que dispõem de documentos de habilitação exigidos, mas que não se encontram em condições de desempenho satisfatório.

12.8.5. Ainda o problema da existência de contrato

Ressalte-se que o credenciamento também é uma solução descabida porque se destina a resolver questões de natureza contratual. Portanto, propicia resultados inadequados em vista da arbitragem. No credenciamento, não existe licitação, mas há contrato com a Administração Pública.

12.8.6. Ainda e sempre o problema da licitação

Também a solução do credenciamento é uma prática orientada a evitar disputas relativamente a licitações. Trata-se de um meio para evitar o questio-

namento quanto à escolha de sujeitos determinados para o desempenho de funções para a Administração Pública.

12.9. A solução jurídica adequada

A adoção dos postulados jurídicos corretos permite atingir a solução mais satisfatória e eficiente.

12.9.1. O postulado jurídico fundamental

Há um postulado fundamental, que permite superar todas as dificuldades apontadas na via administrativa. Trata-se da admissão de que a arbitragem traduz o desempenho de função jurisdicional.

12.9.2. Ainda a ausência de contratação administrativa

Por isso, a arbitragem não produz um vínculo de natureza contratual entre a Administração e a câmara de arbitragem e os árbitros. Trata-se de uma relação de natureza institucional.

12.9.3. A escolha do árbitro e da câmara de arbitragem

A escolha do árbitro e da câmara de arbitragem envolve um ato administrativo unilateral, que é praticado no exercício de competência discricionária. Nada impede que essa escolha, inclusive da instituição arbitral, seja realizada consensualmente com o particular. Isso não implica o surgimento de um contrato, na acepção da Lei 8.666. A autonomia inerente à configuração da arbitragem permite que Administração e particular estructurem diferentes soluções para disciplinar o procedimento.⁴¹

12.9.4. A não aplicabilidade de licitação

O ato não pode ser precedido de licitação porque esse instituto é reservado para hipóteses contratuais, em que o vínculo jurídico é produzido por acordo de vontades, que determina a disciplina jurídica aplicável.

41. Anote-se que a arbitragem envolvendo a Administração Pública, quando conduzida pela ICC (*International Chamber of Commerce*) é subordinada a regras peculiares. A partir de 2012, a ICC passou a ter competência para indicar diretamente, de modo discricionário, o árbitro único ou o presidente do tribunal arbitral em tais casos. Segundo o art. 13(4) das Regras da ICC de 2012, “A Corte pode também apontar diretamente para atuar como árbitro qualquer pessoa que lhe pareça adequada quando (a) uma ou mais das partes for um Estado ou reclamar a condição de entidade estatal” (original em inglês).

12.9.5. *A pluralidade de alternativas*

Existe uma pluralidade de alternativas para a Administração (e para qualquer sujeito privado) relativamente à indicação de árbitros e de câmaras de arbitragem. Daí não se segue a obrigatoriedade de licitação. Insista-se em que a licitação somente é cabível nos casos em que há contratações. Quando existe uma decisão a ser adotada de modo unilateral, por ato próprio da Administração, a pluralidade de alternativas não impõe a realização de licitação.

12.9.6. *A escolha orientada a produzir o resultado mais satisfatório*

Tal como se passa com todas as decisões administrativas realizadas no exercício de competência discricionária, a escolha do sujeito a ser indicado como árbitro e da instituição para atuar como câmara arbitral devem ser orientadas por uma avaliação da realidade concreta. Isso se destina a produzir a escolha mais satisfatória e que possa atingir o melhor resultado possível.

Em termos concretos, é indispensável verificar se os sujeitos são dotados de respeitabilidade e conhecimento, inclusive a notória especialização. Também é indispensável examinar o universo de pessoas potencialmente indicáveis, identificando a presença dos requisitos pertinentes ao exercício adequado da função a ser exercitada.

12.9.7. *A vedação a "convites" e "chamadas"*

A escolha de árbitros e câmaras de arbitragem não comporta soluções de natureza restritiva, que impliquem algum tipo de violação à indispensável situação de imparcialidade.

Por isso, não se admite que a Administração promova soluções de "chamamento público" ou de "convites", especialmente quando contemplarem algum tipo de definição de futura atuação dos potenciais interessados. Seria um despropósito, por exemplo, submeter a escolha da câmara de arbitragem a um procedimento seletivo, fundado em proposta de valores da remuneração a ser exigida.

Isso conduziria à escolha da câmara que praticasse os preços mais reduzidos. Ocorre que as câmaras de arbitragem e os árbitros não podem ser selecionados apenas segundo o critério econômico. O critério de seleção deve ser o melhor desempenho das atividades jurisdicionais e a observância das exigências do devido processo legal, do contraditório e da imparcialidade de julgamento.

12.9.8. Ainda a notória especialização

A escolha da Administração somente será válida quando evidenciar, na sua motivação, a qualificação dos sujeitos indicados para o desempenho adequado e satisfatório das funções jurisdicionais envolvidas. Isso compreende inclusive a notória especialização. Somente pode ser indicado para árbitro o sujeito que seja titular de conhecimento e experiência diferenciados, que o qualifiquem para assumir uma função assim relevante.

Mais do que uma notória especialização genérica, é indispensável o conhecimento específico da área em que o litígio se verifica. Justamente por isso, a natureza e as características do litígio impõem limites à autonomia de escolha da Administração. Incumbe-lhe selecionar, dentre os sujeitos dotados de atributos diferenciados de conhecimento e experiência, aquele que se afigurar como o mais qualificado para a função de árbitro.

12.9.9. Os demais requisitos necessários

Acresce que não basta apenas a notória especialização do sujeito escolhido. É indispensável verificar outros atributos e eventuais impedimentos. A Administração tem o dever de tomar em vista a reputação do sujeito – tanto quanto da câmara arbitral escolhida. Isso envolve avaliar a opinião prevalente no setor especializado, a identificação de eventuais impedimentos ou de fatores que possam desaconselhar a indicação.

12.9.10. Ainda a escolha discricionária motivada

Mas a escolha do nome do árbitro e da câmara arbitral a serem indicados refletirá uma decisão administrativa de natureza discricionária. Existirá uma margem de autonomia da autoridade competente, que deverá atuar visando produzir a solução mais satisfatória para os interesses públicos. Caberá motivar adequadamente a escolha. E nunca caberá questionar a validade da decisão sob o fundamento de que existia uma pluralidade de sujeitos em condições de igualdade a serem indicados.

A pluralidade de potenciais indicados não é um motivo de invalidade da escolha. A escolha de um único, dentre os potenciais sujeitos aptos a satisfazer as necessidades em questão, é uma necessidade inafastável. O problema reside na escolha arbitrária, não motivada ou incompatível com os pressupostos existentes ou com as finalidades buscadas.

12.10. A dissociação entre o procedimento prévio e a arbitragem

Há ainda outro ponto, que se relaciona à validade da arbitragem independentemente de questões relacionadas ao trâmite interno adotado pela Administração relativamente à indicação do árbitro ou da instituição de arbitragem.

12.10.1. As questões internas à Administração

As regras administrativas pertinentes à escolha do árbitro e da instituição arbitral devem ser observadas pela Administração. Daí não se segue, no entanto, que eventual infração imputável a ela de modo isolado implique a invalidade da arbitragem propriamente dita.

12.10.2. Ainda a relevância da ausência do vínculo contratual

A não configuração de vínculo contratual entre os árbitros e a câmara arbitral e a Administração implica a dissociação entre o procedimento decisório adotado e a atuação do painel arbitral.

12.10.3. A exigência dos requisitos objetivos

Exige-se a presença dos requisitos objetivos indispensáveis à assunção da condição de árbitro. Estando eles presentes, não cabe questionar o cumprimento pela Administração de requisitos próprios no desenvolvimento de sua atividade interna.

12.10.4. A vinculação pela escolha exteriorizada

Portanto, a Administração se vincula pelos efeitos da escolha realizada, quer quanto ao árbitro, quer quanto à câmara arbitral. A arbitragem se instaura e se desenvolve sem vínculo de dependência quanto ao preenchimento de requisitos internos à Administração na formação dessa vontade.

12.10.5. A vedação à "carta na manga"

Ou seja, não se pode admitir que a Administração mantenha uma espécie de "carta na manga" para pleitear a invalidade da arbitragem que porventura não lhe seja favorável. Cabe-lhe observar todos os procedimentos necessários ao exercício dos atos necessários à implantação da arbitragem. Seria um despropósito admitir que a Administração poderia aguardar o desenlace da arbitragem e, verificando eventual insucesso, opor-se à validade da decisão invocando defeito da própria conduta.

13. CONCLUSÃO

A arbitragem é um instituto dotado de elevadas virtudes e que pode propiciar o aperfeiçoamento dos processos de composição de litígios envolvendo a Administração Pública. Isso produzirá reflexos sobre o conjunto das atividades administrativas. É uma solução cuja implementação é desejável e deve merecer incentivo generalizado.

É inquestionável, no entanto, que a operacionalização concreta da arbitragem propõe desafios de diversa ordem. Alguns deles se relacionam com a confluência de conhecimentos e regimes jurídicos distintos. Isso exige uma superação dos limites das práticas reiteradas. Demanda, de modo especial, a compreensão de que as soluções usualmente praticadas não são necessariamente compatíveis com as inovações introduzidas.

A controvérsia examinada demonstra a dimensão despropositada que a licitação adquiriu em nosso sistema jurídico. Até parece que “administrar é realizar licitações”. É mais do que tempo de aperfeiçoar as nossas práticas administrativas.

14. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei 9.307/1996*. São Paulo: Atlas, 2014.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Arbitragem: Lei 9.307/1996*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. vol. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- GAILLARD, Emmauel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19. ed. atual. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

- LAGARDE, Mercedes Torres. Liability of Arbitrators in Dubai: Still a Safe Seat of Arbitration. *ASA Bulletin*, vol. 33, issue 4. Kluwer Law International, 2015.
- LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 36. ed., atual. por ABRÃO, Carlos Henrique. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MUSTILL, Michael J.; BOYD, Stewart C. *Commercial Arbitration*. 2nd edn. Lexis Nexis, 1989.
- PEREIRA, Cesar. *Arbitragem no setor portuário: o Dec. 8.465 e sua aplicação prática*. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). *Direito Portuário Brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SERAGLINI, Christophe; Ortscheidt, Jérôme. *Droit de l'arbitrage interne et international*. Paris: Montchrestien, 2013.
- TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da tutela antecipada. *RePro*, vol. 246, ano 40, p. 455-482. São Paulo: Ed. RT., ago. 2015.
- TIBURCIO, Carmen. O princípio da *Kompetenz-Kompetenz* Revisto pelo Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão (*Bundesgerichtshof*). In: LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.
- WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. Salvador: JusPodivm, 2014.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A escolha da câmara de arbitragem pela administração pública, de Cristina Margarete Wagner Mastrobuono e André Rodrigues Junqueira – *RArb* 48/2016 (DTR\2016\4602);
- Arbitragem no novo Código de Processo Civil: aspectos práticos, de Bruno Guimarães Bianchi – *RePro* 255/2016 (DTR2016\4683);
- Dec. 8.465/2015: fomento à arbitragem envolvendo a administração pública no setor portuário, de Camila Mendes Vianna Cardoso, Lucas Leite Marques, Marco Antônio Carvalho e Faria e Munique de Souza Mendes – *RArb* 48/2016 (DTR\2016\4606); e
- O advogado na arbitragem, de Roberto Rosas – *RBA* 0/2016 (DTR\2016\426).

AS PRESUNÇÕES JURÍDICAS E A NEGAÇÃO DA JURISDIÇÃO. A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

PRESUMPTIONS AND JURISDICTION AVOIDANCE: THE PUBLIC BUDGETING IN COURT

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP. Professor da Faculdade de Direito da FGV/RJ. Chefe do Departamento de Direito do Estado da FDUSP. Vice-presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Ex- Presidente da Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación. floriano@manesco.com.br

ÁREA DO DIREITO: Administrativo; Processual; Civil

RESUMO: Neste artigo argumento que o Judiciário muitas vezes se esquia de prestar efetivamente a jurisdição com base em presunções não legais, baseadas ou em formulações doutrinárias ou em preconceitos sobre uma das partes (presunções de bloqueio ou preconceitos obliterantes). Ocorre que presunções de bloqueio impedem a cognição do decisor, o que é particularmente recorrente nas causas que opõem o indivíduo à Fazenda Pública em que se aplicam, via de regra, as seguintes presunções: presunção de que o erário deve ser protegido e da presunção de que todo o privado que postula em face da Fazenda é um potencial risco de assaques ao erário. Ideologicamente, o juiz fazendário se enfileira nas trincheiras dos que defendem a higidez do tesouro contra os privados e, assim, compromete a garantia do direito à boa prestação jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Presunções jurídicas – Jurisdição – Fazenda Pública – Imparcialidade – Negação da jurisdição.

ABSTRACT: I argue that judges often performance the jurisdiction avoidance by accepting non-legal presumptions, which derive from scholars' ideas or are based on assumptions about a person (block presumptions). Therefore, these block presumptions prevent the decisor's cognition especially in cases figured by individuals against the Public Budgeting. In these cases, both of these presumptions are largely used: presumption that the budget must be preserved, and presumption that all postulant against Public Budgeting is a potential budget risk. Ideologically, the judge puts herself in the front to defend the public budget against the individuals. Hence, the judge endangers the fair provision of jurisdiction.

KEYWORDS: Legal presumptions – Jurisdiction – Public Budgeting – Impartiality – Jurisdiction avoidance.

SUMÁRIO: 1. Situação do problema. 2. A jurisdição e o desafio de "conhecer a verdade". 3. Fatores que turbam a livre cognição do juiz. 4. O sistema de presunções. 4.1. Fundamento e utilidade das presunções. 4.2. Presunções legais e presunções jurisdicionais. 4.3. Quando as presunções impedem a cognição. 5. Fundamentos e efeitos das "presunções fazendárias". 6. O juiz investido da defesa do interesse público secundário e a quebra da imparcialidade. 7. Quando a presunção judiciária se transforma em negação da jurisdição plena: alguns exemplos. 8. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O presente artigo se presta a oferecer uma trilha de pesquisa que pode servir tanto aos dedicados ao estudo do processo civil como aos estudiosos do direito administrativo. A proposta é verificar como o Judiciário muitas vezes se esquivava de prestar efetivamente a jurisdição decidindo a lide não com base nos elementos cognitivos produzidos no processo, mas com apoio em presunções não legais, baseadas ou em formulações doutrinárias ou, então, meramente em preconceitos positivos ou negativos em relação a uma das partes. Este sistema, que se torna mais frequente quanto mais o juiz se vê sobrecarregado por crescente número e complexidade de processos a decidir e, de outro lado, pressionado por prazos e metas, põe em risco a própria ideia de jurisdição.

Duas foram as provocações que me levaram a escrever este artigo: a percepção de um crescente alinhamento automático do Judiciário, em diferentes jurisdições, com o poder político e com a Fazenda Pública. De outro, alguns achados de pesquisa obtidos no Grupo de Pesquisa sobre o Controle da Administração Pública (GPCAP) da Universidade de São Paulo. Não se trata de um artigo empírico ou apoiado em pesquisas quantitativas, embora alguns exemplos práticos sejam usados para ilustrar a tese. Busco aqui apresentar uma tese e suas premissas teóricas. Essa trilha poderá ser desenvolvida em pesquisas futuras e em propostas de aperfeiçoamento da atividade jurisdicional.

Uma última ressalva merece ser feita. Embora o foco principal deste artigo seja a jurisdição judiciária, as linhas aqui postas podem facilmente servir para a jurisdição arbitral, administrativa ou de contas. Claro que com as devidas modulações.

1. SITUAÇÃO DO PROBLEMA

Embora haja uma miríade de definições acerca do conceito, podemos entender a *jurisdição* como o poder atribuído a alguém (singularmente ou em

colegiado) para decidir um conflito emitindo uma decisão com acatamento obrigatório pelas partes envolvidas.¹ A conferência deste poder pode se dar por força de lei (competência prevista *ex vi lege*, como acontece na jurisdição judicial) ou por força de convenção vinculante (como ocorre na jurisdição arbitral).

O conflito submetido à jurisdição pode decorrer de uma relação jurídica (a lide tradicional, onde uma parte resiste à pretensão da outra que com ela se relaciona) ou advir da sujeição geral a um poder de conferência da conformidade de uma conduta aos parâmetros legais (como ocorre na atuação de uma Corte de Contas ou de um Tribunal de Defesa da Concorrência, que exercem jurisdição administrativa não terminativa, porquanto sindicável num regime de jurisdição una).

Assim, constituem pressupostos da atividade jurisdicional, entre outros, a equidistância daquele incumbido de decidir o conflito (doravante chamado de decisor), a paridade de armas entre os contendores e a isenção do decisor em relação às teses ou posições portadas por cada uma das partes.² Para decidir o conflito, o decisor procede a uma série de mediações, interpretando o que lhe é trazido para ao final, elegendo um critério apoiado no direito, emitir a decisão que, se não extingue, ao menos dirime o conflito.

Estes pressupostos são desafiados quando se dissemina, no aparato jurisdicional, o recurso a presunções, seja para interpretar os fatos e razões trazidos pelas partes, seja para fundamentar a decisão dirimidora do conflito. As presunções podem decorrer da lei (presunções legais) ou advir de formulações doutrinárias ou jurisprudenciais (que, para facilitar, chamarei doravante de presunções jurisdicionais), com ou sem suficiente substrato racional a lhes respaldar.

Como vetor para superar impasses processuais ou permitir colmatar lacunas jurídicas ou probatórias (fato de prova impossível), a presunção pode ser

1. “O ato de julgar é o ponto terminal de um processo de compreensão que se desenrola como interpretação / aplicação do direito e culmina na afirmação de uma decisão em relação a uma lide, decisão que encontra fundamento na ética da legalidade” (Grau, Eros Roberto. *O direito e o direito pressuposto*. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 289).
2. Esta isenção *a priori* é conseguida ou pela aleatoriedade de designação do decisor (como ocorre com o juiz natural na jurisdição judiciária), ou pela oportunidade de amplo escrutínio e impugnação do designado pelas partes (como tem lugar, em regra, na jurisdição arbitral). Retomo ao tema mais à frente.

útil ou aceitável. O problema se põe quando o decisor, para emitir decisão sumária e demandante de baixo esforço, passa a se utilizar de forma recorrente e predominante das presunções. E se torna dramático quando a utilização recorrente a presunções não legais se transforma num dogma disseminado pelo aparato jurisdicional, passando a ser quase que tão vinculante ao decisor como a norma.

Neste quadrante a generalização das presunções se convola em um preconceito de validade universal. E quando isso ocorre passa a servir não para superar impasses processuais, mas como argumento de bloqueio, capaz até de afastar ou coibir prova ou mesmo refutar fundamentos jurídicos relevantes. Neste estágio, a jurisdição acaba por ser negada, pois o conflito, embora decidido, não o faz a partir da consideração e sopesamento das razões de fato e de direito trazidas pelas partes, mas baseado em presunção que esconde na verdade um preconceito.

É o que pretendo demonstrar a seguir.

2. A JURISDIÇÃO E O DESAFIO DE "CONHECER A VERDADE"

O exercício da jurisdição, dissemos, é a arte da interpretação.³ Compreende uma série de mediações entre o fato e a compreensão do intérprete. Embora abstratamente a decisão jurisdicional se apresente como resultado da identificação da "verdade" subjacente ao conflito (jurisdição como adjudicação de direitos), na prática a decisão sempre será fruto de uma sucessão de interpretações.

Primeiro porque os fatos são trazidos ao decisor a partir da narrativa das partes. O que já envolve ao menos duas mediações: aquela que é feita por quem vive e sente os fatos conflitivos (a parte em si) e outra, num ambiente de defesa técnica, pela tradução que o profissional do litígio (advogado, defensor, promotor) faz para verter a narrativa fática em descrição jurídica.

A prova a ser feita nos autos também só é possível a partir de outras tantas mediações interpretativas. As testemunhas narram não o que *verdadeiramente* ocorreu.⁴ Mesmo compromissadas com a obrigação de dizer a "verdade", des-

3. Nos dizeres de Gadamer, a interpretação é uma mediação cognitiva dos eventos vividos (Gadamer, Hans-Georg. *Verdade e método*. 6. ed. São Paulo: Vozes, 2011).

4. Por isso afirmar que a verdade formal, a verdade apresentada pelas partes, e a verdade real, a verdade dos fatos, têm fronteiras marcadamente tênues. A Lei Federal de Processo Administrativo – Lei 9.784/1999 – determina dentre as obrigações do administrado perante a Administração "expor os fatos conforme a verdade" (art. 4.º, I).

crevem sua interpretação acerca dos fatos que assistiram ou tiveram notícia. Os peritos analisam dados e evidências a partir de sua interpretação, mediada pela sua bagagem de experiência profissional, acadêmica e, porque não, também pessoal.

Mas a mediação mais relevante (especialmente para este artigo) é aquela realizada pelo decisor. Ele terá que interpretar as narrativas das partes, cotejar essas narrativas com sua interpretação das declarações e depoimentos dos agentes da prova para, daí, retirar a “sua” verdade sobre o conflito vertido nos autos. E, mais ainda, terá que colocar este conflito numa moldura jurídica que resulta da interpretação que fará do direito aplicável.

Neste itinerário decisório, várias serão as mediações hermenêuticas. Em todas elas, é certo, concorrerá a pertença do juiz, suas concepções sobre o direito, sobre as relações humanas, o sistema econômico, seus apreços e desapeços, sua maior ou menor inclinação religiosa ou ideológica e, porque não, seus pré-conceitos.

Donde me permito dizer que a jurisdição está longe de ser um processo de perquirição da verdade real. Seu objetivo ideal é alcançar a verdade processual que, em última instância, é uma verdade dialética, que tem por pressuposto a análise isenta extraída do cotejo de razões (verdades) trazidas pelas partes.

Portanto, a jurisdição, entendida como solução racional e processualizada de conflitos, demanda equidistância não só formal, mas efetiva, do decisor em relação às partes e às teses por elas portadas, bem como ampla e equânime oportunidade de embate, com paridade de armas.⁵ É isso que fará legítima a coação subjacente ao caráter mandatório da decisão jurisdicional.

A decisão jurisdicional, portanto, não desvela a “Verdade”. Adjudica o direito àquele que logra provar que “sua verdade” é mais plausível e consentânea com as premissas do julgador do que a “verdade” da outra parte na contenda. Importante notar que as premissas do julgador (pré-conceitos) dizem com a pertença que ele traz da sua compreensão do mundo, pois que a hermenêutica não é um processo racional isento das influências do meio e da historicidade

Note-se, aí, qualquer indicativo sobre qual tipo de verdade se trata: se a real ou a formal.

5. “A imparcialidade, por fim, é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe” (Grau, Eros Roberto. *O direito e o direito pressuposto*, cit., p. 293).

do juiz. Porém, esta pertença (que Gadamer chama de preconceitos para se contrapor à racionalidade “pura” do iluminismo) não se confunde com a aplicação de premissas obliterantes e interditanes da dialética, o que estou aqui a designar por *presunções de bloqueio* (ou, se quisermos, *preconceitos obliterantes*).

3. FATORES QUE TURBAM A LIVRE COGNIÇÃO DO JUIZ

Neste passo é importante separar a indesviável influência exercida pela pertença do julgador (seus pré-conceitos), de outros fatores que turbam e contaminam o exercício cognitivo da jurisdição, fazendo com o que o decisor perca a equidistância e a imparcialidade em relação às partes, o que chamamos de preconceitos obliterantes. Estes ocorrem quando, por variadas razões, o julgador se inclina para uma das partes ou concorre para lhes conferir peso ou prevalência que elidem a paridade de armas.

São fatores que levam a que o decisor, *a priori*, tome a narrativa de uma das partes com preferência ou deferência desigual em relação à outra, distorcendo o pressuposto necessário para a perquirição daquela *verdade dialética* referida linhas acima. As causas para isso podem ser variadas. Arrolo algumas formas clássicas de preconceitos que afastam a premissa da equidistância da decisão jurisdicional.

A mais evidente e nefasta é a corrupção. Por ela, para auferir alguma vantagem pessoal (dinheiro, favores, presentes, notoriedade, vantagens na carreira, influência) o juiz abre mão de sua imparcialidade e favorece uma das partes independentemente da razão dialética vertida nos autos. Normalmente, até por força do tipo constante do art. 333 do CP, a corrupção é associada a uma vantagem indevida diretamente oferecida ou concedida ao agente público. Porém, para afeitos do rol de fatores que turbam o caráter neutro da corrupção podemos identificar também outras formas mais intangíveis e difusas que as vantagens pecuniárias ou materiais. Por exemplo, uma forma de corrupção é a conferência de status ao julgador, traduzida em matérias jornalísticas favoráveis, prêmios, laúreas e quejandos.

Outra forma de corrupção a conspurcar a jurisdição pode se dar de forma indireta ou sem proveito pessoal direto. Por exemplo, é o que ocorre quando o juiz dá decisão favorável ao Poder Público para, em troca, obter a liberação orçamentária para uma melhoria no fórum ou mesmo para uma doação ou fomento de uma entidade cultural ou associativa da qual a decisor é dirigente ou associado.

Outro fator contaminante é o comprometimento político ou ideológico. Tradicionalmente, esta patologia hermenêutica é associada ao ignaro precon-

ceito de raça, credo, gênero, opção sexual ou à perseguição de grupos políticos minoritários. São formas clássicas que ao longo da história demonstraram o comprometimento da neutralidade da jurisdição com a imparcialidade face aos contendores. Caso clássico é a tendência, em sociedades mais atrasadas, da jurisdição penal ser mais rigorosa com as parcelas social, econômica ou etnicamente minoritárias, marginalizadas ou desfavorecidas. Em geral esta forma de distorção funciona como vetor de opressão, em desfavor aos hipossuficientes ou não dominantes.

Mas de igual modo a distorção por comprometimento ideológico ou político tisona a jurisdição quando o decisor se investe no papel de promotor de Justiça Social ou de agente da Justiça distributiva. Isso fica patente na Justiça do Trabalho. Não tanto pela legislação trabalhista, como sói, ser protetiva da parte hipossuficiente na relação de trabalho, mas muita vez pela postura *a priori* do juiz de promover distribuição de renda da parte mais favorecida (empregador) para parte economicamente mais frágil (empregado), mesmo quando o conflito em si, fática e juridicamente, não se justifique.

Outra perversão do sistema de jurisdição, uma variação da anterior, pode ser apresentada como a distorção do engajamento do juiz. Decidir com paixão (por uma causa, uma missão, um ideário, por mais valiosos e legítimos que sejam) não é realizar a jurisdição. É sabido de todos que a paixão turva os sentidos e inibe a razão. O juiz-engajado é um não juiz.⁶ Não se trata, insisto, de postular um juiz desconectado com o plexo de relações e influências presentes

6. Esta formulação, malgrado óbvia, parece de tempos em tempos ser esquecida no calor do que se convencionou chamar de “clamor por justiça” ou “combate à impunidade”. Perda de tempo avançar neste debate, banal no plano teórico, impossível na senda pública. Permito-me apenas trazer uma “reflexão lúcida” extraída do cinema. A sétima arte costuma ser mais precisa que a ciência jurídica me mostrar o óbvio. No último filme do diretor e roteirista Quentin Tarantino (*The Hatefull 8*), há pouco em cartaz nos cinemas, há um diálogo em que um simulacro de carrasco oficial tenta traçar a diferença entre seu ofício (parte da jurisdição oficial) e eventual vingança realizada contra o condenado pela família de uma das vítimas. Com precisão explica: “But ultimately what’s the real difference between the two? The real difference it’s me, the hangman. To me it doesn’t matter what you did. When I hang you, I will get no satisfaction from your death. It’s my job. I hang you in Red Rock, I go to the next town, I hang somebody else there. The man who pulls the lever that breaks in your neck will be a dispassionate man. And that dispassion is the very essence of justice. For justice delivered without dispassion, is always in danger of not being justice” (disponível em: [http://twcguilds.com/wp-content/uploads/2015/12/H8_SCRIPT_CleanedUp_Final1.pdf]).

no seu meio. Tampouco descuro da necessidade de o decisor ter responsabilidade nas suas decisões, ponderando sempre os efeitos da decisão. Mas se trata de entender que essa pertença não deve se convolar num engajamento que simplesmente elida a equidistância⁷ intrínseca e necessária ao exercício da jurisdição.

Mas o último viés distorcivo é o que motiva este artigo. E que tem sido muito pouco tratado pela doutrina. Trata-se do uso abundante e generalizado das *presunções não legais* (que chamarei de *presunções jurisdicionais*). Elas são lançadas pelo decisor para justificar exceções no dever de se manter equidistante em relação às partes, pressupondo um peso maior à alegação de uma parte em detrimento da outra ou prestando uma deferência a um argumento a ponto de desconsiderar ou dispensar a necessidade de prova de tal alegação. É disso que tratarei na sequência.

4. O SISTEMA DE PRESUNÇÕES

Muito também verte a doutrina para conceituar as *presunções* em direito. Para fins deste artigo, podemos conceber por *presunção* a construção lógico-cognitiva que toma por base uma verdade conhecida ou comumente aceita para extrair uma ilação atributiva de valor de verdade sobre fato ou controversia.⁸ Trata-se de uma específica aplicação do silogismo na medida em que a *presunção* envolve justamente o processo lógico-dedutivo por meio do qual duas proposições se ligam por um nexó lógico para provar uma terceira, correspondente à conclusão inferida.

7. Ainda remetendo-se à citação constante da nota anterior, instigante notar que na língua inglesa a palavra *dispassion* pode significar tanto imparcialidade quanto ausência de preconceito como “des-paixão”, não envolvimento emocional.

8. As *presunções* jurídicas não se confundem com os cânones de interpretação, pois que mais específicos na medida em que estes orientam a atividade hermenêutica, na qualidade de doutrinas da interpretação legal. Como notam William Eskridge Jr., Abbe Gluck e Victoria Nourse, há três tipos de cânones de interpretação: (1) os cânones textuais, cujas inferências decorrem da redação legislativa, considerando, por exemplo, a ordem das palavras, o emprego de conceitos jurídicos indeterminados e a construção gramatical, por exemplo; (2) os cânones substantivos, que conferem *presunções* sobre o significado legal a partir de princípios substantivos ou compreensões dadas no *common law*, em outras leis ou na Constituição; e (3) os cânones de referência, que indicam os tipos de informações e materiais que o intérprete pode se valer para extrair o significado legal, como a história legislativa. *Statutes, Regulation, and Interpretation. Legislation and Administration in the Republic of Statutes*, West Academic Publishing, 2014, p. 447-449.

A questão que leva a presunção a por em risco a higidez da atividade jurisdicional, podendo até convolar-se na negativa da jurisdição, não está na sua construção lógica. Reside, isto sim, na sua utilização generalizada, sem qualquer base permissiva e legal, e abusiva pois que não prestante apenas a dirimir os impasses sobre o que não pode ser provado, mas mesmo para obstar até mesmo a prova confrontante da conclusão deduzida por presunção.

4.1. *Fundamento e utilidade das presunções*

Bem empregada, a presunção é um mecanismo eficiente para deslindar situações de impasse que, se não resolvidas, desafiariam o princípio do *non liquet*. Nestes quadrantes, como recurso extremo e subsidiário, é bastante útil à decisão jurisdicional.

É exemplo clássico disso a presunção de inocência. Diante da insuficiência das provas seja para demonstrar a autoria ou a culpa do réu, seja também para deixar patente sua inocência, o juiz criminal supera o impasse e decide a acusação absolvendo o réu a partir da presunção de que, havendo dúvida fundada decide-se em favor da inocência. Por óbvio, não se cogita usar a presunção de inocência para negar a realização de prova que possa incriminar o réu ou para se rejeitar uma denúncia, alegando que todos são presumidamente inocentes, o que interdita a imputação de crime.

As presunções podem ser operacionais ou valorativas. As operacionais são aquelas que visam a tornar factível o funcionamento do aparato jurisdicional diante de impossibilidades práticas de cunho operacional. É o que ocorre com a presunção de legitimidade do gerente de empresa estrangeira ao receber citação no país (art. 75, § 3.º, do CPC/2015); a presunção de desistência da testemunha quando a parte arrolante, que se comprometera a levá-la, não a apresenta em audiência; ou, ainda, a presunção de veracidade das informações divulgadas pelos tribunais pelos meios automatizados nos processos eletrônicos (art. 197 do CPC/2015).

As valorativas, por seu turno, são aquelas que conferem valor a um documento, prova ou assertiva, dispensando a exigência de prova para dar-lhes confiabilidade. É o que temos com a presunção de morte simultânea (art. 8.º do CC/2002), a presunção de fraude nas garantias dadas por devedor insolvente (art. 163 do CC/2002) ou a presunção de incontrovérsia para os fatos alegados pelo autor e não contestados pelo réu (art. 307 do CPC/2015), para ficarmos em alguns poucos exemplos.

Em geral o fundamento da presunção é a autorização legal expressa que autoriza o decisor a recorrer a uma presunção para superar impasses ou situa-

ções em que a cognição possível não permite a decisão estritamente racional e embasada.⁹ Há, porém, presunções que não possuem previsão legal autorizativa. Têm por base construções doutrinárias ou pretorianas. Estas são fruto da reiteração de silogismos que se tornam chaves decisórias, num processo em que não raramente a repetição faz perder a premissa lógico-racional que era encontrada na sua construção original.

4.2. Presunções legais e presunções jurisdicionais

Como visto, as presunções podem ou não ter base legal. A diferença tem enormes efeitos para o que aqui tratamos. Nas presunções legais o legislador endereça ao decisor uma autorização específica para aplicar, em certos casos, chaves de destravamento decisório, evitando ou que passos menos relevantes tenham que ser individualmente confirmados ou comprovados, ou que se obstrua a decisão diante de impasses não dirimíveis pelos meios de prova.

Neste sentido, importante destacar que, de maneira geral, a lei prevê hipóteses em que se aceita a presunção diante da dificuldade de se fazer prova de ato ou fato. É o que temos, por exemplo, com a já referida presunção da prova de morte precedente em casos de acidente que vitima duas ou mais pessoas (art. 8.º do CC/2002), bem como a presunção de veracidade à declaração de insuficiência de meios para a aplicação de Justiça gratuita a pessoa física (art. 99, § 3.º, do CPC/2015). Nessas hipóteses, não se dispensa a prova por outra razão que não o reconhecimento de que, fosse ela exigível, ou não seria possível obtê-la, ou isso implicaria em tal dificuldade que poderia se transformar em bloqueio à jurisdição.

A presunções jurisdicionais, por sua vez, não constam com expressa previsão legal. Decorrem de fórmulas gerais reiteradas pelas decisões judiciais ou pela doutrina, muita vez sem nem mesmo uma construção racional condizente, e que pela reiteração passam a ser tomadas como verdadeiros mantras jurídicos.

9. Casos há em que o legislador afasta a incidência de presunções não legais, como se verifica na Lei Federal de Processo Administrativo – Lei 9.784/1999 –, que determina que “o desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado” (art. 27, *caput*). Nessa linha, a nova Lei do Cade – Lei 12.529/2011 – determina que a celebração de acordo de leniência “não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada (...)” (art. 86, §10).

4.3. Quando as presunções impedem a cognição

A questão se torna mais complexa quando a presunção é utilizada para afastar prova já produzida ou para impedir que a parte faça prova sobre ato ou fato que se mostre perfeitamente possível e útil, e não meramente procrastinatória. Ademais, não parece se coadunar com a jurisdição plena o juiz indeferir prova por entendê-la procrastinatória baseando-se simplesmente no fato de que pode chegar à conclusão aplicando-se apenas presunção.

Neste sentido, merece reflexão a locução constante do art. 374 do CC atual (que, de resto, repete o que antes vinha disposto no art. 334 do CPC revogado). Note-se que o Código diz desnecessitar de prova dos fatos “em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”. Ora, parece-nos bastante razoável dispensar a prova se a lei dá por presumida a existência ou a veracidade de um fato. Muito diferente, porém, é dispensar a prova porquanto, recorrendo a uma presunção não acolhida na lei, o decisor torna um fato incontroverso nos autos (como permite o inc. III deste artigo).

Nesta segunda hipótese não será o legislador a atribuir veracidade ou existência incontroversa a um fato, mas sim a presunção do juiz, muita vez baseada nos seus preconceitos, que fará afastar a possibilidade de prova.¹⁰

As presunções, porém, podem trazer o risco de serem utilizadas para limitar a produção de provas, dando-as por supérfluas, ociosas ou procrastinatórias. Contudo há uma diferença entre a presunção permitir o avanço do processo, evitando sua obstrução para realizar prova impossível, de outra situação em que, apoiado na presunção, não se admite nem mesmo a prova desconstitutiva da conclusão advinda do silogismo presuntivo.

Uma coisa é dizer que o documento assinado e notariado presume-se verdadeiro, sem necessitar prova específica de sua veracidade. Outra é dizer que a parte confrontante não pode provar que, malgrado a presunção, aquele documento específico é falso. Na primeira situação a presunção concorre para a efetivação da jurisdição; no segundo, é vetor de sua denegação.

10. Aqui parece ter havido um retrocesso do novo Código de Processo Civil ao revogar dispositivo antes constante do art. 230 do CC brasileiro com o seguinte teor: “Art. 230. As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal”. Se bem é certo que tal revogação foi em parte consequência da revogação do art. 229 do CC, que estabelecia vedações de prova testemunhal, é fato também que o artigo revogado estabelecia uma diferença de importância e efeitos entre as presunções legais e as não legais, fruto de construções doutrinárias ou jurisprudenciais.

As presunções, porém, tornam-se extremamente incompatíveis quando se baseiam na distinção subjetiva da parte. Neste caso, a presunção não se dá baseada numa circunstância objetiva (a emissão da informação automatizada pelo tribunal, a morte trágica e simultânea de várias vítimas, a abstenção de uma testemunha, a omissão da impugnação do réu), mas subjetiva (toma-se uma característica da parte para em seu favor atribuir presunção valorativa).

Embora não seja o foco principal deste artigo, é o que ocorre nas demandas envolvendo relações de consumo. Muita vez o decisor vai além das presunções legais constantes do Código de Defesa do Consumidor (como, por exemplo, a presunção de exorbitância para fins de caracterização de abusividade de cláusula prevista no art. 51, § 1.º) e adota uma presunção de veracidade de qualquer alegação da parte hipossuficiente, interditando ao fornecedor até mesmo a contraprova que teria direito sob o regime de inversão probatória previsto na lei (art. 6.º, VIII, do CDC).

Talvez o campo em que mais se aplicam as presunções não legais em razão da pessoa seja nas causas que opõe o indivíduo (cidadão ou empresa) à Fazenda Pública. É o que abordarei na sequência.

5. FUNDAMENTOS E EFEITOS DAS "PRESUNÇÕES FAZENDÁRIAS"

Tornou-se frequente na advocacia em face da Fazenda Pública encontrar juízes desabridamente alinhados com a posição fazendária. É o que em outra oportunidade chamei do "juiz tesoureiro".¹¹ Várias são as razões para esta postura. Duas parecem-me as mais claras.

Primeiro, pelo crescimento no Judiciário de um maior compromisso ideológico com o desprestígio ao indivíduo, uma visão de certa aversão aos interesses externos à esfera pública. Em parte isto se relaciona ao que eu chamo de "crença no caráter depurador do concurso público", que traz como decorrência natural a presunção de que o espaço público é o *locus* da virtude, enquanto o mundo privado é o *locus* dos vícios.

A segunda razão remete à pertença referida acima: a defesa do erário passa a se conectar com um compromisso àqueles que recebem do erário a justa paga pelo seu trabalho. Ideologicamente, o juiz fazendário nada mais faz do que

11. Sobre isso ver meu *Juízes não titubeiam em agir suprindo insuficiências da advocacia pública*, disponível em: [www.conjur.com.br/2014-set-13/floriano-neto-juizes-assuem-papel-curadores-tesouro].

se enfileirar nas trincheiras dos que defendem a higidez do tesouro contra os privados.¹²

Seja pela ideologia do concurso, seja pelo compromisso com o erário, o fato é que o alinhamento incondicional do juiz com a Fazenda Pública cria um ambiente favorável para a disseminação das presunções fazendárias. Como o *juiz tesoureiro* assume como parte da função jurisdicional defender o Poder Público acima de tudo, as presunções cumprirão um papel extremamente funcional de evitar que o devido processo coloque o magistrado na difícil opção entre cumprir a lei ou defender o erário. Assim, mais fácil lançar mão da abstração interditante baseada na presunção, evitando que a verdade do processo torne indesviável a decisão contrária à Fazenda.

Ou seja, em última instância as presunções não legais, em especial as *presunções fazendárias*, servem de válvula de escape em um sistema baseado no direito positivo, permitindo ao juiz uma tutela mais alargada baseada numa concepção de Justiça toda apoiada na sua pertença cultural, corporativa e ideológica. Torna-se um canal de permeabilidade da jurisdição ao julgamento por uma indigitada *equidade iniqua*.

6. O JUIZ INVESTIDO DA DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO E A QUEBRA DA IMPARCIALIDADE

Diante da presunção de que o erário deve ser protegido e da presunção de que todo o privado que postula em face da Fazenda é um potencial risco de assaque ao erário, passa-se a uma jurisdição defensiva que confere à Fazenda, para além das prerrogativas processuais asseguradas em lei, uma deferência que aniquila a paridade de armas e a neutralidade do julgador. Isso fica claro quando vemos que as únicas situações em que esse tratamento deferente e não

12. Aqui vale retomar o ponto de Eros Roberto Grau sobre o papel do juiz, ou seja, sobre a sua missão institucional e dever funcional que não devem ser permeados pelos seus valores subjetivos: “assim é o juiz: interpreta o direito cumprindo o papel que a Constituição lhe atribui. E de modo tal que se transforma em coisa-juiz e passa a ser uma representação para os outros, um modo de ser que não é ele mesmo, mas somente o ser do juiz” (*Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21. Ao não representar o papel de juiz, “(...) poderão, sim, prevalecer os seus valores (recomenda-se apenas que, já que também desempenha o papel de juiz, seja discreto...). Enquanto juiz, contudo, no controle da constitucionalidade, há de se submeter unicamente à Constituição e por ela ser determinado” (Idem, *ibidem*).

equânime à Fazenda é relativizado, conferindo-se maior igualdade à parte privada, tem lugar quando a controvérsia se relaciona com salários ou proventos de servidor ativo ou aposentado. Aqui, mais uma vez, pesa a pertença do juiz que, mediante certa transferência, projeta-se na parte privada, compreendendo a relevância da postulação a partir de sua experiência pessoal.

Ocorre, porém, que grande parte dessa inflexão inequânime em favor da Fazenda se dá pelo emprego de presunções não previstas em lei. Exemplo claro é a adoção indiscriminada da presunção de veracidade e de legitimidade do ato administrativo¹³ para afastar, sem mesmo admitir dilação probatória, impugnações dos particulares a atos que lhes sejam lesivos ou abusivos. Note-se que aqui não se critica a hipótese em que, após toda a dilação probatória, ainda reste dúvida sobre a veracidade ou a plausibilidade dos fundamentos do ato e o juiz, para sair do impasse, decide a questão prestigiando a presunção de validade e legitimidade. O que questiono é a utilização da presunção *ex ante*, com vistas a não só desqualificar o questionamento pelo particular do ato administrativo, interditando até mesmo que este particular faça prova suficiente para demonstrar o vício ou o desvio de finalidade. Quando se exige de plano uma prova cabal e irrefutável do vício para que se admita o seu questionamento judicial, temos que a presunção assume o papel de vetor da negação da jurisdição, servindo como um “antídoto impróprio” para o princípio constitucional da inafastabilidade.

Outro bom exemplo de como as construções doutrinárias podem servir de anteparo às *presunções fazendárias* é o difundido princípio da supremacia do interesse público.¹⁴ Embora não se apresente propriamente como presunção, este princípio cumpre perfeitamente este papel de um silogismo reducionista,

13. Sobre este tema ver meu A superação do ato administrativo autista, In: Medauar, Odete; Schirato, Vitor. *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

14. O tema tem sido objeto de intensos debates nos últimos dez anos. Para uma panorâmica deste debate, ver ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. *Revista Trimestral de Direito Público* 24/159-180, São Paulo: Malheiros, 1998; Sarmiento, Daniel, *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. Posições de defesa do princípio da supremacia do interesse público também se desenvolveram a partir da visão crítica compartilhada pelos autores referenciados, como se verifica em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010; OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *RT* 770/53-92,

traduzido na seguinte construção: como se presume que o Poder Público age na perseguição do interesse público e como é de acatamento geral a supremacia do interesse público sobre o privado, o juiz deve ter extrema deferência aos atos do Poder Público, vindo com grande prevenção os questionamentos trazidos pelos particulares.

Note-se que o problema não está propriamente na deferência ao interesse público, de resto uma verdade axiomática. O problema está nas duas abstrações presuntivas: de um lado, o pressuposto de que a ação do Poder Público é voltada ao interesse geral e, segundo, que existe um único interesse público que é denso o suficiente para afastar qualquer interesse privado. Quando o juiz decide questão que contrapõe a ação do Poder Público a um direito do privado baseado na invocação da supremacia do interesse público ele está lançando mão de uma presunção obliterante que, em verdade, nega o escrutínio jurisdicional da validade e da proporcionalidade daquele ato.

7. QUANDO A PRESUNÇÃO JUDICIÁRIA SE TRANSFORMA EM NEGAÇÃO DA JURISDIÇÃO PLENA: ALGUNS EXEMPLOS

As presunções jurisdicionais, portanto, convolam-se em negação da jurisdição na medida em que elas passam a servir não a uma situação objetiva (impasses que tem que ser resolvidos com alguma chave hermenêutica), mas tomando por base a característica subjetiva da parte litigante. As chamadas *presunções fazendárias* não são deletérias simplesmente por serem presunções sem lastro legal. Elas comprometem a jurisdição pelo fato de que desigualam *a priori* as partes. Se a alegação da Fazenda tem, per se, peso maior que a do privado, resta tisonada a paridade de armas. Se a presunção de legitimidade serve para interditar até mesmo a prova da ilegitimidade do ato, resta interditado o controle do desvio de poder ou de finalidade.

Se meras alegações do Poder Público são tomadas como verdades incontrastáveis, cai por terra o devido processo legal. Em todos os casos fica sacrificada a inafastabilidade da jurisdição consagrada no art. 5.º, XXXV, da CF/1988. Ora, o exercício da jurisdição não se consagra com a simples chegada da lide ao órgão decisório. Consagra-se se, e somente se, a jurisdição for exercida de forma plena, incluindo o conhecimento integral da lide, a oportunidade do contraditório (com todos os meios de prova admitidos em direito) e culminando com

São Paulo: Ed. RT, 2000; e Barroso, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

uma decisão suficientemente motivada. Não sendo assim, ter-se-á apenas uma pantomima de jurisdição, e não a consagração do direito fundamental previsto na Carta.

As considerações que estou a fazer não são meramente teóricas. Na jurisprudência colhem-se vários exemplos de como as presunções jurisdicionais cumprem o papel de obstar a jurisdição nas lides que envolvem a Fazenda Pública. Um exemplo clássico é o do controle de atos administrativos que aplicam sanções disciplinares. Apoiado na presunção de validade e legitimidade do ato administrativo, o Judiciário frequentemente se nega a avaliar o mérito de sanções administrativas, alegando que, salvo em caso de vício formal ou cerceamento crasso de defesa, a dosimetria e o enquadramento da conduta são insindicáveis. Ocorre que muita vez a sanção administrativa é aplicada com desvio de finalidade ou mesmo descumprindo os parâmetros habituais de dosimetria do órgão disciplinar. Mesmo diante destes argumentos, frequente é a decisão que se esquia de conhecer e decidir o tema, aplicando-se singelamente aquelas presunções para obstar qualquer escrutínio de mérito.

Outro exemplo frequente no foro diz respeito à deferência que o Judiciário tem com os editais de licitação do Poder Público. É raríssimo que seja acolhida uma impugnação judicial de um particular interessado questionando cláusula ilegal, abusiva ou restritiva em edital de licitação. A decisão padrão refuta o questionamento baseando-se da presunção de deferência técnica ou na presunção de legitimidade. E autoriza o prosseguimento do certame, dando peso absolutamente desigual à alegação do particular (tido como defensor de um interesse privado, menor, de disputar o certame) em relação à alegação do poder público (neste momento presumido como promotor do interesse público, tecnicamente respaldado e ponderado). Porém não é raro que, concluída a licitação, amanhã ou depois surja uma denúncia ou investigação do Ministério Público alegando os mesmos vícios apontados inicialmente pelo particular. Ocorre que então há uma inversão da presunção. Questionada pelo *parquet* a cláusula que se presumia legítima e adequada, passa a ser presumidamente ilícita, indicativa de improbidade. Numa outra situação, a jurisdição simplesmente se esquia de proceder a uma cognição aprofundada e ponderada das razões. Age a partir de um preconceito em relação à parte. Este randomismo de presunções acaba por derrogar o papel da jurisdição: ao invés de perquirir a verdade dialética construída na dinâmica do processo, prefere comprar uma verdade parcial, a partir da deferência que reserva à parte alegante. Ou seja, a negação da ideia de jurisdição.

8. CONCLUSÃO

Como asseverei no início deste texto, minha proposta aqui não é apresentar a comprovação da prejudicialidade das presunções jurisdicionais ao pleno exercício da jurisdição. As premissas que aqui expus, embora para mim pareçam bastante claras, se prestam a servir de trilhas para estudos futuros que possam comprovar seu acerto ou demonstrar suas falhas. Busquei apenas iluminar algo que, embora seja contumaz na prática, merece pouca atenção dos estudiosos. Há, sem dúvida, um vasto campo de pesquisas sobre o tema. Resta achar pesquisadores que se disponham a investigá-los.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Fazenda Pública "sem juízo": notícia de um inconsciente coletivo, de Claudio Madureira – *RePro* 253/2016 (DTR\2016\4320);
- Jurisdição condicionada e acesso à justiça: considerações sobre a escalada de tutelas contra a Fazenda Pública, de Marcelo Barbi Gonçalves – *RePro* 252/2016 (DTR\2016\220); e
- Restrições à tutela de urgência em face da Fazenda Pública em demandas individuais e coletivas, de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva – *RePro* 242/2015 (DTR\2015\3678).

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles in shades of light gray. These circles are filled with a dense, fine-line pattern that creates a complex, textured effect. The overall composition is clean and modern, with a focus on geometric shapes and subtle gradients.

Direito Penal



PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PACOTE ANTICORRUPÇÃO: A ANÁLISE DO "NOVO" CRIME DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

*PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE ANTI-CORRUPTION MEASURES:
ANALYSIS OF THE NEW CRIMINAL OFFENSE OF "ENRIQUECIMENTO
ILÍCITO" AND THE CONSTITUTIONAL GUARANTEES*

GAMIL FÖPPEL EL HIRECHE

Doutor em Direito Penal Econômico pela UFPE. Mestre em Direito pela UFBA. Professor adjunto de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia. Membro das comissões de juristas responsáveis pela elaboração dos anteprojetos de reforma do Código Penal e da Lei de Execuções Penais. Agraciado com o Diploma do Mérito Legislativo, outorgada pela Câmara dos Deputados. Autor de obras jurídicas. Professor de Cursos de pós-graduação na Bahia, São Paulo, Pernambuco, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Sergipe e Pará. Advogado criminalista. gamil@gamilfoppel.adv.br

PEDRO RAVEL FREITAS SANTOS

Pós-Graduando em Ciências Criminais (Faculdade Baiana de Direito). Graduação em Direito (Universidade Federal da Bahia. 2015.1). Técnico Administrativo Ministério Público da Bahia (2012-2015). Advogado criminalista. pedro@gamilfoppel.adv.br

"Winter is coming."

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Administrativo

RESUMO¹: O presente trabalho busca investigar a criação do novo crime denominado "enriquecimento ilícito". O elemento principal será a garantia da presunção de inocência. O artigo analisa e critica as medidas anticorrupção. Além disso, outros aspectos devem ser verificados, é dizer, o direito penal de emergência e o direito penal

ABSTRACT: The present work attempts to investigate the creation of new criminal offense called "Enriquecimento Ilícito". The main element will be the Presumption of Innocence. The article examines and criticizes the Anti-corruption measures. Furthermore, other aspects shall be analyzed, namely, the use of Criminal Law as an emergency and symbolic measure.

-
1. Este artigo é uma homenagem à discussão que travamos com o sempre genial e merecedor de todas as dádivas Fredie Didier Jr.

simbólico. O principal objetivo é averiguar, in concreto, o novo tipo penal e sua possível inconstitucionalidade material. Assume-se como premissa a desnecessidade da tipificação pretendida.

PALAVRAS-CHAVE: "Enriquecimento ilícito" – "Presunção de inocência" – "Direito penal de emergência" – "Direito penal simbólico" – "Inconstitucionalidade material".

The main objective is to investigate, in concreto, the new criminal offense and its possible material unconstitutionality. It assumes that the new criminal offense is not necessary.

KEYWORDS: "Anti-corruption measures" – "Presumption of Innocence" – "Emergence Criminal Law" – "Symbolic Criminal" – "Material Unconstitutionality".

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O pacote anticorrupção. 2.1. O pacote anticorrupção – considerações gerais. 2.2. Direito penal de emergência. 2.3. A proposta de tipificação do enriquecimento ilícito. 3. Presunção de inocência. 3.1. Evolução histórica da presunção de inocência. 3.2. A presunção de inocência como garantia fundamental. 3.3. A violação da presunção de inocência no pacote anticorrupção – aspectos gerais. 3.4. A proposta de enriquecimento ilícito e a presunção de inocência. 4. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo investiga os “pacotes” anticorrupção – propostos a partir de março do ano passado. Mais precisamente, optou-se por tratar de uma das muitas manifestações desarrazoadas dos aludidos projetos. Assim, escolheu-se a proposta que tipifica o crime de “Enriquecimento Ilícito”, medida que já ganhara força quando da elaboração do anteprojeto do novo Código Penal.

Nesse sentido, tratar-se-á da proposta de tipificação, confrontando-a com a garantia da presunção de inocência. Certamente, outros aspectos relevantes restarão para rechaçar o novel tipo penal, contudo, pelos limites impostos no presente trabalho, optou-se pelo recorte específico, no que tange à possível violação da garantia constitucionalmente insculpida.

O título do trabalho já denota o problema e a hipótese a serem enfrentados. Justifica-se o trabalho, na medida em que, a supracitada tipificação representará, para além do defenestrado expansionismo penal, a inversão da presunção prevista na Constituição da República de 1988. Nesse sentido, tem-se a hipótese do presente: considerando que o sistema penal, arquitetado a partir da redemocratização (1988), somente pode se sustentar baseado na presunção de não culpabilidade, afirma-se que, para obediência ao mandamento acima exposto, essencial que o legislador não consagre mais um crime, que de *per si*, escancara a presunção de culpa no direito brasileiro.

O objetivo geral do trabalho é, analisando a principiologia da Lei Maior, e os fundamentos dos pacotes, verificar se tais propostas, em especial à tipificação do enriquecimento ilícito, sobrevivem a uma filtragem constitucional.

2. O PACOTE ANTICORRUPÇÃO

2.1. *O pacote anticorrupção – considerações gerais*

Os denominados pacotes anticorrupção tiveram início em março de 2015, quando, em uma escolha casuística e consequencialista, foi encaminhado ao Congresso Nacional o primeiro pacote, arquitetado e construído pelo Poder Executivo.

O pacote diz respeito a um conjunto de medidas que, supostamente, visam a combater a corrupção. Nesse sentido, citam-se algumas propostas: tipificação do crime de “caixa dois”; projeto de lei para criar a ação de extensão de domínio aplicável à matéria penal; alienação antecipada de bens apreendidos.

É patente a complexidade advinda do emaranhado de sugestões concretizadas no denominado pacote anticorrupção. Contudo, conforme já explicitado, neste artigo, não se objetiva analisar de maneira aprofundada todas as propostas, malgrado seja essencial a *percepção geral do espírito do projeto*.

Este estudo objetiva canalizar esforços no que diz respeito à tentativa de tipificação do crime de “caixa dois”, questionando-se, desde já, se a *aludida proposta não viola frontalmente a presunção de inocência, garantia fundamental do cidadão*.

Para que se compreenda o marco teórico aqui adotado, faz-se necessário tecer considerações genéricas a respeito do pacote anticorrupção. Isso porque, a partir da captação do espírito geral que guiou o Poder Executivo e, posteriormente, o Ministério Público Federal, será possível trazer à baila a norma que consagra a presunção de não culpabilidade.

Tem-se, claramente, *mais* uma tentativa de expansão e de vulgarização do direito penal, com todos os inconvenientes a seguir explanados. Além disso, mesmo quando o pacote não se vale do direito penal tradicional ou clássico, adota um direito sancionador² despidido de garantias.

-
2. Trata-se de um novo modelo de proteção e controle. Protegem-se determinados bens, valendo-se de sanções, que apesar de graves, não chegam ao extremo da pena de natureza corporal. A crítica que se faz é a escolha por um direito sancionador, olvidando-se, por outro lado das imprescindíveis garantias, mesmo que prisão privativa de liberdade não exista.

EL HIRECHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. Presunção de inocência e o pacote anticorrupção: a análise do “novo” crime de enriquecimento ilícito e as garantias constitucionais.

Revista Brasileira da Advocacia. vol. 1. ano 1. p. 171-190. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

Propõem-se medidas de extrema gravidade, mesmo que propaladas como se sanções civis fossem. Assim, arbitrária a iniciativa de declaração da perda civil,³ independente da aferição de responsabilidade civil ou criminal.

Diversas medidas foram propostas a fim de endurecer o combate da corrupção no âmbito da administração pública. Verdadeiramente não se duvida das boas intenções dos órgãos que formularam tais ações, nem do seu espírito de proteção da coisa pública. Algumas delas louváveis, como a exigência de “ficha limpa” para ocupação de cargos públicos, desde que filtrada pela Constituição e não sendo autoaplicável depois de um julgamento de órgão colegiado. Cabe, entretanto, discutir alguns pontos que não resistem a um controle de constitucionalidade, vez que eivados de vícios já na sua gênese.

Não bastasse o desastroso pacote do Executivo, o Ministério Público Federal, no calor da emergência e das consequencialidades, anunciou outro conjunto de medidas com o mesmo desiderato. Entretanto, o *Parquet* (ab)usou, *venia concessa*, para sugerir verdadeiras aberrações, avançando ainda mais na consolidação do direito penal do inimigo e no tratamento de verdadeira guerra no combate à corrupção. Certo que, o Ministério Público Federal conseguiu a questionável “janela de oportunidade”, e de maneira desatinada tenta apresentar as dez medidas como se fossem salvar a República.

A essência do “pacote – 2” é o discurso de defesa social; a aparente escolha de um segmento (empresários, políticos) como inimigos do País. Para defender a sociedade de tanto mal e venalidade, abre-se mão – injustificada e inexplicavelmente – de um processo penal democrático, valendo-se de instrumentos inquisitivos e medievais. Diga-se e repita-se que os autores deste texto não estão a defender privilégios, mas garantias processuais que foram conquistadas ao longo de séculos e com muita luta.

Advirta-se também a exaustão que, evidentemente, somos contra qualquer ato de corrupção. Não se pretende deixar comportamentos lesivos impunes, não é esse o escopo deste texto. A finalidade do presente artigo é advertir as pessoas das múltiplas ilegalidades, *data venia*, que constam do tal pacote.

No seu pacote de sugestões, o Ministério Público Federal pretende ainda alterar o regramento das nulidades processuais. Aliás, de há muito já existe uma verdadeira compulsão em absolutamente relativizar nulidades no pro-

3. Como será mais bem tratado em capítulo próprio, a presunção de inocência exige do Estado um agir para além do campo penal. Outras esferas do ordenamento jurídico devem tutelar e fazer garantir a presunção de não culpabilidade.

cesso penal, para atender às exigências do eficientismo do processo penal a qualquer custo.

Em síntese, a proposta do Ministério Público Federal visa a transportar categorias do processo civil para o processo penal: ampliam-se os casos de preclusão e admitem-se provas ilícitas. Ignora o *Parquet* o objetivo primordial que envolve o processo penal, rechaçando-o como instrumento de proteção ao imputado. Nessa senda, valiosa lição de Rômulo Moreira:

“É preciso afirmar e reafirmar que o processo penal funciona em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do direito penal (como o processo civil é um mero instrumento de efetivação do direito extrapenal), mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado”.⁴

No pacote de alterações legislativas, destaca-se a *criação do tipo penal de “enriquecimento ilícito de servidores públicos”*. Através da análise desse tipo, tenta-se demonstrar aos leitores a tentativa equivocada de erradicar um problema social se valendo de ilegítima ampliação do direito penal, utilizando-o exclusivamente como meio de contenção (utilização simbólica da ciência penal).

2.2. Direito penal de emergência

Paulo César Busato constata que a evolução do direito penal não é uniforme, sim pendular, é dizer, não se marcha sempre em direção à consagração de direitos individuais das liberdades e diminuição do punitivismo. São palavras do supracitado autor:

“Visto de um distanciamento histórico, é possível perceber que a evolução do direito penal consiste em sua progressiva diminuição e, por conseguinte, da fixação de limites paulatinamente mais amplos para a liberdade dos indivíduos. Entretanto, não se pode negar que este movimento de diminuição não é uniforme, mas sim pendular. A história mostra que o fluxo permanente de diminuição de intervenção penal não ocorre sem sobressaltos em direção a modelos que bem podem ser qualificados de modelos de intolerância. Temo estarmos diante de um destes ‘soluços’ históricos”.⁵

4. MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma crítica à teoria geral do processo*. Porto Alegre: Lex Magister, 2013. p. 168.

5. BUSATO, Paulo César. *Modernas tendências de controle social*. Disponível em: [www2.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp]. Acesso em: 08.01.2016.

Os pacotes anticorrupção, a despeito de fomentarem a esperança na melhoria da situação política do País, pode, por todas as razões aqui esposadas, ser classificados como cristalino exemplo do movimento pendular aludido pelo mencionado autor. É dizer, através de uma proposta, pretensamente democrática, se maculam direitos fundamentais, dentre os quais a presunção de inocência, mais bem tratada neste *paper*.

Dito de forma direta: não se combate um erro individual com um erro institucional. O simbolismo das medidas se revela na sua ineficiência; destarte, a criminalização de novas condutas não tem o condão de frear a alegada impunidade. Vulgariza-se o *jus puniendi*, com o objetivo de oferecer uma resposta à sociedade.

O pacote surge em momento de grande comoção nacional, fruto de um sentimento de “justiça” bradado por todo o País. Aguda é a crítica de Ferrajoli ao que ele chama de *resposta penal não contingente*, é dizer: a norma penal deveria ser elaborada a fim de tutelar um conflito social fundamental.

No tocante às modificações aqui criticadas, observa-se que são *consequências* de pressões políticas momentâneas, mormente para reprimir o descontentamento popular. Mas, justamente nesse instante, imperiosa a adoção de critérios racionais e jurídicos, para que violações não sejam perpetradas e normas ilegítimas sejam criadas. Vive-se, pois, o que se pode denominar de “*direito penal da emergência*” em que:

“Traumatizadas, as pessoas clamam por uma maior proteção. Fecha-se, então o ciclo expansionista do Direito Penal: surge um problema, deste problema, há uma comoção e um apelo insistente, feito com o apoio da mídia, por uma proteção mais elevada; as pessoas se veem ainda mais vulneráveis e cheias de medo, passando a aceitar, dessarte, violações às garantias individuais em nome de uma tão falada, prometida e ilusória segurança jurídica”.⁶

Lastreada na “perene emergência” definida por Moccia,⁷ novas violações são cotidianamente incorporadas ao sistema processual, tornando-se com o tempo “normais”. Deve-se, por conseguinte, “continuar a proteger o direito penal

6. EL HIRECHE, Gamil Föppel – Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do direito penal do inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

7. MOCCIA, Sérgio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *RBCCrim*, n. 25, ano 7, São Paulo: jan.-mar. 1999.

das crescentes tentativas de sua instrumentalização, a serviço da promoção de objetivos de política estatal ou de tutela de valores exclusivamente morais”.⁸

Não se nega em momento algum a necessidade de proteção e de preservação a bens jurídicos, tampouco a urgência em reverter atos de corrupção (sempre com o cuidado de filtrar, racionalmente, o discurso de emergência *pro* expansão do direito penal). Por outro lado, não se podem rasgar a dogmática e garantias penais a fim de promover uma verdadeira “caça às bruxas”, ignorando assim, direitos fundamentais e a própria estrutura do direito penal. Nessa senda, vale advertir que o aumento da criminalidade não deve reger as leis maiores da nação, fazendo letra morta conquistas históricas e democráticas.

Por que existe o direito penal? Qual sua função? Não deveria se constituir em *ultima ratio* de um Estado que se define Democrático de Direito?

São questionamentos óbvios (ou deveriam ser). É cediço que o direito penal se estrutura como instrumento mais violento e violador da dignidade humana. Por isso, a intervenção do *jus puniendi* só se legitima quando outros mecanismos não forem capazes de tutelar os bens jurídicos essenciais. Há muito de comodismo em tentar alterar a realidade político-administrativa através de “penadas” do legislador penal. Isso porque, outras áreas do direito poderiam ser reformadas, a fim de fazer conter violações aos bens jurídicos em apreço. Enquanto a legislação penal se dilata, outras permanecem imutáveis, sugerindo que somente aquela tem efetividade.

Melhor acreditar na boa-fé e ingenuidade de quem propala que a expansão do direito penal fará com que a República seja salva. Historicamente se comprova que o processo de crescimento penal não produziu melhorias sociais, quando muito, levou medo e terror a todas as pessoas (não somente aos “inimigos”). Para tanto, basta conferir a *desconstrução da presunção de inocência após a ascensão de Napoleão Bonaparte*; ou mesmo, as construções de códigos fascistas nos anos de ditadura, por exemplo, os atuais Códigos Penal e de Processo Penal (ditadura Getulista).⁹

8. BECHARA, Ana Elisa Liberatone Silva – Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 103/411-436 jan.-dez. 2008.

9. Sobre a desconstrução da presunção de inocência, sintetiza Aury Lopes Jr: “A presunção de inocência e o princípio da jurisdicionalidade foram, como explica Ferrajoli, finalmente consagrados na Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Inobstante, no fim do séc. XIX e início do séc. XX, a presunção de inocência voltou a ser atacada pelo verbo totalitário eu fascismo, a ponto de Manzini chamá-la de

Pior que editar leis esdrúxulas, como a em comento, é propalar para o povo brasileiro que a novel tipificação é o bastante para pôr fim categoricamente a todas as condutas hipoteticamente desviantes. Investe-se no âmbito penal, pois é o que melhor vende (mídia) e o que nada resolve. Basta ao leitor que se atente às centenas de tipos penais existentes no ordenamento jurídico tupiniquim. Um mar de crimes que em quase nada contribuíram na evolução do Estado.

Ademais, não deixa de ser conveniente trazer para o campo criminal (Judiciário) discussões que melhor seriam pautadas em outros âmbitos do direito, mormente no *direito administrativo e no âmbito eleitoral*. Mais uma vez, investir em educação política e cidadã é muito menos custoso e benéfico aos detentores do poder, que criar um tipo penal. Certo é que existe uma pauta ética na vida de todos nós, e transmite-se a errônea ideia que o direito de punir é o mais adequado na concretização deste mister.

2.3. *A proposta de tipificação do enriquecimento ilícito*

No atual ordenamento jurídico pátrio, o enriquecimento ilícito não é tipificado criminalmente com este rótulo, sendo tratado pela Lei de Improbidade Administrativa¹⁰ (8.429/1992), mormente nas condutas previstas no art. 9.º.

O Estado tem, assim, à sua disposição, mecanismos para sancionar o agente público que se beneficie de ganhos ilegítimos.

O legislador, contudo, não se contentou com esse tratamento da Lei de Improbidade Administrativa (que é rigoroso e gravoso) e, no afã de resolver todos os problemas em uma “penada”, discute-se a criminalização de tal conduta.

A questão central é que, diferentemente da seara administrativa, o direito penal deve ser subsidiário, revestindo-se esse ramo de garantias essenciais à efetivação do Estado Democrático de Direito. Deve-se ter em mente sempre,

‘estranho e absurdo extraído do empirismo francês’(...) Com base na doutrina de Manzini, o próprio Código de Rocco de 1930 não consagrou a presunção de inocência, pois era vista como um excesso de individualismo e garantismo” (LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 185).

10. Art. 9.º da Lei de Improbidade Administrativa: “Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1.º desta Lei, e notadamente...”

que a imoralidade, contrariedade à ética e a mera reprovabilidade de um comportamento não bastam para legitimar uma proibição penal.¹¹

O PL 5.586/2005 ganhou caráter de urgência (*a urgência no direito penal da emergência!*) no bojo do “pacote anticorrupção”. Tal projeto tipifica o enriquecimento injustificado de agentes públicos, acrescentando ao Código Penal, o art. 317-A. Segundo a proposta, será considerado crime:

“Art. 317-A. Possuir, manter ou adquirir, para si ou para outrem, o funcionário público, injustificadamente, bens ou valores de qualquer natureza, incompatíveis com sua renda ou com a evolução de seu patrimônio: Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas o funcionário público que, embora não figurando como proprietário ou possuidor dos bens ou valores nos registros próprios, deles faça uso, injustificadamente, de modo tal que permita atribuir-lhe sua efetiva posse ou propriedade”.

Seguindo a mesma tendência expansionista do direito penal, tramita no Senado o PL 35/2015 que também objetiva tipificar o enriquecimento ilícito:

“Art. 317-A. Possuir, manter ou adquirir, o funcionário público, bens ou valores de qualquer natureza, incompatíveis com sua evolução patrimonial ou com a renda que auferir em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo. Pena – reclusão, de dois a cinco anos, além do confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave. Parágrafo único. As penas serão aumentadas de metade a dois terços se o funcionário público, embora não figurando como proprietário ou possuidor dos bens ou valores, deles faça uso, injustificadamente, de modo tal que permita atribuir-lhe sua efetiva posse ou propriedade”.

Não é objetivo deste texto fazer estudo comparativo entre os projetos de lei sendo primordial, entretanto, apreender em ambos os projetos, as evidentes violações às garantias penais e processuais penais.

Representam inexoravelmente a *responsabilização objetiva na seara criminal*, revestindo-se, sobretudo, como um coringa, um embuste do Estado, para o caso de não conseguir condenação por crime mais grave (peculato ou corrupção). Destarte, o tipo, além de inconstitucional, é desnecessário. Com efeito, alguém pode pensar em um *tertium genus* que representasse enriquecimento ilícito que não fosse via peculato ou corrupção (*lato sensu* – incluindo-se a concussão)?

11. ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 37.

Qual a necessidade deste tipo? Do ponto de vista real e dogmático? Nenhuma... A aprovação desse tipo apenas permitirá uma segunda chance para condenação, fazendo natimorta a *garantia da presunção de inocência*.¹² Trata-se de verdadeiro “*by-pass*” prático. (não foi provada a corrupção ou peculato, mas ainda posso condenar pelo tipo residual...).

Por óbvio, não se pode cogitar concurso desse crime com a conduta prévia que deu origem ao enriquecimento. Do contrário, estaríamos diante de evidente *bis in idem*, punindo-se tão somente o exaurimento (*post factum*).

Analogicamente, seria como se o Estado punisse o ladrão, que furtou um banco, pelo fato de tornar-se rico, malgrado não trabalhe. Não se confunda com a lavagem de dinheiro, que embora de constitucionalidade discutível, vislumbra, ao menos declaradamente, proteger bens jurídicos outros.¹³

Certo é que da forma como os projetos se encaminham, aquele que cometer um ilícito administrativo, ou mesmo criminal, imediatamente, deverá declarar-se autor ao Estado, sob pena de cometer o tipo em comento. Ou então, após o proveito patrimonial injustificado, se desfazer da quantia, jogando por exemplo, no lixo da rua.

O tipo penal desempenha a função típica do direito penal do inimigo, vez que, confere tratamento diferenciado àquele que supostamente tenha infringido um dever administrativo.

Qualquer outro criminoso poderá ostentar sua riqueza, conquistada por via ilícita, sem, contudo, cometer crime. Mais uma vez, descarte-se a hipótese de lavagem de dinheiro (outro crime, outro bem jurídico).

A falta de racionalidade na criação do tipo é flagrante e acaba por ser denunciada nas próprias justificativas que acompanham a proposta de criminalização. Dito de forma clara e direta: além de inconstitucional, o projeto cria um crime desnecessário, haja vista que servidores públicos somente enriquecerão ilicitamente se praticarem corrupção ou peculato, fatos puníveis previamente tipificados.

Assevera o eminente relator do PL 5.586/2005 que o crime se perfaz tão somente pelo incremento patrimonial injustificado, não se exigindo de-

12. Tema a ser desenvolvido no capítulo 3 deste artigo.

13. Saliente-se que, defendemos a tese de que o bem jurídico resguardado no crime de Lavagem de Dinheiro não pode ser a ordem econômica. Isso porque, acaso assim o fosse, estaríamos diante de flagrante *bis in idem*.

monstração de dano ao patrimônio público. No bojo do PL 35/2015, o Senador relator afirma que a tipificação “Visa resgatar a imagem de honestidade e integridade que deve existir no Poder Público e ser demonstrada por seus servidores. Enfim, visa acabar com a impunidade que hoje impera em nosso País”.

Acontece que, no Brasil, já se constitui crime o peculato, a corrupção passiva e ativa, a prevaricação... Enfim, há extenso rol de crimes contra a Administração Pública que tem sim o condão de tutelar a imagem, o patrimônio, a moralidade pública. Se impunidade há, certamente não se deve a ausência de legislação penal. Expandi-la é criar falsas esperanças ao povo e abraçar um Estado cada vez mais policialesco.

O Projeto de Lei do Senado (PLS 236) também propõe a tipificação do enriquecimento ilícito,¹⁴ devendo ser alvo das mesmas críticas aqui elaboradas. Contudo, na proposta do novel Código Penal, o tipo é ainda mais arbitrário, haja vista sua redação, que ultrapassa o conceito de um tipo aberto:

“Art. 277. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, utilizar ou usufruir de maneira não eventual de bens ou valores móveis ou imóveis, cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por quem a ele equiparado, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou por outro meio lícito: Pena – prisão, de dois a cinco anos, além da perda dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave”.

São diversos os núcleos, sendo alguns escancarados. O que é *utilizar, ceder, usufruir*? Por mais que se coloque a elementar “não eventual”, mesmo assim, concede-se ao judiciário uma perigosa atividade de interpretar se o acréscimo patrimonial é legítimo, menosprezando a presunção de inocência.

A estrutura típica no projeto do novo código penal deixa cristalina a escolha por um direito penal do autor, em que se condena o cidadão, não um fato criminoso.

14. O primeiro autor, incumbe observar, compôs a comissão responsável pela elaboração do anteprojeto. Com efeito, embora considere ele que houve diversos aspectos positivos no projeto e saiba que uma legislação ideal [consoante seu arcabouço teórico] não é possível em razão dos diversos interesses legitimamente inerentes à democracia, adota a linha de, reconhecendo os aspectos positivos da proposta, manter-se coerente com ideias que há muito defende. Uma delas é defendida no presente *paper*.

3. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

3.1. *Evolução histórica da presunção de inocência*

Vale afirmar, previamente, a natureza de direito fundamental¹⁵ de tal presunção. Foi uma opção do constituinte de 1988 elencar como premissa tal direito ao imputado frente ao Estado-Juiz.

Impende destacar que não se pode reduzir a presunção de inocência à simples regra do *in dubio pro reo*.¹⁶⁻¹⁷ Nem sempre a presunção de inocência se fez presente nos ordenamentos, malgrado se verificassem normas que privilegiassem a escolha em favor do acusado, no caso de dúvida. Enfim, como ficará mais bem evidenciado, presumir a inocência *é uma opção político-jurídica que tem por consequência todo um tratamento, desde a elaboração das leis processuais/penais até a aplicação/execução das mesmas*.

Assumir a presunção de inocência como base de um sistema processual penal tem por consequência a adoção de alguns comportamentos, já que tal direito possui diversas dimensões, a saber: garantia política, norma de tratamento e como norma de julgamento.¹⁸⁻¹⁹

-
15. A imprescindibilidade do respeito à presunção de inocência se deve ao fato de tal garantia se constituir em verdadeiro pressuposto do princípio de submissão à jurisdição. Trata-se de construção de Ferrajoli (2002) que fragmenta a Jurisdicionalidade em dois vieses, a saber: que não haja culpa sem juízo, e que não haja juízo sem que a acusação se desobrigue do ônus de provar.
 16. Zanóide de Moraes fala em alguns pressupostos para a concretização da presunção de inocência, a saber: (i) igualdade no tratamento humano dos jurisdicionados por toda a perseguição e (ii) uma fundamentação justa e coerente entre a lei e o material probatório produzido pelas partes, do que apenas pela distribuição de funções entre juiz, acusador e acusado e de um critério hermenêutico para decidir em caso de dúvida fática (*in dubio pro reo*).
 17. Princípio este que fora enunciado por Stübel, no século XIX, referente a um princípio probatório, que afirma: a dúvida relativa ao fato deve sempre ser interpretada em favor do imputado. Vide: Bolina, Helena Magalhães. Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art. 32.º, n. 2, da CRP). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXX, p. 438, 1994.
 18. Arantes Filho, Márcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. *Revista Liberdades, IBCCrim* 4/24-43, maio-ago., 2010.
 19. Vale destacar, em sentido contrário, posicionamento de Vegas Torres para quem: “a presunção de inocência não impõem qualquer sistema concreto, sendo compatível, quer com o mais férreo sistema de prova legal, quer com a máxima liberdade do jul-

EL HIRECHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. Presunção de inocência e o pacote anticorrupção: a análise do “novo” crime de enriquecimento ilícito e as garantias constitucionais.

Revista Brasileira da Advocacia. vol. 1. ano 1. p. 171-190. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

Cediço que a presunção de inocência não é o imperativo atemporal, importante demonstrar a paulatina construção de tal presunção. Assim, caminha-se do direito romano ao iluminismo, em verdadeira transformação da presunção de culpa à inscrição da garantia na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Verdadeiramente, é com o Iluminismo que se verifica algo próximo à concepção moderna de presunção de inocência.

Nesse sentido, deixa-se de lado a ideia de inimigo, perfazendo-se a noção de protagonista. O agir do Estado, em última análise, deveria se dirigir ao homem, ao indivíduo.²⁰

O processo penal na França sofreu um duro golpe, pouco tempo depois da promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Após a consagração da presunção de inocência no ideário iluminista, verificou-se o declínio da referida garantia, mormente por questões políticas e militares.

Sob a égide da doutrina positivista italiana,²¹ a presunção de inocência sofreu considerável desprestígio, tendo sido classificado como um instituto teratológico.

gador na formação de sua convicção. Segundo este autor, a consagração pela Constituição do princípio da presunção de inocência tem como única função a de converter em exigência constitucional que o disposto pela lei processual ordinária, seja qual for o seu conteúdo, seja cumprido. Parece, assim, que, para Vegas Torres, o princípio tem como única função a de afirmar a imperatividade das normas jurídicas” (Bolina, Helena Magalhães. Op. cit. p. 434).

20. Contextualiza o Prof. Zanóide de Moraes: “Essa base ideológica de valorização do indivíduo, retirando-lhe dos ombros a pressuposição da maldade intrínseca e do ‘pecado original’ a lhe caracterizar a alma de maneira indelével, afronta, a um só tempo, os preceitos religiosos e os preceitos monárquicos até então dominantes. Vai de encontro aos preceitos religiosos, por pressupor um indivíduo não mais como uma pessoa má e sempre tendente ao crime (pecado), mas, ao contrário, um ser, em regra, bom, sendo seu atuar criminoso uma exceção. Vai de encontro aos desígnios monárquicos, porquanto não considera mais legítimo o exercício do poder derivado de um direito hereditário, passa a justificá-lo como derivado da soma de poderes de cada indivíduo do corpo social e somente legitimado quando o poder supra individual é exercido em benefício de cada cidadão” (Moraes, Maurício Zanóide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 72).
21. “O primeiro ataque foi propiciado pela Escola Positiva Italiana: Raffaele Garofalo e Enrico Ferri, em coerência com suas opções substancialistas, consideraram ‘vazia’, ‘absurda’, ‘ilógica’ a fórmula da presunção de inocência, o primeiro exigindo a prisão preventiva obrigatória e generalizada para os crimes mais graves e o segundo aderindo a modelos de justiça sumária e substancial além das provas de culpabilidade”

Embora a legislação processual e o senso comum teórico caminharem em direção ao direito penal do inimigo e ausência de garantias plenas, a opção política do Brasil em 1988 foi no sentido de conferir aos direitos fundamentais o melhor e mais completo tratamento, e por isso, não se deve interpretar a Constituição conforme a legislação penal e processual, mas sim o contrário, as normas procedimentais só serão aplicadas na medida em que respeitem os direitos de liberdades.²²

A Constituição de 1988 não consagra a expressão “presunção de inocência”, porquanto afirma que ninguém será considerado culpado²³ até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não é, contudo, a ausência de um termo que restringirá ou impedirá a interpretação substancial do dispositivo.

A escolha do constituinte de 1988 foi no sentido de respeito aos direitos humanos fundamentais, sendo a nomenclatura apenas opção que melhor resguarda o sentido técnico-jurídico da expressão.²⁴

(FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 442).

22. Quanto à ineficácia e desprestígio da Constituição de 1988: “No Brasil, os principais componentes do Estado Democrático de Direito, nascidos no processo constituinte de 1986-88, ainda estão no aguardo de sua implementação. Velhos paradigmas de direito provocam desvios na compreensão do sentido de Constituição e do papel de jurisdição constitucional. Antigas teorias acerca da Constituição e da legislação ainda povoam o imaginário dos juristas, a partir da divisão entre ‘jurisdição constitucional’ e ‘jurisdição ordinária’, entre ‘constitucionalidade’ e ‘legalidade’, como se fossem mundos distintos, separáveis metafisicamente, a partir do esquecimento daquilo que Heidegger chamou de diferença ontológica. Essa separação metafísica denuncia, em certa medida, o modelo frágil de jurisdição constitucional que praticamos no Brasil, o que inexoravelmente redundará em um conceito frágil acerca da Constituição, fenômeno que não é difícil de constatar a partir de uma análise acerca do grau de (in) efetividade do texto constitucional em vigor” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 28).
23. Diferentemente da construção fascista da Escola Positivista que optava pela expressão presunção de não culpabilidade, como forma de rechaçar as garantias, sob o argumento de que se no começo do processo não se pode considerar o réu culpado, tampouco poderá ser considerado inocente.
24. Embora no anteprojeto constitucional ter sido adotada a expressão “presunção de inocência”, termo mantido no projeto, mas alterado posteriormente por emenda. O texto da justificativa da emenda deixava claro que a opção por não culpabilidade foi tão somente por um gosto técnico, mantendo-se inteiramente a garantia do dispositivo (natureza material da presunção de inocência).

3.2. A presunção de inocência como garantia fundamental

A presunção de inocência foi elevada, portanto, ao patamar de direito fundamental, o que traz sérias consequências para todo o direito penal, seja em seu viés material ou processual. A ponderação dos direitos fundamentais deve levar em consideração não apenas o aspecto subjetivo (dimensão subjetiva), mas, principalmente, a dimensão objetiva. Por evidente, isto traz repercussão no quanto tratado no presente trabalho, é dizer, ao consagrar uma estrutura típica nos moldes do “enriquecimento ilícito”, o direito penal, em sua faceta material, não respeita o conteúdo da presunção de não culpabilidade.

Adverte Branco²⁵ que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais tem como mote a proteção dos direitos individuais, seja por um não agir estatal (ação negativa) ou na adoção de um comportamento permitido pela ordem jurídica. Essa foi a principal característica na origem dos direitos fundamentais, principalmente quanto aos direitos de defesa.

Entretanto, a dimensão objetiva precisa ser efetivada na medida em que transcende o sentido individual, assegurando que o bem jurídico protegido deva ser protegido em si, fomentando a sua aplicação. Isso porque se, primordialmente, esses direitos tutelam os indivíduos, reverberam também em toda a sociedade.

Cediço da imposição de observação da *faceta objetiva* de todo direito fundamental, urge trazer à baila as consequências de tal análise para a presunção de inocência. São três os principais efeitos da aludida dimensão, a saber: (a) efeito irradiante e horizontal; (b) dever estatal de proteção; (c) organização e procedimento.

Considerar a proteção em comento sob a dimensão objetiva implica, primeiramente, em um dever do Estado de observar este direito em todos os momentos de produção legislativa. Para além do nascimento da norma, é obrigação do Estado tutelar a referida garantia na aplicação, unindo-a como critério hermenêutico.²⁶ Em síntese, *não se reduz o âmbito de prote-*

25. Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 152.

26. Pacelli de Oliveira (2009) considera a garantia não como uma presunção, mas sim como um estado ou situação jurídica de inocência, por impedir a antecipação dos resultados finais do processo. Por outro lado, Paulo Rangel fala em “declaração” e não

ção à distribuição do ônus probatório; mas sobretudo na produção, aplicação e interpretação dos casos concretos. Nisso se constitui o *viés irradiante e horizontal*.

Não basta, contudo, cotejar este fundamental alicerce no âmbito processual penal. O dever estatal de proteção demanda a máxima efetivação da presunção de inocência em *todos os aspectos do direito*, é dizer, na seara cível, administrativa, trabalhista, etc. Ou seja, de pouco adiantaria ao réu gozar de tal tratamento apenas no processo em curso, se lhe fossem negados acesso a outros bens da vida.

Quanto à faceta de organização e procedimento, a presunção de inocência determina que o Estado crie mecanismos de aperfeiçoamento e aplicação do mencionado princípio. Tudo que se relacione com o processo penal, a fim de conferir à persecução o caráter menos drástico possível.

Mais que direito fundamental, constitui-se a presunção de inocência em um comando dirigido ao legislador. Isso quer dizer que não deveriam ser admitidas restrições indevidas ao âmbito de proteção de tal garantia. Além de se dirigir ao legislador ordinário, cuida a presunção de se voltar para todos os cidadãos, incluindo-se, obviamente, todos aqueles que estejam envolvidos à atividade processual.

Ademais, tal direito fundamental será consagrado durante *todo o processo*, e terá repercussão *endo e extraprocessual*. Quer dizer isso, que toda contenção, restrição ou negação de direitos do réu deverão ser exceções. Nessa linha de raciocínio, inviável impor ao imputado qualquer tipo de ônus de prova, oportunizando-se ao réu contradizer tudo quanto fora oferecido pela acusação, em igualdade de armas.

Impende destacar ainda, que a definição da presunção de inocência como princípio constitucional não retira o caráter de garantia, sendo conceitos não excludentes.²⁷

presunção, isso porque, segundo o autor, a Constituição não presume a inocência, mas sim a declara.

27. “Como verdadeiro princípio garantia, a presunção de inocência implica a predisposição de certos mecanismos pelo ordenamento jurídico, cujo objetivo é tornar seguros os direitos do cidadão diante do poder punitivo estatal e também diante dos outros cidadãos. Trata-se, enfim, de estabelecer verdadeiros limites à atividade repressiva, demarcando uma espécie de ‘terreno proibido’ no qual o legislador ordinário (e até mesmo o poder constituinte derivado) não podem penetrar, de forma a possibilitar a máxima eficácia dos direitos fundamentais envolvidos” (GOMES FILHO, Antônio

3.3. *A violação da presunção de inocência no pacote anticorrupção – aspectos gerais*

Já se classificou no presente estudo como arbitrária a iniciativa *de declaração da perda civil*, independente da aferição de responsabilidade civil ou criminal. Isso porque patente o malferimento da presunção de inocência.

Dessarte presunção de inocência exige do Estado, além da garantia no campo processual penal, o tratamento extensivo e representativo de seu real valor em todas as áreas do direito, não se admitindo tamanha restrição sem o respeito ao devido processo legal, com todas as características e corolários que lhe são inerentes.

Advirta-se que a presunção de inocência ultrapassa o conceito de categoria processual; assim, para que o *estado de inocência* seja efetivado, imperiosa a observância do devido processo legal.

Ao fim e ao cabo, supor que o agente público cometera ilícito criminal, mesmo que a consequência seja na esfera civil/administrativa, é eleger odiosamente a “presunção de culpa” no direito brasileiro.

Ao dispensar a prévia responsabilização civil ou criminal para o perdimento de bens, a ação civil de extinção de domínio despreza a presunção de inocência. Por outro lado, o confisco alargado pode se revelar como responsabilização objetiva, retirando do condenado, aquilo que for incompatível com seus rendimentos, presumindo-se, portanto, a ilicitude do excesso.

Cabe, a partir deste momento, detalhar as razões da tipificação do “enriquecimento ilícito”, da forma como proposto nos pacotes alhures descritos, revelar-se inconstitucional, uma vez que violam a garantia fundamental aqui estudada.

3.4. *A proposta de enriquecimento ilícito e a presunção de inocência*

Afirmar que o ônus probatório não será do acusado – o que inverte o ônus da prova e subverte a presunção de inocência – é um argumento tecnicamente insubsistente, pois, ao *Parquet* bastará juntar o comprovante de rendimentos do servidor (em sentido lato) e projetar o quão viável é o patrimônio investigado.

Magalhães. Presunção de inocência: princípios e garantias. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 130).

Ora, se outros crimes mais graves não foram comprovados, deve prevalecer a presunção de inocência, sendo tal cálculo (dedução) insuficiente para lastrear eventual condenação.

Conforme se verificou a lógica instituída no projeto de criação do tipo é, justamente, propiciar ao Estado, que deveria zelar pela concretização das normas constitucionais, mais uma chance de punir. Nesse sentido, caso o processo criminal que possua como objeto o delito de peculato ou corrupção não prospere, restará ao Ministério Público, o coringa chamado Enriquecimento Ilícito.

Viola a presunção de inocência tal tipificação, uma vez que subverte a lógica do direito brasileiro. É dizer, presume-se, arbitrariamente, que funcionário público com bens incompatíveis com a renda funcional é criminoso. Mais que isso: lança-se ao imputado (servidor) o absurdo ônus de provar que seus bens, patrimônio em geral possui lastro lícito. Ou seja, viver-se-á em um Estado que garante presunção de inocência apenas para os não funcionários públicos (todos os demais não farão jus à essa garantia).

A tipificação do crime de enriquecimento ilícito malferre a presunção de inocência justamente no momento em que se discute e se produz tal tipo penal. É que, o âmbito de proteção da garantia constitucional (presunção de inocência) engloba também a observância de tal princípio na produção legislativa infraconstitucional. Por isso salientou-se a função primordial da presunção de não culpabilidade: um comando dirigido ao legislador.

Impor ao réu (funcionário público) o ônus de provar a licitude do patrimônio objeto de investigação constitui-se como inconstitucional violação ao dispositivo do art. 5.º da Lei Maior.

Por fim, não se surpreenderão os autores deste artigo, caso futuramente, o Ministério Público ofereça denúncia pelos crimes de peculato ou corrupção e, ao final, na impossibilidade de condenação diante da escassez probatória, o juiz condene pelo tipo do “enriquecimento ilícito”, aplicando o instituto da *emendatio libelli*, do art. 383 do CPP.

4. CONCLUSÃO

Conclui-se que a maioria das medidas previstas no pacote “anticorrupção” – seja do Executivo ou do Ministério Público Federal –, com as devidas e necessárias licenças, são inconstitucionais e devem ser rechaçadas em um Estado Democrático de Direito. São ilegítimas, pois:

a) representam direito penal do inimigo, vez que a tendência crescente é a escolha de políticos/agentes do Estado como “vilões da nação”. Consequência disso é um tratamento desproporcional e violador de garantias mínimas – cada vez mais se acusa o cidadão e este (inimigo) deve provar sua inocência;

b) muitas das medidas ferem a natureza subsidiária do direito penal, que deveria se constituir como *ultima ratio*;

c) constituem-se como tipos abertos, violadores, portanto, da legalidade estrita;

d) falsamente criam um desvirtuado Direito Sancionador, que ao fim e ao cabo, com o desvirtuamento proposto, não passa de um direito penal despido de suas garantias;

e) tendência de se criminalizar não um fato, mas a pessoa (direito penal do autor);

f) por outro lado, no que tange ao objeto de investigação mais bem cuidado, tem-se que a proposta de tipificação do crime de enriquecimento ilícito não encontra amparo nos ditames da Constituição, mormente a partir da escolha política e jurídica pela presunção de inocência;

g) a opção do constituinte pela presunção de não culpabilidade exige do legislador infraconstitucional, além de outros comportamentos, a não consagração de tipos penais que exigem, ao fim e ao cabo, a inversão do ônus probatório;

h) como fora definido, em diversas leis, a estrutura do “enriquecimento ilícito” acaba por se tornar um “*by-pass*” para o Estado. Assim, caso não se colham suficientes provas e elementos para condenação nas penas da corrupção ou peculato, sobra ao Acusador o “coringa”, o “embuste” denominado enriquecimento ilícito;

i) em verdade, o “enriquecimento ilícito” pune o funcionário público (pelo proveito do crime) constituindo-se, verdadeiramente, como tipificação do que seria tão somente exaurimento (*post factum impunitel*).

REFERÊNCIAS

- ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. *Revista Liberdades, IBCCrim* 4/24-43, maio-ago. 2010.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatone Silva – Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 103/411-436, jan.-dez. 2008.
- BOLINA, Helena Magalhães. Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art. 32.º, n. 2, da CRP). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXX, 1994.
- BUSATO, Paulo César. Modernas tendências de controle social. Disponível em: [www2.mp.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp].

- EL HIRECHE, Gamil Föppel – *Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de inocência: princípios e garantias. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MOCCIA, Sérgio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *RBCCrim*, n. 25, ano 7, São Paulo: jan-mar. 1999.
- MORAES, Maurício Zanóide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma crítica à teoria geral do processo*. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A corrupção sistêmica gerada pelo capitalismo de laços – o instrumento do performance bond, de Modesto Carvalhosa – RT 967/2016 (DTR\2016\4638);
- Combate à corrupção e ordem constitucional: desafios e perspectivas para o fortalecimento do estado democrático de direito, de Flávia Piovesan e Victoriana Leonora Corte Gonzaga – RT 967/2016 (DTR\2016\4639); e
- Corrupção: a vicissitude do poder, de Ives Gandra da Silva Martins – RT 967/2016 (DTR\2016\4640).

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles in shades of light gray. A fine grid pattern is overlaid on the right side of the page, creating a subtle texture. The overall aesthetic is clean and modern.

Direito Tributário

PARECER: A INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE CONTROLE, MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DE PESQUISA, LAVRA, EXPLORAÇÃO E APROVEITAMENTO DE PETRÓLEO E GÁS (TFPG)

OPINION: THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE TAX FOR CONTROL, ENVIRONMENTAL MONITORING, AND SUPERVISION OF RESEARCH, MINING, EXPLORATION, AND PRODUCTION OF OIL AND GAS ACTIVITIES (TFPG)

HUMBERTO ÁVILA

Professor Titular de Direito Tributário da USP e advogado em São Paulo.
martha.leao@humbertoavila.com.br

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Tributário

RESUMO: O parecer trata da inconstitucionalidade das taxas criadas no Brasil para o controle, monitoramento e fiscalização das atividades de pesquisa, lavra, exploração e aproveitamento de petróleo e gás, a partir da aplicação dos requisitos constitucionais para a criação deste tipo de tributo.

PALAVRAS-CHAVE: Taxa – Poder de polícia – Petróleo e gás – Competência – Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The opinion deals with the unconstitutionality of the charge fees created in Brazil for control, environmental monitoring, and supervision of research, mining, exploration, and production of oil and gas activities, using the application of the constitutional requirements for the creation of this type of tax.

KEYWORDS: Tax – Police power – Oil and gas – Competence – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. A consulta. 2. O parecer. 2.1. Requisitos para a criação de taxas. 2.2. Vício de incompetência. 2.3. Inobservância dos requisitos para a criação de taxas pelo exercício do poder de polícia. 3. Conclusões. Bibliografia.

1. A CONSULTA

A consulente é entidade atuante no setor de petróleo, gás e biocombustíveis. As empresas que exercem atividades relacionadas a estas áreas estão obrigadas

a pagar taxas de controle, acompanhamento e fiscalização das atividades de pesquisa, lavra, exploração e aproveitamento dos recursos, tal qual instituídas por vários Estados produtores, como, por exemplo, o Espírito Santo e o Rio de Janeiro. Ocorre que a instituição das referidas taxas tem gerado uma série de controvérsias sobre sua constitucionalidade, especialmente com relação ao seu fato gerador e à sua base de cálculo.

Nesse contexto, foi promulgada a Lei 7.182/2015, do Estado do Rio de Janeiro, instituindo a Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Petróleo e Gás (TFPG). A taxa será aplicável às atividades passíveis de controle exercido pelo Instituto Estadual do Ambiente (Inea) e corresponderá a R\$ 2,71 por barril de petróleo extraído ou unidade equivalente de gás extraído. A TFPG reedita o PL 1.877/2012, que instituía taxa idêntica, apenas com uma diferença de valor a ser pago por unidade de petróleo. A Lei de 2012, contudo, foi vetada pelo governador em exercício a época, que a considerou inconstitucional.

O fato gerador da TFPG, assim como da taxa instituída em 2012, é o suposto exercício regular do poder de polícia conferido aos Estados, tanto para planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, controlar e avaliar ações setoriais, quanto para registrar, controlar e fiscalizar as autorizações, licenciamentos, permissões e concessões das atividades de extração de petróleo e de gás. A base de cálculo corresponde a um determinado número de Ufir/RJ por barril ou unidade equivalente de petróleo ou gás extraído. Por isso, a principal controvérsia diz respeito a saber se o fato gerador e a base de cálculo da referida taxa refletem ou não a atividade estatal exercida.

De um lado, estão aqueles que sustentam que a quantidade de petróleo ou gás extraído não manteria correspondência com o poder de polícia a ser exercido pelo Estado: a quantidade de petróleo ou gás extraído revelaria aquilo que seria feito pelo contribuinte, mas não aquilo que seria praticado pelo Estado. Assim, do fato de o contribuinte extrair petróleo ou gás não se poderia concluir que o Estado exerceria poder de polícia, nem que quanto maior fosse a quantidade de petróleo ou gás extraído, tanto mais intenso seria o exercício do poder de polícia. Segundo esse raciocínio, a quantidade de petróleo ou gás extraído seria elemento adequado à instituição e graduação de impostos; não, de taxas. Por essa razão, a referida taxa teria a natureza de imposto e seria, por consequência, inconstitucional.

De outro lado, encontram-se aqueles que defendem que a quantidade de petróleo ou gás extraído guardaria relação com o poder de polícia a ser exercido pelo Estado: a quantidade de petróleo ou gás extraído indicaria aquilo que seria realizado pelo Estado e não aquilo que seria feito pelo contribuinte. Desse

modo, do fato de o contribuinte extrair petróleo ou gás se poderia concluir que o Estado exerceria poder de polícia e também que quanto maior fosse a quantidade de petróleo ou gás extraído, tanto mais intenso seria o exercício do poder de polícia. Segundo essa argumentação, a quantidade de petróleo ou gás extraído seria elemento próprio à instituição e graduação de taxas, sem qualquer relação com a cobrança de impostos. Por esse motivo, as referidas obrigações pecuniárias teriam a natureza de taxas e, como tais, seriam constitucionais.

Logo se vê que o núcleo da discussão diz respeito a saber se a quantidade de petróleo ou gás extraído pelo contribuinte mantém ou não relação com a atuação administrativa, de modo que se possa afirmar com segurança que quanto maior for a quantidade de petróleo ou gás extraído pelo contribuinte, necessariamente, tanto maior será o poder de polícia exercido pelo Estado.

Diante desse quadro, honra-me a consulente com pedido de parecer para esclarecer, primeiro, se a taxa instituída pela Lei 7.182/2015 é compatível com a Constituição Federal e a legislação tributária brasileira; segundo, se o Estado do Rio de Janeiro teria competência para instituí-la, e terceiro, se a base de cálculo da taxa é proporcional ao custo da atividade estatal. É o que se passa objetivamente a responder.

2. O PARECER

2.1. *Requisitos para a criação de taxas*

Ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, em que o poder para definir os tributos a serem instituídos é conferido ao legislador ordinário para ser exercido com amplo poder de configuração, no Brasil os tributos já se encontram definidos na própria Constituição. O legislador ordinário, portanto, só pode instituir os tributos que a Constituição permite, de acordo com os critérios que ela própria delimita. No direito brasileiro, o legislador ordinário não é livre para decidir *o que* tributar, *como* tributar, nem *em que medida* tributar.

Isso significa que os Estados não têm competência para instituir quaisquer tributos com base em quaisquer critérios, mas somente aqueles tributos que estejam previstos na Constituição e de acordo com os critérios que ela mesma predetermina. Assim, ao contrário de outros ordenamentos, em que não há previsão expressa das espécies tributárias nem critérios específicos de validação dos tributos e, por isso, há grande discussão sobre os limites para a instituição de taxas e sobre o seu objeto, no Brasil, esses elementos já estão previstos, de modo que os critérios de validação já podem ser obtidos pela própria análise da Constituição.

Sendo assim, é preciso verificar quais são as diretrizes constitucionais relativas às taxas. O art. 145 da Constituição assim delimita o exercício do poder de tributar com relação às taxas:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”;

A locução constitucional não deixa dúvidas: as taxas só podem ser cobradas em razão do exercício do poder de polícia ou da prestação de um serviço público. A causa da sua instituição é a atividade do Estado; não, a do contribuinte. E a atividade do Estado, no caso em pauta, é o exercício do poder de polícia.

Tanto a causa da instituição das taxas é a atividade do Estado, que a própria Constituição, no mesmo artigo, já cuida de estabelecer que as atividades econômicas dos contribuintes são elementos próprios à graduação dos impostos, do seguinte modo:

“Art. 145. (...)

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

A relação dos impostos com as atividades dos contribuintes fica ainda mais clara quando se verifica que a Constituição também impede que as taxas tenham base de cálculo própria de impostos, da seguinte forma:

“Art. 145. (...)

§ 2.º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos”.

Note-se que o dispositivo proíbe que as taxas tenham base de cálculo “própria” de impostos. O § 2.º do art. 18 da Constituição de 1967/9 impedia, diversamente, o uso de base de cálculo que tivesse “servido para a incidência dos impostos”. A diferença é brutal: enquanto a Constituição anterior vedava o uso de base de cálculo idêntica a dos impostos, a Constituição atual proíbe o emprego de base de cálculo “própria” de impostos. Base de cálculo “própria” de impostos é aquela apropriada à mensuração da atividade econômica dos contribuintes, mesmo – e isto é crucial – que não seja idêntica a que tenha servido para a incidência dos impostos.

Essas disposições, de um lado, vinculam os impostos às atividades econômicas dos contribuintes e, de outro, atrelam as taxas às atividades do Estado. Daí se afirmar que os impostos têm por finalidade o financiamento de despesas gerais enquanto as taxas têm por objetivo o custeio de despesas individualizáveis. Essa distinção com relação ao tipo de financiamento de ambos os tributos é prescrita pela própria Constituição, quando ela veda a vinculação da receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, do seguinte modo:

“Art. 167. São vedados:

(...)

IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa (...);”

As disposições anteriores, quando examinadas em conjunto, não deixam dúvidas de que os impostos se destinam ao financiamento de *despesas gerais*, ao passo que as taxas servem ao custeio de *despesas suscetíveis de individualização*. Em outras palavras, os impostos servem ao *bem comum* enquanto as taxas servem ao *bem individual*.¹

Ressalte-se, ainda, que a quase totalidade das disposições constitucionais serve para regular e controlar a instituição de impostos, já que tanto as regras de competência (arts. 153 a 156) quanto as normas gerais a serem veiculadas por meio de lei complementar (art. 146, III, *a*) dizem respeito a fatos geradores e bases de cálculo *de impostos*, não de taxas. Ao regular com minudência a instituição de impostos, a Constituição previu um sistema de financiamento público essencialmente baseado na cobrança de impostos em vez de taxas.² Isso significa, de um lado, que o financiamento por meio de taxas deve ser *exceção*, nunca a regra. Assim a doutrina:

“Tributos contraprestacionais (taxas e contribuições) são – como já referido – do ponto de vista constitucional *a exceção*”.³

De outro lado, a falta de tantas limitações expressas para a instituição de taxas demonstra que o sistema constitucional só exercerá a sua função de proteção dos contribuintes e limitação da atividade estatal se os critérios para

1. DRÖMANN, Dietrich. *Nichtsteuerliche Abgaben im Steuerstaat*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000. p. 254.

2. *Idem*, p. 186.

3. BIRK, Dieter; ECKHOFF, Rolf. Staatsfinanzierung durch Gebühren und Steuern – Vor- und Nachteile aus juristischer Perspektive. In: SACKSOFSKY, Ute, WIELAND, Joachim (orgs.). *Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat*. Baden-Baden: Nomos, 2000. p. 58 (grifo meu).

a instituição de taxas forem deduzidos dos princípios constitucionais fundamentais e induzidos das disposições constitucionais específicas.

Pois bem, sendo a causa da instituição das taxas a atividade estatal, a sua base de cálculo deverá ser *medida* com base nessa atividade, não em elementos residentes nos contribuintes.⁴ Isso não quer dizer que a base de cálculo das taxas nunca poderá conter elementos relacionados aos contribuintes. Isso até poderá ocorrer, *se e somente se* esses elementos *representarem e mensurarem* a atuação estatal. Aqui o ponto essencial.

Essa vinculação entre o *fundamento* da instituição das taxas e a sua *graduação* faz com que elas devam se submeter a determinados critérios de validação.⁵

Em primeiro lugar, o *critério da congruência*, segundo o qual deve haver uma relação positiva biunívoca entre a atuação estatal e o elemento utilizado como presunção dessa atuação, no sentido de que a presença desse elemento assegure a presença da atuação estatal. Se a base de cálculo da taxa contiver um elemento que não guarde relação de pertinência lógica com a atividade estatal, a taxa – para usar a própria linguagem constitucional – não será cobrada *em razão* da atuação estatal, mas em virtude de outro motivo.

Em segundo lugar, o *critério da equivalência*, de acordo com o qual deve haver uma *relação proporcional* entre a atuação estatal e o valor a ser pago, no sentido de que a maior presença do elemento indicativo da atuação *certifique* um correspondente aumento dessa mesma atuação. Se a base de cálculo contiver um elemento cuja maior presença não revele a maior presença da atividade estatal, a taxa – para perseguir no uso da expressão constitucional – não será cobrada *em razão* da atuação estatal, mas em decorrência de outro fundamento.⁶

As considerações anteriores demonstram que a constitucionalidade da taxa não depende apenas da existência de uma *relação positiva* entre o elemento escolhido pelo legislador para presumir a atuação estatal e esta mesma atuação. Ela é necessária, mas não suficiente para assegurar a constitucionalidade da taxa. A constitucionalidade também requer uma *relação proporcional* entre o mencionado elemento e a atividade estatal, no sentido de que se possa atestar que quanto maior for a presença do primeiro, tanto maior será a do segundo.

4. ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 463.

5. Idem, *ibidem*.

6. Idem. *Teoria dos princípios*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 201.

Isso significa que a taxa será inválida tanto se inexistir uma *relação positiva* entre o elemento legal e a atuação estatal, quanto se não houver uma *correlação linear* entre ambos. Sendo as taxas, ao contrário dos impostos, tributos cobrados *em razão* de uma atividade estatal relativa ao contribuinte, elas só podem ser instituídas se essa atividade e os seus custos puderem ser *atribuídos* ao contribuinte. Se isso não puder ocorrer, o custeio da atividade estatal deverá ser feito por meio da cobrança de impostos, destinados precisamente a custear despesas *gerais* que não tenham sido causadas por um contribuinte em *particular*.

A necessidade de vinculação entre a atuação estatal e o contribuinte faz surgir outro critério de validação das taxas: *o critério da imputabilidade individual (individuelle Zurechenbarkeit)* da atividade administrativa relativamente ao contribuinte.⁷ Somente uma atividade administrativa *individualmente relacionada* ao contribuinte e cujos custos possam ser-lhe imputáveis é que pode legitimar a cobrança de uma taxa. Não sendo esse o caso, o custo, por ser geral, deverá ser coberto por meio da cobrança de impostos. Sobre esse aspecto, o legislador não tem liberdade, como assevera a doutrina:

“Essa margem de apreciação é limitada por meio da exigência, decorrente do regime jurídico das taxas, de que deve existir uma ‘relação singular’ (relação jurídica especial concreto-individual) entre a atividade da administração causadora dos custos e o sujeito passivo da taxa, que permite o juízo de que a causa da respectiva atuação administrativa seja ‘individualmente imputável’ ao sujeito passivo da taxa”.⁸

A exigência de imputabilidade individual provoca enorme impacto sobre a legitimidade da cobrança de taxas. Ela impede, por exemplo, a cobrança de taxas para financiar atividades gerais e essenciais, que seriam praticadas mesmo sem a provocação dos contribuintes e pelas quais eles não podem ser considerados *responsáveis*. Nesses casos, as vantagens e os custos alcançam terceiros.⁹ Nesse sentido, o posicionamento de Wienbracke:

“Assim, não se está aqui a verificar se os efeitos da prestação administrativa podem ser individualmente imputados a uma determinada pessoa, mas se o cidadão individual é responsável pelo aumento de custos decorrente da atri-

7. WIENBRACKE, Mike. *Bemessungsgrenzen der Verwaltungsgebühr*. Berlin: Duncker und Humblot, 2004. p. 172.

8. *Idem*, p. 160.

9. VOGEL, Klaus; WALDHOFF, Christian. *Grundlagen des Finanzverfassungsrechts*. Heidelberg: C.F. Müller, 1999. p. 269.

buição ao Estado de uma prestação administrativa, isto é, pela introdução de uma atividade administrativa causadora de custos”.¹⁰

Essa necessidade de vinculação entre o custo da atuação estatal e a atividade do contribuinte faz surgir outro critério de validação das taxas: *o critério da causalidade dos custos*.¹¹ Se os custos surgirem de qualquer modo, então eles não são *causados* pelo contribuinte, razão pela qual não lhe podem ser imputados como sendo de sua responsabilidade. Como as taxas servem para financiar custos causados pelo contribuinte, aqueles custos que surgiriam independentemente da sua atuação não são de sua responsabilidade, mas da responsabilidade de todos e, por essa razão, devem ser cobertos pela cobrança de impostos a serem pagos por todos. Nesse sentido, a doutrina:

“Em razão da necessária causalidade entre o comportamento do indivíduo e os custos vinculados à apresentação de uma prestação administrativa por parte do Estado, essa pergunta deve ser de qualquer modo respondida negativamente, quando a administração também teria praticado a atividade causadora dos custos se o comportamento do cidadão tivesse sido subtraído, isto é, se os custos administrativos teriam surgido de qualquer modo (*Sowieso-Kosten*), com o que falta a respectiva causalidade no sentido de *conditio-sine-qua-non*”.¹²

Admitir o financiamento por meio de taxas daquilo que é essencial implica aceitar que o essencial não será financiado quando não houver provocação do indivíduo ou quando os custos não puderem ser individualmente repartidos. Isso importa em aceitar que o Estado não fará o essencial, mas apenas aquilo que possa ser pago e individualmente repartido. É precisamente isso que a Constituição quer evitar quando atribui aos impostos à fonte fundamental de financiamento das despesas gerais.¹³

A conjugação do critério da imputabilidade individual com o da causalidade dos custos impede a cobrança de taxas para custear meras *atividades internas* ou simples *atos de governo*. Se as atividades são unicamente internas, elas não podem ser individualmente imputáveis aos contribuintes. E se as atividades são meramente governamentais, como aquelas de planejamento, organização, direção ou coordenação de ações do governo, não apenas não há

10. WIENBRACKE, Mike. Op. cit., p. 160.

11. Idem, *ibidem*.

12. Idem, *ibidem*.

13. BIRK, Dieter; ECKHOFF, Rolf. Staatsfinanzierung durch Gebühren und Steuern – Vor- und Nachteile aus juristischer Perspektive. In: SACKSOFSKY, Ute; WIELAND, Joachim (orgs.). *Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat*. Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 65.

como individualmente imputá-las a determinados contribuintes, como também não se lhes pode atribuir a responsabilidade pelos seus custos, na medida em que essas atividades seriam desempenhadas de qualquer modo, com ou sem a provocação do contribuinte. Fosse permitida a instituição de taxas para toda e qualquer atividade governamental que visasse à compatibilização do interesse público com os interesses privados, toda e qualquer atividade governamental daria ensejo à cobrança de taxas, pela singela razão de que toda atividade governamental, por definição, tem por objetivo compatibilizar o interesse público com os interesses privados. Para cada ação governamental haveria uma taxa.

Desse modo, as taxas só podem ser instituídas *em razão* de atividade estatal *relacionada* ao contribuinte, devendo o seu valor manter não apenas uma relação de *pertinência*, mas também uma relação de *equivalência* com essa atividade. O contribuinte só pode ser considerado *responsável* pelos custos aos quais tenha dado *causa* e que lhe sejam *individualmente imputáveis*. Esses requisitos de validação das taxas fazem com que a sua instituição também dependa da observância de dois critérios adicionais.¹⁴

Em primeiro lugar, o *critério da cobertura especial de custos* (*spezielles Kostendeckungsprinzip*), de acordo com o qual o montante da taxa não pode ultrapassar os custos *concretos e individuais* surgidos *em razão* da atuação administrativa. Como o custo da atuação estatal deve ser individualmente imputável ao contribuinte, a sua responsabilidade está limitada ao custo causado por sua atuação. Nesse sentido, a doutrina:

“Como a oneração do particular com uma taxa administrativa somente pode ser legitimada com uma responsabilidade individual pelos custos, então também a concreta medida da oneração só será compatível com o princípio geral de igualdade se não ultrapassar o nível dos custos causados pelo indivíduo”.¹⁵

Isso significa dizer que se a base de cálculo não representar o custo causado pelo contribuinte e que lhe seja individualmente imputável, a taxa não será cobrada em razão de uma atuação estatal relacionada ao contribuinte, mas em decorrência de outra atividade, em contraposição ao que estabelece a Constituição.

Em segundo lugar, o *critério da cobertura geral de custos* (*generelles Kostendeckungsprinzip*), segundo o qual as receitas auferidas pelo Estado em decor-

14. WIENBRACKE, Mike. Op. cit., p. 209.

15. Idem, p. 198.

rência da cobrança da taxa, em cada período, não podem ultrapassar os custos *totais* decorrentes da atividade administrativa.¹⁶ Assim a doutrina:

“as receitas previstas para serem recebidas em um determinado período em razão de uma taxa administrativa não podem ultrapassar os respectivos custos *totais*”.¹⁷

Como as taxas são cobradas para cobrir os custos da atuação estatal relacionada ao contribuinte, se a receita auferida com a cobrança das taxas superar os custos da atividade estatal, as taxas não serão mais cobradas para cobrir os custos da atuação estatal relacionada ao contribuinte, mas para cobrir outros custos.¹⁸

Ocioso dizer que a receita auferida com a cobrança de taxas não precisa ser exatamente igual ao custo administrativo imputável aos contribuintes.¹⁹ O próprio STF já decidiu – e com acerto – que não há necessidade de uma *identidade absoluta* entre o custo do serviço e o montante arrecadado pela taxa.²⁰ No entanto, o fato de não haver necessidade de identidade absoluta entre o custo do serviço e o montante arrecadado pela taxa não quer dizer que ela possa ter qualquer valor. Esse salto não é amparado pela Constituição. A vinculação aproximada entre o custo do serviço e a quantia auferida sempre deve ser observada, sob pena de a taxa não ser cobrada *em razão* da atividade estatal, mas em virtude de outro motivo, em contrariedade ao que determina a Constituição.

Os referidos critérios demonstram, primeiro, que se o valor da taxa exceder o *custo específico* da atividade administrativa imputável ao contribuinte, a taxa não estará sendo cobrada *em razão* da atividade administrativa relacionada ao contribuinte, mas em decorrência de uma *atividade geral* de interesse de todos. E, segundo, que se o total da arrecadação exceder o *custo total* para a atividade administrativa imputável a todos os sujeitos passivos da taxa, ela não estará sendo cobrada para cobrir os gastos causados por eles, mas para financiar *custos gerais* causados por todos. Ocorre, porém, que tanto atividades gerais quanto custos gerais devem ser financiados por meio de impostos, nunca de taxas.

16. SCHMEHL, Arndt. *Das Äquivalenzprinzip im Recht der Staatsfinanzierung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, p. 165.

17. WIENBRACKE, Mike. Op. cit., p. 163.

18. Idem, p. 153.

19. Schmehl, Arndt. *Das Äquivalenzprinzip...cit.*, p. 168.

20. STF, RE 239.397-2, 1.^a T., j. 21.03.2000, rel. Min. Ilmar Galvão.

As considerações feitas até aqui comprovam que a instituição de taxas se submete a determinados critérios de validação que podem ser assim sintetizados:

“a) *critério da congruência*: as taxas só podem ser instituídas se houver uma relação de pertinência lógica entre a atuação estatal e o elemento utilizado como presunção dessa atuação, no sentido de que exista atuação estatal sempre que existir o referido elemento;

b) *critério da equivalência*: o valor da taxa deve manter uma relação proporcional com a atuação estatal, no sentido de que a atuação estatal aumente na mesma proporção do aumento do elemento legal indicativo da atuação estatal;

c) *critério da imputabilidade individual*: as taxas só podem ser instituídas quando houver uma atividade administrativa relacionada ao contribuinte e cujos custos possam ser-lhe individualmente imputáveis;

d) *critério da causalidade dos custos*: as taxas só podem instituídas quando houver atividades que só são exercidas por causa do contribuinte e que não seriam exercidas sem a sua provocação;

e) *critério da cobertura especial de custos*: o valor da taxa não pode ultrapassar os custos concretos e individuais decorrentes da atuação administrativa;

f) *critério da cobertura geral de custos*: as receitas totais auferidas pelo Estado, em cada período, pela cobrança da taxa não podem ultrapassar os custos totais decorrentes da atividade administrativa vinculada à taxa”.

Tais critérios demonstram que os impostos e as taxas se submetem a critérios distintos de justiça. Os impostos são instrumentos de realização da *justiça distributiva*, que pressupõe uma diferenciação baseada em características residentes nos próprios destinatários da distribuição. Os contribuintes devem pagar impostos em razão de elementos residentes neles próprios, de modo que se possa preservar uma *igualdade geométrica* entre eles. O imposto será justo, se estabelecido de acordo com uma qualificação específica daquele que deverá se sujeitar à tributação. Já as taxas são instrumentos de realização da *justiça comutativa*, que exige uma distinção fundada na própria relação que se estabelece, independentemente dos seus sujeitos. Os contribuintes devem pagar taxas em razão de elementos verificáveis no próprio vínculo, de maneira que se possa resguardar uma *igualdade aritmética* entre prestação e contraprestação. A taxa será justa, se estabelecida do *mesmo modo* em todas as situações e *supondo iguais* todos aqueles que a ela se sujeitam.²¹

21. ARISTÓTELES. *Nichomachean ethics*. Trad. H. Rackham. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 263 e ss.; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filoso-*

De um lado, a relevância da constatação de que os impostos e as taxas se destinam a promover distintas formas de justiça está em saber que não se pode examinar isoladamente a base de cálculo das taxas para exclusivamente verificar se ela contém um elemento relacionado ao contribuinte ou ao Estado. Como o que importa é o *motivo* da instituição do tributo e a *relação* que ele pressupõe, a base de cálculo da taxa será constitucional se for adequada a *mensurar* a relação entre a prestação do Estado e a contraprestação do particular.

De outro lado, a referida constatação permite verificar quais são os elementos pertinentes ao exame de constitucionalidade dos tributos. Se o relevante é o motivo da instituição do tributo e a relação que ele pressupõe, serão pertinentes ao exame de constitucionalidade somente aqueles elementos relacionados ao próprio dimensionamento da relação entre a prestação do Estado e a contraprestação do particular. Argumentos meramente relacionados à necessidade de arrecadação, à pobreza da população ou à riqueza dos contribuintes, conquanto possam ser relevantes para o deslinde de outras questões, são *juridicamente impertinentes* ao exame da constitucionalidade das taxas, não podendo, por isso, ser objeto de consideração.

Por fim, é importante repetir que, como a Constituição não foi minudente na fixação de limites para a instituição de taxas, como o foi para a criação de impostos, ela só cumpre a sua função de proteção do contribuinte e limitação do poder do Estado com relação às taxas se os critérios para a sua instituição forem rigidamente aplicados. Desconsiderados esses critérios, os problemas de financiamento estatal serão agravados, como adverte a doutrina:

“Não sendo assim, o caminho não vai do ‘Estado de Impostos’ ao ‘Estado das Taxas’, mas do ‘caos dos impostos’ ao ‘caos dos encargos contraprestacionais’”.²²

Analisados os critérios constitucionais gerais para a instituição de taxas, é preciso agora examinar os requisitos específicos para a instituição de taxas pelo exercício do poder de polícia.

A investigação dos requisitos gerais já permitiu afastar a competência para a instituição de taxas no caso de atividades internas de governo, na medida em que essas atividades, por serem de qualquer modo necessárias, além de não

fia do direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 206 e ss.; Ferreira Neto, Arthur Maria. *Classificação constitucional de tributos pela perspectiva da justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 70 e ss.

22. BIRK, Dieter; ECKHOFF, Rolf. Staatsfinanzierung durch Gebühren und Steuern – Vor- und Nachteile aus juristischer Perspektive. In: Sacksofsky, Ute; Wieland, Joachim (orgs.). *Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat*. Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 67.

poderem ser individualmente imputáveis a determinados contribuintes, não geram *custos adicionais* (*Sonderkosten*) pelos quais possam ser responsáveis esses contribuintes.²³

No entanto, para que surja a competência para a instituição de taxas não basta que exista uma atividade externa relacionada a determinados contribuintes que cause custos adicionais dos quais eles sejam responsáveis. É preciso que essa atividade configure o exercício regular do poder de polícia. Ao lado das taxas pela prestação de serviço, a Constituição só permite a instituição de taxas “em razão do *exercício* do poder de polícia”. Não é toda atividade estatal, contudo, que configura exercício de poder de polícia. Esse só surge quando há ato estatal que *restringa* e *discipline* o exercício da atividade privada em razão do interesse público, conforme inclusive definido no art. 78 do CTN:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Logo se vê que as atividades de planejamento, organização, direção, coordenação, execução ou avaliação de ações setoriais relativas a qualquer atividade privada não configuram exercício de poder de polícia pela singela e boa razão de que não restringem nem disciplinam o exercício da atividade privada em razão do interesse público. Estas atividades são atividades meramente estratégicas, inerentes a qualquer plano de governo.

Repita-se que, fosse permitida a cobrança de taxas em razão de atos governamentais estratégicos, todo e qualquer ato estatal ensejaria a cobrança de taxas, pois não há ato estatal que não objetive, de algum modo e em alguma medida, compatibilizar o interesse público com o privado. Tais considerações adicionais feitas a respeito das taxas de polícia atestam que, além daqueles critérios gerais de validação de qualquer taxa, elas também se submetem a mais um: só podem ser criadas se houver atividade estatal que restrinja e discipline o exercício da atividade privada em nome do interesse público.

Por fim, ainda sobre a competência para a instituição de taxas, é preciso mencionar a exigência de que o Ente Federativo tenha competência para o

23. WIENBRACKE, Mike. Op. cit., p. 157.

exercício do poder de polícia vinculado à taxa. Isso significa dizer que não basta que haja atividade estatal que restrinja e discipline o exercício da atividade privada em nome do interesse público. É também preciso que o Ente Federativo tenha a competência específica para o exercício desta atividade.

Examinados os requisitos, gerais e específicos, de instituição das taxas de polícia, é preciso agora analisar se eles foram ou não cumpridos na instituição da Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Petróleo e Gás (TFPG) pela Lei 7.182/2015. É o que se passa a fazer.

2.2. *Vício de incompetência*

A TFPG foi instituída tendo como fato gerador o suposto exercício regular do poder de polícia conferido aos Estados pelo art. 23, XI, da Constituição. Este dispositivo estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para “registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios”. Tal dispositivo, contudo, afasta a competência do Estado do Rio de Janeiro para a criação de taxa de poder de polícia sobre a exploração de petróleo e gás, por duas razões principais.

A primeira razão é que, não obstante essa competência seja comum, outros dispositivos da Constituição asseguram que os recursos naturais de plataforma continental, zona econômica exclusiva e mar territorial são bens da União, que possui o monopólio sobre a sua exploração, tal qual estabelecido pelos arts. 20 e 177:

“Art. 20. São bens da União:

(...)

V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI – o mar territorial; (...)

§ 1.º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração”.

“Art. 177. Constituem monopólio da União:

(...)

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (Vide EC 9/1995)”

A leitura conjunta dos arts. 20, 23 e 177, da Constituição, portanto, demonstra que a União é que detém competência exclusiva para a exploração e, conseqüentemente, fiscalização da pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural nas plataformas continentais, mar territorial e zonas econômicas exclusivas.

Por força do art. 23, XI, os Estados detêm competência tão somente para fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais *em seus territórios* e não nos bens da União. Isso significa dizer que plataforma continental, mar territorial e zona econômica exclusiva não configuram território estadual para fins de criação de taxa em razão do suposto exercício do poder de polícia. Conseqüentemente, o Estado do Rio de Janeiro não possui competência para exercer seu poder de polícia nestas áreas.

A segunda razão é que o art. 23, XI, atribui competência aos Estados para registrar, acompanhar e fiscalizar *exclusivamente* as concessões de *recursos hídricos e minerais*. O dispositivo não menciona recursos de outra natureza e cujo aproveitamento econômico ocorra de modo assemelhado ao dos minérios. Mais especificamente, o dispositivo não fez menção aos recursos do subsolo, como petróleo e gás natural, sendo certo que a Constituição expressamente os tratou de forma apartada quando queria mencioná-los, tal qual o fez no art. 177. Isso significa dizer que a Constituição reconhece a diferença entre estes recursos, tendo-os tratado de maneira diferente (e com os termos próprios) quando quis mencioná-los.

Assim, se o constituinte quisesse atribuir competência para fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de petróleo e gás aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, teria feito referência expressa não apenas aos recursos hídricos e minerais, mas também ao petróleo e ao gás. Aplica-se, nesse caso, a técnica de interpretação do *argumento a contrário*. Esta técnica interpretativa parte do pressuposto de que o legislador disse exatamente aquilo que pretendia dizer (“*ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit*”), porque ele poderia ter dito diferente se assim o desejasse.²⁴

Também se aplica, nesse caso, o postulado hermenêutico da não redundância. Segundo este, se o legislador empregou termos diferentes, não pode o

24. GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 149.

intérprete atribuir-lhes o mesmo significado.²⁵ Isso quer dizer que se a Constituição tratou separadamente o petróleo e o gás, não pode o intérprete trata-los em conjunto quando ela não o fez expressamente.

Além disso, tal incompetência é confirmada pelo fato de que já existe uma Taxa de Fiscalização destas atividades instituída pela própria União. Com efeito, a Lei 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, estabelece a cobrança de Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA sobre “atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos minerais”, entre elas a “perfuração de poços e produção de petróleo e gás natural” (Anexo VIII):

“Art. 17-B. Fica instituída a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA, cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia conferido ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama para controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais.

Art. 17-C. É sujeito passivo da TCFA todo aquele que exerça as atividades constantes do Anexo VIII desta Lei”.

Há, portanto, uma flagrante sobreposição entre a Lei Estadual 7.182/2015 e a Lei Federal 6.938/1981. Esta sobreposição apenas ratifica o fato de que é a própria União que tem competência para a fiscalização e o exercício do poder de polícia (e a consequente instituição de taxas sobre este exercício) sobre as atividades de exploração de petróleo e gás. Admitir-se a referida sobreposição não apenas implicaria invasão de competência, como também permitiria a cobrança de dois tributos sobre o mesmo fato por parte de dois Entes Federados distintos, em afronta ao denominado princípio do *ne bis in idem*.

As considerações anteriores demonstram que o Instituto Estadual do Ambiente – Inea não tem competência para exercício de poder de polícia sobre zonas que não constituem território estadual, uma vez que a competência estadual restringe-se à exploração de recursos hídricos e minerais em seu território e não sobre a exploração de petróleo e gás natural em território pertencente à União, como sucede no presente caso.

2.3. *Inobservância dos requisitos para a criação de taxas pelo exercício do poder de polícia*

A TFPG instituída pela Lei 7.182/2015 tem como fato gerador “o exercício regular do poder de polícia ambiental conferido ao Inea”, tal qual determina o art. 1.º da Lei:

25. CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 110.

“Art. 1.º Fica instituída a Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização Ambiental das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Produção de Petróleo e Gás – TFPG, que tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia ambiental conferido ao Instituto Estadual do Ambiente – Inea sobre a atividade de pesquisa, lavra, exploração e produção de Petróleo e Gás, realizada no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, consoante competência estabelecida no inciso XI do artigo 23 da Constituição Federal”.

Além disso, a base de cálculo da TFPG corresponde ao valor de R\$ 2,71 por barril de petróleo extraído ou unidade equivalente de gás extraído, conforme estabelecido pelo art. 4.º da Lei:

“Art. 4.º O valor da Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização Ambiental das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Produção de Petróleo e Gás – TFPG corresponderá a R\$ 2,71 (dois reais e setenta e um centavos) por barril de petróleo extraído ou unidade equivalente de gás extraído a ser recolhida, até o 10.º (décimo) dia do mês subsequente”.

Isso significa que o fato gerador desta taxa, conforme já mencionado, é o suposto exercício regular do poder de polícia conferido aos Estados, tanto para planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, controlar e avaliar ações setoriais, quanto para registrar, controlar e fiscalizar as autorizações, licenciamentos, permissões e concessões das atividades minerárias (art. 23, XI). E a base de cálculo da TFPG corresponde a um valor fixo monetário calculado sobre o número de barris de petróleos extraídos ou unidade equivalente extraída em gás.

Ocorre que a mera leitura do fato gerador e da base de cálculo da referida taxas já permite verificar que ela não atende aos critérios gerais e específicos para a instituição de taxas de polícia.

Em primeiro lugar, a TFPG não atende ao *critério da congruência*. Segundo esse critério, as taxas só podem ser instituídas se houver uma relação de *pertinência lógica* entre a atuação estatal e o elemento utilizado como presunção dessa atuação, no sentido de que exista atuação estatal *sempre* que existir o referido elemento. Esse critério, quando aplicado ao caso em pauta, conduz à seguinte indagação: há atividade administrativa sempre que há extração de petróleo ou gás? Ou, formulando de outro modo: a atividade administrativa necessariamente surge pelo simples fato de o petróleo ou gás ser extraído? A resposta é negativa.

Com efeito, o fato de o petróleo ou gás ser extraído não permite a presunção, estatisticamente razoável, de que o Estado planejará, organizará, dirigirá, coordenará, executará, controlará ou avaliará ações setoriais, nem tampouco registrará, controlará e fiscalizará as autorizações, licenciamentos, permissões

e concessões dessas atividades. A extração de recursos como petróleo ou gás permite apenas *inferir* que o Estado *pode* exercer essas atividades, mas não que *exerceu* ou *exercerá* qualquer delas. O contribuinte pode extrair toneladas e mais toneladas de petróleo ou de gás e o Estado não fazer coisa alguma.

Lembre-se que o Estado não tem autorização constitucional para instituir taxas simplesmente porque *pode* exercer o poder de polícia. Ele só pode instituir taxas “em razão do *exercício*” do poder de polícia. A doutrina especializada segue esse entendimento, do seguinte modo:

“Considerando, entretanto, que não apenas o princípio da cobertura geral, mas adicionalmente também o *princípio da cobertura especial de custos* postulam validade, o montante de cada taxa específica não pode ultrapassar os meros custos presumidos, mas fundamentalmente os custos reais no caso individual. Assim, já que uma taxa deve ser unicamente justificada concretamente pela responsabilidade pelos custos causados pelo seu sujeito passivo, também o montante de cada taxa, em razão da relação entre fundamento da oneração e medida da oneração no caso dos tributos diversos dos impostos, deve ser alinhado com base nos custos concretamente causados, e não nos meramente presumidos”.²⁶

Mesmo que se admita que a atividade estatal possa ser presumida – o que se aceita apenas para argumentar –, ainda assim o fato eleito pelo legislador deve manter um *nexo de congruência*, baseado em probabilidade estatística considerável, com a atividade estatal. Não sendo assim, a autorização para a instituição de taxas transforma-se em um convite à arbitrariedade, de resto incompatível com os princípios do Estado de Direito e da igualdade.

Mas mesmo que se admita essa presunção de exercício do poder de polícia, nem assim o exercício das referidas atividades administrativas ensejadoras da instituição da taxa pode ser presumido. Isso porque o fato de o contribuinte extrair petróleo ou gás não permite presumir que o Estado organizará, dirigirá, coordenará, executará, controlará ou avaliará ações setoriais relativamente a ele. Não há conexão entre a extração de petróleo ou gás e os atos organizacionais do Estado. E o fato de o contribuinte extrair petróleo ou gás também não autoriza supor que o Estado registrará, controlará e fiscalizará as autorizações, licenciamentos, permissões e concessões dessas atividades. A extração de petróleo ou gás só permite concluir que o Estado poderá exercer essas atividades, mas não que concretamente as realizará.

Em segundo lugar, a TFGP não observa o *critério da equivalência*. Segundo ele, o valor da taxa deve manter uma relação proporcional com a atuação

26. WIENBRACKE, Mike. Op. cit., p. 216.

estatal, no sentido de que a atuação estatal aumente na mesma proporção do aumento do elemento legal indicativo da atuação estatal. A pergunta implicada por esse critério é esta: quanto mais petróleo ou gás for extraído, tanto mais atividade administrativa será exercida? Ou, pondo de outro modo: a atividade administrativa *necessariamente* cresce na medida em que cresce a quantidade de petróleo ou gás extraída? É claro que não.

As atividades organizacionais de planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, controlar ou avaliar ações setoriais não mantêm relação de pertinência com a extração do petróleo ou gás. Desse modo, sequer se põe a questão, lógica e cronologicamente posterior, de saber se o aumento da extração deles faz com que elas também aumentem. Mas mesmo que se admitisse a relação de pertinência lógica entre a extração de petróleo ou gás e essas atividades, ainda assim não haveria, de modo algum, uma relação proporcional. De fato, a atividade de planejar ou organizar ações setoriais não variará se a quantidade de petróleo ou gás extraída pelo contribuinte for maior ou menor. O planejamento de ações setoriais será o mesmo quando os contribuintes extraírem mais ou menos petróleo ou gás.

De igual modo, as atividades de registrar, controlar e fiscalizar as autorizações, licenciamentos, permissões e concessões das atividades vinculadas ao petróleo e ao gás não variarão se a quantidade de petróleo ou gás extraída for maior ou menor. O registro, o controle e a fiscalização de uma autorização envolvem exames de documentos e eventual fiscalização por amostragem, sendo a mesma se o contribuinte extrair mais ou menos petróleo ou gás.

Tanto não há relação de equivalência entre as atividades estatais e a extração de petróleo ou gás que o valor da taxa depende da quantidade de barris de petróleo ou unidade equivalente de gás extraído. Isso significa que um contribuinte que – por razões de tecnologia ou imperícia, pouco importa – que explore uma grande área e produza profundos danos ao meio ambiente, mas, por um motivo ou por outro, extraia uma quantidade pequena de recursos de petróleo ou gás pagará menos do que aquele que explore uma área menor e não provoque dano ambiental algum, mas extraia uma quantidade maior de recursos. A ausência de equivalência é evidente e, com ela, a violação ao princípio da igualdade, que proíbe que os contribuintes sejam diferenciados em razão de uma medida de comparação que não mantenha nexo de razoabilidade com a finalidade da diferenciação.²⁷

27. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 46 e ss.

Em terceiro lugar, a TFG não observa o *critério da imputabilidade individual*. De acordo com ele, as taxas só podem ser instituídas quando houver uma atividade administrativa relacionada ao contribuinte e cujos custos lhe possam ser individualmente imputáveis. As perguntas implicadas por esse critério, quando aplicadas ao fato gerador e à base de cálculo da taxa ora examinada, levam à seguinte questão: as atividades administrativas são causadas pela extração do petróleo ou do gás e podem ser individualmente imputáveis aos contribuintes? A resposta é não.

As atividades organizacionais de planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, controlar ou avaliar ações, ainda que setoriais, são gerais, não se podendo imputar o seu exercício a determinados contribuintes, ainda mais pelo simples fato de eles extraírem petróleo ou gás. Essas atividades são atividades governamentais estratégicas, cujos custos nem têm como e nem podem ser imputados a contribuintes específicos.

As atividades de registrar, controlar e fiscalizar as autorizações, licenciamentos, permissões e concessões das atividades de petróleo e gás podem, é verdade, ser individualmente imputadas a quem obteve autorização, licenciamento, permissão ou concessão. O óbice à sua constitucionalidade, no caso, não é a ausência de imputação individual, mas a falta de nexo de pertinência lógica entre a extração do petróleo ou do gás e o seu exercício, como já visto.

Em quarto lugar, a TFG em questão não cumpre o *critério da causalidade dos custos*. Ele exige que as taxas somente possam ser instituídas se houver atividades que só serão exercidas por causa do contribuinte e que não seriam exercidas sem a sua provocação. A questão decorrente desse critério é a seguinte: a atividade administrativa seria exercida e os custos administrativos surgiriam independentemente do sujeito passivo da taxa? A resposta é positiva.

Com efeito, as atividades organizacionais de planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, controlar ou avaliar ações, ainda que setoriais, são atividades governamentais estratégicas que precisam, por qualquer governo, ser executadas, independentemente de provocação do contribuinte. Por essa razão, aquelas atividades governamentais consideradas essenciais ao Estado são consideradas “infensas às taxas” (*gebührenfeindlich*).²⁸

As atividades de registrar, controlar e fiscalizar as autorizações, licenciamentos, permissões e concessões das atividades vinculadas ao petróleo e ao gás, porém, podem ser consideradas decorrentes das atividades daqueles con-

28. WIENBRACKE, Mike. Op. cit., p. 161.

tribuintes que obtiveram alguma autorização, licenciamento, permissão ou concessão, razão pela qual observam o critério de causalidade dos custos. Falta-lhes outro elemento – a congruência com a extração do petróleo ou gás, como já exposto.

Em quinto lugar, a TFPG não atenta para o *critério da cobertura especial de custos*. Ele determina que o valor da taxa não possa ultrapassar os custos concretos e individuais decorrentes da atuação administrativa. A pergunta que lhe é subjacente é a seguinte: o valor da taxa corresponde ao custo administrativo individualmente causado por *cada* contribuinte? É óbvio que não.

Conforme já mencionado, as atividades organizacionais de planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, controlar ou avaliar ações setoriais sequer guardam relação de pertinência com a extração do petróleo ou do gás, nem podem ser individualmente imputadas aos contribuintes, por serem gerais. E precisamente por serem gerais não há como individualizar os custos, muito menos medi-los com base na quantidade de extração de recursos.

Igualmente, as atividades de registrar, controlar e fiscalizar as autorizações, licenciamentos, permissões e concessões das atividades de extração de petróleo e de gás não têm um custo individualizado que dependa da quantidade de petróleo ou gás extraída pelo contribuinte. Além disso, ainda que se admitisse esse custo individual, ele necessariamente chegaria a um teto, a partir do qual se manteria uniforme. Um contribuinte que extraia cem mil barris de petróleo pagará a metade daquele que extraia duzentos mil barris, embora a atividade administrativa e os custos sejam idênticos.

Em sexto lugar, a TFPG não observa o *critério da cobertura geral de custos*. Ele demanda que as receitas totais auferidas pelo Estado, em cada período, pela cobrança da taxa não possam ultrapassar os custos totais decorrentes da atividade administrativa vinculada à taxa. A indagação que lhe subjaz é esta: a receita total obtida pela cobrança da taxa ultrapassa o custo administrativo causado por *todos* os contribuintes? É evidente que sim.

A aprovação do Projeto de Lei (PL 1.046/2015) pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro teve como um de seus fundamentos a expectativa de aumento da arrecadação com a TFPG em R\$ 1,84 bilhão, soma esta que representa 75% de todo o orçamento destinado às atividades fiscalizatórias a serem executadas pela Secretaria do Estado do Ambiente e pela Secretaria da Fazenda juntas para o exercício de 2016, conforme a Lei Orçamentária Anual do Estado do Rio de Janeiro.

Tais dados demonstram que as receitas totais auferidas pelo Estado, em cada período, pela cobrança da taxa ultrapassarão os custos totais decorrentes

das atividades administrativas supostamente vinculadas às taxas. Lembre-se que, em razão da conexão entre o princípio da cobertura especial e o princípio da cobertura total de custos, somente os custos concretos vinculados ao contribuinte é que lhe podem ser imputados e somente aqueles pelos quais ele seja responsável. Desse modo, o custo a ser coberto não é o da atividade estatal inteira ou mesmo da repartição administrativa, mas apenas o custo da atuação administrativa *direta e individualmente* imputável ao contribuinte.²⁹

No caso da TFPG, entretanto, objetiva-se financiar os gastos administrativos de repartições estatais inteiras – de secretarias relacionadas à indústria e ao comércio a secretarias vinculadas à receita, ao meio ambiente e à ciência e tecnologia. Em outras palavras, torna-se evidente que os custos a serem cobertos são os decorrentes da atividade estatal inteira ou de determinadas repartições administrativas, sem que esses custos possam *ser direta e individualmente* imputados aos contribuintes das taxas. A esse respeito convém repetir que as atividades gerais que causem custos gerais não podem ser financiadas com a receita proveniente de taxas, apenas com a advinda de impostos. Do contrário, as taxas não serão cobradas *em razão* do exercício do poder de polícia, mas independentemente de qualquer atividade estatal relacionada aos contribuintes.

Tratando-se de taxa cobrada *em razão* do exercício do poder de polícia, além da observância dos critérios antes mencionados, é preciso ainda que as atividades administrativas que justificam a sua cobrança se enquadrem no conceito de poder de polícia. Também quanto a isso a TFPG é inconstitucional.

Com efeito, embora as atividades de controle e fiscalização envolvam a restrição e a disciplina de atividades privadas em nome do interesse público e, por isso, possam ser caracterizadas como “poder de polícia”, a referida taxa é cobrada independentemente de as mencionadas atividades terem sido efetivamente exercidas. Isso significa que, embora exista poder de polícia, inexistente *exercício* do poder de polícia, como exige a Constituição. Já as atividades de planejamento, organização, direção, coordenação e avaliação de ações setoriais de modo algum envolvem restrição ou disciplina de atividades privadas. Essas atuações estatais qualificam atividades governamentais internas e gerais, incapazes de legitimarem a instituição de taxa em razão do exercício do poder de polícia que possa ser direta e individualmente imputável a determinados contribuintes. Nesse caso, o problema não é sequer a inexistência de exercício do poder de polícia; falta o próprio poder de polícia em si.

29. WIENBRACKE, Mike. Op. cit., p. 213.

Além disso, é preciso verificar que a base de cálculo escolhida, além de descumprir os critérios de congruência e equivalência, é própria de impostos em geral e própria do imposto sobre circulação de mercadorias em particular. É própria de impostos na medida em que, não sendo nem congruente nem equivalente à atuação estatal, reflete a atividade do contribuinte. A quantidade de barris extraída representa nitidamente aquilo que o contribuinte faz e, não, aquilo que o Estado pratica.

E é própria do imposto sobre circulação de mercadorias porque esse imposto incide sobre a “operação” de venda de mercadorias. No caso da TFGP, o Projeto de Lei era enfático ao mencionar que a exigência da taxa ocorreria exatamente pela venda ou transferência entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular do petróleo ou gás extraído, ou seja, pela *circulação* destas mercadorias (art. 4.º do PL 1.046/2015). Embora a redação final da lei tenha sido alterada, para mencionar tão somente que “considera-se devida a taxa, mensalmente, em função de produção de óleo e/ ou gás no período devidamente apurado pelas pessoas jurídicas que exercerão tais atividades e sujeita a fiscalização pelo Estado” (art. 5.º da Lei 7.182/2015), isso não altera o fato de que a TFGP incidirá sobre a produção sujeita à operação de circulação.

E essa operação de circulação necessariamente está vinculada a uma quantidade e um preço. O preço da mercadoria depende da sua quantidade. Ora, a quantidade de petróleo ou gás extraída é precisamente a quantidade que serve de critério para a fixação do preço de venda das mercadorias. Assim, ao se eleger como base de cálculo da taxa em discussão tal quantidade, o legislador terminou por utilizar a base de cálculo *própria* do imposto sobre circulação de mercadoria, violando, assim, o disposto no § 2.º do art. 145 da Constituição.

O fato de o imposto sobre circulação de mercadorias não incidir diretamente sobre a quantidade de barris extraída em nada altera a conclusão anterior. O dispositivo constitucional proíbe que as taxas tenham base de cálculo “própria” de impostos, sem condicionar essa proibição à *identidade* de base de cálculo. Não fosse assim, bastaria que o legislador fizesse sutis alterações na base de cálculo dos impostos para, ladeando a vedação, descumprir a Constituição, criando novas taxas para concorrer com os impostos já existentes, como sucede, aliás, no presente caso.

Todas as considerações anteriores demonstram a inconstitucionalidade da taxa instituída pela Lei 7.182/2015. A instituição deste tipo de lei, que segue a linha de outras já superadas – ou ainda objeto de contestação perante o STF – gera grande insegurança jurídica no ordenamento jurídico e no mercado brasileiro. Embora ainda dependa de regulamentação, como exigem os arts. 10 e 12, a Lei estadual 7.182/2015 já é capaz de gerar imprevisibilidade nos con-

tribuintes, na medida em que indica a obrigatoriedade de recolhimento de tributo inconstitucional, porque instituído por Ente Federativo incompetente e sem a observância dos requisitos para a criação de taxas pelo exercício do poder de polícia.

3. CONCLUSÕES

As considerações precedentes permitem chegar às seguintes conclusões com relação à Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Petróleo e Gás (TFPG) instituída pela Lei 7.182/2015, do Estado do Rio de Janeiro:

1. A TFPG sofre de vício de incompetência, na medida em que a Constituição afasta a competência do Estado do Rio de Janeiro para a criação de taxa de poder de polícia sobre a exploração de petróleo e gás, primeiro, porque é a União que detém competência exclusiva para a exploração e, consequentemente, fiscalização da pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural nas plataformas continentais, mar territorial e zonas econômicas exclusivas, tendo os Estados competência apenas para fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais *em seus territórios* e não nos bens da União; segundo, porque a Constituição atribui competência aos Estados para registrar, acompanhar e fiscalizar *exclusivamente* as concessões de *recursos hídricos e minerais*, sem qualquer menção expressa aos recursos do subsolo, como petróleo e gás natural, a exemplo do que ela faz noutros dispositivos; terceiro, porque já existe uma Taxa de Fiscalização destas atividades instituída pela própria União pela Lei 6.938/1981, provocando esta sobreposição de taxas não apenas uma invasão de competência como também a cobrança de dois tributos sobre o mesmo fato por Entes Federados distintos, em afronta o chamado princípio do *ne bis in idem*;

2. A TFPG não observa o critério da congruência, segundo o qual as taxas só podem ser instituídas se houver uma relação de pertinência lógica entre a atuação estatal e o elemento utilizado como presunção dessa atuação, no sentido de que exista atuação estatal sempre que existir o referido elemento: a mera extração de petróleo ou de gás não permite a presunção, estatisticamente razoável, de que o Estado de fato planejará, organizará, dirigirá, coordenará, executará, controlará ou avaliará ações setoriais, nem registrará, controlará e fiscalizará as autorizações, licenciamentos, permissões e concessões das atividades vinculadas ao petróleo e ao gás;

3. A TFPG não se submete ao critério da equivalência, segundo o qual o valor da taxa deve manter uma relação proporcional com a atuação estatal, no

sentido de que a atuação estatal aumente na mesma proporção do aumento do elemento legal indicativo da atuação estatal: as atividades organizacionais de planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, controlar ou avaliar ações setoriais não mantêm relação de pertinência com a extração de petróleo ou de gás e, mesmo que mantivessem, não variariam segundo a maior ou menor quantidade extraída; as atividades de registrar, controlar e fiscalizar as autorizações, licenciamentos, permissões e concessões dessas atividades também não variam se a quantidade extraída for maior ou menor;

4. A TFPG não atenta ao critério da imputabilidade individual, e acordo com o qual as taxas só podem ser instituídas quando houver uma atividade administrativa relacionada ao contribuinte e cujos custos possam ser-lhe individualmente imputáveis: as atividades organizacionais de planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, controlar ou avaliar ações, ainda que setoriais, são gerais, não se podendo imputar o seu exercício a determinados contribuintes, ainda mais pelo simples fato de eles extraírem petróleo ou gás;

5. A TFPG não obedece ao critério da causalidade dos custos, pelo qual as taxas só podem instituídas quando houver atividades que só são exercidas por causa do contribuinte e que não seriam exercidas sem a sua provocação: as atividades organizacionais de planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, controlar ou avaliar ações são atividades governamentais estratégicas que precisam, por qualquer governo, ser executadas, independentemente de provocação dos contribuintes;

6. A TFPG não se conforma ao critério da cobertura especial de custos, que exige que o valor da taxa não ultrapasse os custos concretos e individuais decorrentes da atuação administrativa: as atividades organizacionais de planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, controlar ou avaliar ações setoriais sequer guardam relação de pertinência com a extração do petróleo e do gás, nem podem ser individualmente imputadas aos contribuintes, por serem gerais; também as atividades de registrar, controlar e fiscalizar as autorizações, licenciamentos, permissões e concessões das atividades de extração de petróleo e de gás não têm um custo individualizado que dependa da quantidade de petróleo ou de gás extraída pelo contribuinte;

7. A TFPG não observa o critério da cobertura geral de custos, com base no qual as receitas totais auferidas pelo Estado, em cada período, pela cobrança da taxa não podem ultrapassar os custos totais decorrentes da atividade administrativa vinculada à taxa: a mera projeção de receitas demonstra que o Estado auferirá receitas altíssimas que não mantêm relação com os custos administrativos causados pelos contribuintes;

8. A base de cálculo da TFPG é própria de impostos, porque utiliza a quantidade do petróleo ou gás extraído que vem a ser um elemento vinculado à atividade do contribuinte e não à atividade do Estado;

9. A TFPG envolve atividades que não se enquadram no conceito de poder de polícia, na medida em que buscam financiar atividades administrativas que não restringem nem disciplinam atividades privadas em razão do interesse público;

10. A TFPG é, assim, incompatível com a Constituição e com a legislação tributária brasileira, especialmente com a regra de competência para a instituição de taxas (arts. 145, §§ 1.º e 2.º).

BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES. *Nichomachean ethics*. Trad. H. Rackham. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Teoria dos princípios*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- _____. *Teoria da igualdade tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BIRK, Dieter; ECKHOFF, Rolf. Staatsfinanzierung durch Gebühren und Steuern – Vor- und Nachteile aus juristischer Perspektive. In: Sacksofsky, Ute; Wieland, Joachim (orgs.). *Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat*. Baden-Baden: Nomos, 2000.
- CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.
- DRÖMANN, Dietrich. *Nichtsteuerliche Abgaben im Steuerstaat*. Berlin: Duncker und Humblot, 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FERREIRA NETO, Arthur Maria. *Classificação constitucional de tributos pela perspectiva da justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GUASTINI, Riccardo. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004.
- SCHMEHL, Arndt. *Das Äquivalenzprinzip im Recht der Staatsfinanzierung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
- VOGEL, Klaus; Waldhoff, Christian. *Grundlagen des Finanzverfassungsrechts*. Heidelberg: C.F. Müller, 1999.
- WIENBRACKE, Mike. *Bemessungsgrenzen der Verwaltungsgebühr*. Berlin: Duncker und Humblot, 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A constitucionalidade da taxa de controle e fiscalização ambiental à luz dos princípios da prevenção, precaução e do poluidor-pagador, de Magno Federici Gomes e Larissa Gabrielle Braga e Silva – *RTrib* 126/2016 (DTR\2016\1763);
- Análise da compatibilidade da taxa de fiscalização dos recursos minerários do estado do Pará com o princípio da equivalência, de Felipe Garcia Lisboa Borges – *RTrib* 127/2016 (DTR\2016\2941); e
- Outorga onerosa de solo criado análise crítica a partir da jurisprudência do STF e caracterização como taxa, de Sergio Paulo Gomes Gallindo e Eduardo Marcial Ferreira Jardim – *RTrib* 126/2016 (DTR\2016\1761).

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles in shades of light gray. A fine grid of thin, light gray lines is overlaid on the circles, creating a complex, layered geometric pattern. The overall aesthetic is clean and modern.

Em destaque



ENTREVISTA COM RENÉ ARIEL DOTTI

FLÁVIO LUIZ YARSHELL

Advogado. Professor Titular da Faculdade de Direito da USP.
fly@ycadvogados.com.br

Conheci o Prof. René Ariel Dotti no primeiro ano da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em evento realizado no Salão Nobre, que brindou os calouros e o público em geral com sucessivas palestras proferidas por advogados criminalistas; uma das quais a cargo dele. Desde então, sempre tenho em mente o que alguém então disse: “o direito penal é o primeiro e verdadeiro amor de todo estudante de direito; que depois, por conveniência, entrega-se a outras disciplinas”. Será mesmo? Verdadeira ou não a assertiva, fato é que a eloquência de Raimundo Pascoal Barbosa, Waldir Troncoso Peres e de René Ariel Dotti (dentre outros) soava mesmo irresistível; para calouros, para veteranos e para quem mais lá estivesse.

Em particular, sempre tive especial admiração pelos que conseguem conjugar com eficiência e serenidade a vida acadêmica, de um lado, e a intensa advocacia, de outro. René Ariel Dotti se encaixa muito bem nesse grupo: Professor Titular de Direito Penal no Estado do Paraná, autor de obras que são referência para profissionais e acadêmicos, participou da redação dos anteprojetos que se converteram na Lei 7.209/1984 (nova Parte Geral do Código Penal) e na Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). Sua projeção internacional é reconhecida e pode bem ser ilustrada pela posição ocupada como vice-presidente Honorário da Associação Internacional de direito penal (Paris). O reconhecimento da notável advocacia que exerce vem de seus pares, de magistrados e de membros do Ministério Público.

A confirmar o dito popular segundo o qual “jabuticabeira não dá laranja”, Rogéria Dotti, sua filha, é também advogada e acadêmica brilhante. Tendo honrosamente participado de sua banca de Mestrado (isso há décadas), tomei a liberdade de contatá-la: expliquei-lhe a proposta da Revista e a intenção de fazer publicar o pensamento atual dos grandes vultos da advocacia, em nível nacional. Contei-lhe da primeira entrevista realizada com o Dr. Mário Sérgio Duarte Garcia e da minha expectativa por poder contar com seu pai para o volume seguinte. A resposta positiva foi rápida e gentil.

Minha intenção era a de viajar a Curitiba para enriquecer a experiência com conversa pessoal com o entrevistado. Mas, a sandice da vida profissional e o calendário da Revista acabaram não permitindo que assim ocorresse. Peço publicamente desculpas a Sua Excelência pela falta assim cometida. Cogitei de adiarmos a publicação, justamente para permitir o encontro. Mas deixei ao ilustre entrevistado essa decisão. E, embora frustrado pela impossibilidade de nosso contato pessoal desta vez, fiquei contente com a resposta que permitiu a liberação imediata do texto; que, assim, consiste em respostas a perguntas que previamente lhe foram endereçadas.

E não há mesmo porque adiar o contato com as ideias e as lições que o Mestre tem a nos ofertar. Bom proveito ao leitor!

1. Como avalia o movimento atual da advocacia criminal?

R. A Constituição Federal de 05.10.1988, ampliou consideravelmente o repertório dos direitos e garantias individuais, a começar pela indicação topográfica da matéria a partir dos primeiros dispositivos. Essa orientação mudou a concepção do Estado como ente de hierarquia superior aos indivíduos, que vinha desde a Constituição Imperial (24.03.1824), mantendo-se nas demais (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969).¹ Na proporção em que a Carta de 1988 estabeleceu novas áreas de proteção individual e coletiva, cresceram as demandas junto à Administração Pública e ao Poder Judiciário pleiteando o devido amparo. Os *mandatos de criminalização* estão distribuídos pela Carta Magna em delitos contra a pessoa, contra o meio ambiente, contra o consumidor, contra os direitos sociais e políticos, etc. Essa grande variedade de bens e interesses de nova geração tem sido defendidas em instâncias judiciais e administrativas, tendo à frente os Ministérios Públicos estadual e federal; as Organizações não Governamentais (ONGS) e outros grupos que se ocupam de direitos humanos. Além do exercício da defesa em procedimentos formais existem outras formas de atuação, como as consultorias e os pareceres.

O momento atual da advocacia criminal, em face desse panorama, é muito fecundo e que pode ser exercido com a plenitude das garantias profissionais, com a reserva de franquias que inexistiam ao tempo dos governos militares e dos respectivos processos criminais contra dissidentes ideológicos e insurgentes dos sucessivos regimes ditatoriais.

1. Somente por eufemismo e para evitar o desgaste do governo militar (1964-1985) a Carta Política passou a ser chamada oficialmente de Emenda Constitucional 1, de 17.10.1969.

2. *Como analisa o desempenho do STF e do STJ, diante das perseguições penais de larga escala que temos presenciado, envolvendo entes privados e públicos, em acusações de corrupção e de outros crimes (“mensalão”, “petrolão” e congêneres)?*

R. Em matéria criminal, tanto o STF como o STJ têm, com lamentável frequência, feito uso da chamada “jurisprudência defensiva” que se exterioriza pela negação massiva de direitos e garantias individuais, fazendo dos recursos especial e extraordinário autênticas *barreiras contra liberdades públicas, direitos e garantias individuais*. Assim ocorre – apesar do paradoxo da autodesignação da segunda Corte: “Tribunal da Cidadania” – por alguns fatos notórios: (a) a preciosidade dos requisitos indispensáveis ao conhecimento; (b) os caminhos tortuosos para os raros casos de admissibilidade; (c) a deficiência de gestão de ambas as cortes que têm suas pautas congestionadas pelo imenso número de recursos manejados por órgãos públicos. A propósito, a corajosa denúncia publicada pelo jornal *Folha de S. Paulo*, 10.08.2015: “O Poder Público é o principal responsável pelo congestionamento da Justiça, aponta levantamento realizado pela AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) em dez Estados do país, além do Distrito Federal” (grifos meus).

É importante destacar que a Constituição promulgada em 1988, prevê que a composição do STJ é de, “no mínimo”, 33 ministros. Em 1989, no primeiro ano de funcionamento, o tribunal julgou 3.711 feitos. Esse número, em 2014, foi de 390.502!² Trata-se de outro paradoxo: o País cresceu nesses anos todos; as demandas multiplicaram; mas o STJ mantém o irreversível número de magistrados.

Mas, respondendo especificamente à pergunta feita: Em relação aos processos cognominados “mensalão”, “petrolão” e “zelotes”, os tribunais têm respondido muito bem à grosseira tentativa de *golpe de estado* pela via da corrupção de parte do Congresso Nacional. Não é possível designar de outro modo a tentativa de implantar um governo permanente por meio de um partido que pretende manter a chamada “governabilidade”, com meios e métodos criminosos.

3. *Como vê, no mesmo contexto, a atuação do Ministério Público?*

R. Inicialmente devo informar que eu e colegas do meu escritório estamos atuando nas causas do processo designado “Lava Jato”, em nome da Petrobras, admitida como assistente do Ministério Público. As audiências são realizadas na 3.^a Vara da Justiça Federal em Curitiba. Meu colega de equipe, Prof. Ale-

2. Fonte: Relatório Estatístico de 2014 do STJ.

xandre Knopfholz, tem participado ativamente dos feitos e acompanha o minucioso e fecundo trabalho do Ministério Público Federal e da Polícia Federal.

Reafirmo que houve todos os atos preparatórios e o início de execução de um *Golpe de Estado* para mudança do regime adotado pela Carta de 1988, ou seja: o Estado Democrático de Direito. A nossa legislação deverá prever essa modalidade gravíssima de infração, da Constituição e na lei ordinária. Com efeito, o art. 5.º, XLIV, declara que constitui “crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”. A norma poderá ter a seguinte emenda: “as ações de grupos armados ou associações criminosas, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

Também é oportuna a alteração do art. 17 da Lei 7.170/1983, para prever: “Tentar mudar, com emprego de violência, grave ameaça ou ações de organização criminosa, a ordem o regime vigente ou o Estado de Direito”. A pena, atualmente fixada (3 a 15 anos) deve ser aumentada.

4. No mesmo contexto, que tipo de interferência podem ter os veículos de comunicação? A disseminação de informação, via Internet e redes sociais interfere também?

R. Os veículos de comunicação de massa exercem extraordinária importância em um Estado Democrático de Direito, enquanto o Estado não interfere, com a censura aberta ou velada, nas liberdades de expressão e do jornalismo investigativo, com absoluto respeito ao art. 220 e parágrafos da Constituição. Vem a propósito o célebre pensamento de Thomas Jefferson (1743/1826), 3.º Presidente dos Estados Unidos e notável advogado: “Se me coubesse decidir entre um governo sem jornais e jornais sem governo, não hesitaria em preferir a última alternativa”. Também é importante lembrar o nosso Ruy Barbosa: “A imprensa é a vista da Nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonegam, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça” (Ruy Barbosa, *A imprensa e o dever da verdade*).

Quanto à disseminação de notícias, fatos ou pronunciamentos a interferência pelos meios da tecnologia (Internet e redes sociais), pode ela ser benéfica ou maléfica para a democracia e as liberdades públicas, os direitos e as garantias, individuais e coletivas. Apesar das relevantes coordenadas da Lei 12.965/2014, que estabelece o marco regulatório para o uso da Internet em nosso País, um imenso número de crimes contra a honra e outros bens são praticados diuturnamente e sem a possibilidade de prevenção, que dirá da repressão adequada.

5. Qual a sua avaliação da atuação dos Juizados Especiais Criminais, após mais de duas décadas de sua implantação (Lei 9.099/1995 e 10.259/2001)? A Justiça “consensual” tem funcionado?

R. Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, institucionalizados pela Carta Política de 1988, tinham o objetivo de resgatar antiga reivindicação social após a implantação dos Tribunais de Pequenas Causas que, no Estado do Paraná, tiveram na pessoa do pranteado Des. Alceu Machado, a sua fonte de energia criadora e apoio humano e material. A Lei 7.244, de 07.11.1984, estabeleceu critérios para que os novos órgãos da Justiça ordinária pudessem cumprir a missão especial que deles se esperava. A partir de então, e nas mais próximas e distantes comarcas, a crescente reivindicação pelo rápido e melhor acesso ao Poder Judiciário – garantia individual inerente à cidadania como fundamento da República – assumiu notáveis proporções com os esforços dos profissionais do direito e os destaques nas pautas da imprensa. Em artigos na imprensa eu cheguei a dizer que tais órgãos jurisdicionais iriam coconstituir uma *revolução copêrnica* nos usos e costumes do processo tradicional. O tempo, porém, tem desconstituindo os créditos inicialmente concedidos pela população e pelos profissionais do foro. A vida e a paixão dos Juizados Cíveis e Criminais, alimentadas pelo *fervor religioso*, expresso na oração das partes convertida pelos advogados em discursos legais, estão próximas da morte funcional. A massificação da Justiça penal, a prática da informalidade levada ao extremo, a frustração de legiões de vítimas, algumas com profundas lesões morais diante do *mercado persa* das sanções de bagatela tem levado os advogados dos ofendidos a dispensar o juizado criminal para ingressar com ações civis de indenização. Muito propositadamente, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), excluiu expressamente o juizado criminal para sancionar os delitos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 41). Essa *desconsideração* foi aprovada pelo STF cf. a ADC 19, julgada procedente em 09.02.2012. A Min. Rosa Weber afirmou que a Lei Maria da Penha “*inaugurou uma nova fase de ações afirmativas em favor da mulher na sociedade brasileira*”. Segundo ela, essa lei “*tem função simbólica, que não admite amesquinamento*” (destaques meus).

Como complemento de ordem crítica: até hoje persiste um paradoxo irremediável que é a figura de um “juiz leigo”. Há um desconchavo vernacular apesar da expressão constar dos dicionários, certamente por inclusão legal que o define como “juiz não togado, não diplomado em direito” (*Houaiss*).

6. O que pensa sobre a delação premiada?

R. A *delação premiada* é um instituto de direito penal e processual penal, positivado pelos seguintes diplomas: Lei 8.072/1990 (crimes hediondos); Lei

8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo); Lei 9.034/1995 (crime organizado. Revogada); Lei 9.269/1996 (dá nova redação ao § 4.º do art. 159 do CP); Lei 12.683/2012 (lavagem de dinheiro) e Lei 12.850/2013 (organização criminosa).

Segundo este último Diploma, o benefício legal de perdão judicial ou redução significativa da pena, depende de resultados especificados (art. 4.º, incisos e parágrafos) da colaboração efetiva e voluntária junto aos órgãos de investigação (MP e PF).

Não há dúvida que a delação é um importantíssimo – e muito antigo – meio de prova especialmente quanto a determinados crimes praticados por associações criminosas ou em concurso de delinquentes astutos e afortunados. É certo que essa conduta desperta alguma dose de repulsa porque lembra as traições de Judas Iscariotes e de Joaquim Silvério dos Reis. No entanto, é elementar que a *confissão espontânea*, prevista pelo art. 65, III, *d*, do CP como atenuante, tem sua base no “*estímulo à verdade processual*”,³ razão pela qual o benefício é ampliado quando ocorre a chamada de corrêu. É elementar que para atingir o objetivo da apuração da verdade, o sistema processual rejeita a avaliação da conduta do delator sob o aspecto ético em relação aos demais acusados. Esse aspecto da *conta corrente moral* entre delinquentes é um problema interno da *societas delinquentium*.

As provas de autoria e materialidade de graves delitos patrimoniais obtidas na *Operação Lava Jato* através da colaboração espontânea de indiciados ou réus demonstram a legitimidade do procedimento. É importante lembrar que foi através da delação de um partícipe norte-americano que a Justiça dos Estados Unidos descobriu que foi a Dina (Direção Nacional de Inteligência), a polícia secreta do ditador chileno, Augusto Pinochet, que explodiu, em Washington o automóvel que conduzia o ex-embaixador Orlando Letelier del Solar.

7. Como vê o atual momento político do País?

R. Com o pessimismo de um leitor diário de jornais de circulação nacional e telespectador de noticiários que denunciam as mazelas da vida política, com intolerável volume de desvios éticos e caracterização de crimes contra a Administração Pública praticados por agentes dos Poderes Executivo e Legislativo.

Segundo o art. 1.º da Lei 9.096/1995, o partido político deve assegurar, no interesse do regime democrático, “a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”.

3. Exposição de Motivos da Lei 7.209/1984 (nova Parte Geral do CP, item 55).

Na abertura de prestigiada obra sobre o tema, Vamireh Chacon cita três pensamentos que bem ilustram o assunto: “Os partidos políticos não são meros grupos de interesse, fazendo petições em causa própria ao governo; pelo contrário, para ganharem suficiente apoio, a fim de conquistar cargos, os partidos precisam antecipar alguma concepção do bem comum (John Rawls). É, com efeito, ilusão ou hipocrisia, sustentar que a democracia é possível sem partidos políticos... A democracia é necessária e inevitavelmente um Estado de partidos (Hans Kelsen)”.⁴

Já foi dito, com muita propriedade pelo escritor, político e diplomata, Gilberto Amado, que os partidos “são o único meio de *cultura* social e política que podemos pôr em prática para elevar as massas brasileiras à compreensão dos destinos nacionais”.⁵

Portanto, é fundamental que o Estado Democrático de Direito alcance um estágio superior de aprimoramento mediante uma reforma substancial do atual sistema eleitoral que é responsável, em grande parte, pela corrupção e pela incongruência da proliferação de partidos que vegetam às margens de uma autêntica democracia representativa. Já é tempo de superar um dos piores malefícios da vida política nacional: o leilão da sigla e o aluguel da consciência. Eles identificam os agentes de uma grande legião de usufrutuários do poder. Com toda razão já disse o escritor e político, Mariano José Pereira da Fonseca (1773-1848), o Marquês de Maricá, em uma de suas *Máximas*: “Há homens que são de todos os partidos, contanto que lucrem alguma coisa em cada um deles”.

8. Como enxerga o ensino jurídico no país?

R. O jornalista, ex-redator-chefe da revista *Veja* e consultor de comunicação, Eduardo Oinegue, denuncia, em termos vigorosos, o escandaloso fato que eu chamo há muito tempo de *usina de diplomas*. No artigo intitulado “O desafio de ser um grande advogado”, ele afirma: “Em 1990, tínhamos 200 faculdades de direito. Agora são 1.200. Com menos de 3% da população mundial, o País possui mais escolas do que o resto do mundo-somado! Um em cada nove universitários brasileiros se forma em direito. Ao lado de administração, é a carreira que produz mais bacharéis”.⁶ Não é preciso dizer mais nada para demonstrar o grau de erosão de um sistema que anualmente – ou até semestralmente – manda para o mercado o formidável número de bacharéis absolutamente inaptos

4. *História dos partidos brasileiros*, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981, p. 3 (itálicos meus).

5. *Eleição e representação*, Brasília: Edição do Senado Federal, 1999, p. 133.

6. *Folha de São Paulo, Opinião*, 18.12.2015, p. 2 (itálicos meus).

para exercer qualquer profissão do direito, com ressalva é óbvio, de algumas *mentes brilhantes* que superam o cenário de mediocridade composto de professores que fingem ensinar e alunos que fingem aprender. Nesse sentido a estatística do Exame de Ordem da OAB é muito eloquente com o imenso número de reprovações para proteger a população contra profissionais despreparados.

"PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA" VI ENCONTRO AASP

AULA MAGNA DO MIN. ANTONIO CEZAR PELUSO

ANTONIO CEZAR PELUSO

peluso@peluso.adv.br

ÁREA DO DIREITO: Penal; Constitucional

Dr. Leonardo Sica, presidente da AASP, Dr. Fábio Prieto, presidente do Tribunal Regional de São Paulo, nosso Prefeito Municipal, Dr. Paulo Alexandre Barbosa, que acabou de nos deixar, e em cujas pessoas quero, apenas por economia, saudar todas as autoridades presentes, os componentes da mesa, os mandatários dos órgãos representativos da advocacia, os senhores magistrados, as senhoras advogadas, os senhores advogados.

Senhoras e senhores, é uma honra muito grande estar presente neste VI Encontro Anual da Associação dos Advogados, e estou duplamente feliz, porque voltar a Santos para mim é sempre uma festa. Sou um santista, não como torcedor, mas como cidadão por adesão voluntária e por título que me outorgou a Câmara Municipal, e, em particular, porque foi aqui que, além de ter cursado a Faculdade Católica de Direito, comecei minha carreira profissional como aprendiz de advogado com duas pessoas que não posso deixar de nominar e que são os velhos advogados e queridos amigos Dr. Luiz Antunes Caetano e Dr. Mauricio Asnis, em cujas pessoas saúdo todos os advogados de Santos presentes, entre os quais muitos meus contemporâneos da velha Casa Amarela.

E não menos feliz, pelo fato de me terem concedido a honra de abrir este VI Encontro Anual para falar de um tema que, sobre ser objeto da preocupação permanente da cidadania, tem hoje viva atualidade, por força de eventos que estão na ordem do dia. Refiro-me à chamada *presunção da inocência*.

1. Bem, nosso tema é seríssimo, como todos sabem. Eu até preferia, digo sempre, falar sobre ele aos leigos, divulgando-o, porque os advogados são capazes de compreender todas as minhas preocupações, até porque muitos participam dessas preocupações a respeito do princípio, cuja compreensão é intro-

duzida por uma indagação: em que condição se encontra, no seu curso, o réu de um processo penal? O que ele é aí? É suspeito? Culpado? Inocente? Afinal, qual sua condição jurídica?

Em torno dessa ambiguidade, ou perplexidade, é que gira a temática do princípio da chamada *presunção de inocência*, que, em última instância, traduz, na tentativa de dar racionalidade ao *ius puniendi*, manifestação exemplar do conflito clássico entre autoridade e liberdade, entre Estado e cidadão, e cuja arqueologia nos ajuda a entender, não apenas o conceito, mas sobretudo o alcance, nem sempre bem entendido na sua inteireza, deste princípio capital.

E, nessa arqueologia, isto é, na reconstituição histórica da sua evolução, não podemos deixar de lembrar três momentos importantes sempre relevados pelos estudiosos. O primeiro deles é marcado pela disposição do art. 9, IX, da Declaração do Homem e do Cidadão, da Revolução de 1789, e que, em larga medida, foi, na esteira do movimento reformista da jurisdição penal, inspirada pelo iluminismo e pela mais famosa obra de um dos grandes teóricos da dogmática penal, o qual escreveu um pequeno livro – no tempo em que se escrevia pouco para dizer muito –, conhecido de todos, *Dei Delitti e Delle Pene*. Falo de Cesare Bonesana Beccaria, ou Marquês de Beccaria. A importância da obra pode ser sentida ao fato de, datada de 1764, ter sido, já em 1766, traduzida para o francês, em seguida para outras línguas, de modo que seus pensamentos, sintetizando o ideário iluminista de rebelião contra as opressões da concepção de um processo imperial no sentido estrito da palavra, se difundem com surpreendente rapidez, a ponto de repercutir na Rússia, cuja imperatriz Caterina II o convida, nessa época, a visitar Moscou para supervisionar projeto do seu sistema penal. Beccaria recusou-o, é verdade, mas o convite em si é muito significativo da importância de sua obra.

A disposição desse art. 9.º, de cujo texto advém o nome histórico pelo qual passou a ser divulgado o princípio, ou mais precisamente, entre nós, a regra constitucional, começa com o seguinte enunciado: “*Tout homme étant présumé innocent,...*” Sem transcrevê-la toda, dispõe, em tradução larga, que, como todo homem se presume inocente até que seja declarado culpado, se antes for preciso agir contra ele, as medidas que devam ser tomadas não podem ser excessivas, senão que os excessos devem ser reprimidos severamente pela lei.

O que significou essa norma importante da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão? Significou a assunção, pela legislação revolucionária, de uma das relevantes ideias que Beccaria sintetizou naquele pequeno livro, como reação contra as arbitrariedades do uso do processo penal pelo soberano, e que eram admitidas pela lei, suposto não legítimas, tais como torturas, suplícios, como meios de obtenção de provas, admissão de meia culpa, prisões para ave-

riguação sem prazo, sem limite, nem controle algum. Eram tão abusivas, que, em 1760, Luis XVI baixou decreto que extinguiu as torturas e os suplícios como meios de obtenção de prova, exceto para os casos em que o réu fosse acusado de crime contra o rei.

O que expressava o feitiço desse processo penal? Um tratamento degradante e desumano do réu, porque o processo era instrumento do arbítrio e da atuação política do poder real. E Beccaria, como todos sabemos, pregava exatamente os princípios que hoje estão consagrados no nosso direito penal, em particular no modelo acusatório do processo penal. Este foi o primeiro momento histórico em que se manifesta, no plano legislativo, a ideia da presunção de inocência.

O segundo momento é não menos importante e dá-se particularmente na Itália, no entrechoque das posturas dogmáticas das três conhecidas escolas penais, sobre o objeto e o método do direito penal, e a primeira das quais era a chamada Escola Clássica, cujo grande idealizador e divulgador foi Carrara, no seu conhecido *Programma*, aliás traduzido para o português por Azevedo Franceschini, que foi juiz presidente do extinto Tribunal Criminal de São Paulo. Tal Escola, que adotava o método lógico abstrato, pregava, em síntese, o seguinte: o direito penal serve para punir os criminosos, para punir os culpados. Mas o processo penal, não; o processo penal serve para tutelar o réu inocente, garantir a liberdade do cidadão. O cerne da Teoria do Processo estava, pois, na sua visão de garantia da presunção de inocência, sem a qual objetivo último do processo penal estaria comprometido. Tratava-se, portanto, da concepção liberal do processo penal, ou seja, de sua modelagem ideológica.

Contra essa concepção, e, sobretudo, em decorrência da inquietação social provocada pelos primeiros problemas de ordem criminal trazidos pela Revolução Industrial, hoje exasperados no contexto da chamada sociedade de risco e nas reações do direito penal do inimigo, surge outra escola, que, como resposta do positivismo àqueles incipientes reclamos sociais, sustentava devesse a concepção do processo penal dar prevalência à defesa social, à defesa da sociedade contra os criminosos.

Suas formulações guardavam algumas particularidades que é mister recordar: primeiro, baseava-se, vamos dizer assim, numa motivação nacionalista, mas, em especial, na crença de determinismo biológico, e cujo grande expoente foi outro Cesare, o Lombroso, que, em 1876, publica livro que teve grande repercussão, mas que hoje seria objeto de riso, porque, como os senhores sabem, entre outras coisas, professava que certas pessoas nascem com tendência irreprimível de criminalidade, isto é, apresentariam gens criminogênicos, supostamente perceptíveis em algumas variáveis biológicas, como, por exemplo, esta: se a extensão dos braços abertos fosse maior que a altura da pessoa, isso

constituiria indício certo de um criminoso nato, que evidentemente não podia contar com a proteção de uma presunção de inocência contra os interesses da defesa do Estado.

E Enrico Ferri, que foi um dos arautos dessa teoria, chega, por exemplo, a fazer afirmações não menos extremadas, ou absolutas, como a de que não se poderia presumir inocente a um réu que confessasse o crime. E foi dele a proposta, adotada por influência do Código de Processo Penal Italiano de 1931, do que constava da redação original do art. 386, VI, e hoje consta do inc. VII, do nosso Código de Processo Penal, que distinguia um tipo de sentença absolutória baseada no quê? Na insuficiência de prova, como se isso alterasse o fato de que a decisão do juiz, nesse caso, declara, sem ressalva e para todos os efeitos, que o réu é inocente.

Ao lado dessa Escola, outra aparece, a técnico-jurídica, que, usando metodologia idêntica, baseada também no raciocínio indutivo, se inicia com famosa aula magna proferida por Arturo Rocco, criminalista, irmão do Alfredo – o civilista e professor de direito comercial –, em 1905, na Faculdade de Direito de Sassari, onde lança a base do chamado caráter técnico que devia ditar uma concepção de pureza do direito criminal, centrado nos textos da lei, perante a qual os direitos sociais tinham que prevalecer na qualificação da condição do réu e na questão da prova da culpa, porque, dizia ele, o réu não é nem inocente, nem culpado; o réu apresentaria uma condição intermediária no curso do processo, a qual seria absolutamente incompatível com um princípio ou regra que lhe reconhecesse presunção de inocência.

Essa Escola foi, sobretudo, capitaneada por um homem importantíssimo na história do direito penal e do processo penal, mas também do ponto de vista político, Vincenzo Manzini, que escreveu o relatório ministerial do projeto preliminar do Código de Processo Penal e no qual afirma que a regra da presunção de inocência era desajeitadamente irracional e contraditória (*goffamente paradossale e irrazionale*), além de constituir estranho absurdo do empirismo francês (*strana assurdità dall'empirismo francese*), e, como tal, sem lugar num ordenamento jurídico civilizado, enquanto preocupado com a defesa da sociedade em primeiro lugar.

Esse penalista teve influência decisiva, não apenas na elaboração do Código de 1931, mas também na redação da Constituição italiana de 1948. Como os senhores sabem, o Código de Processo Penal Italiano de 1913 não fazia nenhuma referência à presunção de inocência. O de 1931 foi que, como modelo do nosso Código de 1942, instaurou a prisão preventiva obrigatória. Manzini ainda comandou, em boa medida, a redação da regra na Constituição Italiana, cujos debates duraram até dezembro de 1947 – a Constituição Italiana entrou

em vigor em 01.01.1948 – e demonstram ter havido certo acomodamento de posições. Por quê? Porque, a respeito, o projeto propunha a seguinte redação: *L'innocenza dell' imputato è presunta fino a la condanna definitiva*. Ou seja, a inocência do réu é presumida até a condenação definitiva. Mas, por sua interferência, sustentando a inadmissibilidade do princípio, embora fosse necessário adotar princípio parecido, que denominou de não culpabilidade, o art. 27, n. 2, da Constituição Italiana, foi aprovado com a seguinte redação: *L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*. Parece que se trata de mera alternativa redacional. Mas a mudança provocou, na Itália, como gostam todos os italianos, outra polêmica: a de saber se tinha sido adotada, ou não, pela Constituição, a regra da presunção de inocência.

Um jurista, ainda vivo, Giulio Iluminatti, escreve, então, uma obra fundamental, clássica, que diz logo que se tratava de questão de mera redação, pois, na verdade, a Constituição havia adotado o princípio. Fiquei muito interessado quando li referência a essa posição de Iluminatti e escrevi-lhe uma carta, quando estava no STF, pedindo um exemplar da obra, já esgotada. Com muita gentileza, respondeu-me, dizendo que louvava minha iniciativa, mas, infelizmente, já não tinha nenhum volume, mas me mandava outro. Mandou-me sobre interceptação telefônica!

[Risos da plateia]

Foi este o segundo momento. O terceiro, igualmente importante, coincide, em 1948, com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que estabelece a seguinte recomendação (pois não tem caráter mandatário): “Todo homem tem direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade seja provada de acordo com a lei, em julgamento público, com todas as garantias da defesa”.

Este enunciado é o produto do pensamento da *common law*, onde o princípio da presunção da inocência sempre foi reconhecido, mas encarado sob outro ponto de vista, ou seja, como regra de prova e como regra de juízo, as quais, como elaboração aprofundada do *in dubio pro reo*, segundo a tradição anglo-saxã, jamais foram ali cristalizadas em norma escrita.

2. Como os senhores perceberam à rápida reconstituição da evolução das teorias, o princípio pode despertar visões muito diferenciadas. Então, a questão que me propus foi a de examinar por que há visões técnicas não coincidentes a respeito da problemática jurídica que envolve o princípio, que, à primeira vista, parece traduzir uma ideia óbvia. E minha suposição é que a origem dos descompassos advém do fato de o princípio ser conhecido por um nome que não o designa na substância, e que é a palavra *presunção*. Por que é que não o

designa? Porque, em direito, a palavra *presunção* tem apenas dois significados, que lhe são estranhos, porque é aqui empregada em sentido figurado.

De um lado, temos a chamada *presunção legal*, ou *praesumptio iuris*. De outro, a *presunção lógica*, ou *praesumptio hominis*.

O que significa a *presunção legal*? É uma técnica de criação de realidades do mundo jurídico. O direito, como qualquer ciência, cria as suas realidades para fins operacionais, isto é, realidades que valem para efeito de construção e atuação de suas normas. Ora, a *presunção* é técnica de criação de realidade jurídica que se entende melhor, quando comparada com a realidade extrajurídica a que corresponda. Por quê? Porque a *presunção legal* opera verdade jurídica que, comparada com a realidade extrajurídica, reflete aquilo que ordinariamente ocorre nesta realidade. Exemplo escolar da *presunção legal* é a do *pater is est quem*: o filho da mulher é presumidamente filho do marido. Por quê? Porque, na realidade não jurídica, em geral o filho da mulher é filho do marido. Há exceções, mas é assim que normalmente sucede na vida.

Ora, aqui está o ponto essencial. O alcance da chamada *presunção de inocência* não é produto de alguma avaliação estatística, não obstante Manzini haja afirmado, certa feita, que a experiência histórica teria provado que, na maioria dos casos, os réus são culpados, como se ele se tivesse fundado, a respeito, nalguma pesquisa universal, controlada e criteriosa, ou fosse dotado de paranormalidade, que lhe permitisse afirmar que, a despeito daquilo que se passa dentro do processo, a realidade anterior ao processo seria de que quase todos os réus são culpados, ainda que absolvidos com base em prova inequívoca.

Na positivação do princípio, o direito não faz nenhuma afirmação de realidade ou de fato, quando firma o significado da dita *presunção de inocência*. Ele não está dizendo que, ordinariamente, quem seja acusado é sempre inocente, o que, em si, já seria despropósito notável. Não há nenhuma base factual para especulação tão absurda, nem tampouco preocupação constitucional a respeito, a qual não está em afirmar o que se passaria na realidade extrajurídica. A referência a *presunção* tem, na denominação do princípio, outro alcance, designadamente de caráter axiológico, como veremos logo mais. Portanto, o princípio não encerra nenhuma *presunção legal* ou *iuris*.

Bem, mas existe uma segunda noção de *presunção* que é usada em direito, embora não seja exclusiva do campo jurídico. Por quê? Porque se trata de mera regra de lógica, regra de raciocínio, que é a chamada *presunção hominis*. O que ela significa? Significa tipo de raciocínio baseado na indução, segundo o qual, mediante regras de estatísticas, de observação daquilo que acontece no

mundo, permite ao juiz passar do conhecimento de um fato, que está provado, à admissão ou certeza da existência de outro, que precisa de início ser provado e guarde relação lógica com o primeiro.

Seu exemplo que quase todos ouvíamos no tempo da faculdade era daquele famoso desastre, em que um carro bate na traseira de outro. Há aí presunção *hominis* de culpa. Por quê? Porque ordinariamente, segundo as estatísticas, segundo o que costuma acontecer, se o agente bateu é porque estava distraído. Presunção de culpa. Ou estava muito próximo, sem observar a distância regulamentar. Culpa. Ou porque o freio falhou. Culpa por negligência na manutenção do veículo. É claro que se cuida de algo que a própria indução em si não é capaz de garantir: pode não corresponder à verdade. Pode ser que a suposta vítima, parada num farol, tenha dado marcha à ré. Eu até conheço um caso, e não é piada, que ilustra as exceções. Certo magistrado, noutra cidade de praia, guiava uma perua provida daquele gancho de puxar barco, quando, incomodado com a buzina do condutor do veículo que estava atrás, num farol, deu violenta marcha à ré que furou o radiador do outro carro, e foi-se embora.

[Risos da plateia]

É uma exceção à presunção *lógica* ou *hominis*. Ora, não é disso tampouco que a regra trata. Ela não tem propósito de mostrar ao juiz como é que deve raciocinar sobre prova da culpabilidade ou da inocência. Não é disso, dessa modalidade de presunção, que se cuida, como é óbvio. Confirma-se, pois, aqui, a impropriedade do vocábulo *presunção* (de inocência) para, no uso técnico-jurídico, traduzir claramente o conteúdo normativo da regra constitucional.

3. A palavra *presunção* para designar ou tentar nomear tradicionalmente essa regra é metáfora que deriva daquele *étant* *presumé innocent*, constante do art. 9.º, IX, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Revolução Francesa. O princípio não versa sobre presunção.

Afinal, qual seria, pois, o conteúdo semântico dessa regra, ou, como muitos dizem, desse princípio? A postura, que vou expor e que sempre adotei, também no STF, como consta de vários votos, muitos dos quais publicados, é que o princípio da chamada presunção de inocência é a afirmação ou garantia constitucional de um *valor político-ideológico* assumido, na configuração do processo penal e dos procedimentos similares, como consequência direta do reconhecimento da liberdade e da dignidade do homem.

Eu achava que minha posição era até original. Afinal, pagamos todos, de certo modo, o preço à vaidade. “Olha, eu estou pensando alguma coisa um pouco diferente” Mas não faz muito, relendo um autor espanhol, Vélez Mariconde, nos *Estudios de Derecho Penal*, deparei com a mesma ideia, onde afirmou

que se cuida de princípio tomado por uma *decisão política*. É, sim, o produto de uma opção política do legislador, constituinte ou não – no nosso caso, do constituinte –, que em nada se entende com qualquer dos significados técnico-jurídicos de presunção, senão que apenas toma esta palavra para dar coerência à previsão de graves consequências jurídico-processuais justificáveis à luz da ideia de inocência considerada como seu pressuposto político-ideológico.

Nesse sentido, o que ele assume perante a experiência histórica a que já me referi? O que contém na sua dimensão semântica? Exatamente, três vertentes que derivam da arqueologia, do desenvolvimento histórico do seu pensamento conceitual.

Em primeiro lugar, é uma *regra de tratamento do réu* no curso do processo, e cuja origem está no já citado dispositivo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução de 1789, para significar a reação do ordenamento jurídico revolucionário contra os excessos e arbitrariedades do processo do antigo regime. É, portanto, uma *garantia*, no sentido de que o réu não pode ser tratado no curso do processo como se fosse culpado; deve ser tratado *como se fosse inocente*. É neste sentido que se *presume* inocente o réu: para ser tratado, pela lei, no curso do processo, como se fosse inocente! E aqui não há lugar para nenhuma pressuposição de condição intermediária, entre inocência e culpabilidade. Trata-se de garantia constitucional de tratamento condigno do réu, enquanto não lhe sobrevenha sentença condenatória definitiva.

Mas não é apenas regra de tratamento; é também a expressão máxima de um *modelo de processo penal*, concebido primordialmente para proteger a liberdade, e não, para punir.

Há muitos anos, quando eu era ainda aqui juiz, em São Paulo, escrevi, numa pequena revista que tinha a Associação Paulista dos Magistrados, artigo sobre a pena de morte e, ali, afirmei que o Estado, para punir, não precisa de regra, nem de processo, como, aliás, prova a História. Como detentor do monopólio da força institucional, se quiser punir, pune! E indaguei: para quê, então, serve o processo penal? Metodologicamente, serve para *resguardar a dignidade do réu como pessoa humana*.

Esta é a finalidade metodológica do processo, como resulta da discussão em que se envolveram as escolas italianas, as quais, nas polêmicas sobre os fundamentos do processo, deixaram nítida a diferença de concepções a respeito do papel que deve desempenhar o processo em relação ao conflito entre as necessidades da defesa social e as exigências de resguardo da dignidade da pessoa humana do réu. É até mais do que isso. Tal concepção incorpora, como vamos ver logo a diante, todos os valores básicos e predicados do chamado *devido processo legal*, como ingrediente ou conteúdo essencial do modelo.

Mas é também, em terceiro lugar, *regra de juízo*, isto é, regra de decisão e, como tal, tem reflexos importantes no campo probatório, na distribuição do ônus da prova. E este aspecto é ressaltado pelas ideias subjacentes à *Declaração* de 1948.

4. Vamos agora tentar fazer uma síntese dos desdobramentos do alcance do princípio, sobretudo perante a nossa Constituição de 1988, que o adotou de modo expresso no art. 5.º, LVII. Nenhuma Constituição anterior o consagrou literalmente.

E é muito interessante rever a história da redação desse inciso, porque o art. 43, § 1.º, do Anteprojeto dizia o seguinte: “Presume-se inocente todo acusado, até que haja declaração judicial de culpa”. O deputado constituinte, que depois foi governador do estado do Espírito Santo, José Inácio Ferreira, apresentou emenda que resultou na redação atual do inc. LVII, onde se estatui, com outras palavras, que ninguém – *ninguém* – será considerado culpado, até que lhe sobrevenha sentença condenatória definitiva.

Há aí alguma diferença? Toda! Porque nossa Constituição é o único ordenamento jurídico que revela essa amplitude da garantia, pois, introduzindo o vocábulo “*ninguém*”, não a restringiu ao réu do processo penal. A regra, portanto, apanha, já no campo do processo, vamos dizer assim, quem se encontre em posição análoga em todas as fases anteriores da persecução criminal: apanha o mero suspeito, o investigado e o indiciado. Nenhum deles pode ser considerado culpado, senão inocente, para efeito de tratamento normativo, até que sobrevenha sentença condenatória definitiva. Mas vai além, porque extravasa o processo e se aplica a todas as situações redutíveis ao modelo do processo penal, como, por exemplo, os procedimentos disciplinares, administrativos ou não, onde ninguém pode ser tratado como se fosse culpado, antes de juízo definitivo de culpabilidade.

5. Como é que tem sido tratado isso na história da nossa jurisprudência? Até a atual Constituição, o STF, se não me falha a memória sobre velha pesquisa, dedicou pouco mais de duas ou três decisões a respeito do princípio, as quais nem eram muito explícitas, porque mais se debruçavam sobre a vertente da regra de juízo. Alguns tribunais estaduais aplicavam o princípio sob fundamento de que tinha sido incorporado ao ordenamento por força da Declaração dos Direitos do Homem, mas também o aplicavam com certa parcimônia.

O fato é que, após o início de vigência da atual Constituição, é que se avivou o problema, que, levado ao STF por diversas vias, como vamos ver, suscitou e suscita esta indagação: qual a substância normativa do seu tríplice significado? Tal substância pode resumir-se no seguinte: é a garantia constitucional

que proíbe a aplicação de qualquer espécie de sanção ou de outra medida que, gravosa à esfera jurídica do réu, seja causalmente dependente de um juízo de culpabilidade ainda não definitivo.

O que estou querendo com isso dizer? Estou querendo dizer que a regra constitucional não permite que o ordenamento jurídico, e, muito menos, os seus executores, apliquem ao réu, ou a quem se encontre em situação assemelhada à do réu, nenhuma medida de caráter sancionador, nem sequer quando se dê a esta palavra um caráter mais restrito, isto é, nenhuma medida de caráter gravoso ou lesivo à sua esfera jurídica como um todo, e não apenas à sua liberdade, se tal medida só tiver uma explicação jurídica que seja um juízo de culpabilidade – a menos que esse juízo de culpabilidade constitua decisão transitada em julgado.

Em outras palavras, não se pode aplicar ao réu, em particular – vamos tratar aqui apenas do réu – nenhuma medida, nenhuma, que seja danosa a seu patrimônio jurídico de liberdade ou até material, e cuja explicação única seja a existência, patente ou latente, de juízo de culpabilidade antes de uma sentença penal condenatória definitiva. Dou um exemplo: no que concerne a decreto de prisão preventiva, cuja fundamentação real, não a formal (porque a explicação formal pode revestir-se de palavras cuidadosas que evoquem motivos até nobres, mas que escamoteiam a realidade), só se entenda e justifique como produto de consideração judicial de culpa de quem ainda não foi definitivamente condenado, então temos um caso de ofensa claríssima à Constituição. E não há aqui meio termo, como se pudéssemos objetar: “Bem, não se podem aplicar todas as sanções ao réu, mas algumas podem”. Não, não se pode aplicar nenhuma! Nenhuma medida gravosa, como, por exemplo, já reconheceu o STF em favor de servidor público, réu em processo por crime contra a administração pública, a quem o governo determinou que, enquanto corresse o processo penal, aplicou desconto permanente de um terço dos vencimentos. Havia, nisso, afronta direta à regra constitucional da chamada presunção de inocência, embora a sanção, ou desconto mensal de parte dos vencimentos, não ofendesse a liberdade pessoal do réu, mas seu patrimônio pecuniário. Era uma sanção, medida lesiva, e, portanto, sua aplicação era incompatível com o alcance da regra. Não se dava ao réu o tratamento de quem devia ser considerado ou presumido inocente!

6. E é muito simples a racionalidade do princípio. Por quê? Por vários motivos, um dos quais já foi aventado por Beccaria, que reconhecia, mais ou menos, o seguinte: a humanidade não ganha nada ao condenar um inocente ou aplicar-lhe uma sanção, que é sempre irreversível.

Não sei se todos se lembram, mas alguns nos lembramos – alguns já têm quase a minha idade – de um filme famoso do super-homem, em que a mocinha morre num evento qualquer e, diante da tragédia, o super-homem voa e faz girar a Terra em sentido contrário, refazendo o curso da história. Não temos super-homem que faça isso com as medidas gravosas aplicadas aos réus, que ao final sejam reputados inocentes. Nada é reversível. Não há dinheiro que pague o sofrimento imposto a um inocente, em particular quando essa inocência vem a ser declarada ao cabo do processo penal. E, mais, isso afronta um sentimento inato de justiça, que os que temos filhos e netos somos capazes de aprender com eles, que ficam revoltados quando sofrem punição injusta dos pais, ou dos avós. Avós, normalmente, não punem neto.

[Risos da plateia]

Só deseducam. Até as crianças ficam revoltadas quando sofrem punição por algo que não fizeram. Isto é, até as crianças trazem em si, como próprio do espírito humano, essa capacidade de se indignar com punição injusta. E isto, a agressão ao sentimento universal de justiça, o ordenamento jurídico não pode convalidar, ainda que sob disfarce de medidas de aparente defesa social.

7. Na prática, como se particularizam ou quais são as consequências desse princípio? Muitos são importantíssimos, mas o primeiro deles é que a regra da chamada presunção de inocência é o critério fundamental de avaliação da *justiça do processo*.

O que significa isso? Às vezes, não prestamos atenção às palavras. Todos repetimos a tradução, de certo modo correta, da dupla adjetivação do enunciado “devido processo legal”. Mas só nos preocupamos com o fato de o processo dever ser *legal*, revoltando-nos, justamente, quando não seja legal. Mas poucos se perguntam por que o processo, segundo a Constituição, além de ser *legal*, tem que ser *devido*. A palavra *devido* está fazendo o quê na expressão? Está enfeitando o enunciado? Não. É a jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana que faz muito nos revelar o sentido eminente do *due* na experiência jurisprudencial anglo-saxã, de onde nos veio a garantia sob título de *due process of law*. O que exprime esse adjetivo? Exprime apelo para os critérios superiores de Justiça dominantes na consciência da sociedade em certo período histórico. Ou seja, para que um processo seja constitucional, compatível com a Constituição, não basta seja disciplinado por lei constitucional (ser legal). Além disso, tem que ser um processo cujo perfil normativo é devido por justiça (ser justo).

Foi este aspecto vital, não raro despercebido, que emenda da Constituição italiana pretendeu acentuar, dando nova redação ao art. 111, primeira parte,

que agora dispõe: *La giuridizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*. Eis a tradução perfeita do *due proces of law*: o *justo processo da lei*. Se os senhores verificarem os votos que proferi a respeito no STF, verão que muitas vezes preferi usar a expressão *justo processo da lei*, para enfatizar que o processo, além de ser legal, precisa ser justo. E o critério constitucional de aferição ou medida da justiça do processo é a regra da presunção da inocência, porque, se o réu seja tratado, pela lei, dentro do processo, como se fosse culpado, poderia até imaginar-se um processo legal, mas não será nunca um processo justo, e, portanto, não é compatível com a Constituição.

O processo penal tem fim instrumental evidente, que é apurar culpa e puni-la, mas tem também fim metodológico. Qual é este fim metodológico? É garantir a liberdade e a dignidade do réu no curso do processo, pelo simples fato de tratar-se de um ser humano que, ainda quando acusado e eventualmente culpado do crime mais abominável, não perde a condição de ser humano, dotado da dignidade comum, que o ordenamento jurídico tem que respeitar.

Não se cuida de invenção de juristas, nem de advogados desocupados. É uma conquista, aliás custosa, do espírito humano e da civilização, e que, como tal, governa a orientação legal do tratamento do réu e é a fonte das suas prerrogativas, tanto as legais, quanto as constitucionais, que integram o modelo liberal de processo adotado entre nós por força da garantia. É, nesse sentido, técnica contra os abusos da perseguição estatal, as pressões odiosas da opinião pública e os excessos da mídia, todos os quais estão submetidas à Constituição. Não é apenas o juiz, que eventualmente viola a Constituição, é também a opinião pública e, não raro, a mídia, quando e porque consideram culpado e tratam como tal quem é apenas mero réu no curso do processo. Nada disto é condizente com a Constituição da República.

8. E o princípio é também regra de juízo, regra decisória. Como sabemos, as chamadas regras do ônus da prova são apenas indiretamente estímulos para o comportamento das partes dentro do processo. Sua destinação direta e específica é outra: serem regras dirigidas ao juiz, regras de decisão. Para quê? Para aqueles casos em que, encerrada a instrução sem alternativa doutras provas, isto é, aqueles casos em que se esgotaram todas as possibilidades de prova, mas o juiz permanece num estado de incerteza absoluta que não é capaz de superar. Ele não pode proferir um *non liquet*, é obrigado a decidir. E como vai decidir? Nos termos que lhe indicam as regras do ônus da prova, a lei diz como fazê-lo. Mas vamos aqui cuidar como o diz a Constituição.

No processo civil, a regra do ônus da prova está ligada às dificuldades de prova das *fattispecie* normativas, razão por que, da sua moldura, a lei separa os elementos abstratos em fatos constitutivos e fatos liberatórios, distribuindo

do-lhes o encargo de prova ao autor e ao réu, porque, se só um deles tivesse que provar tudo, ficaria muito difícil. Tal distribuição ajusta-se ao campo do processo civil, porque o objeto útil de defesa é aí a *liberdade jurídica* do réu.

Na área do processo penal, o que está em jogo é a *liberdade física do réu*, de modo que a regra do ônus da prova evidentemente não podia ser a mesma. E até se discute se há, deveras, regra de ônus da prova no processo penal, mas isso não nos interessa aqui, porque o que releva é que o princípio da presunção de inocência dita a regra da decisão: se não estiver provada a acusação, o juiz tem de absolver o réu. Por quê? Porque é a acusação que fixa o objeto da prova no processo penal. No processo penal, não há outro objeto de prova. A inocência do réu não é objeto da prova do processo penal.

O objeto de prova do processo penal é a acusação, e, daí, todas as consequências que nascem da regra constitucional, de que o réu não tem de colaborar com a acusação, porque o réu não precisa fazer prova da sua inocência e tem o direito de não se autoincriminar. Por quê? Porque não tem ônus de provar que a acusação não procede. É o autor da ação penal que tem de prová-la; se não prova, o juiz é obrigado, por força, não do art. 386 do CPP, mas da Constituição, pelo princípio da presunção de inocência, a declará-lo inocente.

Isso vale não apenas em termos do *in dubio pro reo*, mas também em termos de interpretação, a título de *favor rei*. Ou seja, até a interpretação das normas penais e processuais penais há de ser sempre favorável ao réu. Nenhuma norma de caráter penal ou processual penal pode ser, em caso de dúvida, interpretado em dano do réu, porque ofende a regra constitucional da presunção de inocência.

9. Agora, vejamos algumas consequências, para terminar. Exemplos práticos de certas ofensas constitucionais: tratamento policial desrespeitoso a suspeitos, a indiciados; tratamentos judiciais abusivos; algemas desnecessárias, a cujo respeito o Supremo editou súmula vinculante, admitindo-as apenas em caso de risco fundado à segurança própria ou alheia; exigir ao réu falar de pé, o que me induz à tentação de pensar se estivesse o magistrado, por absurdo, interrogando a mãe, a deixaria de pé?

[Risos da plateia]

Há, por outro lado, necessidade de rever o Código de Processo Penal de 1942, confessadamente inspirado no Código italiano de 1931, concebido nas entranhas do fascismo pelos irmãos Rocco. Não estou falando aqui do *Rocco e Seus Irmãos*, do Luchino Visconti, não. Estou falando do Arturo, o Penalista, e do Alfredo, Ministro da Justiça de Mussolini, ambos os quais, um de modo direto, com Manzini, redigindo-o, e o outro, defendendo a adoção do Código

fascista de 31, do qual o nosso herdou vários institutos, como a extinta obrigatoriedade da prisão preventiva, o primado da defesa social, etc., tudo o que pede, em nome da regra constitucional, permanente revisão exegética, até para evitar coisas de certo modo até perturbadoras.

Os senhores sabem – se não sabem, vão ficar sabendo – que, durante certa época, o STF admitia a chamada execução provisória, que é espécie de tutela provisória ou antecipada no campo penal. Isto é, prende-se o réu, executa-se a pena, antes de a sentença condenatória transitar em julgado. Houve até ministro que sustentou o seguinte: a regra constitucional da presunção de inocência aplica-se em alguns casos, como, por exemplo, impede lançar o nome do réu no rol dos culpados, não, porém, em outros. Ou seja, cumprir pena, pode, antes do trânsito em julgado; lançar o nome do réu no livro, não!

Bom, fui juiz durante 45 anos. Nunca vi um livro chamado *Rol dos Culpados*! Nem sei se existe, ou existiu!

[Risos da plateia]

Há coisas que me dão satisfação, pelo fato de sair com a consciência tranquila de ter cumprido o meu papel no STF. Nesse sentido, fui um dos que colaborei para que o Supremo já não permitisse execução provisória. Isto se deu no julgamento do HC 84.078 e, em particular, numa reclamação, onde o meu voto está declarado, a Rcl 2.391, que acabou sendo julgada prejudicada, porque, antes do termo do julgamento, o réu foi solto. Mas ali se deixou claro que a regra constitucional não permite execução antecipada da pena. E também colaborei na revogação da jurisprudência que exigia ao réu recolher-se preso para apelar, o que insultava a regra constitucional da presunção de inocência, de igual modo.

É bem verdade que fiquei vencido na questão das chamadas *fichas sujas*. Fazer o quê! Nada é unânime nesse mundo! Provavelmente, fui eu que estive errado, e certa a douta maioria. Mas a mim me parecia, e ainda parece, que aplicar uma consequência gravosa por uma decisão judicial que não transitou em julgado, para impedir a elegibilidade, era ofensa à regra constitucional.

Mas o que mais chama a atenção – de todos, provavelmente –, e suponho não seja exagero, é o problema da prisão preventiva. Não vou relembrar aqui os princípios da cautelaridade no processo penal, mas partir de uma afirmação que não é minha, senão de grande jurista, que também é ministro de Suprema Corte da Argentina, Raul Eugenio Zaffaroni, que fez a seguinte observação: na América Latina, as normas sobre prisão preventiva não são normas processuais, são normas penais, porque o seu destino é infligir sofrimento aos réus.

A prisão preventiva só pode, não de acordo com o Código de Processo, mas com a regra constitucional da presunção de inocência, justificar-se, v.g., por

necessidade da preservação do processo, como, por exemplo, diante de possibilidade concreta de perversão da prova, por corrupção de perito, intimidação de testemunha etc.; ou por conveniência de evitar que réu, cujo ato seja objeto de provas solidíssimas de culpabilidade, escape à aplicação da pena, quando haja indícios fortes de que vá fugir.

Mas a gravidade dos problemas sobre prisão preventiva está menos nessas hipóteses que no entendimento da expressão oca “ofensa à ordem pública”. Há muitos anos proferi palestra sobre ordem pública, e, na sua preparação, apurei que, em direito, a primeira vez em que se usou a expressão “ordem pública” foi num documento, emitido logo depois da Revolução Francesa, para significar a ordem sociopolítica e econômica revolucionária. Ordem pública assume, no direito, esse significado estrito: é ordem política, econômica e social.

Mas o uso desse conceito indeterminado esconde, não raro, o que se costuma denominar razão astuciosa, porque é usado como justificação formal para esconder sabor de vingança, às vezes até certa parcialidade ou juízo de justiça sumária: “Ah, pelo jeitão, esse réu é culpado”. Outras vezes, a tentação de ser porta-voz da opinião pública. Afinal, como seres humanos, estamos sujeitos a essas armadilhas. Ou, ainda, até obsessão ideológica, quando sucumbimos, sem juízo crítico, ao peso da nossa história pessoal e das nossas irracionalidades.

Essas hipóteses de justificação formal da prisão preventiva ofendem a Constituição, ofendem a regra da presunção de inocência. Por quê? Porque servem para, no fundo, satisfazer sentimento social de justiça, aplacar o clamor público, valendo-se do pretexto de periculosidade do agente, quando nem se sabe ainda se cometeu o crime, ou agindo em nome da credibilidade da justiça, da exemplaridade da condenação, ou da gravidade do delito. Nenhum desses casos pode ser explicado, senão por uma razão astuciosa, porque em todos a causa verdadeira se radica num juízo antecipado de culpabilidade do réu que ainda não foi julgado, mas que já sofre uma pena – a pena da prisão preventiva –, sem que nada possa reparar-lhe a injustiça da subtração da liberdade, quando venha a ser declarado inocente.

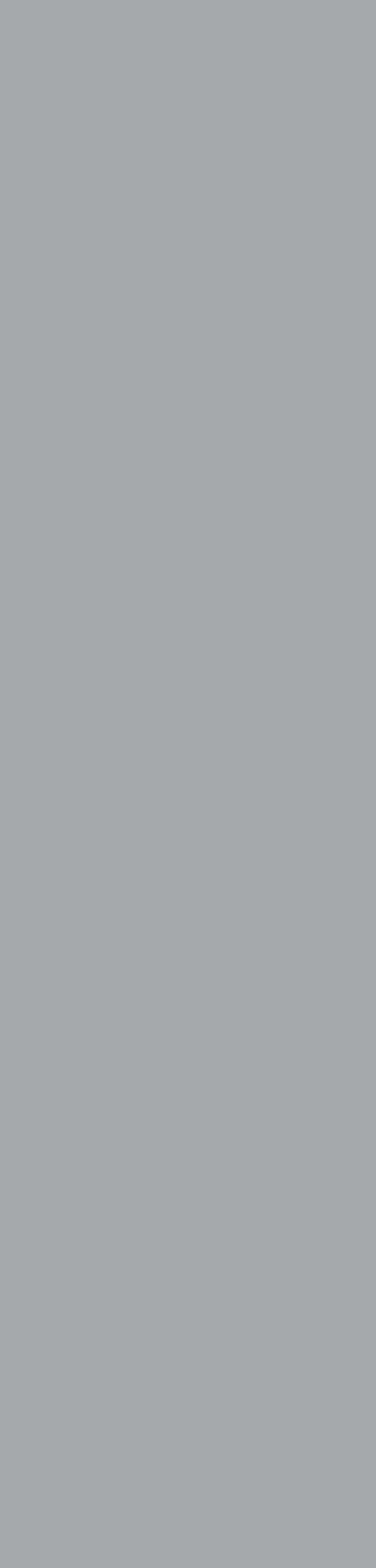
Exagero da Constituição, ou exigência do espírito civilizado? O meu ideal é que todos pudéssemos compreender a grandeza do princípio.

Muito obrigado.

[Aplausos da plateia]

The background features a series of overlapping, semi-transparent circles and a dense pattern of thin, light-colored lines that create a sense of depth and movement. The overall color palette is light and monochromatic, with various shades of gray and white.

Ética e Prerrogativas



Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
<p><i>O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao instituir o Código de Ética e Disciplina, norteou-se por princípios que formam a consciência profissional do advogado e representam imperativos de sua conduta, tais como: os de lutar sem receio pelo primado da Justiça; pugnar pelo cumprimento da Constituição e pelo respeito à Lei, fazendo com que esta seja interpretada com retidão, em perfeita sintonia com os fins sociais a que se dirige e as exigências do bem comum; ser fiel à verdade para poder servir à Justiça como um de seus elementos essenciais; proceder com lealdade e boa-fé em suas relações profissionais e em todos os atos do seu ofício; empenhar-se na defesa das causas confiadas ao seu patrocínio, dando ao constituinte o amparo do Direito, e proporcionando-lhe a realização prática de seus legítimos interesses; comportar-se, nesse mister, com independência e altivez, defendendo com o mesmo denodo humildes e poderosos; exercer a advocacia com o indispensável senso profissional, mas também com desprendimento, jamais permitindo que o anseio de ganho material sobreleve à finalidade social do seu trabalho; aprimorar-se no culto dos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica, de modo a tornar-se merecedor da confiança do cliente e da sociedade como um todo, pelos atributos intelectuais e pela probidade pessoal; agir, em suma, com a dignidade das pessoas de bem e a correção dos profissionais que honram e engrandecem a sua classe. Inspirado nesses postulados é que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 33 e 54, V, da Lei 8.906, de 04 de julho de 1994, aprova e edita este Código, exortando os advogados brasileiros à sua fiel observância.</i></p>	<p><i>O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao instituir o Código de Ética e Disciplina, norteou-se por princípios que formam a consciência profissional do advogado e representam imperativos de sua conduta, os quais se traduzem nos seguintes mandamentos: lutar sem receio pelo primado da Justiça; pugnar pelo cumprimento da Constituição e pelo respeito à Lei, fazendo com que o ordenamento jurídico seja interpretado com retidão, em perfeita sintonia com os fins sociais a que se dirige e as exigências do bem comum; ser fiel à verdade para poder servir à Justiça como um de seus elementos essenciais; proceder com lealdade e boa-fé em suas relações profissionais e em todos os atos do seu ofício; empenhar-se na defesa das causas confiadas ao seu patrocínio, dando ao constituinte o amparo do Direito, e proporcionando-lhe a realização prática de seus legítimos interesses; comportar-se, nesse mister, com independência e altivez, defendendo com o mesmo denodo humildes e poderosos; exercer a advocacia com o indispensável senso profissional, mas também com desprendimento, jamais permitindo que o anseio de ganho material sobreleve à finalidade social do seu trabalho; aprimorar-se no culto dos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica, de modo a tornar-se merecedor da confiança do cliente e da sociedade como um todo, pelos atributos intelectuais e pela probidade pessoal; agir, em suma, com a dignidade e a correção dos profissionais que honram e engrandecem a sua classe. Inspirado nesses postulados, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 33 e 54, V, da Lei 8.906, de 04 de julho de 1994, aprova e edita este Código, exortando os advogados brasileiros à sua fiel observância.</i></p>

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
Título I	Título I
Da ética do advogado	Da ética do advogado
Capítulo I	Capítulo I
Das regras deontológicas fundamentais	<i>Dos princípios fundamentais</i>
Art. 1.º O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional.	Art. 1.º O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os <i>demais</i> princípios da moral individual, social e profissional.
Art. 2.º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.	Art. 2.º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, <i>dos direitos humanos e garantias fundamentais</i> , da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, <i>cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes</i> .
Parágrafo único. São deveres do advogado:	idem
I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;	I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo <i>seu</i> caráter de essencialidade e indispensabilidade <i>da advocacia</i> ;
II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;	idem
III – velar por sua reputação pessoal e profissional;	idem
IV – empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional;	idem

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
V – contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;	idem
VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;	VI – estimular, <i>a qualquer tempo</i> , a conciliação e <i>a mediação</i> entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;
VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;	VII – desaconselhar lides temerárias, a partir de um juízo preliminar de viabilidade jurídica;
VIII – abster-se de:	idem
a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;	idem
b) patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, em que também atue;	<i>esta alínea não consta na nova lei</i>
c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso;	b) <i>vincular seu nome a empreendimentos sabidamente escusos;</i>
d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;	c) <i>emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;</i>
e) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste.	d) <i>entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste;</i>
	e) ingressar ou atuar em pleitos administrativos ou judiciais perante autoridades com as quais tenha vínculos negociais ou familiares;
	f) contratar honorários advocatícios em valores aviltantes.
IX – pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade.	IX – pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, <i>no âmbito da comunidade.</i>
	X – adotar conduta consentânea com o papel de elemento indispensável à administração da Justiça;
	XI – cumprir os encargos assumidos no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil ou na representação da classe;

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	XII – zelar pelos valores institucionais da OAB e da advocacia;
	XIII – ater-se, quando no exercício da função de defensor público, à defesa dos necessitados.
Art. 3.º O advogado deve ter consciência de que o Direito é um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos.	idem
Art. 4.º O advogado vinculado ao cliente ou constituinte, mediante relação empregatícia ou por contrato de prestação permanente de serviços, integrante de departamento jurídico, ou órgão de assessoria jurídica, público ou privado, deve zelar pela sua liberdade e independência.	Art. 4.º O advogado, <i>ainda que</i> vinculado ao cliente ou constituinte, mediante relação empregatícia ou por contrato de prestação permanente de serviços, <i>ou como</i> integrante de departamento jurídico, ou de órgão de assessoria jurídica, público ou privado, deve zelar pela sua liberdade e independência.
Parágrafo único. É legítima a recusa, pelo advogado, do patrocínio de pretensão concernente a lei ou direito que também lhe seja aplicável, ou contrarie expressa orientação sua, manifestada anteriormente.	Parágrafo único. É legítima a recusa, pelo advogado, do patrocínio <i>de causa e de manifestação, no âmbito consultivo, de pretensão concernente a direito</i> que também lhe seja aplicável ou contrarie orientação que tenha manifestado anteriormente.
Art. 5.º O exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.	Idem.
Art. 6.º É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé.	Art. 6.º É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo <i>ou na via administrativa</i> falseando deliberadamente a verdade <i>e utilizando de má-fé</i> .
Art. 7.º É vedado o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, inculcação ou captação de clientela.	Art. 7.º É vedado o oferecimento de serviços profissionais <i>que implique, direta ou indiretamente, angariar ou captar clientela</i> .

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	Capítulo II
	Da Advocacia Pública
	Art. 8.º As disposições deste Código obrigam igualmente os órgãos de advocacia pública, e advogados públicos, incluindo aqueles que ocupem posição de chefia e direção jurídica.
	§ 1.º O advogado público exercerá suas funções com independência técnica, contribuindo para a solução ou redução de litigiosidade, sempre que possível.
	2.º O advogado público, inclusive o que exerce cargo de chefia ou direção jurídica, observará nas relações com os colegas, autoridades, servidores e o público em geral, o dever de urbanidade, tratando a todos com respeito e consideração, ao mesmo tempo em que preservará suas prerrogativas e o direito de receber igual tratamento das pessoas com as quais se relacione.
Capítulo II	Capítulo III
Das relações com o cliente	Das relações com o cliente
Art. 8.º O advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda.	Art. 9.º O advogado deve informar o cliente, de modo claro e inequívoco, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda. Deve, igualmente, denunciar, desde logo, a quem lhe solicite parecer ou patrocínio, qualquer circunstância que possa influir na resolução de submeter-lhe a consulta ou confiar-lhe a causa.
	Art. 10. As relações entre advogado e cliente baseiam-se na confiança recíproca. Sentindo o advogado que essa confiança lhe falta, é recomendável que externar ao cliente sua impressão e, não se dissipando as dúvidas existentes, promova, em seguida, o substabelecimento do mandato ou a ele renuncie.

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	Art. 11. O advogado, no exercício do mandato, atua como patrono da parte, cumprindo-lhe, por isso, imprimir à causa orientação que lhe pareça mais adequada, sem se subordinar a intenções contrárias do cliente, mas, antes, procurando esclarecê-lo quanto à estratégia traçada.
Art. 9.º A conclusão ou desistência da causa, com ou sem a extinção do mandato, obriga o advogado à devolução de bens, valores e documentos recebidos no exercício do mandato, e à pormenorizada prestação de contas, não excluindo outras prestações solicitadas, pelo cliente, a qualquer momento.	Art. 12. A conclusão ou desistência da causa, <i>tenha havido, ou não</i> , extinção do mandato, obriga o advogado <i>a devolver ao cliente bens, valores e documentos que lhe hajam sido confiados e ainda estejam em seu poder, bem como a prestar-lhe contas, pormenorizadamente, sem prejuízo de esclarecimentos complementares que se mostrem pertinentes e necessários.</i>
	Parágrafo único. A parcela dos honorários paga pelos serviços até então prestados não se inclui entre os valores a ser devolvidos.
Art. 10. Concluída a causa ou arquivado o processo, presumem-se o cumprimento e a cessação do mandato.	Art. 13. Concluída a causa ou arquivado o processo, <i>presume-se cumprido e extinto o mandato.</i>
Art. 11. O advogado não deve aceitar procuração de quem já tenha patrono constituído, sem prévio conhecimento deste, salvo por motivo justo ou para adoção de medidas judiciais urgentes e inadiáveis.	Art. 14. O advogado não deve aceitar procuração de quem já tenha patrono constituído, sem prévio conhecimento deste, salvo por motivo <i>plenamente justificável</i> ou para adoção de medidas judiciais urgentes e inadiáveis.
Art. 12. O advogado não deve deixar ao abandono ou ao desamparo os feitos, sem motivo justo e comprovada ciência do constituinte.	Art. 15. O advogado não deve deixar ao abandono ou ao desamparo <i>as causas sob seu patrocínio, sendo recomendável que, em face de dificuldades insuperáveis ou inércia do cliente quanto a providências que lhe tenham sido solicitadas, renuncie ao mandato.</i>
Art. 13. A renúncia ao patrocínio implica omissão do motivo e a continuidade da responsabilidade profissional do advogado ou escritório de advocacia, durante o prazo estabelecido em lei; não exclui, todavia, a responsabilidade pelos danos causados dolosa ou culposamente aos clientes ou a terceiros.	Art. 16. <i>A renúncia ao patrocínio deve ser feita sem menção do motivo que a determinou, fazendo cessar a responsabilidade profissional pelo acompanhamento da causa, uma vez decorrido o prazo previsto em lei (EAOAB, art. 5.º, § 3.º).</i>

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	§ 1.º A renúncia ao mandato não exclui responsabilidade por danos eventualmente causados ao cliente ou a terceiros.
	§ 2.º O advogado não será responsabilizado por omissão do cliente quanto a documento ou informação que lhe devesse fornecer para a prática oportuna de ato processual do seu interesse.
Art. 14. A revogação do mandato judicial por vontade do cliente não o desobriga do pagamento das verbas honorárias contratadas, bem como não retira o direito do advogado de receber o quanto lhe seja devido em eventual verba honorária de sucumbência, calculada proporcionalmente, em face do serviço efetivamente prestado.	<i>Art. 17. A revogação do mandato judicial por vontade do cliente não o desobriga do pagamento das verbas honorárias contratadas, assim como não retira o direito do advogado de receber o quanto lhe seja devido em eventual verba honorária de sucumbência, calculada proporcionalmente em face do serviço efetivamente prestado.</i>
Art. 15. O mandato judicial ou extrajudicial deve ser outorgado individualmente aos advogados que integrem sociedade de que façam parte, e será exercido no interesse do cliente, respeitada a liberdade de defesa.	
Art. 16. O mandato judicial ou extrajudicial não se extingue pelo decurso de tempo, desde que permaneça a confiança recíproca entre o outorgante e o seu patrono no interesse da causa.	Art. 18. O mandato judicial ou extrajudicial não se extingue pelo decurso de tempo, salvo se o contrário for consignado no respectivo instrumento.
Art. 17. Os advogados integrantes da mesma sociedade profissional, ou reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, não podem representar em juízo clientes com interesses opostos.	Art. 19. Os advogados integrantes da mesma sociedade profissional, ou reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, não podem representar, em juízo <i>ou fora dele</i> , clientes com interesses opostos.
Art. 18. Sobrevindo conflitos de interesse entre seus constituintes, e não estando acordos os interessados, com a devida prudência e discernimento, optará o advogado por um dos mandatos, renunciando aos demais, resguardado o sigilo profissional.	Art. 20. Sobrevindo conflitos de interesse entre seus constituintes <i>e não conseguindo o advogado harmonizá-los, caber-lhe-á optar, com prudência e discricção, por um dos mandatos, renunciando aos demais, resguardado sempre o sigilo profissional.</i>

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
Art. 19. O advogado, ao postular em nome de terceiros, contra ex-cliente ou ex-empregador, judicial e extrajudicialmente, deve resguardar o segredo profissional e as informações reservadas ou privilegiadas que lhe tenham sido confiadas.	<i>Art. 21. O advogado, ao postular em nome de terceiros, contra ex-cliente ou ex-empregador, judicial e extrajudicialmente, deve resguardar o sigilo profissional.</i>
Art. 20. O advogado deve abster-se de patrocinar causa contrária à ética, à moral ou à validade de ato jurídico em que tenha colaborado, orientado ou conhecido em consulta; da mesma forma, deve declinar seu impedimento ético quando tenha sido convidado pela outra parte, se esta lhe houver revelado segredos ou obtido seu parecer.	<i>Art. 22. Ao advogado cumpre abster-se de patrocinar causa contrária à validade ou legitimidade de ato jurídico em cuja formação haja colaborado ou intervindo de qualquer maneira; da mesma forma, deve declinar seu impedimento ou o da sociedade que integre quando houver conflito de interesses motivado por intervenção anterior no trato de assunto que se prenda ao patrocínio solicitado.</i>
Art. 21. É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado.	<i>Art. 23. É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado.</i>
	Parágrafo único. Não há causa criminal indigna de defesa, cumprindo ao advogado agir, como defensor, no sentido de que a todos seja concedido tratamento condizente com a dignidade da pessoa humana, sob a égide das garantias constitucionais.
Art. 22. O advogado não é obrigado a aceitar a imposição de seu cliente que pretenda ver com ele atuando outros advogados, nem aceitar a indicação de outro profissional para com ele trabalhar no processo.	<i>Art. 24. O advogado não se sujeita à imposição do cliente que pretenda ver com ele atuando outros advogados, nem fica na contingência de aceitar a indicação de outro profissional para com ele trabalhar no processo.</i>
Art. 23. É defeso ao advogado funcionar no mesmo processo, simultaneamente, como patrono e preposto do empregador ou cliente.	<i>Art. 25. Idem.</i>
Art. 24. O substabelecimento do mandato, com reserva de poderes, é ato pessoal do advogado da causa.	<i>Art. 26. Idem.</i>
§ 1.º O substabelecimento do mandato sem reservas de poderes exige o prévio e inequívoco conhecimento do cliente.	<i>Idem.</i>

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
§ 2.º O substabelecido com reserva de poderes deve ajustar antecipadamente seus honorários com o substabelecete.	Idem.
	Capítulo IV
	Das relações com os colegas, agentes políticos, autoridades, servidores públicos e terceiros
	Art. 27. O advogado observará, nas suas relações com os colegas de profissão, agentes políticos, autoridades, servidores públicos e terceiros em geral, o dever de urbanidade, tratando a todos com respeito e consideração, ao mesmo tempo em que preservará seus direitos e prerrogativas, devendo exigir igual tratamento de todos com quem se relacione.
	§ 1.º O dever de urbanidade há de ser observado, da mesma forma, nos atos e manifestações relacionados aos pleitos eleitorais no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil.
	§ 2.º No caso de ofensa à honra do advogado ou à imagem da instituição, adotar-se-ão as medidas cabíveis, instaurando-se processo ético-disciplinar e dando-se ciência às autoridades competentes para apuração de eventual ilícito penal.
	Art. 28. Consideram-se imperativos de uma correta atuação profissional o emprego de linguagem escorreita e polida, bem como a observância da boa técnica jurídica.
	Art. 29. O advogado que se valer do concurso de colegas na prestação de serviços advocatícios, seja em caráter individual, seja no âmbito de sociedade de advogados ou de empresa ou entidade em que trabalhe, dispensar-lhes-á tratamento condigno, que não os torne subalternos seus nem lhes avilte os serviços prestados mediante remuneração incompatível com a natureza do trabalho profissional ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários que for aplicável.

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	Parágrafo único. Quando o aviltamento de honorários for praticado por empresas ou entidades públicas ou privadas, os advogados responsáveis pelo respectivo departamento ou gerência jurídica serão instados a corrigir o abuso, inclusive intervindo junto aos demais órgãos competentes e com poder de decisão da pessoa jurídica de que se trate, sem prejuízo das providências que a Ordem dos Advogados do Brasil possa adotar com o mesmo objetivo.
	Capítulo V
	Da advocacia <i>pro bono</i>
	Art. 30. No exercício da advocacia <i>pro bono</i> , e ao atuar como defensor nomeado, conveniado ou dativo, o advogado empregará o zelo e a dedicação habituais, de forma que a parte por ele assistida se sinta amparada e confie no seu patrocínio.
	§ 1.º Considera-se advocacia <i>pro bono</i> a prestação gratuita, eventual e voluntária de serviços jurídicos em favor de instituições sociais sem fins econômicos e aos seus assistidos, sempre que os beneficiários não dispuserem de recursos para a contratação de profissional.
	§ 2.º A advocacia <i>pro bono</i> pode ser exercida em favor de pessoas naturais que, igualmente, não dispuserem de recursos para, sem prejuízo do próprio sustento, contratar advogado.
	§ 3.º A advocacia <i>pro bono</i> não pode ser utilizada para fins político-partidários ou eleitorais, nem beneficiar instituições que visem a tais objetivos, ou como instrumento de publicidade para captação de clientela.

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	Capítulo VI
	Do exercício de cargos e funções na OAB e na representação da classe
	Art. 31. O advogado, no exercício de cargos ou funções em órgãos da Ordem dos Advogados do Brasil ou na representação da classe junto a quaisquer instituições, órgãos ou comissões, públicos ou privados, manterá conduta consentânea com as disposições deste Código e que revele plena lealdade aos interesses, direitos e prerrogativas da classe dos advogados que representa.
	Art. 32. Não poderá o advogado, enquanto exercer cargos ou funções em órgãos da OAB ou representar a classe junto a quaisquer instituições, órgãos ou comissões, públicos ou privados, firmar contrato oneroso de prestação de serviços ou fornecimento de produtos com tais entidades nem adquirir bens postos à venda por quaisquer órgãos da OAB.
	Art. 33. Salvo em causa própria, não poderá o advogado, enquanto exercer cargos ou funções em órgãos da OAB ou tiver assento, em qualquer condição, nos seus Conselhos, atuar em processos que tramitem perante a entidade nem oferecer pareceres destinados a instruí-los.
	Parágrafo único. A vedação estabelecida neste artigo não se aplica aos dirigentes de Seccionais quando atuem, nessa qualidade, como legitimados a recorrer nos processos em trâmite perante os órgãos da OAB.

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	Art. 34. Ao submeter seu nome à apreciação do Conselho Federal ou dos Conselhos Seccionais com vistas à inclusão em listas destinadas ao provimento de vagas reservadas à classe nos tribunais, no Conselho Nacional de Justiça, no Conselho Nacional do Ministério Público e em outros colegiados, o candidato assumirá o compromisso de respeitar os direitos e prerrogativas do advogado, não praticar nepotismo nem agir em desacordo com a moralidade administrativa e com os princípios deste Código, no exercício de seu mister.
Capítulo III	Capítulo VII
Do sigilo profissional	Do sigilo profissional
Art. 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.	Art. 37. O sigilo profissional cederá em face de circunstâncias excepcionais que configurem justa causa, como nos casos de grave ameaça ao direito à vida e à honra ou que envolvam defesa própria.
Art. 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.	Art. 35. O advogado tem o dever de guardar sigilo dos fatos de que tome conhecimento no exercício da profissão. Parágrafo único. O sigilo profissional abrange os fatos de que o advogado tenha tido conhecimento em virtude de funções desempenhadas na Ordem dos Advogados do Brasil.
Art. 27. As confidências feitas ao advogado pelo cliente podem ser utilizadas nos limites da necessidade da defesa, desde que autorizado aquele pelo constituinte.	Art. 38. O advogado não é obrigado a depor, em processo ou procedimento judicial, administrativo ou arbitral, sobre fatos a cujo respeito deva guardar sigilo profissional.
Parágrafo único. Presumem-se confidenciais as comunicações epistolares entre advogado e cliente, as quais não podem ser reveladas a terceiros.	Art. 36. O sigilo profissional é de ordem pública, independentemente de solicitação de reserva que lhe seja feita pelo cliente. § 1.º Presumem-se confidenciais as comunicações de qualquer natureza entre advogado e cliente.

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	<i>§ 2.º O advogado, quando no exercício das funções de mediador, conciliador e árbitro, se submete às regras de sigilo profissional.</i>
Capítulo IV	Capítulo VIII
Da publicidade	Da publicidade profissional
Art. 28. O advogado pode anunciar os seus serviços profissionais, individual ou coletivamente, com discrição e moderação, para finalidade exclusivamente informativa, vedada a divulgação em conjunto com outra atividade.	<p><i>Art. 39. A publicidade profissional do advogado tem caráter meramente informativo e deve primar pela discrição e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão.</i></p> <p><i>Art. 40 – Inciso IV – a divulgação de serviços de advocacia juntamente com a de outras atividades ou a indicação de vínculos entre uns e outras;</i></p>
Art. 29. O anúncio deve mencionar o nome completo do advogado e o número da inscrição na OAB, podendo fazer referência a títulos ou qualificações profissionais, especialização técnico-científica e associações culturais e científicas, endereços, horário do expediente e meios de comunicação, vedadas a sua veiculação pelo rádio e televisão e a denominação de fantasia.	<p><i>Art. 40. Os meios utilizados para a publicidade profissional não devem ser compatíveis com a diretriz estabelecida no artigo anterior, sendo vedados:</i></p> <p><i>I – a veiculação da publicidade por meio de rádio, cinema e televisão;</i></p> <p><i>II – o uso de outdoors, painéis luminosos ou formas assemelhadas de publicidade;</i></p> <p><i>III – as inscrições em muros, paredes, veículos, elevadores ou em qualquer espaço público;</i></p> <p><i>V – o fornecimento de dados de contato, como endereço e telefone, em colunas ou artigos literários, culturais, acadêmicos ou jurídicos, publicados na imprensa, bem assim quando de eventual participação em programas de rádio ou televisão, ou em veiculação de matérias pela internet, sendo permitida a referência a e-mail;</i></p> <p><i>VI – a utilização de mala direta, a distribuição de panfletos ou formas assemelhadas de publicidade, com o intuito de captação de clientela.</i></p> <p><i>Art. 44. Na publicidade profissional que promover ou nos cartões e material de escritório de que se utilizar, o advogado fará constar seu nome ou o da sociedade de advogados, o número ou os números de inscrição na OAB.</i></p>

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
§ 1.º Títulos ou qualificações profissionais são os relativos à profissão de advogado, conferidos por universidades ou instituições de ensino superior, reconhecidas.	<i>§ 1.º Poderão ser referidos apenas os títulos acadêmicos do advogado e as distinções honoríficas relacionadas à vida profissional, bem como as instituições jurídicas de que faça parte, e as especialidades a que se dedicar, o endereço, e-mail, site, página eletrônica, QR code, logotipo e a fotografia do escritório, o horário de atendimento e os idiomas em que o cliente poderá ser atendido.</i>
§ 2.º Especialidades são os ramos do Direito, assim entendidos pelos doutrinadores ou legalmente reconhecidos.	
§ 3.º Correspondências, comunicados e publicações, versando sobre constituição, colaboração, composição e qualificação de componentes de escritório e especificação de especialidades profissionais, bem como boletins informativos e comentários sobre legislação, somente podem ser fornecidos a colegas, clientes, ou pessoas que os solicitem ou os autorizem previamente.	
§ 4.º O anúncio de advogado não deve mencionar, direta ou indiretamente, qualquer cargo, função pública ou relação de emprego e patrocínio que tenha exercido, passível de captar clientela.	<i>Art. 44 – § 2.º É vedada a inclusão de fotografias pessoais ou de terceiros nos cartões de visitas do advogado, bem como menção a qualquer emprego, cargo ou função ocupado, atual ou pretérito, em qualquer órgão ou instituição, salvo o de professor universitário.</i>
§ 5.º O uso das expressões "escritório de advocacia" ou "sociedade de advogados" deve estar acompanhado da indicação de número de registro na OAB ou do nome e do número de inscrição dos advogados que o integrem.	
§ 6.º O anúncio, no Brasil, deve adotar o idioma português, e, quando em idioma estrangeiro, deve estar acompanhado da respectiva tradução.	

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
Art. 30. O anúncio sob a forma de placas, na sede profissional ou na residência do advogado, deve observar discricção quanto ao conteúdo, forma e dimensões, sem qualquer aspecto mercantilista, vedada a utilização de outdoor ou equivalente.	<i>Art. 40. Parágrafo único. Exclusivamente para fins de identificação dos escritórios de advocacia, é permitida a utilização de placas, painéis luminosos e inscrições em suas fachadas, desde que respeitadas as diretrizes previstas no artigo 39.</i>
Art. 31. O anúncio não deve conter fotografias, ilustrações, cores, figuras, desenhos, logotipos, marcas ou símbolos incompatíveis com a sobriedade da advocacia, sendo proibido o uso dos símbolos oficiais e dos que sejam utilizados pela Ordem dos Advogados do Brasil.	
§ 1.º São vedadas referências a valores dos serviços, tabelas, gratuidade ou forma de pagamento, termos ou expressões que possam iludir ou confundir o público, informações de serviços jurídicos suscetíveis de implicar, direta ou indiretamente, captação de causa ou clientes, bem como menção ao tamanho, qualidade e estrutura da sede profissional.	
§ 2.º Considera-se imoderado o anúncio profissional do advogado mediante remessa de correspondência a uma coletividade, salvo para comunicar a clientes e colegas a instalação ou mudança de endereço, a indicação expressa do seu nome e escritório em partes externas de veículo, ou a inserção de seu nome em anúncio relativo a outras atividades não advocatícias, faça delas parte ou não.	
Art. 32. O advogado que eventualmente participar de programa de televisão ou de rádio, de entrevista na imprensa, de reportagem televisada ou de qualquer outro meio, para manifestação profissional, deve visar a objetivos exclusivamente ilustrativos, educacionais e instrutivos, sem propósito de promoção pessoal ou profissional, vedados pronunciamentos sobre métodos de trabalho usados por seus colegas de profissão.	Art. 43. O advogado que eventualmente participar de programa de televisão ou de rádio, de entrevista na imprensa, de reportagem televisada <i>ou veiculada por qualquer outro meio</i> , para manifestação profissional, deve visar a objetivos exclusivamente ilustrativos, educacionais e instrutivos, sem propósito de promoção pessoal ou profissional, vedados pronunciamentos sobre métodos de trabalho usados por seus colegas de profissão.

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
Parágrafo único. Quando convidado para manifestação pública, por qualquer modo e forma, visando ao esclarecimento de tema jurídico de interesse geral, deve o advogado evitar insinuações a promoção pessoal ou profissional, bem como o debate de caráter sensacionalista.	<i>Art. 41. As colunas que o advogado mantiver nos meios de comunicação social ou os textos que por meio deles divulgar não deverão induzir o leitor a litigar nem promover, dessa forma, captação de clientela.</i> Parágrafo único. Quando convidado para manifestação pública, por qualquer modo e forma, visando ao esclarecimento de tema jurídico de interesse geral, deve o advogado evitar insinuações <i>com o sentido de</i> promoção pessoal ou profissional, bem como o debate de caráter sensacionalista.
Art. 33. O advogado deve abster-se de:	<i>Art. 42. É vedado ao advogado:</i>
I – responder com habitualidade consulta sobre matéria jurídica, nos meios de comunicação social, com intuito de promover-se profissionalmente;	<i>I – responder com habitualidade a consulta sobre matéria jurídica, nos meios de comunicação social;</i>
II – debater, em qualquer veículo de divulgação, causa sob seu patrocínio ou patrocínio de colega;	<i>II – debater, em qualquer meio de comunicação, causa sob o patrocínio de outro advogado;</i>
III – abordar tema de modo a comprometer a dignidade da profissão e da instituição que o congrega;	Idem.
IV – divulgar ou deixar que seja divulgada a lista de clientes e demandas;	<i>IV – divulgar ou deixar que sejam divulgadas listas de clientes e demandas;</i>
V – insinuar-se para reportagens e declarações públicas.	Idem.
Art. 34. A divulgação pública, pelo advogado, de assuntos técnicos ou jurídicos de que tenha ciência em razão do exercício profissional como advogado constituído, assessor jurídico ou parecerista, deve limitar-se a aspectos que não quebrem ou violem o segredo ou o sigilo profissional.	
	<i>Art. 45. São admissíveis como formas de publicidade o patrocínio de eventos ou publicações de caráter científico ou cultural, assim como a divulgação de boletins, por meio físico ou eletrônico, sobre matéria cultural de interesse dos advogados, desde que sua circulação fique adstrita a clientes e a interessados do meio jurídico.</i>

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	Art. 46. A publicidade veiculada pela internet ou por outros meios eletrônicos deverá observar as diretrizes estabelecidas neste capítulo.
	Parágrafo único. A telefonia e a internet podem ser utilizadas como veículo de publicidade, inclusive para o envio de mensagens a destinatários certos, desde que estas não impliquem o oferecimento de serviços ou representem forma de captação de clientela.
	Art. 47. As normas sobre publicidade profissional constantes deste capítulo poderão ser complementadas por outras que o Conselho Federal aprovar, observadas as diretrizes do presente Código.
Capítulo V	Capítulo IX
Dos honorários profissionais	Dos honorários profissionais
Art. 35. Os honorários advocatícios e sua eventual correção, bem como sua majoração decorrente do aumento dos atos judiciais que advierem como necessários, devem ser previstos em contrato escrito, qualquer que seja o objeto e o meio da prestação do serviço profissional, contendo todas as especificações e forma de pagamento, inclusive no caso de acordo.	Art. 48. <i>A prestação de serviços profissionais por advogado, individualmente ou integrado em sociedades, será contratada, preferentemente, por escrito.</i>
	§ 1.º <i>O contrato de prestação de serviços de advocacia não exige forma especial, devendo estabelecer, porém, com clareza e precisão, o seu objeto, os honorários ajustados, a forma de pagamento, a extensão do patrocínio, esclarecendo se este abrangerá todos os atos do processo ou limitar-se-á a determinado grau de jurisdição, além de dispor sobre a hipótese de a causa encerrar-se mediante transação ou acordo.</i>
§ 1.º Os honorários da sucumbência não excluem os contratados, porém devem ser levados em conta no acerto final com o cliente ou constituinte, tendo sempre presente o que foi ajustado na aceitação da causa.	

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
§ 2.º A compensação ou o desconto dos honorários contratados e de valores que devam ser entregues ao constituinte ou cliente só podem ocorrer se houver prévia autorização ou previsão contratual.	§ 2.º A compensação de créditos, pelo advogado, de importâncias devidas ao cliente, somente será admissível quando o contrato de prestação de serviços a autorizar ou quando houver autorização especial do cliente para esse fim, por este firmada.
	§ 3.º O contrato de prestação de serviços poderá dispor sobre a forma de contratação de profissionais para serviços auxiliares, bem como sobre o pagamento de custas e emolumentos, os quais, na ausência de disposição em contrário, presumem-se devam ser atendidos pelo cliente. Caso o contrato preveja que o advogado antecipe tais despesas, ser-lhe-á lícito reter o respectivo valor atualizado, no ato de prestação de contas, mediante comprovação documental.
	§ 4.º As disposições deste capítulo aplicam-se à mediação, à conciliação, à arbitragem ou a qualquer outro método adequado de solução dos conflitos.
	§ 5.º É vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial.
§ 3.º A forma e as condições de resgate dos encargos gerais, judiciais e extrajudiciais, inclusive eventual remuneração de outro profissional, advogado ou não, para desempenho de serviço auxiliar ou complementar técnico e especializado, ou com incumbência pertinente fora da Comarca, devem integrar as condições gerais do contrato.	
Art. 36. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:	Art. 49. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:
I – a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;	Idem.

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
II – o trabalho e o tempo necessários;	II – o trabalho e o tempo <i>a ser empregados</i> ;
III – a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros;	Idem.
IV – o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional;	IV – o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para este resultante do serviço profissional;
V – o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente;	V – o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente <i>eventual, frequente ou constante</i> ;
VI – o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado;	VI – o lugar da prestação dos serviços, <i>conforme se trate do domicílio do advogado ou de outro</i> ;
VII – a competência e o renome do profissional;	<i>VII – a competência do profissional</i> ;
VIII – a praxe do foro sobre trabalhos análogos.	Idem.
Art. 37. Em face da imprevisibilidade do prazo de tramitação da demanda, devem ser delimitados os serviços profissionais a se prestarem nos procedimentos preliminares, judiciais ou conciliatórios, a fim de que outras medidas, solicitadas ou necessárias, incidentais ou não, diretas ou indiretas, decorrentes da causa, possam ter novos honorários estimados, e da mesma forma receber do constituinte ou cliente a concordância hábil.	
Art. 38. Na hipótese da adoção de cláusula quota litis, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescidos dos de honorários da sucumbência, não podem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte ou do cliente.	Art. 50. Na hipótese da adoção de cláusula quota litis, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescidos dos honorários da sucumbência, não podem ser superiores às vantagens advindas <i>a favor do cliente</i> .

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
Parágrafo único. A participação do advogado em bens particulares de cliente, comprovadamente sem condições pecuniárias, só é tolerada em caráter excepcional, e desde que contratada por escrito.	<i>§ 1.º A participação do advogado em bens particulares do cliente só é admitida em caráter excepcional, quando esse, comprovadamente, não tiver condições pecuniárias de satisfazer o débito de honorários e ajustar com o seu patrono, em instrumento contratual, tal forma de pagamento.</i>
	<i>§ 2.º Quando o objeto do serviço jurídico versar sobre prestações vencidas e vincendas, os honorários advocatícios poderão incidir sobre o valor de umas e outras, atendidos os requisitos da moderação e da razoabilidade.</i>
Art. 39. A celebração de convênios para prestação de serviços jurídicos com redução dos valores estabelecidos na Tabela de Honorários implica captação de clientes ou causa, salvo se as condições peculiares da necessidade e dos carentes puderem ser demonstradas com a devida antecedência ao respectivo Tribunal de Ética e Disciplina, que deve analisar a sua oportunidade.	
Art. 40. Os honorários advocatícios devidos ou fixados em tabelas no regime da assistência judiciária não podem ser alterados no <i>quantum</i> estabelecido; mas a verba honorária decorrente da sucumbência pertence ao advogado.	<i>Art. 48 – § 6.º Deverá o advogado observar o valor mínimo da Tabela de Honorários instituída pelo respectivo Conselho Seccional onde for realizado o serviço, inclusive aquele referente às diligências, sob pena de caracterizar-se aviltamento de honorários.</i>
Art. 41. O advogado deve evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, não os fixando de forma irrisória ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários, salvo motivo plenamente justificável.	
	<i>Art. 48. § 7.º O advogado promoverá, preferentemente, de forma destacada a execução dos honorários contratuais ou sucumbenciais.</i>

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	Art. 51. Os honorários da sucumbência e os honorários contratuais, pertencendo ao advogado que houver atuado na causa, poderão ser por ele executados, assistindo-lhe direito autônomo para promover a execução do capítulo da sentença que os estabelecer ou para postular, quando for o caso, a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor em seu favor.
	§ 1.º No caso de substabelecimento, a verba correspondente aos honorários da sucumbência será repartida entre o substabelecente e o substabelecido, proporcionalmente à atuação de cada um no processo ou conforme haja sido entre eles ajustado.
	§ 2.º Quando for o caso, a Ordem dos Advogados do Brasil ou os seus Tribunais de Ética e Disciplina poderão ser solicitados a indicar mediador que contribua no sentido de que a distribuição dos honorários da sucumbência, entre advogados, se faça segundo o critério estabelecido no § 1.º.
	§ 3.º Nos processos disciplinares que envolvem divergência sobre a percepção de honorários da sucumbência, entre advogados, deverá ser tentada a conciliação destes, preliminarmente, pelo relator.
Art. 42. O crédito por honorários advocatícios, seja do advogado autônomo, seja de sociedade de advogados, não autoriza o saque de duplicatas ou qualquer outro título de crédito de natureza mercantil, exceto a emissão de fatura, desde que constitua exigência do constituinte ou assistido, decorrente de contrato escrito, vedada a tiragem de protesto.	Art. 52. O crédito por honorários advocatícios, seja do advogado autônomo, seja de sociedade de advogados, não autoriza o saque de duplicatas ou qualquer outro título de crédito de natureza mercantil, <i>podendo, apenas, ser emitida fatura, quando o cliente assim pretender, com fundamento no contrato de prestação de serviços, a qual, porém, não poderá ser levada a protesto.</i>

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	Parágrafo único. Pode, todavia, ser levado a protesto o cheque ou a nota promissória emitido pelo cliente em favor do advogado, depois de frustrada a tentativa de recebimento amigável.
	Art. 53. É lícito ao advogado ou à sociedade de advogados empregar, para o recebimento de honorários, sistema de cartão de crédito, mediante credenciamento junto a empresa operadora do ramo.
	Parágrafo único. Eventuais ajustes com a empresa operadora que impliquem pagamento antecipado não afetarão a responsabilidade do advogado perante o cliente, em caso de rescisão do contrato de prestação de serviços, devendo ser observadas as disposições deste quanto à hipótese.
Art. 43. Havendo necessidade de arbitramento e cobrança judicial dos honorários advocatícios, deve o advogado renunciar ao patrocínio da causa, fazendo-se representar por um colega.	Art. 54. Havendo necessidade de promover arbitramento <i>ou</i> cobrança judicial de honorários, deve o advogado renunciar <i>previamente ao mandato que recebera do cliente em débito</i> .
Capítulo VI	
Do dever de urbanidade	
Art. 44. Deve o advogado tratar o público, os colegas, as autoridades e os funcionários do Juízo com respeito, discrição e independência, exigindo igual tratamento e zelando pelas prerrogativas a que tem direito.	
Art. 45. Impõe-se ao advogado lhanza, emprego de linguagem escorreita e polida, esmero e disciplina na execução dos serviços.	
Art. 46. O advogado, na condição de defensor nomeado, conveniado ou dativo, deve comportar-se com zelo, empenhando-se para que o cliente se sinta amparado e tenha a expectativa de regular desenvolvimento da demanda.	Vide Capítulo IV desta Lei.

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
Capítulo VII	
Das Disposições Gerais	
Art. 47. A falta ou inexistência, neste Código, de definição ou orientação sobre questão de ética profissional, que seja relevante para o exercício da advocacia ou dele advinha, enseja consulta e manifestação do Tribunal de Ética e Disciplina ou do Conselho Federal.	
Art. 48. Sempre que tenha conhecimento de transgressão das normas deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral e dos Provimentos, o Presidente do Conselho Seccional, da Subseção, ou do Tribunal de Ética e Disciplina deve chamar a atenção do responsável para o dispositivo violado, sem prejuízo da instauração do competente procedimento para apuração das infrações e aplicação das penalidades cominadas.	
Título II	Título II
Do processo disciplinar	Do processo disciplinar
Capítulo I	
Da competência do Tribunal de Ética e Disciplina	
	Vide Capítulo II, Seções I e II do Título II desta Lei.
Art. 49. O Tribunal de Ética e Disciplina é competente para orientar e aconselhar sobre ética profissional, respondendo às consultas em tese, e julgar os processos disciplinares.	

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
Parágrafo único. O Tribunal reunir-se-á mensalmente ou em menor período, se necessário, e todas as sessões serão plenárias.	Vide Capítulo II Seções I e II do Título II desta Lei.
Art. 50. Compete também ao Tribunal de Ética e Disciplina:	
I – instaurar, de ofício, processo competente sobre ato ou matéria que considere passível de configurar, em tese, infração a princípio ou norma de ética profissional;	
II – organizar, promover e desenvolver cursos, palestras, seminários e discussões a respeito de ética profissional, inclusive junto aos Cursos Jurídicos, visando à formação da consciência dos futuros profissionais para os problemas fundamentais da ética;	
III – expedir provisões ou resoluções sobre o modo de proceder em casos previstos nos regulamentos e costumes do foro;	
IV – mediar e conciliar nas questões que envolvam:	
a) dúvidas e pendências entre advogados;	
b) partilha de honorários contratados em conjunto ou mediante substabelecimento, ou decorrente de sucumbência;	
c) controvérsias surgidas quando da dissolução de sociedade de advogados.	
Capítulo II	Capítulo I
Dos procedimentos	Dos procedimentos
Art. 51. O processo disciplinar instaura-se de ofício ou mediante representação dos interessados, que não pode ser anônima.	Art. 55. O processo disciplinar instaura-se de ofício ou mediante representação <i>do interessado</i> , que não pode ser anônima.

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	§ 1.º A instauração, de ofício, do processo disciplinar dar-se-á em função do conhecimento do fato, quando obtido por meio de fonte idônea ou em virtude de comunicação da autoridade competente.
	§ 2.º Não se considera fonte idônea a que consistir em denúncia anônima.
	Art. 56. A representação será formulada ao Presidente do Conselho Seccional ou ao Presidente da Subseção, por escrito ou verbalmente, devendo, neste último caso, ser reduzida a termo.
	Parágrafo único. Nas Seccionais cujos Regimentos Internos atribuírem competência ao Tribunal de Ética e Disciplina para instaurar o processo ético disciplinar, a representação poderá ser dirigida ao seu Presidente ou será a este encaminhada por qualquer dos dirigentes referidos no caput deste artigo que a houver recebido.
	Art. 57. A representação deverá conter:
	I – a identificação do representante, com a sua qualificação civil e endereço;
	II – a narração dos fatos que a motivam, de forma que permita verificar a existência, em tese, de infração disciplinar;
	III – os documentos que eventualmente a instruem e a indicação de outras provas a ser produzidas, bem como, se for o caso, o rol de testemunhas, até o máximo de cinco;
	IV – a assinatura do representante ou a certificação de quem a tomou por termo, na impossibilidade de obtê-la.
§ 1.º Recebida a representação, o Presidente do Conselho Seccional ou da Subseção, quando esta dispuser de Conselho, designa relator um de seus integrantes, para presidir a instrução processual.	Art. 58. Recebida a representação, o Presidente do Conselho Seccional ou o da Subseção, quando esta dispuser de Conselho, designa relator, <i>por sorteio</i> , um de seus integrantes, para presidir a instrução processual.

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	§ 1.º Os atos de instrução processual podem ser delegados ao Tribunal de Ética e Disciplina, conforme dispuser o regimento interno do Conselho Seccional, caso em que caberá ao seu Presidente, por sorteio, designar relator.
	§ 2.º Antes do encaminhamento dos autos ao relator, serão juntadas a ficha cadastral do representado e certidão negativa ou positiva sobre a existência de punições anteriores, com menção das faltas atribuídas. Será providenciada, ainda, certidão sobre a existência ou não de representações em andamento, a qual, se positiva, será acompanhada da informação sobre as faltas imputadas.
§ 2.º O relator pode propor ao Presidente do Conselho Seccional ou da Subseção o arquivamento da representação, quando estiver desconstituída dos pressupostos de admissibilidade.	§ 3.º <i>O relator, atendendo aos critérios de admissibilidade, emitirá parecer propondo a instauração de processo disciplinar ou o arquivamento liminar da representação, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de redistribuição do feito pelo Presidente do Conselho Seccional ou da Subseção para outro relator, observando-se o mesmo prazo.</i>
	§ 4.º O Presidente do Conselho competente ou, conforme o caso, o do Tribunal de Ética e Disciplina, proferirá despacho declarando instaurado o processo disciplinar ou determinando o arquivamento da representação, nos termos do parecer do relator ou segundo os fundamentos que adotar.
§ 3.º A representação contra membros do Conselho Federal e Presidentes dos Conselhos Seccionais é processada e julgada pelo Conselho Federal.	§ 5.º <i>A representação contra membros do Conselho Federal e Presidentes de Conselhos Seccionais é processada e julgada pelo Conselho Federal, sendo competente a Segunda Câmara reunida em sessão plenária. A representação contra membros da diretoria do Conselho Federal, Membros Honorários Vitalícios e detentores da Medalha Rui Barbosa será processada e julgada pelo Conselho Federal, sendo competente o Conselho Pleno.</i>

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	§ 6.º A representação contra dirigente de Subseção é processada e julgada pelo Conselho Seccional.
Art. 52. Compete ao relator do processo disciplinar determinar a notificação dos interessados para esclarecimentos, ou do representado para a defesa prévia, em qualquer caso no prazo de 15 (quinze) dias.	Art. 59. Compete ao relator do processo disciplinar determinar a notificação dos interessados para <i>prestar</i> esclarecimentos ou a do representado para <i>apresentar</i> defesa prévia, no prazo de 15 (quinze) dias, em qualquer caso.
	§ 1.º A notificação será expedida para o endereço constante do cadastro de inscritos do Conselho Seccional, observando-se, quanto ao mais, o disposto no Regulamento Geral.
§ 1.º Se o representado não for encontrado ou for revel, o Presidente do Conselho ou da Subseção deve designar-lhe defensor dativo.	§ 2.º Se o representado não for encontrado ou <i>ficar</i> revel, o Presidente do Conselho <i>competente ou, conforme o caso, o do Tribunal de Ética e Disciplina</i> designar-lhe-á defensor dativo.
§ 2.º Oferecida a defesa prévia, que deve estar acompanhada de todos os documentos e o rol de testemunhas, até o máximo de cinco, é proferido o despacho saneador e, ressalvada a hipótese do § 2.º do art. 73 do Estatuto, designada, se reputada necessária, a audiência para oitiva do interessado, do representado e das testemunhas. O interessado e o representado deverão incumbir-se do comparecimento de suas testemunhas, a não ser que prefiram suas intimações pessoais, o que deverá ser requerido na representação e na defesa prévia. As intimações pessoais não serão renovadas em caso de não comparecimento, facultada a substituição de testemunhas, se presente a substituta na audiência.	§ 3.º <i>Oferecida a defesa prévia, que deve ser acompanhada dos documentos que possam instruí-la e do rol de testemunhas, até o limite de 5 (cinco), será proferido despacho saneador e, ressalvada a hipótese do § 2.º do art. 73 do EAOAB, designada, se for o caso, audiência para oitiva do representante, do representado e das testemunhas.</i>
	§ 4.º <i>O representante e o representado incumbir-se-ão do comparecimento de suas testemunhas, salvo se, ao apresentarem o respectivo rol, requererem, por motivo justificado, sejam elas notificadas a comparecer à audiência de instrução do processo.</i>
§ 3.º O relator pode determinar a realização de diligências que julgar convenientes.	§ 5.º O relator pode determinar a realização de diligências que julgar convenientes, <i>cumprindo-lhe dar andamento ao processo, de modo que este se desenvolva por impulso oficial.</i>

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	§ 6.º O relator somente indeferirá a produção de determinado meio de prova quando esse for ilícito, impertinente, desnecessário ou protelatório, devendo fazê-lo fundamentadamente.
§ 4.º Concluída a instrução, será aberto o prazo sucessivo de 15 (quinze) dias para a apresentação de razões finais pelo interessado e pelo representado, após a juntada da última intimação.	§ 7.º Concluída a instrução, o relator profere parecer preliminar, a ser submetido ao Tribunal de Ética e Disciplina, dando enquadramento legal aos fatos imputados ao representado.
§ 5.º Extinto o prazo das razões finais, o relator profere parecer preliminar, a ser submetido ao Tribunal.	§ 8.º Abre-se, em seguida, prazo comum de 15 (quinze) dias para apresentação de razões finais.
Art. 53. O Presidente do Tribunal, após o recebimento do processo devidamente instruído, designa relator para proferir o voto.	Art. 60. O Presidente do Tribunal de Ética e Disciplina, após o recebimento do processo, devidamente instruído, designa, <i>por sorteio</i> , relator para proferir voto.
	§ 1.º Se o processo já estiver tramitando perante o Tribunal de Ética e Disciplina ou perante o Conselho competente, o relator não será o mesmo designado na fase de instrução.
§ 1.º O processo é inserido automaticamente na pauta da primeira sessão de julgamento, após o prazo de 20 (vinte) dias de seu recebimento pelo Tribunal, salvo se o relator determinar diligências.	§ 2.º <i>O processo será incluído em pauta na primeira sessão de julgamento após a distribuição ao relator, da qual serão as partes notificadas com 15 (quinze) dias de antecedência (Trecho riscado foi alterado pela Resolução n. 1, de 24.02.2016).</i>
§ 2.º O representado é intimado pela Secretaria do Tribunal para a defesa oral na sessão, com 15 (quinze) dias de antecedência.	§ 3.º <i>O representante e o representado são notificados pela Secretaria do Tribunal, com 15 (quinze) dias de antecedência, para comparecerem à sessão de julgamento.</i>
§ 3.º A defesa oral é produzida na sessão de julgamento perante o Tribunal, após o voto do relator, no prazo de 15 (quinze) minutos, pelo representado ou por seu advogado.	§ 4.º <i>Na sessão de julgamento, após o voto do relator, é facultada a sustentação oral pelo tempo de 15 (quinze) minutos, primeiro pelo representante e, em seguida, pelo representado.</i>

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	Art. 61. Do julgamento do processo disciplinar lavrar-se-á acórdão, do qual constarão, quando procedente a representação, o enquadramento legal da infração, a sanção aplicada, o quórum de instalação e o de deliberação, a indicação de haver sido esta adotada com base no voto do relator ou em voto divergente, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes consideradas e as razões determinantes de eventual conversão da censura aplicada em advertência sem registro nos assentamentos do inscrito.
	Art. 62. Nos acórdãos serão observadas, ainda, as seguintes regras:
	§ 1.º O acórdão trará sempre a ementa, contendo a essência da decisão.
	§ 2.º O autor do voto divergente que tenha prevalecido figurará como redator para o acórdão.
	§ 3.º O voto condutor da decisão deverá ser lançado nos autos, com os seus fundamentos.
	§ 4.º O voto divergente, ainda que vencido, deverá ter seus fundamentos lançados nos autos, em voto escrito ou em transcrição na ata de julgamento do voto oral proferido, com seus fundamentos.
	§ 5.º Será atualizado nos autos o relatório de antecedentes do representado, sempre que o relator o determinar.
Art. 54. Ocorrendo a hipótese do art. 70, § 3.º, do Estatuto, na sessão especial designada pelo Presidente do Tribunal, são facultadas ao representado ou ao seu defensor a apresentação de defesa, a produção de prova e a sustentação oral, restritas, entretanto, à questão do cabimento, ou não, da suspensão preventiva.	Art. 63. Na hipótese prevista no art. 70, § 3.º, do EAOAB, em sessão especial designada pelo Presidente do Tribunal, serão facultadas ao representado ou ao seu defensor a apresentação de defesa, a produção de prova e a sustentação oral.

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
Art. 55. O expediente submetido à apreciação do Tribunal é autuado pela Secretaria, registrado em livro próprio e distribuído às Seções ou Turmas julgadoras, quando houver.	Art. 64. As consultas submetidas ao Tribunal de Ética e Disciplina receberão autuação própria, sendo designado relator, por sorteio, para o seu exame, podendo o Presidente, em face da complexidade da questão, designar, subsequentemente, revisor.
Art. 56. As consultas formuladas recebem autuação em apartado, e a esse processo são designados relator e revisor, pelo Presidente.	
§ 1.º O relator e o revisor têm prazo de dez (10) dias, cada um, para elaboração de seus pareceres, apresentando-os na primeira sessão seguinte, para julgamento.	<i>Parágrafo único. O relator e o revisor têm prazo de 10 (dez) dias cada um para elaboração de seus pareceres, apresentando-os na primeira sessão seguinte, para deliberação.</i>
§ 2.º Qualquer dos membros pode pedir vista do processo pelo prazo de uma sessão e desde que a matéria não seja urgente, caso em que o exame deve ser procedido durante a mesma sessão. Sendo vários os pedidos, a Secretaria providencia a distribuição do prazo, proporcionalmente, entre os interessados.	
§ 3.º Durante o julgamento e para dirimir dúvidas, o relator e o revisor, nessa ordem, têm preferência na manifestação.	
§ 4.º O relator permitirá aos interessados produzir provas, alegações e arrazoados, respeitado o rito sumário atribuído por este Código.	
§ 5.º Após o julgamento, os autos vão ao relator designado ou ao membro que tiver parecer vencedor para lavratura de acórdão, contendo ementa a ser publicada no órgão oficial do Conselho Seccional.	
Art. 57. Aplica-se ao funcionamento das sessões do Tribunal o procedimento adotado no Regimento Interno do Conselho Seccional.	Art. 65. As sessões do Tribunal de Ética e Disciplina obedecerão ao disposto no respectivo Regimento Interno, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, o do Conselho Seccional.

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
Art. 58. Comprovado que os interessados no processo nele tenham intervindo de modo temerário, com sentido de emulação ou procrastinação, tal fato caracteriza falta de ética passível de punição.	Art. 66. A conduta dos interessados, no processo disciplinar, que se revele temerária ou caracterize a intenção de alterar a verdade dos fatos, assim como a interposição de recursos com intuito manifestamente protelatório, contrariam os princípios deste Código, sujeitando os responsáveis à correspondente sanção.
Art. 59. Considerada a natureza da infração ética cometida, o Tribunal pode suspender temporariamente a aplicação das penas de advertência e censura impostas, desde que o infrator primário, dentro do prazo de 120 dias, passe a frequentar e conclua, comprovadamente, curso, simpósio, seminário ou atividade equivalente, sobre Ética Profissional do Advogado, realizado por entidade de notória idoneidade.	
Art. 60. Os recursos contra decisões do Tribunal de Ética e Disciplina, ao Conselho Seccional, regem-se pelas disposições do Estatuto, do Regulamento Geral e do Regimento Interno do Conselho Seccional.	Art. 67. Os recursos contra decisões do Tribunal de Ética e Disciplina, ao Conselho Seccional, regem-se pelas disposições do Estatuto <i>da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil</i> , do Regulamento Geral e do Regimento Interno do Conselho Seccional.
Parágrafo único. O Tribunal dará conhecimento de todas as suas decisões ao Conselho Seccional, para que determine periodicamente a publicação de seus julgados.	Idem
Art. 61. Cabe revisão do processo disciplinar, na forma prescrita no art. 73, § 5.º, do Estatuto.	Art. 68. Cabe revisão do processo disciplinar, na forma <i>prevista no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil</i> (art. 73, § 5.º).
	§ 1.º Tem legitimidade para requerer a revisão o advogado punido com a sanção disciplinar.
	§ 2.º A competência para processar e julgar o processo de revisão é do órgão de que emanou a condenação final.

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	§ 3.º Quando o órgão competente for o Conselho Federal, a revisão processar-se-á perante a Segunda Câmara, reunida em sessão plenária.
	§ 4.º Observar-se-á, na revisão, o procedimento do processo disciplinar, no que couber.
	§ 5.º O pedido de revisão terá autuação própria, devendo os autos respectivos ser apensados aos do processo disciplinar a que se refira.
	Art. 69. O advogado que tenha sofrido sanção disciplinar poderá requerer reabilitação, no prazo e nas condições previstos no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 41).
	§ 1.º A competência para processar e julgar o pedido de reabilitação é do Conselho Seccional em que tenha sido aplicada a sanção disciplinar. Nos casos de competência originária do Conselho Federal, perante este tramitará o pedido de reabilitação.
	§ 2.º Observar-se-á, no pedido de reabilitação, o procedimento do processo disciplinar, no que couber.
	§ 3.º O pedido de reabilitação terá autuação própria, devendo os autos respectivos ser apensados aos do processo disciplinar a que se refira.
	§ 4.º O pedido de reabilitação será instruído com provas de bom comportamento, no exercício da advocacia e na vida social, cumprindo à Secretaria do Conselho competente certificar, nos autos, o efetivo cumprimento da sanção disciplinar pelo requerente.
	§ 5.º Quando o pedido não estiver suficientemente instruído, o relator assinará prazo ao requerente para que complemente a documentação; não cumprida a determinação, o pedido será liminarmente arquivado.

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	Capítulo II
	Dos Órgãos Disciplinares
	Seção I
	Dos Tribunais de Ética e Disciplina
	Art. 70. O Tribunal de Ética e Disciplina poderá funcionar dividido em órgãos fracionários, de acordo com seu regimento interno.
	Art. 71. Compete aos Tribunais de Ética e Disciplina:
	I – julgar, em primeiro grau, os processos ético-disciplinares;
	II – responder a consultas formuladas, em tese, sobre matéria ético-disciplinar;
	III – exercer as competências que lhe sejam conferidas pelo Regimento Interno da Seccional ou por este Código para a instauração, instrução e julgamento de processos ético-disciplinares;
	IV – suspender, preventivamente, o acusado, em caso de conduta suscetível de acarretar repercussão prejudicial à advocacia, nos termos do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil;
	V – organizar, promover e ministrar cursos, palestras, seminários e outros eventos da mesma natureza acerca da ética profissional do advogado ou estabelecer parcerias com as Escolas de Advocacia, com o mesmo objetivo;
	VI – atuar como órgão mediador ou conciliador nas questões que envolvam:
	a) dúvidas e pendências entre advogados;
	b) partilha de honorários contratados em conjunto ou decorrentes de substabelecimento, bem como os que resultem de sucumbência, nas mesmas hipóteses;

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	c) controvérsias surgidas quando da dissolução de sociedade de advogados.
	Seção II
	Das Corregedorias-Gerais
	Art. 72. As Corregedorias-Gerais integram o sistema disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil.
	§ 1.º O Secretário-Geral Adjunto exerce, no âmbito do Conselho Federal, as funções de Corregedor-Geral, cuja competência é definida em Provimento.
	§ 2.º Nos Conselhos Seccionais, as Corregedorias-Gerais terão atribuições da mesma natureza, observando, no que couber, Provimento do Conselho Federal sobre a matéria.
	§ 3.º A Corregedoria-Geral do Processo Disciplinar coordenará ações do Conselho Federal e dos Conselhos Seccionais voltadas para o objetivo de reduzir a ocorrência das infrações disciplinares mais frequentes.
Capítulo III	<i>Título III</i>
Das Disposições Gerais e Transitórias	<i>Das Disposições Gerais e Transitórias</i>
Art. 62. O Conselho Seccional deve oferecer os meios e suporte imprescindíveis para o desenvolvimento das atividades do Tribunal.	Art. 73. O Conselho Seccional deve oferecer os meios e o suporte <i>de apoio material, logístico, de informática e de pessoal necessários ao pleno funcionamento e ao desenvolvimento das atividades do Tribunal de Ética e Disciplina.</i>
	§ 1.º Os Conselhos Seccionais divulgarão, trimestralmente, na internet, a quantidade de processos ético-disciplinares em andamento e as punições decididas em caráter definitivo, preservadas as regras de sigilo.

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	§ 2.º A divulgação das punições referidas no parágrafo anterior destacará cada infração tipificada no artigo 34 da Lei 8.906/94.
	Art. 74. Em até 180 (cento e oitenta) dias após o início da vigência do presente Código de Ética e Disciplina da OAB, os Conselhos Seccionais e os Tribunais de Ética e Disciplina deverão elaborar ou rever seus Regimentos Internos, adaptando-os às novas regras e disposições deste Código. No caso dos Tribunais de Ética e Disciplina, os Regimentos Internos serão submetidos à aprovação do respectivo Conselho Seccional e, subsequentemente, do Conselho Federal.
Art. 63. O Tribunal de Ética e Disciplina deve organizar seu Regimento Interno, a ser submetido ao Conselho Seccional e, após, ao Conselho Federal.	
Art. 64. A pauta de julgamentos do Tribunal é publicada em órgão oficial e no quadro de avisos gerais, na sede do Conselho Seccional, com antecedência de 07 (sete) dias, devendo ser dada prioridade nos julgamentos para os interessados que estiverem presentes.	Art. 75. A pauta de julgamentos do Tribunal é publicada em órgão oficial e no quadro de avisos gerais, na sede do Conselho Seccional, com antecedência de 15 (quinze) dias, devendo ser dada prioridade, nos julgamentos, aos processos cujos interessados estiverem presentes à respectiva sessão.
Art. 65. As regras deste Código obrigam igualmente as sociedades de advogados e os estagiários, no que lhes forem aplicáveis.	Art. 76. As disposições deste Código obrigam igualmente as sociedades de advogados, os consultores e as sociedades consultoras em direito estrangeiro e os estagiários, no que lhes forem aplicáveis.
	Art. 77. As disposições deste Código aplicam-se, no que couber, à mediação, à conciliação e à arbitragem, quando exercidas por advogados.
	Art. 78. Os autos do processo disciplinar podem ter caráter virtual, mediante adoção de processo eletrônico.

Quadro Comparativo do Código de Ética e Disciplina da OAB 1995/2015	
Código de Ética 1995	Novo Código de Ética 2015
	Parágrafo único. O Conselho Federal da OAB regulamentará em Provimento o processo ético-disciplinar por meio eletrônico.
Art. 66. Este Código entra em vigor, em todo o território nacional, na data de sua publicação, cabendo aos Conselhos Federal e Seccionais e às Subseções da OAB promover a sua ampla divulgação, revogadas as disposições em contrário.	Art. 79. Este Código entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação, cabendo ao Conselho Federal e aos Conselhos Seccionais, bem como às Subseções da OAB, promover-lhe ampla divulgação.
	Art. 80. Fica revogado o Código de Ética e Disciplina editado em 13 de fevereiro de 1995, bem como as demais disposições em contrário.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A seleção de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e condições da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais e seus sucessores oucessionários, por todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais de Autor, previsto na Lei Autoral brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando autorizada a incluir esse Conteúdo Editorial,

nos meios de divulgação impressos ou digitais, on-line, Intranet, via Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e serviços de informação eletrônica, em servidores próprios, de terceiros ou de clientes, podendo distribuí-la comercialmente e comercializá-la, por todos os meios eletrônicos existentes ou que venham a ser criados futuramente, inclusive através de armazenamento temporário ou definitivo em memória ou disco dos usuários ou clientes, em aparelhos móveis ou fixos, portáteis ou não, cabendo à Editora Revista dos Tribunais determinar todas as suas características editoriais e gráficas, preço, modos de distribuição, disponibilização, visualização, acesso, download, venda e revenda aos distribuidores, portais de Internet, banco de dados, bem como promoções, divulgação e publicidade. Como contrapartida financeira pela cessão onerosa o Autor receberá um exemplar da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria, dando quitação à Editora Revista dos Tribunais pelo valor de consideração correspondente ao preço de capa praticado com o consumidor final na data da primeira distribuição comercial da Revista. A Editora Revista dos Tribunais fica autorizada a proceder modificações e correções para a

- adequação do texto às normas de publicação.
3. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicados nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.
 4. O material recebido e não publicado não será devolvido.
 5. Os Conteúdos Editoriais devem atender a todas as normas de publicação. A Editora Revista dos Tribunais não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira), que ficam à elaboração exclusiva do Autor do artigo.
 6. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: editorial.revista@rt.com.br. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).
 7. Os artigos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do Autor (ou Autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, fax, e-mail, relação da produção intelectual anterior, autorização de publicação pela Editora Revista dos Tribunais com a assinatura da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE.
 8. Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Porém, para publicação nesta Revista, os trabalhos deverão ter um mínimo de 15 laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador TAB para determinar os parágrafos: o próprio ENTER já o determina. Como fonte, usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
 9. O curriculum deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo:
Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.
 10. Os Conteúdos Editoriais deverão ser precedidos por um breve Resumo (10

- linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês.
11. Deverão ser destacadas as Palavras-chave (com o mínimo de cinco), que são palavras ou expressões que sintetizam as ideias centrais do texto e que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho; elas também devem aparecer em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês, a exemplo do Resumo.
 12. A numeração do Sumário deverá sempre ser feita em arábico. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No Sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo: Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva.
 13. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). As referências devem ser citadas em notas de rodapé ao final de cada página, e não em notas de final.
 14. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou o sublinhado. Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado (“destaque do original”).
 15. As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de Internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.
-

